

# Casos escogidos de Derecho antitrust europeo

Bajo la coordinación de

Alfonso-Luis Calvo Caravaca

Catedrático de Derecho Internacional Privado  
Universidad Carlos III de Madrid

y

María Pilar Canedo Arrillaga

Profesora titular de Derecho Internacional Privado  
Universidad de Deusto

Recibido: 13.02.09

Aceptado: 04.05.09

---

**Resumen:** En esta sección se analiza una selección de casos de Derecho antitrust europeo. Los temas que se abordan son ententes, abuso de posición dominante y concentraciones. Se prosigue con la numeración consecutiva que se inició en el volumen 54/1 (enero-junio 2006). Existe un índice acumulativo de los casos tratados en esta sección disponible en <<http://www.transnational.deusto.es/publications>>.

**Palabras clave:** Derecho europeo de la competencia, Derecho antitrust europeo, ententes, abuso de posición dominante, concentraciones.

**Abstract:** *This section analyses a number of selected cases on European antitrust law, including Judgements and Decisions on European Antitrust Law, abuse of a dominant position, unlawful arrangements (cartels) and mergers. The cases commented on this section maintain their consecutive numeration initiated on the vol. 54/1 (January-June 2006). There exists an on-line cumulative index listing all the cases commented on this section available on <<http://www.transnational.deusto.es/publications>>.*

**Key words:** *European Antitrust Law, abuse of a dominant position, unlawful arrangements, cartels, mergers.*

---

**Sumario:** I. Introducción.—II. Comentarios. *Caso N.º 57.* STJCE de 13 marzo 2008, *Ioannis Doulamis*, C-446/05. *Caso N.º 58* - STPI 10 abril 2008, *Deutsche Telekom/Comisión*, T-271/03. *Caso N.º 59* - STPI 18 junio 2008, *Hoechst GmbH/Comisión*, T-410/03. *Caso N.º 60.* STPI 16 enero 2008, *Isabella Scippacercola*, T-306/05. *Caso N.º 61.* STPI 8 julio 2008, *Knaupf Gips KG/Comisión*, T-52/03. *Caso N.º 62.* STJCE 6 marzo 2008, Comisión/España (adquisición de Endesa por E.ON), C-196/07. *Caso N.º 63.* Auto Presidente TPI 14 marzo 2008, *Huta Buczek/Comisión*, T-440/07 R y Auto Presidente TPI 14 marzo 2008, *Buczek Automotive/Comisión*, T-1/08 R. *Caso N.º 64.* STJCE 22 mayo 2008, *Evo-nik Degussa GmbH*, C-266/06. *Caso N.º 65.* Libro Blanco: Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia. (Doc.Com. [2008] 165 final de 2 abril 2008).

## I. Introducción

Presentamos a continuación los comentarios a algunas de las más relevantes decisiones comunitarias en materia de Derecho de competencia dictadas a finales del año 2008, así como del Libro Blanco sobre Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia. Estos comentarios continúan con la sección iniciada en el año 2006 y tratan de dar una visión de las novedades jurisprudenciales en materia de competencia. Las resoluciones hacen referencia a ententes, abuso de posición dominante y concentraciones, y son el resultado del trabajo de un equipo de expertos procedentes de diferentes universidades españolas que colaboran en la línea de investigación sobre Derecho Europeo de la Competencia en el marco del Proyecto «La comunitarización del Derecho Privado», con referencia IT-401-07 subvencionado por el Departamento de Educación, Universidades e Investigación del Gobierno Vasco (2007-2009).

Alfonso-Luis Calvo Caravaca y María Pilar Canedo Arrillaga  
(Directores)

## II. Comentarios

### Caso N.º 57. STJCE de 13 de marzo de 2008, *Ioannis Doulamis*, C-446/05

#### NOTA

En la sentencia objeto de comentario, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas se pronuncia sobre una cuestión prejudicial planteada por un órgano judicial belga. La cuestión se plantea en el marco de un litigio penal, y versa sobre la legalidad, desde el punto de vista del Derecho europeo de la competencia, de una disposición normativa belga por medio de la cual se prohíbe la publicidad de servicios dentales.

2. Hechos. Los hechos del proceso principal fueron los siguientes. El Dr. Doulamis, técnico dental, fue acusado de infringir el artículo 3 de la ley belga de 15 de abril de 1958, relativa a la publicidad en materia de tratamientos dentales, al insertar publicidad sobre su clínica dental en una guía telefónica. La disposición infringida dispone que «nadie podrá llevar a cabo, directa o indirectamente, publicidad de cualquier naturaleza, dirigida a tratar o hacer tratar, por persona cualificada o no, en Bélgica o en el extranjero, las afecciones, lesiones o anomalías de la boca y los dientes, en especial por medio de vitrinas o rótulos, de inscripciones o de placas, que puedan inducir a error sobre el carácter legal de la actividad anunciada, así como mediante prospectos, circulares, octavillas y folletos, en la prensa, por radio o televisión y en salas de cine, mediando promesa o concesión de ventajas de cualquier clase, tales como bonificaciones, transporte gratuito de pacientes, o a través de corredores o captadores. No constituye publicidad a los efectos del

presente artículo el hecho de que las clínicas y policlínicas mutuas pongan en conocimiento de sus mutualistas los días y horas de consulta, el nombre de sus titulares y las modificaciones referidas a estas».

Ante esta acusación, el Sr. Doulamis alegó que la norma citada atentaba contra la libre competencia económica, puesto que la publicidad es un instrumento indispensable para competir libremente (apartado 5). Y, en este sentido, responsabilizaba al Estado belga de infringir el artículo 10 TCE en relación con el art. 81 TCE, al no adoptar las medidas apropiadas para asegurar el efecto útil de las normas sobre competencia aplicables a las empresas.

El órgano judicial remitente, el tribunal de *première instance de Bruxelles*, planteó la siguiente cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas:

«¿Debe interpretarse el artículo 81 CE, en relación con los artículos 3 CE, apartado 1, letra g, y 10 CE, párrafo segundo, en el sentido de que se opone a que una ley nacional, en el presente caso, la Ley de 15 de abril de 1958, prohíba a cualquiera, y a los prestadores de tratamientos dentales, en el marco de una profesión liberal o de una consulta dental, que lleven a cabo publicidad de cualquier naturaleza, directa o indirectamente, en el ámbito de los tratamientos dentales?».

**3. Disposiciones normativas estudiadas.** Para poder analizar la sentencia, debemos primeramente tratar de explicar qué es lo que pregunta el tribunal belga. El Sr. Doulamis no niega haber infringido la ley belga sobre publicidad, lo que alega es que dicha ley obstaculiza la libre competencia empresarial y que, por lo tanto, atenta contra el Derecho de la competencia. Concretamente, considera que el Estado belga debe ser sancionado por infringir el artículo 10 en relación con el 81, ambos del Tratado Constitutivo de las Comunidades Europeas.

**4.** El artículo 81 TCE regula la figura de las ententes. Según este precepto comunitario, los acuerdos de empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que tengan por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear la competencia en el mercado interior, deberán ser objeto de sanción –salvo que puedan acogerse a la exención del artículo 81.3 TCE–. Se trata de un precepto que tiene como destinatarias a las empresas y sus asociaciones, y que, por ello, no puede ser infringido por un Estado. Sin embargo, las autoridades estatales pueden ser acusadas de incumplimiento de las obligaciones recogidas en el Tratado de Roma, en virtud al artículo 10 de dicho texto comunitario.

El artículo 10 TCE dispone lo siguiente: «Los Estados miembros adoptarán todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del presente Tratado o resultantes de los actos de las instituciones de la Comunidad. Facilitarán a esta última el cumplimiento de su misión. Los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que pueda poner el peligro la realización de los fines del presente Tratado». Como puede observarse, el comportamiento del Esta-

do puede ser objeto de sanción si no conduce a cumplir con las obligaciones y los fines recogidos en el Tratado Constitutivo. Para conseguir los fines enunciados en el artículo 2 de la norma fundacional, una de las acciones de la Comunidad, previstas en el artículo 3, es llevar a cabo «un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado interior (art. 3.1.g TCE)».

Uniendo todo lo anterior, los Estados están obligados a garantizar que la competencia no sea falseada en el mercado interior (art. 10 en relación con el art. 3.1.g, ambos del TCE), por lo tanto, cualquier actuación estatal que, por acción u omisión, fomente o permita, o directamente cree, comportamientos lesivos de la competencia –*ad ex.*, ententes del artículo 81 TCE–, deberá ser objeto de sanción.

**5. Jurisprudencia comunitaria.** La jurisprudencia comunitaria ha afirmado de forma reiterada la relación existente entre los artículos mencionados –arts. 81, 10 y 3.1.g del TCE–, en el sentido de poder exigir responsabilidad a las autoridades estatales por su infracción. Así, en el asunto *Van Eycke* –alegado por el Sr. Doulamis–, el Tribunal de Justicia recoge lo siguiente: «*Procede recordar a este respecto, que, considerados en sí mismos, los artículos 85 y 86 [arts. 81 y 82 actuales] del Tratado se refieren únicamente a la conducta de las empresas y no a medidas legislativas o reglamentarias adoptadas por los Estados miembros. No obstante, es jurisprudencia reiterada de este Tribunal de Justicia, que los artículos 85 y 86, considerados en relación con el artículo 5 del Tratado, obligan a los Estados miembros a no adoptar o mantener en vigor medidas, ni siquiera legislativas o reglamentarias, que puedan anular la eficacia de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas. Tal es el caso, en virtud de esa jurisprudencia, cuando un Estado miembro, o bien impone o favorece prácticas colusorias contrarias al artículo 85 o refuerza los efectos de tales prácticas colusorias, o bien retira el carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica*» (STJCE de 21 septiembre 1988, *Van Eycke*, 267/86, Rec. 1988, p. 4769, apartado 16).

Para que una medida legislativa *imponga o favorezca prácticas colusorias o refuerce los efectos de dichas prácticas*, el Tribunal de Justicia viene exigiendo que «*esta debe limitarse a recoger total o parcialmente, por su cuenta, los elementos de los acuerdos celebrados entre operadores económicos, obligando o estimulando a esos operadores a observar su cumplimiento*» (STJCE de 21 septiembre 1988, *Van Eycke*, 267/86, Rec. 1988, p. 4769, apartado 18).

**6.** En relación con el ejercicio de la profesión liberal de abogado, el Tribunal de Justicia ha tenido que contestar varias cuestiones relativas a la infracción del artículo 10 en relación con el artículo 3.1.g y el artículo 10 del Tratado de Roma. En el asunto *Arduino*, el órgano judicial comunitario reitera lo ya recogido en la sentencia *Van Eycke*, y se centra en el segundo de

los aspectos que posibilitan que el Estado pueda ser sancionado por vulnerar el artículo 10, en relación con el art. 3.1.g y 81 TCE. Efectivamente, en el caso citado se cuestionó la compatibilidad de un baremo de honorarios fijado por un Colegio de Abogados nacional, con el Derecho europeo de la competencia. En este sentido, recordando que *«este Tribunal ha declarado que se infringen los artículos 5 y 85 del Tratado [actuales 10 y 81 TCE] cuando un Estado miembro impone o favorece prácticas colusorias contrarias al artículo 85 o bien refuerza los efectos de tales prácticas colusorias, o bien retira el carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica (véanse las citadas sentencias, Van Eycke, apartado 16; Reiff, apartado 14; Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft, apartado 14; Centro Servizi Spediporto, apartado 21, y Comisión/Italia, apartado 54)»*, el Tribunal de Luxemburgo concluye que el mencionado baremo de honorarios es un medida estatal que adopta el Estado italiano. El carácter estatal de la medida deriva del hecho de que es el Ministro de Justicia quien emite el baremo, aunque haya habido una intervención previa del Colegio de Abogados proponiendo un proyecto de baremo que en ningún caso tiene carácter vinculante para el Gobierno (STJCE de 19 febrero 2002, *Arduino*, C-35/99, *Rec.* 2002, p. I-1529).

A la misma conclusión llegó el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto *Cipolla* –caso similar relativo a la fijación de un baremo de honorarios para los abogados de Italia– (STJCE de 5 diciembre 2006, *Cipolla*, asuntos acumulados C-94/04 y C-202/04, *Rec.* 2006, p. I-11421).

7. En otro asunto, relativo también a profesiones liberales, el Tribunal de Primera Instancia se ha pronunciado, precisamente, sobre la prohibición de emitir publicidad; en este caso, comparativa. Se trata de la STPI de 28 marzo 2001, *IAA*, T-144/99, *Rec.* 2001, p. II-1087. En este supuesto, el Tribunal de Primera Instancia declaró contraria al Derecho europeo de la competencia la normativa emitida por una organización profesional de agentes, por medio de la cual se impedía emitir publicidad comparativa de sus asociados. Según el TPI, *«por lo que respecta a la prohibición de publicidad comparativa propiamente dicha, prevista en el artículo 2, letra b, punto 1, del código de conducta, procede señalar, ante todo, que la publicidad es un elemento importante de la competencia en un mercado determinado, en cuanto permite apreciar mejor los méritos de cada operador, la calidad de sus prestaciones y sus costes. Ejercida en condiciones leales y conforme a modalidades adecuadas, la publicidad comparativa permite, asimismo, aumentar la información de los usuarios y contribuir de este modo a la elección del agente autorizado al que pueden dirigirse en el conjunto de la Comunidad. En consecuencia, la prohibición pura y simple de la publicidad comparativa limita las posibilidades de los agentes más eficaces de desarrollar sus servicios. Ello tiene como efecto, en especial, cristalizar la clientela de cada agente autorizado en el interior de un mercado nacional»* (apartados 72-74).

Como puede deducirse de lo expuesto en este caso de publicidad, la prohibición pura y simple de la publicidad comparativa atenta contra la libre competencia de los sujetos afectados por la norma por tanto, si esto es así con la publicidad comparativa, mucho más será si nos referimos a una prohibición pura y simple de cualquier tipo de publicidad, no solo la comparativa.

**8. Contestación del TJCE.** El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas contesta a la cuestión prejudicial negando que la disposición normativa enjuiciada infrinja el artículo 81, en relación con los artículos 3.1.g y 10, todos ellos del Tratado de Roma. El órgano judicial comunitario se centra en negar la premisa de partida. Esto es, en ningún caso el artículo 81 es vulnerado por la ley belga, porque esta no está destinada a los acuerdos de empresas, a las decisiones de asociaciones de empresas, o a las prácticas concertadas. Así es, tal como afirma el Tribunal de Luxemburgo, «(...) en el asunto principal, no existe ningún elemento que demuestre que la Ley de 15 de abril de 1958 favorece, refuerza u otorga carácter normativo a un acuerdo o una decisión de empresas. Tampoco se desprende de la resolución de remisión que la disposición normativa de que se trata haya sido privada de su carácter estatal porque el Estado miembro en cuestión haya delegado en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica» (apartado 22). Efectivamente, «(...) de la resolución de remisión no se deriva que el litigio verse sobre ningún acuerdo entre empresas, decisión de asociación de empresas o práctica concertada que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear la competencia dentro del mercado común» (apartado 23).

**9. Comentario.** Como puede comprobarse, en el asunto analizado lo que falla es la premisa, y, a partir de eso, todo lo demás. De esta forma, el Estado belga podría ser sancionado por incumplir las obligaciones del Tratado –si se considera que la normativa en cuestión lesiona la competencia en el mercado interior–, pero no podría serlo a través del artículo 81 TCE, sino simplemente, por el artículo 10 en relación con el art. 3.1.g del texto comunitario mencionado.

En este caso, para que el Estado belga pueda resultar responsable de una lesión de la competencia en el mercado interior, habría que ver si la legislación enjuiciada realmente obstaculiza la libre competencia. La normativa belga recoge una prohibición pura y simple de publicidad de los servicios ofertados –como ocurría en el asunto *IAA* en relación con la publicidad comparativa–. Lo que se prohíbe es llevar a cabo publicidad *de cualquier naturaleza*; por ello, tomando como referencia la sentencia del caso *IAA*, debería concluirse que tal medida es contraria al Derecho europeo de la competencia, porque impide que los profesionales pueda competir entre ellos haciendo publicidad de sus servicios.

Los supuestos especiales que recoge la normativa belga sí podrían ser compatibles con el Derecho de la competencia, al poder quedar justificados por el interés general. Así, se trata de supuestos excepcionales en los que, por

un lado, se podría inducir a error sobre la legalidad de la actividad anunciada –cuando se emite publicidad «por medio de vitrinas o rótulos, o de inscripciones o placas»–, y, por otro lado, se ofrecen determinadas contraprestaciones que podrían alterar la percepción de profesionalidad del servicio prestado –cuando se realiza publicidad mediante «prospectos, circulares, octavillas y folletos, en la prensa, por radio o televisión y en salas de cine, mediante promesa o concesión de ventajas de cualquier clase, tales como bonificaciones, transporte gratuito de pacientes, o a través de corredores o captadores»–.

La normativa que impide realizar publicidad, *de cualquier naturaleza*, de los servicios profesionales debe ser considerada incompatible con el Derecho de la competencia, por obstaculizar el ejercicio de la profesión en el mercado. Salvo en los supuestos especiales mencionados en el artículo 3 de la ley de 15 de abril de 1958, que pueden quedar acogidos por la excepción del interés general, en la generalidad de los casos debe permitirse que los profesionales –en este caso del sector médico-dental– puedan realizar publicidad de sus servicios.

Juliana Rodríguez Rodrigo

### **Caso N.º 58 - STPI de 10 de abril de 2008, *Deutsche Telekom/Comisión*, T-271/03**

#### NOTA

Competencia - Artículo 82 CE - Precios de acceso a la red fija de telecomunicaciones en Alemania - Compresión de márgenes - Precios aprobados por la autoridad nacional reguladora de las telecomunicaciones - Margen de maniobra de la empresa en posición dominante.

As. T-271/03, Deutsche Telekom AG, contra Comisión de las CE. Tiene por objeto la anulación de la Decisión de la Comisión 2003/707/CE, de 21 de mayo de 2003, en un procedimiento con arreglo al art. 82 CE (asuntos COMP/C-1/37.451, 37.578, 37.579 - Deutsche Telekom AG) (DO L 263, p. 9) y, con carácter subsidiario, la reducción de la multa impuesta en el art. 3.

1. Deutsche Telekom AG, el operador histórico de telecomunicaciones en Alemania, explota la red telefónica alemana. Con anterioridad a la liberalización del mercado de las telecomunicaciones, ejercía un monopolio legal sobre la prestación de servicios de telecomunicación a los abonados a la red fija. Desde la Ley alemana de telecomunicaciones de 1996 (TKG), compite en los mercados de puesta a disposición de infraestructuras y de prestación de servicios de telecomunicación con otros operadores.

Cada una de las redes locales de Deutsche Telekom contiene varios bucles locales (circuito físico que conecta el extremo de la red en las dependencias del abonado a la red de distribución principal o a cualquier otra ins-

talación equivalente de la red pública de telefonía fija), a los que da acceso a otros operadores de telecomunicaciones y a los abonados. Desde la Resolución n.º 223 del Ministerio Federal de Correos y Telecomunicaciones de 28 mayo 1997 (BMPT), Deutsche Telekom debía permitir a sus competidores un acceso completamente desagregado a los bucles locales. La tarifa mayorista está compuesta por un abono mensual y una cuota inicial. Cuando un competidor cancela una línea de abonado, Deutsche Telekom le cobra gastos de cancelación. Según el art. 25.1 TKG, la tarifa mayorista debía ser previamente aprobada por la Autoridad Reguladora de Telecomunicaciones y Correos (RegTP), que verifica si las tarifas mayoristas propuestas satisfacen los requisitos establecidos por el art. 24 TKG. Respecto a los servicios de acceso para abonados, ofrece la línea analógica tradicional (T-Net) y la línea digital de banda estrecha (T-ISDN). En ambos casos, el servicio de acceso puede prestarse a través de la red histórica de par de cobre de Deutsche Telekom (conexiones de banda estrecha). También ofrece a sus abonados conexiones de banda ancha (T-DSL o ADSL), para las que tuvo que ampliar las líneas T-Net o T-ISDN existentes. La tarifa por los servicios de acceso para abonados (tarifa minorista) a las líneas analógicas o ISDN está sujeta a un régimen de precios máximos. En cambio, fija libremente sus precios minoristas de ADSL, aunque estos pueden estar sujetos a una regulación a posteriori. Los precios minoristas constan de un abono mensual, en función de la calidad de las líneas y de los servicios puestos a disposición, y de una cuota inicial en concepto de activación o transferencia de una línea, en función de los trabajos necesarios en sus dos extremos. No cobra gastos de cancelación a sus abonados.

Según la Decisión de la Comisión, los mercados de referencia son el mercado ascendente de acceso de los competidores a la red local y el mercado descendente de acceso de los abonados a las líneas de banda estrecha (líneas analógicas e ISDN) y de banda ancha (líneas ADSL). Geográficamente, estos mercados abarcan el territorio de Alemania. Para la Comisión, se produjo la infracción del art. 82 TCE al facturar a sus competidores por sus servicios mayoristas precios superiores a los precios minoristas que factura a sus abonados, aplicando una tarifa abusiva en forma de compresión de márgenes, esto es, cuando el conjunto de las tarifas mensuales y fijas pagaderas en concepto de acceso mayorista obliga a los competidores a facturar a sus clientes finales unos precios superiores a los que aquella empresa cobra a sus clientes finales por los mismos servicios. Si las tarifas mayoristas son superiores a las tarifas minoristas, los competidores no pueden realizar beneficios, aunque sean igual de eficientes, puesto que además de las tarifas mayoristas tienen que soportar otros costes adicionales en concepto de marketing, facturación, cobro, etc. Al cobrar a sus competidores unas tarifas mayoristas por el acceso a los bucles locales superiores a las tarifas que factura a sus propios clientes finales por el acceso a la red local, impide que aquellos puedan ofrecer también servicios de acceso a través del bucle local,



y no solo llamadas telefónicas. De esta manera, obliga a los competidores interesados a disponer de bucles locales desagregados para ofrecer servicios de conexión a sus clientes que compensen las pérdidas derivadas de los servicios de acceso aplicando unas tarifas mayores a las llamadas telefónicas. Las tarifas de las llamadas en Alemania experimentaron en los últimos años un descenso importante, por lo que a menudo a los competidores les resultó imposible proceder a semejante compensación.

Según la Comisión, se aplica una compresión abusiva de márgenes cuando la diferencia entre las tarifas minoristas de una empresa dominante y las tarifas mayoristas para servicios comparables que aplica a sus competidores es negativa o insuficiente para cubrir los costes específicos de producto incurridos por el operador dominante en la prestación de sus propios servicios minoristas en el mercado descendente. A tenor de sus cálculos, entre 1998 y 2001, el margen entre la tarifa mayorista y minorista de Deutsche Telekom fue negativo. En 2002 este margen fue positivo, pero insuficiente para cubrir los costes específicos derivados de la prestación de servicios a los abonados, por lo que siguió existiendo compresión de márgenes en 2002 y cuando se adoptó la Decisión. Aunque ambas tarifas están sujetas a regulación sectorial, Deutsche Telekom disponía de un margen de maniobra suficiente para minimizar o incluso neutralizar la compresión de márgenes mediante reestructuraciones de tarifas. Y aunque desde el 1.1.2002 no disponía de margen de maniobra para aumentar los precios minoristas correspondientes a las líneas analógicas e ISDN, podía haber reducido la compresión de márgenes aumentando sus precios por las líneas ADSL, por lo que Deutsche Telekom habría abusado de su posición dominante en los mercados de referencia del acceso directo a su red de telefonía fija al fijar precios no equitativos para los servicios de acceso mayorista prestados a competidores y para los servicios de acceso minorista a la red local.

2. En su recurso, Deutsche Telekom solicita la anulación de la Decisión y, subsidiariamente, una reducción de la multa impuesta en el art. 3. Merecen ser destacados los razonamientos del TPI en relación con las alegaciones de inexistencia de comportamiento abusivo de la demandante por razón de su margen de maniobra insuficiente para evitar la compresión de márgenes, de ilegalidad del método empleado por la Comisión para comprobar la compresión de márgenes, y de falta de efectos en el mercado de la compresión de márgenes.

**A) Sobre la inexistencia de comportamiento abusivo por razón de su margen de maniobra insuficiente para evitar la compresión de márgenes.** Como se señala por el TPI, los arts 81 y 82 CE se refieren a comportamientos contrarios a las normas sobre la competencia adoptados por las empresas por iniciativa propia. Si una legislación nacional impone a las empresas un comportamiento contrario a la competencia o si crea un marco jurídico que limita cualquier posibilidad de comportamiento competitivo por parte de las empresas, no son de aplicación aquellos preceptos porque la res-

tricción de la competencia no se debe a comportamientos autónomos de las empresas (SSTJ 29 octubre 1980, van Landewyck y otros/Comisión, 20 marzo 1985, Italia/Comisión, 10 diciembre 1985, Stichting Sigarettenindustrie y otros/Comisión, 11 noviembre 1997, Comisión y Francia/Ladbroke Racing, 9 septiembre 2003, CIF). Examina, por ello, si el marco jurídico alemán (TKG, Reglamento de regulación de las tarifas y resoluciones adoptadas por la RegTP) elimina cualquier posibilidad de comportamiento competitivo o si deja un margen de maniobra suficiente para fijar sus tarifas como para haber permitido eliminar o reducir la compresión de márgenes. Constata que esa regulación exige que los precios minoristas para el acceso a las líneas analógicas e ISDN sean aprobados por la RegTP en el marco de un régimen de precios máximos. El precio máximo se aplicaba a dos cestas (servicios para clientes particulares y servicios para clientes empresariales) que, entre el 1.1.1998 y el 31.12.2001, incluían los servicios de acceso y las llamadas telefónicas (locales, regionales, de larga distancia e internacionales). El fijado por la Resolución del BMPT de 17.12.1997 obligó a Deutsche Telekom a reducir en un 4,3% el precio global de cada una de las dos cestas durante el período comprendido entre el 1.1.1998 y el 31.12.1999 y, a raíz de la Resolución RegTP de 23.12.1999, en un 5,6% durante el período comprendido entre el 1.1.2000 y el 31.12.2001. Sin embargo, Deutsche Telekom aún podía modificar sus precios dentro de este marco, una vez obtenida la autorización previa de la RegTP. No rebatió que en 2001 redujo sus precios por las llamadas telefónicas mucho más de los niveles impuestos por la RegTP para las cestas en su conjunto. Esta reducción creó un margen de maniobra para aumentar sus precios minoristas de acceso a sus líneas analógicas e ISDN. Por ello, concluye el TPI, la Comisión declaró acertadamente que, habida cuenta de las seis solicitudes de reducción de precios de las llamadas telefónicas presentadas durante el período comprendido entre el 1.1.1998 y el 31.12.2001, Deutsche Telekom disponía de margen de maniobra para formular solicitudes de aumento de precios por sus servicios de acceso a las líneas analógicas e ISDN, respetando el límite global de las cestas de servicios a particulares y a empresarios.

Analiza seguidamente si, a pesar del margen de maniobra, la intervención de la RegTP en la fijación de las tarifas hizo que Deutsche Telekom dejara de estar sometida al art. 82 CE. Deutsche Telekom admitió su influencia en el importe de su tarifa minorista mediante las solicitudes de autorización presentadas ante la RegTP, por lo que no había duda de que los efectos restrictivos de la competencia ligados a la compresión de márgenes no tienen su origen solamente en el marco jurídico nacional aplicable. Deutsche Telekom, no obstante, insiste en su falta de responsabilidad con arreglo al art. 82 CE, puesto que la RegTP efectuaba un control ex ante de la compatibilidad de sus tarifas con ese precepto. A lo que el Tribunal responde que lo dispuesto por la TKG, en vigor desde el 1.8.1996, no demuestra que la RegTP examinara la compatibilidad con el art. 82 CE de las solicitudes de

modificación de las tarifas minoristas por el acceso a las líneas analógicas e ISDN. Aunque la RegTP, al igual que cualquier órgano del Estado, está obligada a respetar las disposiciones del TCE, era la autoridad alemana encargada de aplicar la normativa sectorial en el ámbito de las telecomunicaciones, y no la autoridad de la competencia del Estado miembro. Las autoridades reguladoras nacionales operan de acuerdo con el Derecho nacional, que puede proponerse objetivos, inscritos en las políticas de telecomunicaciones, distintos de los perseguidos por la política comunitaria de competencia [Comunicación de la Comisión, de 22.8.1998, sobre la aplicación de las normas de competencia a los acuerdos de acceso en el sector de las telecomunicaciones - Marco jurídico, mercados de referencia y principios (DO C 265, p. 2), apartado 13]. La RegTP, en algunas de sus Resoluciones, examinó la cuestión de la compresión de márgenes y consideró, tras haber constatado la diferencia negativa entre los precios por los servicios mayoristas y los precios minoristas, que el recurso a la subvención cruzada entre la tarifa por los servicios de acceso y la tarifa por las llamadas telefónicas debía permitir al resto de operadores ofrecer a sus abonados precios competitivos. El hecho de que la RegTP no se opusiera a las tarifas solicitadas, tras haber reconocido la necesidad de sus competidores de recurrir a la subvención cruzada para poder ofrecer a sus abonados precios competitivos por los servicios de acceso, demuestra, a juicio del TPI, que la RegTP no examinó la compatibilidad de las tarifas controvertidas con el art. 82 CE o que lo aplicó erróneamente. En todo caso, aunque la RegTP estuviera obligada a examinar la compatibilidad con el art. 82 CE de la tarifa minorista propuesta por la demandante, ello no es obstáculo para que la Comisión pueda constatar una infracción imputable a Deutsche Telekom, pues la Comisión no está vinculada por una resolución de un órgano jurisdiccional nacional en aplicación del art. 82 CE (STJ 14 diciembre 2000, Masterfoods y HB).

Examina el TPI, por último, si Deutsche Telekom hizo uso del margen de maniobra de que disponía para intervenir en sus precios minoristas con el fin de evitar la compresión de márgenes en el período comprendido entre el 1.11998 y el 31.12.2001, y concluye que no lo hizo y que incluso lo utilizó para rebajar el precio minorista de sus líneas ISDN durante este mismo período.

**B) Sobre la ilegalidad del método empleado por la Comisión para comprobar la compresión de márgenes.** Previo al análisis de las distintas objeciones y argumentos formulados por Deutsche Telekom, se advierte por el TPI que el control que ejerce sobre valoraciones económicas complejas hechas por la Comisión se limita necesariamente a comprobar si se respetaron las normas de procedimiento y de motivación, así como la exactitud material de los hechos, la falta de error manifiesto de apreciación y de desviación de poder (SSTJ 11 julio 1985, Remia y otros/Comisión, 17 noviembre 1987, BAT y Reynolds/Comisión, y 2 octubre 2003, Thyssen Stahl/Comisión). Añade que, aunque el juez comunitario hasta el momento

no se haya pronunciado explícitamente sobre el método que ha de aplicarse para determinar la existencia de compresión de márgenes, de la jurisprudencia se desprende claramente que el carácter abusivo de las prácticas sobre tarifas de una empresa dominante se determina, en principio, sobre la base de su propia situación, atendiendo a sus propias tarifas y costes, y no en relación con la situación de sus competidores efectivos o potenciales. Así, en la STJ de 3 julio 1991, AKZO/Comisión, el TJ solo tomó en consideración la tarifa y los costes de la empresa dominante para evaluar si las prácticas sobre tarifas de AKZO eran abusivas. El TJ no adoptó el enfoque propuesto por el Abogado General, según el cual era necesario analizar la estructura de costes de cada una de las tres empresas (AKZO y sus dos competidores) que tenían el monopolio de oferta, para poder obtener una imagen exacta del nivel de precios efectivamente justificado desde el punto de vista económico. Adoptó un enfoque similar la STPI de 30 noviembre 2000, Industrie des poudres sphériques/Comisión, y también la Comisión, en su Decisión 88/518/CEE, de 18 julio 1988, relativa a un procedimiento en virtud del artículo [82 CE] (IV/30.178 - Napier Brown - British Sugar). Cualquier otro enfoque, según el Tribunal, podría vulnerar el principio general de seguridad jurídica. Si la legalidad de las prácticas sobre tarifas de una empresa dominante dependiera de la situación específica de las empresas competidoras, en particular, por la estructura de sus costes –generalmente desconocidos para la empresa dominante– esta última ni siquiera podría apreciar la legalidad de sus propios comportamientos.

En relación con la objeción de que la Comisión solo tuvo en cuenta los ingresos por el conjunto de servicios de acceso, excluyendo los ingresos por otros servicios como los procedentes de las llamadas telefónicas, el TPI declara que si bien es cierto que, desde el punto de vista del abonado, los servicios de acceso y de llamadas telefónicas forman un todo, no lo es menos que, para los competidores, la prestación del servicio de llamadas a los abonados a través de la red fija de Deutsche Telekom presupone un acceso al bucle local. La igualdad de oportunidades entre un operador histórico propietario de la red fija y sus competidores implica entonces que los precios por los servicios de acceso se fijen en un nivel que coloque a los competidores en pie de igualdad con el operador histórico para la prestación de servicios de llamadas. Esta igualdad de oportunidades únicamente se garantiza si el operador histórico fija unos precios minoristas que permita a sus competidores repercutir todos los costes derivados del servicio mayorista sobre sus precios minoristas. Si el operador histórico no respeta este principio, los nuevos entrantes solo pueden ofrecer servicios de acceso a sus abonados incurriendo en pérdidas, viéndose obligados a compensar las pérdidas sufridas en el acceso al bucle local con tarifas más elevadas por las llamadas telefónicas, lo que también falsea la competencia en el mercado de las llamadas.

**C) Sobre la falta de efectos en el mercado de la compresión de márgenes.** Insiste el TPI en que el concepto de explotación abusiva es un con-

cepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que pueden influir en la estructura de un mercado en el que, debido justamente a la presencia de la empresa de que se trate, la intensidad de la competencia se encuentra ya debilitada, y que producen el efecto de obstaculizar, por medios diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios con arreglo a las prestaciones de los agentes económicos, el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia. En el caso, la Comisión ha afirmado que las prácticas sobre tarifas de Deutsche Telekom han restringido la competencia en el mercado de los servicios de acceso para abonados de la propia existencia de la compresión de márgenes. Y, aunque no es necesario demostrar el efecto contrario a la competencia, añade que Deutsche Telekom es propietaria de la red telefónica fija en Alemania (en el momento en que se adoptó la Decisión no existía en Alemania ninguna otra infraestructura que permitiera a los competidores de la demandante entrar de modo viable en el mercado de los servicios de acceso para abonados), por lo que, si los servicios mayoristas de la demandante son imprescindibles para que cualquiera de sus competidores pueda entrar en el mercado descendiente de los servicios de acceso para abonados, la compresión de márgenes entre las tarifas por los servicios mayoristas y minoristas es un obstáculo para el desarrollo de la competencia en los mercados descendientes. En cuanto Deutsche Telekom, como propietaria de la red fija, no necesita recurrir a servicios mayoristas para poder ofrecer servicios de acceso a los abonados y no se ve obligada, por razón de las prácticas sobre tarifas de una empresa dominante, a tratar de compensar las pérdidas sufridas en el mercado de los servicios de acceso para abonados, la compresión de márgenes falsea el juego de la competencia en el mercado de acceso para abonados y también en el de las llamadas telefónicas. Las escasas cuotas de mercado alcanzadas por los competidores en el mercado de los servicios de acceso para abonados desde su liberalización acreditan los obstáculos que las prácticas sobre tarifas suponen para el desarrollo de la competencia en estos mercados.

El hecho de que la competencia haya evolucionado de forma menos favorable en otros Estados miembros no demuestra, a juicio del TPI, que en Alemania, mercado geográfico de referencia, las prácticas sobre tarifas no hayan producido efectos contrarios a la competencia. La situación en los demás Estados miembros podría estar relacionada con una liberalización posterior a 1997, fecha desde la que Deutsche Telekom estaba obligada, de acuerdo con el Derecho alemán, a permitir a sus competidores un acceso totalmente desagregado al bucle local. El art. 3 del Reglamento (CE) n.º 2887/2000 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 18 de diciembre de 2000, sobre el acceso desagregado al bucle local (DO L 336, p. 4), impone esta obligación a los operadores históricos a partir del 31.12.2000. La situación en otros Estados miembros también podría relacionarse con la existencia de otras infracciones al Derecho comunitario de la competencia, pero,

incluso suponiendo que la Comisión no hubiera velado por la aplicación del Derecho comunitario en materia de competencia, tal circunstancia no podría justificar la infracción del art 82 CE cometida por Deutsche Telekom.

Manuela Eslava Rodríguez

### **Caso N.º 59 - STPI de 18 de junio de 2008, Hoechst GmbH/Comisión, T-410/03**

#### NOTA

Competencia - Prácticas colusorias - Mercado de los sorbatos - Decisión en la que se constata una infracción del artículo 81 CE - Cálculo del importe de las multas - Obligación de motivación - Gravedad y duración de la infracción - Circunstancias agravantes - Principio *non bis in idem* - Cooperación durante el procedimiento administrativo - Acceso al expediente - Duración del procedimiento.

En el asunto T-410/03, Hoechst GMBH contra Comisión CE, que tiene por objeto la pretensión de que se anule, en lo que afecta a la demandante, la Decisión 2005/493/CE de la Comisión, de 1 de octubre de 2003, relativa a un procedimiento de conformidad con los arts. 81 del TCE y 53 del Acuerdo EEE contra Chisso Corporation, Daicel Chemical Industries Ltd, Hoechst AG, The Nippon Synthetic Chemical Industry Co. Ltd y Ueno Fine Chemicals Industry Ltd (Asunto COMP/E-1/37.370 - Sorbatos) o, con carácter subsidiario, que se reduzca a un nivel adecuado el importe de la multa impuesta a la demandante.

1. En su Decisión 2005/49/CE, la Comisión constató que Chisso, Daicel, Nippon Synthetic y Ueno (domiciliadas en Japón) y Hoechst GMBH (domiciliada en Alemania) habían infringido los arts 81.1 CE y 53 del Acuerdo sobre el EEE al participar en una práctica colusoria en el mercado de los sorbatos acordando fijar unos objetivos de precios y atribuirse cuotas expresadas en volumen, establecer un sistema de información y de control y no suministrar tecnología a las empresas que quisieran entrar en el mercado. La infracción duró desde el 31.12.1978 hasta el 31.10.1996, en el caso de Chisso, Daicel, Ueno y Hoechst, y desde el 31.12.1978 hasta el 30.11.1995, en el caso de Nippon Synthetic.

Los sorbatos son conservantes químicos (agentes antimicrobianos) capaces de retrasar o prevenir el desarrollo de microorganismos como la levadura, las bacterias, el moho o los hongos. Se utilizan esencialmente en alimentos y bebidas. Sirven también para preservar otras características de los alimentos, como el gusto, el color, la textura y el valor nutritivo. Son muy útiles para estabilizar los productos farmacéuticos y cosméticos, y los alimentos para animales. En el momento de los hechos, existían siete suministradores de sorbatos: dos empresas europeas (Hoechst y Cheminova), una

empresa americana (Monsanto, posteriormente Eastman Chemical Company) y las restantes japonesas (Chisso, Daicel, Nippon Synthetic y Ueno). Hasta la transferencia de sus actividades en el sector de los sorbatos a su filial al 100 % (Nutrinova) en 1997, Hoechst era la empresa de mayor peso en los mercados mundial y europeo. A continuación venían Chisso, Daicel, Nippon Synthetic y Ueno.

La Comisión les ordenó el cese inmediato en las infracciones, si no lo habían hecho ya, y que se abstuvieran en lo sucesivo de cualquier acto o comportamiento de los descritos en el art. 1, así como de cualquier medida que tuviera un objeto o un efecto equivalente, y les impuso unas multas cuyo importe se calculó siguiendo las Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación de los arts. 15.2 del R. n.º 17 y 65.5 del TCECA, en la Comunicación sobre la cooperación de 1996. Para determinar el importe de la multa impuesta a Hoechst tuvo en cuenta el papel de impulsor del cártel desempeñado por dicha empresa, junto con Daicel, y su condición de reincidente. A Hoechst se le aplicó no obstante una reducción de un 50% del importe de su multa en atención a su cooperación durante el procedimiento administrativo.

Entre 1998 y 2001, en Estados Unidos y en Canadá se iniciaron actuaciones contra las prácticas de fijación de precios en el sector de los sorbatos. A raíz de dichas actuaciones se impusieron multas a Daicel, Hoechst, Nippon Synthetic y Ueno (en el procedimiento de Estados Unidos) y a Daicel, Hoechst y Ueno (en el procedimiento de Canadá).

2. Hoechst articuló su recurso en trece motivos. En los motivos primero y cuarto insta la anulación de la Decisión, en lo que a ella respecta; en el decimotercero, la anulación del art. 2. Los demás se destinan a obtener una reducción de la multa.

De lo alegado por Hoechst en orden a obtener la anulación de la Decisión en su totalidad, lo más relevante, a la vista del fallo, fue la invocación de una violación de los principios de buena administración y de igualdad de trato en apoyo de su denuncia de violación del derecho de acceso al expediente. Infracción que reitera la empresa demandante en los motivos octavo y noveno del recurso, dirigidos a obtener una reducción del importe de la multa. Del resto de motivos destinados a esta última pretensión merecen reseñarse los relativos a la gravedad de la infracción, el papel de líder atribuido a Hoechst, su reincidencia en comportamientos anticompetitivos, el alcance su colaboración con la Comisión y, finalmente, sobre la incidencia de los procedimientos iniciados en terceros Estados.

**A) Sobre la infracción de los principios de buena administración e igualdad de trato.** Hoechst había alegado una actitud parcial o una desigualdad de trato por la Comisión al aplicar la Comunicación sobre la cooperación de 1996. En una nota interna de 9.11.1998, en la que se aludía a las primeras reuniones celebradas con Hoechst y Chisso, la Comisión había indicado no haber informado a los abogados de Chisso de que otras empresas

estaban aportando información, ni haber informado a esas otras empresas de que Chisso había solicitado la dispensa de la multa. Sin embargo, en el informe relativo a la reunión de 13.11.1998 entre Chisso y la Comisión se indicaba por uno de los funcionarios responsables que advertiría a esta empresa en el caso de que otra intentase adelantarla en lo relacionado con la Comunicación de la cooperación. Para el TPI esos hechos suponen una infracción de los principios de buena administración y de igualdad de trato, aunque no de la entidad suficiente como para afectar a la validez de la Decisión en lo que se refiere a la existencia de la infracción y a la prioridad de la cooperación de Chisso, sí para en el importe de la multa. Sin perjuicio de que deduzca este efecto jurídico, y no la anulación, en la sentencia se resalta la obligación de la Comisión de respetar en los procedimientos administrativos las garantías que confiere el ordenamiento comunitario, y, entre ellas, los principios de buena administración e igualdad de trato invocados por la demandante. Recuerda así el TPI que el primero obliga a examinar cuidadosa e imparcialmente todas las circunstancias pertinentes del asunto; y que el segundo, en lo que concierne a la colaboración prestada por las empresas, impone a la Comisión el deber de valorar esa colaboración, tratando de manera idéntica situaciones comparables o no dando trato igual a situaciones diferentes (entre otras, STPI 25 octubre 2005, Groupe Danone c. Comisión).

**B) Sobre la gravedad de la infracción.** Las Directrices establecen que, al evaluar la gravedad de la infracción, se tome en consideración su naturaleza, sus repercusiones concretas sobre el mercado, siempre y cuando se puedan determinar, y la dimensión del mercado geográfico afectado. La gravedad de las infracciones, ha señalado el TJ, debe determinarse en función de un gran número de factores, sin que se haya establecido una lista taxativa o exhaustiva de criterios que deban tenerse en cuenta obligatoriamente (SSTJ 15 de octubre de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, y 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión). La naturaleza de la infracción, se dice en la sentencia, desempeña un papel primordial para caracterizar las infracciones calificadas de muy graves. Añade el TPI que de la descripción de las infracciones muy graves en las Directrices se deduce que unos acuerdos o prácticas concertadas orientados principalmente, como en el presente asunto, a la fijación de objetivos de precios o a la atribución de cuotas de ventas expresadas en volumen pueden merecer la calificación de muy graves exclusivamente en atención a su propia naturaleza, sin necesidad de que tales comportamientos se caractericen por una repercusión especial (STPI 27 de julio de 2005, Brasserie nationale y otros/Comisión).

La Comisión tomó también en consideración las repercusiones concretas del cártel en el mercado al valorar la gravedad de la infracción, aunque no sea preciso cuando se ha acreditado el objeto contrario a su competencia. Hoechst no había impugnado la conclusión de la Comisión sobre la aplicación de los acuerdos del cártel, y, como se trataba principalmente de acuerdos sobre los precios, a juicio del TPI, la Comisión concluyó legítimamente



que la infracción había producido efectos desde el momento en que los miembros del cártel tomaron medidas para aplicar los precios acordados. Añade que, acreditada la aplicación de los acuerdos del cártel, no es exigible a la Comisión que demuestre sistemáticamente si tales acuerdos permitieron efectivamente que las empresas implicadas alcanzasen un nivel de precios facturados superior al que habría predominado de no haber existido el cártel. La fijación de un precio, aunque sea meramente indicativo, afecta al juego de la competencia, por cuanto permite que todos los participantes en unas prácticas colusorias prevean con un grado razonable de fiabilidad cuál será la política de precios que aplicarán sus competidores. Este tipo de prácticas colusorias llevan aparejada una intervención directa en los parámetros esenciales de la competencia en el mercado de que se trate: al expresar una voluntad común de aplicar un cierto nivel de precios a sus productos, los fabricantes implicados renuncian a determinar autónomamente su política en el mercado, con lo que vulneran la concepción inherente a las normas sobre la competencia del Tratado (STPI de 29 de noviembre de 2005, Heubach/Comisión).

**C) Sobre el papel de líder y su calificación de circunstancia agravante.** En su segundo motivo, Hoechst invoca una violación de su derecho a ser oído en cuanto a la imputación de líder del cártel, considerada circunstancia agravante en la Decisión. En el sexto motivo, Hoechst alega que el incremento del importe de la multa basado en su condición de líder carece de justificación. El TPI comienza el análisis de estos motivos recordando que el derecho de defensa exige que el pliego de cargos dirigido por la Comisión a una empresa a la que pretende imponer una sanción por infracción de las normas sobre la competencia contenga los elementos esenciales de las imputaciones formuladas contra ella, como los hechos que se le reprochan, la calificación que se da a tales hechos y los elementos de prueba en que se funda la Comisión, a fin de que la referida empresa pueda hacer valer adecuadamente sus alegaciones en el procedimiento administrativo dirigido contra ella. Por lo que respecta al cálculo del importe de las multas, la Comisión cumple su obligación de respetar el derecho de las empresas a ser oídas desde el momento en que indica expresamente, en el pliego de cargos, que va a examinar si procede imponer multas a las empresas afectadas e indica los principales elementos de hecho y de Derecho que pueden dar lugar a la imposición de una multa, tales como la gravedad y la duración de la presunta infracción y el hecho de haberla cometido deliberadamente o por negligencia. La Comisión les da así las indicaciones necesarias para defenderse, no solo contra la calificación de los hechos como infracción, sino también contra la posibilidad de que se les imponga una multa.

Recuerda igualmente que el papel de líder desempeñado por una empresa en un cártel debe ser tenido en cuenta a efectos de calcular el importe de la multa, ya que debe asumir, por ello, una responsabilidad especial en comparación con las demás empresas (SSTPI de 14 de mayo de 1998, Mayr Melnhof/Comisión, y de 29 de abril de 2004, Tokai Carbon y otros/Comi-

sión). El punto 2 de las Directrices establece, entre las circunstancias que pueden justificar el aumento del importe de base de la multa, la función de responsable o instigador de la infracción (tercer guión). Para ser calificada de responsable (líder), por tanto, la empresa de que se trate debe haber sido un importante impulsor del cártel.

En este asunto, aunque en el pliego de cargos figuraban los hechos que tuvo en cuenta la Comisión para respaldar su imputación de líder del cártel contra Hoechst, se describían en diversos puntos de dicho documento, sin conexión entre ellos y sin que la Comisión les atribuyera calificación alguna. Únicamente en la fase de adopción de la Decisión fueron reunidos en una sola parte y apareció claramente formulada la imputación de líder del cártel contra Hoechst. Además, añade el TPI lo siguiente: 1.º) El hecho, mencionado en el pliego de cargos, de que Hoechst fuera normalmente el primero en anunciar los nuevos precios en Europa, seguido más tarde por los fabricantes japoneses, no es un indicio de su papel de líder del cártel si las circunstancias del asunto acreditan que el precio o el incremento fueron fijados previamente de común acuerdo con el resto de los miembros del cártel y que estos decidieron también cuál de ellos sería el primero en hacer el anuncio, ya que tal designación revela que el hecho de anunciar el precio o el incremento en primer lugar no es más que un acto de estricta observancia de un plan predefinido por voluntad común y no una iniciativa espontánea que dé impulso al cártel. 2.º) No eran, como se mencionaba en el pliego de cargos, Daicel y Hoechst las que acordaban el orden del día de las reuniones comunes, sino los fabricantes japoneses. 3.º) La circunstancia de que Hoechst tuviera acceso, como miembro del CIPEC, a las estadísticas de las exportaciones japonesas mientras que los fabricantes japoneses no podían tener acceso a las alemanas no puede interpretarse en el sentido de que Hoechst constituía una fuerza motriz del cártel. 4.º) La frase del pliego de cargos invocada por la Comisión, según la cual, Hoechst era uno de los principales actores del cártel, debe ser leída en su contexto. En los puntos 281 y siguientes del pliego de cargos se precisaba el alcance de las responsabilidades de Hoechst y de Nutrinova, al ser esta última empresa la que se había hecho cargo de las actividades de Hoechst en el sector de los sorbatos a partir de 1997. No se delimitaba, o al menos no de un modo lo bastante preciso, ningún tipo de papel de líder desempeñado por Hoechst. 5.º) La imprecisión del pliego de cargos en cuanto a la calificación de líder del cártel llevó a Hoechst a centrarse en el tema de la organización de las reuniones comunes, único aspecto tratado inicialmente por la Comisión en el pliego de cargos. Concluye el TPI estimando que a Hoechst no se le ofreció la oportunidad de defenderse adecuadamente sobre este punto, por lo que estima este motivo y modifica la Decisión, en la medida en que imputa a Hoechst como circunstancia agravante su papel de líder del cártel.

**D) Sobre la reincidencia.** El punto 2 de las Directrices menciona como ejemplo de circunstancias agravantes la reincidencia de la misma empresa en

una infracción del mismo tipo. La constatación de una reincidencia y la valoración de sus características específicas forman parte de la facultad de apreciación por la Comisión de los factores que han de tomarse en consideración para determinar el importe de las multas, sin que pueda quedar vinculada por un eventual plazo de prescripción para tal constatación (S. de 8 de febrero de 2007, Groupe Danone/Comisión). Hoechst no negó haber sido destinataria de las cuatro decisiones mencionadas por la Comisión en la Decisión para motivar la reincidencia, ni que dichas decisiones se referían a infracciones del mismo tipo que la examinada en este asunto. La infracción que sanciona la Decisión ahora impugnada comenzó diez años después de adoptarse la Decisión de las materias colorantes (24 de julio de 1969). La Decisión del polipropileno (23 de abril de 1986) fue adoptada mientras se estaba cometiendo dicha infracción. La repetición por parte de Hoechst de un comportamiento infractor puso de manifiesto su propensión a no extraer las conclusiones oportunas de su condena por infracción de las normas comunitarias sobre la competencia. Hoechst pudo imaginar que la Comisión tendría en cuenta las decisiones anteriores antes mencionadas para una eventual calificación de reincidencia en el presente asunto. Por lo tanto, nada impedía que la Comisión se basara en la Decisión de las materias colorantes y en la del polipropileno a fin de constatar la reincidencia de Hoechst en el presente asunto.

Ahora bien, la Decisión PVC I (21 de diciembre de 1988) fue declarada inexistente por la STPI de 27 de febrero de 1992, BASF y otros/Comisión, y finalmente anulada por la STJ de 15 de junio de 1994, Comisión/BASF y otros (antes de que la Comisión adoptase la Decisión ahora impugnada). Y aunque la Decisión PVC II, adoptada por la Comisión a raíz de la anulación de la Decisión PVC I, repite gran parte de los fundamentos de hecho de esta última decisión, considera que el acuerdo o práctica concertada en cuestión se inició en agosto de 1980, mientras que la Decisión PVC I precisaba que el acuerdo o práctica concertada se había iniciado en septiembre de 1976 aproximadamente. Una diferencia similar existía en el importe de las multas impuestas a Hoechst (1 millón de ecus en la Decisión PVC I y 1,5 millones de ecus en la Decisión PVC II). En cuanto ambas decisiones no eran idénticas, concluye el TPI, la Comisión cometió un error al referirse a la Decisión PVC I para constatar la reincidencia de Hoechst.

En lo que respecta a la Decisión PVC II (27 de julio de 1994), adoptada mientras se estaba cometiendo la infracción, fue objeto de unos procedimientos judiciales que culminaron en las sentencias de 15 de octubre de 2002 y de 20 de abril de 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, después de finalizada la infracción ahora examinada. No obstante, la Decisión PVC II constituía título ejecutivo (art. 256.1.º TCE), dado que imponía una obligación pecuniaria a personas distintas de los Estados, y ello a pesar de la interposición de un recurso de anulación contra dicha Decisión al amparo del art. 230 TCE. Hoechst no solicitó la suspensión de la ejecu-

ción de la Decisión PVC II al amparo del artículo 242 TCE, segunda frase, y las citadas sentencias del TPI y del TJ, confirmatorias, se dictaron antes de que se adoptase la Decisión.

Finaliza el TPI afirmando que, para constatar la reincidencia de Hoechst, la Comisión pudo legítimamente basarse en la Decisión de las materias colorantes, en la del polipropileno y en la Decisión PVC II, pero no en la Decisión PVC I, y que el error cometido por la Comisión a propósito de la Decisión PVC I no basta para poner en entredicho la calificación de reincidencia, ni el porcentaje de incremento de la multa. La Decisión de las materias colorantes, la del polipropileno y la Decisión PVC II constituían una base suficiente. Nada indica en la Decisión impugnada que la constatación de la Comisión de que la reincidencia resultaba de varios precedentes haya dado lugar a un aumento del importe de la multa en atención a las circunstancias agravantes superior al que se habría fijado en el supuesto de que se hubiera detectado un único precedente (S. 25 de octubre de 2005, Danone/Comisión).

**E) Sobre la aplicación de la Comunicación sobre la cooperación de 1996.** Según esta Comunicación, la primera empresa en facilitar elementos determinantes para probar la existencia del acuerdo obtendrá una reducción del 75%, como mínimo, del importe de la multa que se le habría impuesto si no hubiera cooperado, reducción que puede llegar incluso a una exención total de la multa. No es preciso que la primera empresa facilite todas las pruebas de todos los detalles de funcionamiento del cártel, sino que le basta con aportar elementos determinantes. No exige que los datos facilitados sean suficientes por sí solos para elaborar un pliego de cargos, ni tampoco para adoptar una decisión definitiva en la que se reconozca la existencia de una infracción. Debe aportar datos que puedan utilizarse directamente como base probatoria principal para una decisión en la que se constate una infracción. La Comisión dispone de cierto margen de apreciación a la hora de determinar si la cooperación de que se trate fue determinante para facilitarle su tarea de detectar las infracciones y ponerles fin, y solo resulta censurable el hecho de sobrepasar manifiestamente dicho margen de apreciación (S. 15 de junio de 2005, Tokai Carbon y otros/Comisión). En aplicación de estas consideraciones, el TPI no considera que la Comisión cometiera error manifiesto de apreciación al afirmar que Chisso había sido la primera empresa en facilitar elementos determinantes para probar la existencia del cártel, pues de los datos con que se cuenta se deduce efectivamente que Chisso facilitó una descripción detallada de las actividades del cártel y de su funcionamiento en la reunión de 13.11.1998, y que esa descripción estaba respaldada por pruebas documentales que resultaron pertinentes para probar la existencia del cártel. Hoechst fue menos precisa y no reflejó correctamente el objeto y el funcionamiento del cártel, ni estaba respaldada por ninguna prueba documental. Con todo, el TPI recuerda que ciertas irregularidades del procedimiento, aunque insuficientes para anular la Decisión, pueden justificar a veces una reducción de la multa. Por ello considera la violación de los principios de

buena administración y de igualdad de trato en que incurrió la Comisión al aplicar la Comunicación de 1996, y decide, en ejercicio de su competencia jurisdiccional plena, reducir en un 10% la multa impuesta a Hoechst.

**F) Sobre el principio *non bis in idem*.** Hoechst impugnó la decisión de no deducir de la multa la impuesta en Estados Unidos. El TPI pone de relieve que el TJ ha convertido la identidad de los hechos imputados por la Comisión y por las autoridades del Estado tercero en un requisito previo para el análisis de dicha cuestión (SSTJ 18 de mayo de 2006, Archer Daniels Midland et Archer Daniels Midland Ingredients/Comisión, y SGL Carbon/Comisión), y que la aplicación del principio *non bis in idem* está supeditada a un triple requisito de identidad de los hechos, unidad de infractor y unidad de interés jurídico protegido. Aunque en la Decisión se indica que los hechos tienen por origen un mismo conjunto de acuerdos y que el mercado de los sorbatos puede ser analizado a nivel mundial, la aplicación del Derecho comunitario de la competencia presupone la existencia de un acuerdo, de una decisión o de una práctica concertada que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros o entre las Partes Contratantes del Acuerdo EEE, así como impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común o en el territorio cubierto por el Acuerdo EEE (arts 81.1 CE y 53.1 del Acuerdo EEE). La Comisión afirmó que el comportamiento contrario a la competencia tenía por objeto y por efecto restringir la competencia en la Comunidad y en el EEE, y que el acuerdo continuado entre los fabricantes de sorbatos afectó sensiblemente al comercio entre los Estados miembros y entre las Partes Contratantes del Acuerdo EEE. Aunque del acuerdo celebrado el 3 de mayo de 1999 entre Hoechst y el Ministerio de Justicia estadounidense se deduce que los hechos imputados a la empresa consistían en un cártel sobre los sorbatos vendidos en Estados Unidos y en otros lugares, también especifica que los sorbatos eran vendidos por Hoechst o sus filiales a consumidores establecidos en el Distrito Norte de California y, además, no fue acreditado que el procedimiento tramitado en Estados Unidos se refiriese a aplicaciones o efectos del cártel producidos en el EEE, algo que por lo demás hubiera supuesto una intromisión manifiesta en la competencia territorial de la Comisión (SS. de 9 de julio de 2003, Archer Daniels Midland y Archer Daniels Midland Ingredients/Comisión, y 29 de abril de 2004, Tokai Carbon y otros/Comisión). Declara así el TPI que las decisiones estadounidense y comunitaria de las autoridades en materia de competencia difieren en cuanto al interés jurídico protegido.

De acuerdo con los motivos acogidos, el TPI modifica la multa impuesta en la Decisión a Hoechst para tener en cuenta la violación de los principios de buena administración y de igualdad de trato en que incurrió la Comisión al aplicar la Comunicación sobre la cooperación y la indebida imputación de la agravante de líder, con lo que resulta un importe definitivo de la multa de 74,25 millones de euros.

Manuela Eslava Rodríguez

**Caso N.º 60. STPI de 16 de enero de 2008, *Isabella Scippacercola*, T-306/05**

NOTA

A) *Hechos*

El Tribunal de Primera Instancia resuelve el recurso interpuesto por I. Scippacercola e I. Terezakis contra la Comisión de las Comunidades Europeas, en el que las recurrentes reclaman la anulación de la Decisión de la Comisión, de 5 de mayo de 2005, por la que se deniega la apertura de una investigación detallada, en profundidad, sobre la infracción de las normas comunitarias de la competencia que implican las tasas impuestas en relación con la seguridad de pasajeros, la utilización de las terminales y el uso de los servicios de aparcamiento por AIA, que ocupa una posición dominante.

Los hechos que originan el litigio del que trae causa la sentencia que analizamos son los siguientes. Los usuarios del Aeropuerto Internacional de Atenas están obligados a abonar unas tasas impuestas por AIA, empresa encargada de gestionar dicho aeropuerto, en concepto de seguridad de pasajeros, utilización de las terminales y uso de los servicios de aparcamiento, así como el *spatosimo*, una tasa impuesta por ley número 2065/92 (FER A'113). Considerando la posición dominante de AIA y el carácter excesivo de las tasas impuestas por esta empresa, algunos de estos usuarios cuestionan la licitud de estas últimas con arreglo a los artículos 81 y 82 TCE y solicitan a la Comisión la apertura de una investigación en profundidad. La Comisión, ante las informaciones recibidas por los usuarios y por AIA, deniega la apertura de una investigación detallada respecto de las tasas impuestas por la empresa denunciada. Fundamentalmente, los motivos que justifican la decisión de la Comisión se refieren, de un lado, a la inaplicabilidad del artículo 82 TCE en relación con el carácter excesivo de las tasas impuestas en concepto de seguridad de pasajeros, al considerar que AIA, cuyos accionistas son el Estado griego y un consorcio de empresas, ejerce funciones esenciales del Estado. Y, de otro, la ausencia de interés comunitario. Frente a esta decisión se alza el recurso presentado por algunos usuarios del aeropuerto de Atenas ante el TPI.

Tras admitir la legitimación de I. Terezakis para recurrir la decisión de la Comisión con base en los artículos 7.2 Reglamento 1/2003 antiguo artículo 3.2.b del Reglamento número 17 y la jurisprudencia que lo interpreta, el Tribunal de Primera Instancia analiza los cuatro motivos en los que las recurrentes fundamentan su pretensión de anulación de la Decisión impugnada, y resuelve desestimando el recurso interpuesto por I. Scippacercola e I. Terezakis. Básicamente, los motivos alegados por los recurrentes son cuatro. En primer lugar, invocan el error en el que incurre la Comisión al no llevar a cabo una adecuada comparación de los costes e ingresos de AIA de Spata al no comprobar la exactitud y fundamento de la información facilitada por la empresa. En segundo lugar, alegan vulneración del artículo 82 TCE por la

Comisión al considerar que los controles de seguridad de los pasajeros no constituyen una actividad económica en el sentido del precepto y que los servicios de aparcamientos de coches no constituyen un mercado de referencia. En tercer lugar, invocan el error de Derecho en el que incurre la Comisión al no verificar la vulneración del principio de no discriminación derivada de la imposición de tasas distintas por los servicios de la terminal en vuelos nacionales o internacionales y la imposición de cargas en vuelos regulares que no se imponen en vuelos chárter. Alegación, esta última, que no ha sido resuelta por el TPI habida cuenta de que la vulneración señalada no fue invocada en el procedimiento administrativo previo del que trae causa el presente litigio. En aquel solo se cuestionó el carácter excesivo de las tasas impuestas pero no el carácter discriminatorio del *spatosimo*. Siguiendo una reiterada jurisprudencia, se trata de un motivo nuevo y, como tal, el Tribunal no puede entrar a conocer. Por último, como cuarto motivo, las partes alegan la infracción del artículo 253 TCE en la medida en que la Comisión no indicó los costes e ingresos de AIA sobre los que basó su conclusión relativa a que dicha empresa no incurría en precios excesivos.

## B) *Precios excesivos*

Respecto al primer motivo, las demandantes consideran que la Comisión no efectuó una adecuada comparación de los costes e ingresos de AIA de Spata. En su opinión, al no comprobar la exactitud y fundamento de la información facilitada por la empresa, la Comisión incumple las exigencias impuestas en la sentencia de 14 de febrero de 1978, asunto 27/76, *United Brands/Comisión*, en cuya virtud, se trata de apreciar si existe una desproporción excesiva entre el coste soportado y los precios reclamados y, en caso de respuesta afirmativa, examinar si se impone un precio excesivo en relación con productos competitivos. Desglosando en cada uno de los conceptos la vulneración de la jurisprudencia referida, los recurrentes alegan que, en primer lugar, respecto a la tasa en concepto de seguridad, teniendo en cuenta que trata de satisfacer una necesidad de interés general, esta no debe generar beneficios excesivos. Según los cálculos que ellos han efectuado, al ser muy superiores los beneficios obtenidos a los costes soportados por AIA, la tasa impuesta puede ser calificada como «precio excesivo» contrario al artículo 82 TCE. Además alegan que no existe proporcionalidad entre la tasa impuesta y el servicio prestado, y constatan la existencia de un importante incremento de la tasa, del 90%, tras los acontecimientos del 11-M; y las diferencias entre estas tasas y las establecidas en otros aeropuertos europeos.

La Comisión, en el marco de las denuncias interpuestas por los usuarios, no está obligada a decidir la existencia o no de infracción, gozando de un amplio margen de libertad en orden a definir las prioridades y la orientación de la política de la competencia atendiendo al interés comunitario. Los únicos límites a esta libertad vienen impuestos, de un lado, por el deber de la

Comisión de examinar el conjunto de elementos de hecho y de Derecho presentados por los denunciantes y, de otro, por la obligación de motivar la decisión por la que rechaza la investigación de los hechos denunciados, el examen de la denuncia. Una motivación que debe realizar de forma suficientemente precisa y detallada, de tal modo que permita al Tribunal ejercer el control efectivo sobre el ejercicio por la Comisión de su facultad discrecional en orden a decidir las prioridades, debiendo exponer los hechos y fundamentos de Derecho que justifican la decisión adoptada. Ahora bien, este control no puede llevar al Tribunal a sustituir la apreciación del interés comunitario de la Comisión por la suya propia, sino que tiene la finalidad de comprobar que la decisión controvertida no está basada en hechos materialmente inexactos, no está viciada de ningún error de Derecho, ni tampoco de ningún error manifiesto de apreciación, ni de desviación de poder.

Atendiendo a estas consideraciones, y a la vista de la decisión impugnada, el TPI afirma que, contrariamente a lo que sostienen los recurrentes, la Comisión sí ha comparado las tasas impuestas en otros aeropuertos europeos y ha concluido que no existían datos que indicaran que las tasas impuestas en el de Atenas puedan ser calificadas como precios excesivos que vulneren el artículo 82 TCE. Siguiendo las manifestaciones efectuadas por la Comisión, considera que los datos aportados por los recurrentes para calcular los ingresos obtenidos y los costes soportados y determinar así el carácter excesivo de los precios son «imprecisos». Además, a la vista de la información aportada por AIA, tales datos resultan erróneos.

En cuanto a la alegación relativa a no contrastar la información aportada por AIA, el TPI considera que tal circunstancia no afecta a la legalidad de la decisión impugnada toda vez que esta no tenía por objeto el establecimiento de la existencia o no de infracción, pues solo respondía a la denuncia presentada el 2 de julio de 2002 por I. Scippacercola, y no a la interpuesta por I. Terezakis. La Comisión se limita a afirmar que existe poca probabilidad de infracción para que el interés comunitario justifique una investigación de las prácticas denunciadas. Los argumentos en los que fundamenta esta decisión son dos. De un lado, que los datos ofrecidos por las partes no concluyen la existencia de infracción alguna; y, de otro, porque la comparación de tasas con las impuestas en otros aeropuertos y la información aportada por AIA conducen a afirmar la escasa probabilidad de que exista una infracción. En estas condiciones la investigación de la infracción implicaría un esfuerzo desproporcionado para la Comisión.

### C) *La vulneración del artículo 82 TCE*

Al no considerar los controles de seguridad como actividad económica en el sentido del artículo 82 TCE, entienden las partes que la Comisión vulnera la disposición citada. En su opinión, al ser AIA una sociedad privada, y teniendo en cuenta que el artículo 17.2 del Decreto de 29 de diciembre de



2000, en virtud del cual la responsabilidad de los sistemas de seguridad de los aeropuertos corresponde a la autoridad nacional de aviación civil, no excluye que los controles de seguridad puedan ser confiados a sociedades privadas, el pago de las tasas no es una obligación de servicio público impuesta por el Estado, sino una opción efectuada por la empresa gestora. Asimismo, la violación del precepto citado también se deriva de la decisión impugnada en cuya virtud los servicios de estacionamiento de automóviles no constituyen un mercado de referencia en el sentido de dicho precepto.

Considera el Tribunal, en relación con las tasas impuestas en concepto de seguridad, conforme a los motivos expuestos por la Comisión, la falta de interés comunitario que ha justificado la desestimación del primer motivo. En estas condiciones, conforme a una reiterada jurisprudencia, las alegaciones en las que se funda este segundo motivo deben ser desestimadas de plano por inoperantes, al estar dirigidas contra motivos de una decisión de la Comisión expuestos a mayor abundamiento. Sobre el servicio de estacionamiento como mercado de referencia, la Comisión declara la falta de interés comunitario, al considerar que era probable que dicho mercado no constituyera un mercado de referencia teniendo en cuenta que la infracción no producía efectos en los intercambios intracomunitarios, y no afectaba de manera sensible a la competencia en el mercado común y que su centro de gravedad se encontraba en Grecia, por lo que el conocimiento de los hechos denunciados correspondía a las autoridades de este país. Al no cuestionar las partes la apreciación del interés comunitario sino solo la violación por la Comisión del artículo 82 TCE al no considerar el estacionamiento de vehículo como mercado de referencia, entiende el Tribunal que el motivo corre la misma suerte que los anteriores y no puede prosperar. En su opinión, la Comisión ha indicado expresamente que no tomaba posición sobre este aspecto. No puede considerarse la existencia de un error manifiesto por la comisión al considerar que los pasajeros optarían por otros medios si la tasa por estacionamiento aumentara considerablemente. Se trataría de un abuso que debería hacerse valer ante los tribunales nacionales pero que carece de interés comunitario.

#### D) *La vulneración del artículo 253 TCE*

Al no evaluar correctamente las informaciones ofrecidas por AIA, consideran las partes que la Comisión ha vulnerado el artículo 253 TCE. Limitándose a informar a los demandantes que AIA no aplica precios excesivos sin permitir conocer las cifras y cálculos que les permiten llegar a tal conclusión, la Comisión incumple su obligación de actuar con diligencia y vulnera el principio de buena administración. Además, fundamentando su decisión denegatoria en la ausencia de interés comunitario, la Comisión no ha motivado en qué consiste ese interés comunitario. Siguiendo una reiterada jurisprudencia, consideran las recurrentes que, aunque la Comisión goce de un

amplio margen de libertad en el establecimiento de prioridades atendiendo al grado de interés comunitario y esté facultada para rechazar una denuncia considerando que no existe un interés que justifique la apertura de una investigación en profundidad, debe examinar diligentemente los fundamentos fácticos y jurídicos alegados por las partes para determinar si estos revelan la existencia de una conducta susceptible de falsear la competencia en el mercado común. A partir de estas consideraciones, las partes entienden que la Comisión debería, de manera clara e inequívoca, y no sumariamente como ha ocurrido, exponer las consideraciones fácticas y jurídicas que le conduce a adoptar una decisión que deniega la apertura de la investigación requerida. De acuerdo con una reiterada jurisprudencia, este tipo de decisiones está sometido a tres criterios estrictos que el Tribunal debe comprobar: la importancia del perjuicio que la supuesta infracción puede ocasionar al funcionamiento del mercado común, la probabilidad de poder acreditar su existencia y el alcance de las medidas de investigación necesarias para cumplir en las mejores condiciones su misión de velar por la observancia de las normas comunitarias de la competencia.

Frente a las alegaciones de las partes y tras un análisis de la Decisión impugnada, el TPI considera que la Comisión ha motivado suficientemente la decisión denegando la apertura de una investigación en profundidad. La Comisión analizó los elementos aportados por las partes concluyendo la falta de interés comunitario para iniciar una investigación en profundidad. Los motivos que llevan a tal conclusión se concreta en la falta de probabilidad de que exista una infracción de las normas de la competencia; los esfuerzos desproporcionados que implicaría constatar la existencia de infracción y la escasa importancia de la conducta denunciada en el mercado común. En este último punto, respecto de la tasa por estacionamiento de vehículo, consideró que el centro de gravedad de la conducta era Grecia, y que los recurrentes podían elevar sus pretensiones ante las autoridades nacionales griegas. De este modo queda suficientemente motivada su decisión, sin que la Comisión deba pronunciarse acerca de la existencia o no de una infracción de las normas de competencia.

Mercedes Sabido Rodríguez

### **Caso N.º 61. STPI de 8 de julio de 2008, *Knauf Gips KG/Comisión*, T-52/03**

NOTA

#### *A) Hechos*

El Tribunal de Primera Instancia resuelve el recurso interpuesto por *Knauf Gips KG* contra la Comisión de las Comunidades Europeas, en el que la recurrente reclama la anulación de la Decisión 2005/471/CE de la Comi-

sión, de 27 de noviembre de 2002, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 TCE, asunto COMP/E-1/37.152– paneles de yeso (DO 2005 L 166, p. 8 y ss.) y, con carácter subsidiario, la reducción del importe de la multa que le fue impuesta.

La importancia de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Primera Instancia se concreta a partir del conocimiento de los hechos que originan el litigio del que trae causa. La recurrente es una sociedad comanditaria de Derecho alemán que produce y comercializa materiales de construcción a base de paneles de yeso. A partir de unas informaciones, la Comisión procede a su verificación respecto a ocho empresas activas del sector entre las que se encuentra la recurrente y otras empresas del grupo Knauf. Tras las investigaciones realizadas por la Comisión en locales de estas empresas les reclama información sobre determinados documentos se inicia posteriormente la apertura del procedimiento administrativo y remitió un pliego de cargos a la recurrente, Knauf, y otras empresas implicadas, BPB plc, Sociedad Lafarge SA, Étex SA y Gyproc Benelux NC. Estas presentan sus observaciones al tener acceso a la instrucción mediante un CD-ROM que les fue remitido el 17 de mayo de 2001. Con fecha 20 de agosto del mismo año la recurrente solicita el acceso a determinados documentos de la instrucción, concretamente, a las respuestas ofrecidas por otras empresas implicadas; solicitud que fue rechazada por la Comisión. Finalmente, el 27 de noviembre la Comisión adoptó la Decisión 2005/471/CE en la que se declaró que BPB plc, Knauf, Sociedad Lafarge SA y Gyproc Benelux NC habían participado en una infracción única y continua que se manifiesta en un conjunto de acuerdos y prácticas concertadas relativas a la voluntad común, expresada en distintas reuniones celebradas entre representantes de algunas de estas empresas, que se concretan en los siguientes comportamientos: estabilizar los mercados de escayola en Alemania, Reino Unido, Francia y Bélgica; el establecimiento de sistemas de información sobre sus volúmenes de venta en los mercados referidos y sobre las subidas los precios en el mercado de Reino Unido, así como del reparto o la estabilización del mercado alemán y el sistema de información de precios respecto de este último mercado. Dichas reuniones tenían por objeto restringir la competencia y, por tanto, eran contrarias a las normas comunitarias de la competencia. A tenor de estas consideraciones, la Comisión fijó el importe base de la multa conforme a las Directrices, atendiendo a la gravedad y duración de la infracción y, teniendo en cuenta las circunstancias de cada una de las empresas implicadas, ha adoptado un tratamiento diferenciado en orden a la sanción impuesta a cada una de ellas.

Frente a esta Decisión se alza Knauf mediante recurso ante TPI fundamentando su pretensión de anulación en ocho motivos que podrían englobarse del siguiente modo. En primer lugar, alega que la Comisión vulneró su derecho de defensa y el principio de garantía del derecho a ser oído. La demandante afirma entre otras cosas que la Decisión estaba basada funda-

mentalmente en elementos de prueba incriminatorios a los que no se le había dado acceso, a pesar de sus solicitudes. Además, sostiene que se vulneró su derecho a ser oída, por los conocimientos lingüísticos insuficientes del funcionario encargado de tramitar el expediente así como por su sustitución extemporánea. En segundo lugar se refiere a la vulneración del artículo 81.1 TCE. En tercer lugar, en cuanto al importe de la multa que le ha sido impuesta, la recurrente alega que la Decisión infringió el artículo 15, apartado 2, del Reglamento n.º 17/62 por lo que se refiere a los límites máximos de las multas. La demandante afirma que ella no es la sociedad dominante de un supuesto «grupo de empresas Knauf» y que no se le debe atribuir la responsabilidad del comportamiento de otras sociedades, ya que ella no está vinculada con ninguna persona jurídica como sociedad dominante y reprocha a la Comisión que omitiese realizar las investigaciones necesarias. Invoca también infracción del artículo 253 CE al haber fijado erróneamente el importe de la multa, así como la vulneración del principio de igualdad de trato, ya que no redujo el importe de la multa impuesta a la demandante, a pesar de que la demandante colaboró con la Comisión en el procedimiento en la misma medida que BPB plc, cuya multa se redujo un 30%. Por último, también alega violación del artículo 6.1 del Convenio Europeo de Derechos humanos y libertades fundamentales y del principio de buena administración. El Tribunal, tras analizar los motivos alegados, resuelve desestimando el recurso interpuesto por Knauf.

### B) *Vulneración del derecho de defensa*

En opinión de la recurrente, la Decisión impugnada se ha dictado vulnerando su derecho de defensa. Varias son las alegaciones sobre las que fundamenta este motivo. En primer lugar, la vulneración se deriva de la negativa a acceder a las respuestas presentadas por otras empresas implicadas. Aun habiendo solicitado el acceso a las respuestas ofrecidas por BPB y Lafarge y Gyproc, así como a las declaraciones de dirigentes de Lafarge, la Comisión rechazó su solicitud. Considera la recurrente que teniendo en cuenta que la Decisión se fundamenta en gran medida en las pruebas, de cargo y de descargo, a las que no ha tenido acceso, se ha vulnerado su derecho de defensa.

Por su parte, la Comisión solicita la inadmisión del motivo alegado considerando, en primer lugar, que la negativa de acceso a las pruebas solicitadas se justifica porque estas no eran indispensables para la defensa del recurrente, y añade, además, que la empresa no impugnó la decisión denegatoria. Y, en segundo lugar, la obligación de esta institución de dar acceso a las respuestas ofrecidas por otras empresas implicadas en el procedimiento solo existe si estas son utilizadas por la Comisión para establecer la existencia de la infracción cometida por otra empresa, circunstancia que no concurre en este supuesto. De hecho, las invocaciones a las respuestas de otras empresas solo se realizan por la ahora recurrente de forma incidental.

Invocando una reiterada jurisprudencia, el Tribunal afirma que el acceso a la documentación en los asuntos de la competencia constituye una garantía procedimental para la protección de los derechos de defensa y asegurar el ejercicio efectivo del derecho a ser oído. Tiene por objeto permitir a los destinatarios el conocimiento de los elementos de prueba que figuran en él para que conozcan las conclusiones de la Comisión. En los asuntos de competencia, el derecho a acceder al expediente tiene por objeto permitir a los destinatarios de un pliego de cargos tomar conocimiento de las pruebas que figuran en el expediente de la Comisión, a fin de que puedan pronunciarse adecuadamente sobre las conclusiones a las que esta haya llegado en su pliego de cargos, basándose en tales documentos (véanse sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1998, *Baustahlgewebe/Comisión*, C-185/95 P, Rec. p. I-8417, apartado 89, y de 8 de julio de 1999, *Hercules Chemicals/Comisión*, C-51/92 P, Rec. p. I-4235, apartado 75; sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 29 de junio de 1995, *Solvay/Comisión*, T-30/91, Rec. p. II-1775, apartado 59; de 28 de abril de 1999, *Endemol/Comisión*, T-221/95, Rec. p. II-1299, y de 20 de marzo de 2002, *LR AF 1998/Comisión*, T-23/99, Rec. p. II-1705, apartado 169). Así pues, el acceso al expediente forma parte de las garantías del procedimiento destinadas a proteger el derecho de defensa y a asegurar, en particular, el ejercicio efectivo del derecho a ser oído (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, *BPB Industries y British Gypsum/Comisión*, T-65/89, Rec. p. II-389, apartado 30, y *LR AF 1998/Comisión*, antes citada, apartado 169). Ahora bien, la obligación impuesta a la Comisión de permitir el acceso a la documentación solo abarca, por lo que respecta a los elementos inculpatórios, a aquellos que finalmente se han tenido en cuenta en la decisión y no a todos los cargos que la Comisión pudiera haber formulado en cualquier fase del procedimiento administrativo (sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de noviembre de 1983, *Michelin/Comisión*, 322/81, Rec. p. 3461, apartado 7). En este punto, el Tribunal subraya que un documento puede ser considerado como documento de cargo con respecto a una demandante cuando sea utilizado por la Comisión en apoyo de la apreciación de una infracción en la que haya participado dicha demandante. No basta con que una demandante demuestre que no pudo pronunciarse durante el procedimiento administrativo sobre un documento utilizado en un lugar cualquiera de la Decisión impugnada. Para que pueda prosperar la alegación examinada, es necesario, en efecto, que la demandante demuestre que, en la Decisión impugnada, la Comisión utilizó un elemento probatorio nuevo para afirmar la existencia de una infracción en la que participase la demandante. No es suficiente que la demandante se limite a exigir, de manera general y abstracta, el acceso a las respuestas de otras empresas implicadas sin precisar de qué modo estas respuestas determinaron los elementos inculpatórios que la Comisión tuvo en cuenta en la Decisión impugnada. Una alegación de carácter general no puede acreditar la existencia de una vulneración del derecho

de defensa, esta debe examinarse en función de las circunstancias específicas de cada caso concreto.

Ciertamente, la recurrente no ha podido acceder durante el procedimiento administrativo a las respuestas de otras empresas implicadas. Esta circunstancia y la necesidad de garantizar el derecho de defensa, en tanto que principio fundamental del Derecho comunitario, exige que si la Comisión se propone basarse en un pasaje de una contestación a un pliego de cargos o en un documento adjuntado como anexo a dicha contestación para acreditar la existencia de una infracción en el contexto de un procedimiento de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, debe darse a las demás partes implicadas en dicho procedimiento la oportunidad de pronunciarse sobre ese elemento de prueba. En estas circunstancias, el referido pasaje de una contestación al pliego de cargos o el documento unido como anexo a dicha contestación constituye efectivamente una prueba de cargo frente a las diversas partes que hayan participado en la infracción (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de marzo de 2000, Cimenteries CBR y otros/Comisión, T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 y T-104/95, Rec. p.II-491, apartado 386, y la jurisprudencia citada). Es necesario, por tanto, que el recurrente acredite que el documento al que no tuvo acceso ha sido utilizado en la Decisión impugnada como elemento de prueba para decidir sobre la existencia de la infracción. En el considerando 48 de la sentencia que analizamos se exponen los medios de prueba sobre los que se fundamenta la Decisión impugnada y que Knauf ha hecho valer para acreditar la vulneración del derecho de defensa. Sin embargo, tras su análisis, el Tribunal concluye que la recurrente se limita a enumerar las consideraciones de la decisión impugnada en la que se mencionan los documentos a los que no accedió sin que tal enumeración sea suficiente por no demostrar que el resultado al que ha llegado la Comisión hubiera sido diferente de no existir tales documentos. No obstante, al conocer del fondo del asunto deberá volver a valorar si la decisión de la Comisión en cuanto a la existencia y efectos de la infracción hubiera sido idéntica si no hubieran existido los documentos referidos.

Por lo que se refiere a la falta de comunicación de pruebas de descargo, la empresa afectada únicamente debe probar que el hecho de no divulgarlo pudo influir, en perjuicio de esta, en el desarrollo del procedimiento y en el contenido de la Decisión de la Comisión. Basta con que la empresa demuestre que habría podido utilizar dichos documentos de descargo en su defensa, en el sentido de que, si hubiera podido valerse de ellos durante el procedimiento administrativo, habría podido invocar elementos que no concuerdan con las deducciones que efectuó la Comisión en esa fase y, por tanto, habría podido influir, de una manera o de otra, en las apreciaciones formuladas por esta en la eventual decisión, al menos por lo que se refiere a la gravedad y a la duración del comportamiento que se le imputaba y, en consecuencia, al

importe de la multa. La posibilidad de que un documento que no se ha comunicado pueda incidir en el desarrollo del procedimiento y en el contenido de la Decisión de la Comisión solo puede determinarse tras un examen provisional de ciertos medios de prueba que revelen que los documentos no comunicados pudieron tener, en relación con dichos medios de prueba, una importancia que no se habría debido menospreciar. En esta línea, el Tribunal acuerda el acceso a los versiones no confidenciales de las respuestas de las otras empresas implicadas para, tras las alegaciones de Knauf, concluir que la decisión de la Comisión no hubiera resultado afectada por ellas dado que en unos casos no se trata de prueba de descargo y en otros se trata de informaciones que ya había expuesto la recurrente en su respuesta a la comunicación efectuada por la Comisión.

En segundo lugar, la vulneración del derecho de defensa invocado por la recurrente se fundamenta en la existencia de divergencias entre la comunicación y la decisión de la Comisión, especialmente en relación con algunos hechos, como la reunión celebrada en Londres. La Comisión, por su parte, propone su desestimación, toda vez que las diferencias no son sustanciales. En esta línea, el Tribunal manifiesta que la calificación jurídica de los hechos recogida en el pliego de cargos solo puede ser, por definición, provisional, y no cabe anular una decisión posterior de la Comisión por la mera razón de que las conclusiones definitivas basadas en esos hechos no coincidan exactamente con esa calificación intermedia. En efecto, la Comisión debe oír a los destinatarios de un pliego de cargos y, en su caso, tener en cuenta sus observaciones en respuesta a los cargos formulados modificando su análisis, precisamente para respetar su derecho de defensa. De este modo, resulta justificado que la exposición en relación con la reunión de Londres sea más extensa en la Decisión que en la comunicación, pues en aquella se añaden las observaciones de otras empresas implicadas.

Tampoco admite el Tribunal la vulneración del derecho de defensa producida por el carácter incompleto de los documentos a los que accedió la recurrente. En virtud del artículo 44, apartado 1, letras *c* y *d*, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, la demanda debe contener, en particular, una exposición sumaria de los motivos invocados. Además, en virtud de la jurisprudencia, con independencia de toda cuestión terminológica, estos elementos deben ser lo suficientemente claros y precisos para permitir a la parte demandada preparar su defensa, y al Tribunal resolver el recurso sin necesidad de solicitar, en su caso, más información. En efecto, a fin de garantizar la seguridad jurídica y una buena administración de la justicia, es necesario, para que un recurso sea admisible, que los elementos esenciales de hecho y de Derecho en los que se basa resulten, al menos de forma sumaria, pero de una forma coherente y comprensible, del texto de la propia demanda (véanse, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de noviembre de 1997, Cipeke/Comisión, T-84/96, Rec. p. II-2081, apartado 31, y auto del Tribunal de Primera Instan-

cia de 21 de mayo de 1999, Asia Motor France y otros/Comisión, T-154/98, Rec. p. II-1703, apartado 49). Ahora bien, en el presente asunto la recurrente no ha precisado suficientemente los documentos que resultan injustificadamente incompletos ni su proyección en su defensa. La falta de una lista de documentos, que sería en todo caso de una irregularidad procedimental, no constituye una vulneración de su derecho de defensa. Este solo resultará vulnerado a causa de una irregularidad del procedimiento que tenga repercusiones concretas en las posibilidades de defensa de las empresas imputadas. Este último argumento justifica también que no entienda el tribunal lesionado el derecho de defensa como alega la recurrente por el tratamiento confidencial de las declaraciones efectuadas por Gyproc.

Por último, ni el cambio de consejero-auditor implica vulneración del derecho de defensa como alega la recurrente, ni se ha vulnerado su derecho a ser oído como consecuencia de los cambios producidos entre los funcionarios encargados de la traducción. En relación con el primer aspecto, no solo no resulta acreditada por el recurrente sino que, como pone de relieve el Tribunal, conforme a la legislación aplicable, el informe del consejero auditor constituye un documento puramente interno de la Comisión que ni completa ni corrige las declaraciones de las empresas implicadas, ni constituye un elemento decisivo para el control que debe ejercer el tribunal comunitario. Por lo que hace al segundo, aunque la recurrente ofrece algunos ejemplos de lo que considera una incorrecta traducción, el Tribunal afirma, siguiendo el criterio que mantuvo la Comisión, que se trataría de errores que afectarían al fondo de la Decisión impugnada y deberán ser valorados con ocasión del segundo motivo en el que fundamenta su recurso relativo a la vulneración del artículo 81.1 TCE, pero en absoluto implican una vulneración del derecho a ser oído.

### C) *Vulneración del artículo 81.1 TCE: inexistencia de acuerdo o práctica concertada*

La recurrente considera que la Comisión no demostró suficientemente la existencia de acuerdos o prácticas restrictivas de la competencia. En ningún momento niega haber participado en las reuniones de Londres 1992, Versalles, Bruselas y La Haya (1996-1998) si bien sostiene que su objetivo y finalidad no era la restricción de la competencia sino la estabilización de las relaciones entre los distintos operadores del sector, que se caracteriza por ser un oligopolio. La Comisión, por su parte, mantiene que las reuniones celebradas y los acuerdos en ella adoptados relativos a la estabilización de mercados, los servicios de información sobre volumen de ventas y las subidas de precios en ellos, así como el reparto del mercado alemán, constituyen un infracción única y continua del artículo 81.1 TCE. Tras el análisis de las alegaciones efectuadas por la recurrente en relación con cada una de las reuniones celebradas y los acuerdos en ellas adoptados, el Tribunal concluye



desestimando el segundo motivo en el que se fundamenta el recurso interpuesto.

Siguiendo una reiterada jurisprudencia, y frente a la opinión de la recurrente, afirma el TPI que la existencia de acuerdo contrario al artículo 81.1 TCE se produce desde el momento en que las empresas muestran su voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado, con independencia de la forma en que dicha voluntad se manifieste. Basta que un acto, aparentemente unilateral, sea expresión de la voluntad concordante de varias empresas para constituir un acuerdo o práctica concertada. Los criterios de coordinación y de cooperación fijados por la jurisprudencia, lejos de exigir la elaboración de un verdadero plan, deben interpretarse a la luz de la concepción inherente a las disposiciones del Tratado relativas a la competencia, según la cual los operadores económicos deben determinar de forma independiente la política que vayan a adoptar en el mercado común. Si bien es cierto que esta exigencia de independencia no excluye el derecho de los operadores económicos a adaptarse inteligentemente al comportamiento actual o previsto de sus competidores, no obstante prohíbe de forma terminante cualquier contacto directo o indirecto entre tales operadores que tenga por objeto o efecto influir en el comportamiento en el mercado de un competidor real o potencial, o revelar a dicho competidor el comportamiento que se haya decidido o que se prevea adoptar en el mercado. Se infringe, por tanto, el artículo 81.1 TCE desde el momento en que empresas competidoras participan en reuniones que tienen por objeto la adopción de acuerdos para restringir, impedir o falsear el juego de la competencia, y a organizar artificialmente el funcionamiento del mercado.

En el presente asunto, las alegaciones de Knauf junto con las respuestas ofrecidas por BPB permiten verificar la existencia de un acuerdo restrictivo de la competencia en el sentido de la jurisprudencia referida. Se constata la voluntad de las empresas, expresada en la reunión de Londres, de poner fin a la guerra de precios y estabilizar el mercado. Se trata de un acuerdo que se pone de manifiesto con ocasión de reuniones de empresas competidoras e infringe la referida disposición cuando las reuniones tienen dicho objeto y pretenden organizar artificialmente el funcionamiento del mercado. La Comisión debe demostrar que la empresa afectada ha participado en reuniones en las que se han concluido acuerdos contrarios a la competencia sin haberse opuesto expresamente. Cuando la participación en tales reuniones ha quedado acreditada, como ocurre en este asunto, incumbe a la empresa aportar los indicios apropiados para demostrar que su participación en las reuniones no estaba guiada en absoluto por un espíritu contrario a la competencia (véase, en particular, la sentencia de 7 de enero de 2004, Aalborg Portland y otros/Comisión, C-204/00P, C-205/00P, C-211/00P, C-213/00P, C-217/00P y C-219/00P, Rec. p. I-123, apartado 81).

Respecto al establecimiento de intercambios de información sobre los volúmenes de venta en los mercados afectados, en opinión de la recurrente,

se trata de simples informaciones comunicadas de forma imprecisa y esporádica. Sin embargo, siguiendo las consideraciones de la Comisión, el TPI afirma que se trata de una manifestación del acuerdo alcanzado en la reunión de Londres. En consonancia con una reiterada jurisprudencia en materia de acuerdos sobre intercambio de información, tales acuerdos son contrarios a las normas sobre la competencia en la medida en que debilitan o suprimen el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado de que se trate, con la consecuencia de que restringen la competencia entre las empresas (sentencia de 2 de octubre de 2003, Thyssen Stahl/Comisión, C-194/99P, Rec. p. I-10821, apartado 81). En efecto, es inherente a las disposiciones sobre competencia del Tratado que todo operador económico debe determinar de manera autónoma la política que pretende seguir en el mercado común. De este modo, según esa misma jurisprudencia, tal exigencia de autonomía se opone a toda toma de contacto directo o indirecto entre operadores económicos susceptible ya sea de influir en el comportamiento en el mercado de un competidor real o potencial, ya sea de desvelar a dicho competidor el comportamiento que se haya decidido o se pretenda seguir en el mercado, cuando estos contactos tengan por efecto u objeto abocar a condiciones de competencia que no se corresponderían con las condiciones normales del mercado de que se trate, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos entregados o los servicios prestados, la importancia y el número de las empresas, así como el volumen de dicho mercado. Su existencia implica, salvo prueba en contrario por las empresas implicadas, que estas actúan en el mercado teniendo en cuenta estas informaciones. Más aún en el presente caso en el que el mercado de paneles de yeso se caracteriza por ser un oligopolio, en el que las informaciones obtenidas actúan como mecanismo de control para verificar el fin de la guerra de precios.

Como en las anteriores alegaciones, tampoco pueden prosperar las relativas a que no se haya demostrado por la Comisión la infracción del artículo 81.1 TCE como consecuencia de los intercambios de información sobre las subidas de precios desde 1992 a 1998. De las pruebas obrantes se deriva la existencia de estos intercambios de información con posterioridad a 1996 y, respecto a los anteriores a esta fecha, la práctica simultaneidad de anuncios y el paralelismo de precios anunciados constituyen, en opinión de la Comisión, fuertes indicios de una concentración desde el momento en que estas subidas se inscriben en un contexto característico por el que hecho de que las empresas habían celebrado acuerdos desde la reunión de Londres de 1992. Siguiendo las manifestaciones de la Comisión, el TPI considera que, aun pudiendo tratarse de comportamientos unilaterales, el concepto de práctica concertada supone la existencia de contactos caracterizados por la reciprocidad, condición satisfecha mediante la divulgación entre empresas competidoras de sus intenciones y comportamientos futuros sobre el mercado. El mero hecho de recibir estas informaciones, configuradas como secretos, es suficiente para acreditar la existencia de una intención anticompetitiva. Del

mismo modo ocurre respecto de las informaciones sobre las subidas de precios en el mercado alemán.

Respecto a los acuerdos sobre el reparto del mercado alemán, la recurrente admite su participación en las reuniones de Versalles, Bruselas y La Haya y haber discutido sobre el mercado alemán, pero considera que la Comisión no ha acreditado suficientemente la existencia de un acuerdo entre las empresas participantes. Se cuestiona la calificación jurídica de las reuniones, así como del sistema de intercambio de informaciones. Tras el análisis de las pruebas practicadas el TPI concluye, como se ha expuesto, que en tales reuniones las empresas implicadas tienen por objeto la estabilización del mercado alemán y restringir la competencia indicando las partes de dicho mercado en las que cada una de ellas interviene. El sistema de intercambio de información viene a corroborar esta idea, pues permite controlar si las cuotas de mercado de cada empresa en el mercado alemán son estables. Se trata, por tanto, de una coordinación entre empresas competidoras que, como se ha expuesto, constituye una infracción del artículo 81.1 TCE.

Con carácter subsidiario alega la recurrente, como tercer motivo, la violación del concepto de infracción única. En su opinión, la Comisión basa su decisión en un conjunto de hechos cuya conexión y finalidad común no ha sido acreditada, de escasa gravedad, y que en algunos casos han prescrito, pues los actos se produjeron hace más de cinco años, sin que se haya demostrado la existencia de un plan global. En contra, la Comisión considera que el conjunto de acuerdos y prácticas concertadas se inscriben en el marco de los esfuerzos realizados por un conjunto de empresas con un objetivo puramente económico, la restricción de la competencia, y que constituyen, cada uno de ellos manifestaciones de un acuerdo complejo y continuo que conlleva ese efecto restrictivo. Por ello califica la infracción como única, compleja y continua.

El TPI, de acuerdo con cuanto antecede, considera que ha quedado acreditada la participación de la recurrente en una infracción única y compleja caracterizada por la finalidad de poner fin a la guerra de precios y estabilizar los cuatro mercados de placas de escayola. Los acuerdos y prácticas concertadas se insertan, a partir de su idéntico objeto y sinergias, en un plan de conjunto que se proyecta en los esfuerzos de las empresas para influir en la evolución de los precios, objetivo perseguido por los participantes. El concepto de plan se deriva de la existencia de un comportamiento continuo destinado a falsear la competencia o por infracciones individuales unidas entre sí por una identidad de objeto y de sujetos.

#### D) *Vulneración de las normas reguladoras y del principio de igualdad de trato al fijar el importe de la multa*

La demandante impugna, basándose en los motivos cuarto, quinto y sexto, el importe de la multa impuesta. Considerando que la Decisión infringió

el artículo 15, apartado 2, del Reglamento n.º 17/62, afirma que ella no es la sociedad dominante de un supuesto «grupo de empresas Knauf» y que no se le debe atribuir la responsabilidad del comportamiento de otras sociedades, ya que no está vinculada con ninguna persona jurídica como sociedad dominante y reprocha a la Comisión que omitiese realizar las investigaciones necesarias. Además añade que la Comisión infringió el artículo 253 CE y el artículo 15, apartado 2, de Reglamento n.º 17/62, al haber fijado erróneamente el importe de la multa, y vulneró el principio de igualdad de trato, ya que no redujo el importe de la multa impuesta a la demandante, a pesar de que ella también colaboró con la Comisión en el procedimiento en la misma medida que BPB plc, cuya multa se redujo un 30%.

En primer lugar, en relación con su consideración como responsable del conjunto de actos del grupo Knauf, la recurrente cuestiona que para determinar el montante de la multa la Comisión tenga en cuenta la cifra de volumen de negocios del grupo sin atribuir formalmente la responsabilidad de la infracción al conjunto de las empresas del grupo. Para ello el Tribunal procede, en primer lugar, a verificar si el grupo constituye una unidad económica en el sentido de las normas de la competencia y, en segundo lugar, determinar si la Comisión ha acreditado suficientemente que la recurrente era la persona jurídica responsable de la coordinación de la acción del grupo.

La noción de unidad económica, empresa, en las normas de la competencia comprende toda entidad que ejerce una actividad económica, con independencia de su estatuto jurídico y modo de funcionamiento. Son los aspectos económicos y no los jurídicos los que delimitan el concepto. No obstante, el mero hecho de que el capital social de dos sociedades mercantiles distintas pertenezca a una misma persona o a una misma familia no es suficiente, por sí solo, para acreditar que existe entre esas dos sociedades una unidad económica que implique, en virtud del Derecho comunitario de la competencia, que las actuaciones de una puedan imputarse a la otra y que pueda obligarse a una a pagar una multa por la otra, es posible concluir a la vista de las circunstancias que concurre la existencia de unidad económica. Concretamente, en el presente asunto resulta acreditado que los asociados del requirente y otras empresas de la familia engloban personas físicas pertenecientes a la familia Knauf, el recurrente ha admitido que los asociados gestionan todas sus empresas y, no se ha ofrecido prueba alguna que desvirtúe la conclusión de la Comisión en cuya virtud los asociados representaban al grupo en el marco de las diferentes manifestaciones de la infracción cometida. En definitiva, de la documentación obrante y las pruebas practicadas se deriva que el recurrente tiene como única función administrar las otras sociedades; las empresas de la familia constituyen una entidad económica única que persigue intereses comunes. En este punto, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal, no es preciso que la entidad económica calificada de «grupo» tenga personalidad jurídica propia. En efecto, en el contexto del Derecho de la competencia, debe entenderse que el concepto de empresa designa una

unidad económica desde el punto de vista del objeto del acuerdo de que se trate, aunque, desde el punto de vista jurídico, esta unidad económica esté constituida por varias personas físicas o jurídicas (sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de julio de 1984, Hydrotherm, 170/83, Rec. p. 2999, apartado 11). Además, resulta acreditado que se trata de una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persiguen un fin económico determinado. De este modo, la cifra a la que se refiere el artículo 15.2 Reglamento núm. 17 debe entenderse la cifra global de las empresas integrantes pues solo así puede determinarse de forma aproximada su importancia e influencia en el mercado en el que interviene. Atendiendo a las circunstancias señaladas, cuando un grupo de sociedades constituye una misma y única empresa, la Comisión actúa acertadamente al imputar la responsabilidad por una infracción cometida por dicha empresa a la sociedad responsable de la actuación del grupo en el marco de la infracción y al imponerle una multa (véase, en este sentido, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de marzo de 1992, Shell/Comisión, T-11/89, Rec. p. II-757, apartado 311).

En segundo lugar, en relación con la vulneración de los artículos 253 TCE y 15. 2 Reglamento n.º 17, frente a las consideraciones de la Comisión que establece un tratamiento diferenciado distinguiendo varias categorías de empresas implicadas atendiendo a las cifras de venta y a las cuotas de mercado, la recurrente invoca, en cuanto al importe de base de la multa, su carácter desproporcionado atendiendo a la gravedad de la infracción y a su duración, así como a la práctica anterior de la Comisión y, en segundo lugar, alega error en la consideración del efecto negativo de la infracción sobre el mercado de paneles de yeso.

En cuanto al cálculo de importe de base de la multa, que considera la recurrente desproporcionado, entiende el Tribunal que las multas constituyen un instrumento de la política de la competencia de la Comisión que debe poder disponer de un margen de apreciación en la fijación de su montante final para orientar el comportamiento de las empresas. Es necesario evitar que las multas no sean fácilmente previsibles para los operadores económicos. La indicación de datos numéricos relativos al método de cálculo de las multas recuerda que tales datos, por útiles y deseables que puedan ser, no son indispensables para el cumplimiento de la obligación de motivación de una Decisión por la que se imponen multas, y cabe subrayar, en cualquier caso, que la Comisión no puede renunciar a su facultad de apreciación, utilizando exclusiva y mecánicamente una serie de fórmulas aritméticas. En el presente asunto la Comisión ha expuesto de forma clara y detallada los elementos utilizados para calcular el montante de la multa atendiendo a la gravedad de la infracción de cada empresa, satisfaciendo así las exigencias del artículo 253 TCE. En cuanto a su desproporcionalidad respecto a actuaciones anteriores de la Comisión, el TPI recordó que el hecho de que la Comisión haya aplicado, en el pasado, multas de cierto nivel a determinados tipos de infrac-

ciones no puede privarle de la posibilidad de elevar dicho nivel dentro de los límites indicados por el Reglamento n.º 17, si ello resulta necesario para garantizar la aplicación de la política comunitaria de la competencia, sino que, por el contrario, la aplicación eficaz de las normas comunitarias de la competencia exige que la Comisión pueda en todo momento adaptar el nivel de las multas a las necesidades de esta política (sentencias de 7 de junio de 1983, *Musique Diffusion française* y otros/Comisión, asuntos acumulados 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825, apartado 109).

Por lo que hace a la valoración de los efectos de la infracción sobre el mercado, afirma el Tribunal que la Comisión ha tomado en consideración el marco concreto en el que la práctica se inserta, el contexto económico y jurídico en el que intervienen las empresas, así como la naturaleza de los bienes y servicios afectados, y las condiciones reales de funcionamiento y estructura del mercado en cuestión, con lo que se ha fundamentado así su decisión en varios indicios que permiten concluir la existencia de un efecto real de los distintos comportamientos que integran la práctica anticompetitiva en el mercado. De su análisis resulta la existencia de una infracción que debe ser calificada como muy grave. Gravedad establecida en función de numerosos elementos, sobre los que no existe una lista exhaustiva, pero que se refieren, entre otros, al contexto de la práctica, la naturaleza y objeto del comportamiento abusivo que, en algunas ocasiones, puede tener más importancia a la hora de fijar la cuantía de la multa que sus efectos. De este modo, la Comisión no solo fundamenta la imposición de la multa en el efecto de la conducta sino también en otros elementos como la gravedad de la infracción por su propia naturaleza y el mercado geográfico afectado que constituye una parte importante del mercado comunitario. En definitiva, de acuerdo con las directrices, la cuantía de base de la multa se establece a partir de la duración y gravedad de la infracción; un elemento cuya valoración sirve al Tribunal para apreciar si se ha producido la vulneración proporcionalidad como alega la demandante. Resultado de la aplicación de estos criterios, la Comisión califica la infracción cometida como muy grave y de larga duración, correspondiéndole un incremento respecto de la cuantía de base. Calificación que se efectúa atendiendo no solo a sus efectos sino también al alcance geográfico del mercado y al sector afectado, que desde un punto de vista económico tenía una gran importancia.

También alega la recurrente vulneración del principio de igualdad porque, a diferencia de BPB, a ella no se le aplicó la reducción por cooperación del 30%. Según la jurisprudencia, una colaboración con la investigación que no sobrepase el nivel derivado de las obligaciones que incumben a las empresas en virtud del artículo 11, apartados 4 y 5, del Reglamento n.º 17 o de las disposiciones equivalentes contenidas en los Reglamentos sectoriales no justifica una reducción de la multa (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, *Weig/Comisión*, T-317/94, Rec. p. II-1235, apartado 283). La Comisión, para fijar el importe de una multa, puede tener en

cuenta la ayuda que le prestó la empresa afectada para apreciar la existencia de la infracción con menor dificultad y, en particular, la circunstancia de que una empresa haya reconocido su participación en la infracción. Puede conceder a la empresa que la ayudó así una disminución significativa del importe de su multa y conceder una reducción mucho menor a otra empresa que se limitó a no negar las principales alegaciones de hecho en las que la Comisión basaba sus imputaciones. En este punto es necesario establecer una distinción entre el reconocimiento expreso de una infracción y el mero hecho de no negar su existencia, que no contribuye a facilitar la labor de la Comisión consistente en comprobar y reprimir las infracciones de las normas comunitarias sobre la competencia. Ciertamente, al valorar la colaboración prestada por las empresas, la Comisión no puede desconocer el principio de igualdad de trato, principio general del Derecho comunitario que, según jurisprudencia reiterada, solo se viola cuando se tratan de manera diferente situaciones que son comparables o cuando situaciones diferentes se tratan de manera idéntica, a menos que este trato esté objetivamente justificado (sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 14 de mayo de 1998, BPB de Eendracht/Comisión, T-311/94, Rec. p. II-1129, apartado 309 y jurisprudencia citada). No obstante, en el presente asunto, las diferencias en el grado de cooperación entre ambas empresas lleva al Tribunal a afirmar que la Comisión tuvo en cuenta tales diferencias no pudiendo, por ello, admitirse la vulneración del principio de igualdad de trato.

Por último, como octavo motivo del recurso, considera la recurrente el establecimiento de una tasas de interés demasiado altas. Según reiterada jurisprudencia (sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1983, AEG/Comisión, 107/82, Rec. p. 3151, apartados 141 a 143, y del Tribunal de Primera Instancia de 14 de julio de 1995, CB/Comisión, T-275/94, Rec. p. II-2169, apartados 46 a 49) la facultad que tiene la Comisión, conforme al artículo 15, apartado 2, del Reglamento n.º 17 comprende la de fijar la fecha en que las multas serán exigibles y aquella en que empezarán a devengar intereses de demora, fijar el tipo de esos intereses y establecer cómo deberá ejecutarse su Decisión, exigiendo, en su caso, la prestación de un aval bancario en garantía del capital y de los intereses de las multas impuestas. Si la Comisión no tuviera dicha facultad, la ventaja que podría reportar a las empresas el pago fuera de plazo de las multas produciría el efecto de atenuar las sanciones impuestas por la Comisión en el ejercicio de su función de velar por la aplicación de las normas sobre competencia. Por lo tanto, el hecho de que las multas devenguen intereses de demora se justifica para evitar que el efecto útil del Tratado quede comprometido por prácticas unilaterales de las empresas que demoren el pago de las multas a que han sido condenadas y para excluir que estas empresas se beneficien en comparación con las que pagaran las suyas dentro del plazo señalado. La Comisión goza de libertad para fijar la tasa de intereses de demora conforme a una reiterada jurisprudencia.

### E) *Vulneración del artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos*

Considera la recurrente, como séptimo motivo, que la prolongación en el tiempo del procedimiento constituye una violación del artículo 6.1 CEDH y del principio de buena administración, haciendo valer que el trabajo de la empresa resulta afectado así como su reputación, restringiendo la posibilidad de adquirir créditos, entre otros efectos negativos.

El Tribunal, siguiendo una constante jurisprudencia, considera que la observancia de un plazo razonable en la tramitación de procedimientos administrativos en materia de política de la competencia constituye un principio general del Derecho comunitario cuyo respeto es garantizado por el órgano jurisdiccional comunitario (sentencias de 18 de marzo de 1997, Guérin automobiles/Comisión, C-282/95 P, Rec. p. I-1503, apartados 36 y 37). Un plazo cuya duración exceda de lo razonable solo puede constituir un motivo de anulación de una Decisión en la que se declare la existencia de infracciones si se demuestra que la violación de este principio ha vulnerado los derechos de defensa de las empresas de que se trate. Aparte de este supuesto concreto, el incumplimiento de la obligación de pronunciarse en un plazo razonable no influye en la validez del procedimiento administrativo con arreglo al Reglamento n.º 17 (sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 14 de febrero de 2001, Sodima/Comisión, T-62/99, Rec. p. II-655, apartado 94, y Trabisco/Comisión, T-26/99, Rec. p. II-633, apartado 52; las sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de octubre de 2002, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión, as.ac. C-238/99P, C-244/99P, C-245/99P, C-247/99P, C-250/99P a C-252/99P y C-254/99P, Rec. pp. I-8375 y ss). En el presente asunto, Knauf no explica ni concreta la existencia de una prolongación del plazo razonable ni la perturbación que le produce ni acredita el daño que se le ha infringido. Se trata de una alegación general que no permite demostrar que el derecho de defensa se haya vulnerado realmente; tal vulneración debe examinarse en función de las circunstancias específicas de cada caso.

Mercedes Sabido Rodríguez

### **Caso N.º 62. STJCE de 6 de marzo de 2008, Comisión/España (adquisición de Endesa por E.ON), C-196/07**

#### NOTA

1. La sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (TJCE) de 6 marzo 2008 tiene por objeto un recurso por incumplimiento interpuesto con arreglo al Artículo 226 CE por parte de la Comisión Europea contra el Reino de España, en la que se solicita al Tribunal que declare que España ha incumplido dos decisiones de la Comisión: la Decisión de la Comisión de 26 de septiembre de 2006 [Asunto núm. COMP/M.4197-E.ON/



Endesa-C(2006)4279final] y la Decisión de la Comisión del 20 de diciembre de 2006 [Asunto núm. COMP/M.4197-E.ON/Endesa- C(2006)7039final]; en las que se exigía la retirada de un número de condiciones impuestas por la Comisión Nacional de la Energía para la adquisición por parte de E.ON del control sobre Endesa.

2. Los hechos de los que trae causa la sentencia objeto de comentario se refieren a la oferta pública de adquisición que la empresa alemana E.ON A.G. realizó para la adquisición sobre la totalidad de las acciones de la empresa española Endesa, S. A. Ambas sociedades son activas en el sector de la energía. Escasamente tres días más tarde de la oferta pública de adquisición, el Gobierno español adopta el Real Decreto-Ley 4/2006, de 24 de febrero de 2006, por el que se modifican las funciones de la Comisión Nacional de la Energía (CNE). En virtud de las nuevas funciones de la CNE, esta somete la adquisición de E.ON a una autorización. La autorización de la operación de concentración se supeditó por parte de la CNE al cumplimiento de 19 condiciones.

Al tratarse de un proyecto de concentración de dimensión comunitaria, la Comisión envió una comunicación al Reino de España en la que manifestaba sus dudas respecto de la posibilidad de imponer condiciones a la operación de concentración prevista y recordarle las obligaciones derivadas del artículo 21.4 del Reglamento de concentraciones. Es decir, por un lado, la posibilidad de adoptar medidas para proteger intereses legítimos diferentes de los protegidos por la norma comunitaria de competencia, siempre que estos sean compatibles con los principios generales y las normas de Derecho Comunitario y, por otro lado, la obligación de comunicar dichas medidas a la Comisión para que esta valore la mencionada compatibilidad. Sin embargo, el Reino de España, tras alegar que las medidas que pudiese adoptar la CNE no estaban sujetas a la obligación de comunicación de la Comisión ni al control previo por parte de esta, y a pesar de que la Comisión adoptó una decisión en la que autorizaba incondicionalmente la operación notificada en virtud del artículo 6.1 del Reglamento de concentraciones, la CNE adoptó una resolución por la que supeditaba la autorización de la propuesta de concentración entre E.ON y Endesa al cumplimiento de 19 condiciones.

El 26 de septiembre de 2006 la Comisión adoptó su primera decisión en la que declaraba que España había violado el artículo 21 del Reglamento de concentración por haber adoptado, sin comunicación previa ni autorización por parte de la Comisión, la mencionada resolución de la CNE que somete la adquisición por parte de E.ON del control sobre Endesa al cumplimiento de una serie de condiciones incompatibles con el Derecho comunitario. El 20 de diciembre de 2006, la Comisión adoptó su segunda decisión, relativa a los nuevos requisitos impuestos por la decisión del Ministro por la que se modifica parcialmente la controvertida resolución de la CNE, pero que mantenía la autorización de la operación al cumplimiento de 16 condiciones.

3. En esta Sentencia de 6 de marzo de 2008 el TJCE tiene ocasión de confirmar la competencia de la Comisión para adoptar decisiones en virtud del artículo 21.4 del Reglamento de concentraciones (I). Asimismo, el TJCE declara la obligación de cumplir con las Decisiones de la Comisión a pesar de que la concreta Oferta Pública de Adquisición hubiera quedado sin validez (II).

#### *Competencia de la Comisión para adoptar decisiones en virtud del artículo 21.4 del Reglamento de concentraciones*

4. Aunque no se cuestiona en el presente recurso, la Sentencia del TJCE objeto de este comentario confirma la competencia de la Comisión para adoptar decisiones, en virtud del artículo 21.4 del Reglamento de concentraciones, sobre la compatibilidad con el Derecho comunitario de las decisiones estatales adoptadas por un Estado miembro para proteger alguno de los intereses expresamente considerados legítimos en dicha norma incluso cuando estas medidas nacionales no han sido comunicadas a la Comisión. Efectivamente, como ya se manifestó por parte del TJCE en la Sentencia de 22 de junio de 2004, Portugal c. Comisión, C-42/01, se privaría de efecto útil al artículo 21.4 del Reglamento de concentraciones si, debido a la falta de comunicación de un Estado miembro, la Comisión no pudiera examinar si una medida nacional adoptada por él está justificada por algunos de los intereses expresamente considerados legítimos en dicha norma, es decir, la seguridad pública, la pluralidad de los medios de comunicación y las normas prudenciales. De tal manera que se otorgaría un medio muy sencillo a los Estados miembros de eludir el examen de la Comisión previsto en el mencionado artículo si su competencia dependiera de la comunicación o no de las medidas al ejecutivo comunitario.

En este sentido, hay que tener en cuenta que el Reglamento de concentraciones establece, por un lado, una clara distribución de las intervenciones de las autoridades nacionales y comunitarias, basada en el *principio de la barrera única* establecido en su artículo 21 y, por otro lado, obliga a controlar la compatibilidad de las operaciones de concentración en plazos compatibles tanto con las exigencias de la buena administración como con las del tráfico mercantil. Por lo que no se puede interpretar el artículo 21 del Reglamento de concentraciones en el sentido de que, a falta de comunicación por parte del Reino de España de las medidas adoptadas a la Comisión, esta no puede intervenir adoptando una Decisión sobre la compatibilidad de los intereses protegidos por la medida nacional con el Derecho comunitario. Teniendo como consecuencia que se privaría de efecto útil al artículo 21.3 del Reglamento de concentraciones, si, como alega el Reino de España, el cauce para examinar la compatibilidad del mencionado Real Decreto-Ley y de las resoluciones de la CNE fuera el recurso de alzada ante el Ministro español.

*Obligación de cumplir con las Decisiones de la Comisión a pesar de que la medida nacional no pudiera aplicarse*

5. El Reino de España alega que es imposible dar cumplimiento a las Decisiones de la Comisión porque la oferta pública de E.ON no produjo efectos y, por tanto, el recurso de incumplimiento que da origen a esta sentencia carece de objeto. Pero el Tribunal deja claro que la situación a tener en cuenta en el recurso, según reiterada jurisprudencia, es la situación presente al final del plazo presentado en el dictamen motivado, y que los cambios ocurridos con posterioridad no pueden ser tenidos en cuenta por el tribunal. Por tanto, es irrelevante que la operación de concentración hubiera sido abandonada con posterioridad a la fecha del plazo señalado en el dictamen motivado. Pero el Tribunal va más allá porque recuerda al Reino de España que, aunque el incumplimiento hubiese cesado con posterioridad al plazo señalado en el dictamen motivado, *subsiste un interés en que continúe el procedimiento para sentar las bases de la responsabilidad en que pueda incurrir un Estado miembro, como consecuencia de su incumplimiento, particularmente en relación con aquellos que adquieren derechos como resultado del mencionado incumplimiento...* (fundamento 27).

6. Con más razón, por tanto, tiene interés el recurso, en casos como el que es objeto de comentario en el que el Reino de España no adoptó ninguna medida para cumplir las Decisiones de la Comisión en el plazo señalado en el dictamen motivado.

Es curioso que el Reino de España alegue la imposibilidad absoluta de incumplimiento, cuando formalmente no ha eliminado las disposiciones contrarias a ambas Decisiones de la Comisión, dado que el Real Decreto-Ley 4/2006, de 24 de febrero de 2006 por el que se modifican las funciones de la CNE seguía en vigor en dicho momento y sigue en vigor en la actualidad, un año después de dictarse la sentencia que declara las resoluciones adoptadas en su aplicación incompatibles con el Derecho comunitario.

Natividad Goñi Urriza

**Caso N.º 63. Auto Presidente TPI de 14 de marzo de 2008, *Huta Buczek/Comisión*, T-440/07 R y Auto Presidente TPI de 14 de marzo de 2008, *Buczek Automotive/Comisión*, T-1/08 R**

NOTA

La sociedad Tecnológica Buczek es un fabricante polaco instalado en Silesia. En 2002, y debido a ciertas dificultades financieras, se ve obligada a realizar un plan de reestructuración que le permita recibir una ayuda de Estado basada en el Programa de reestructuración de la siderurgia polaca hasta 2006.

TB pertenece a un grupo de empresas de las que forman parte las demandantes y es declarada en quiebra en 2006, aunque se le permite continuar su

actividad alquilando inmuebles y maquinaria especialmente a la demandante. Dada esta situación, la Comisión exigió a las empresas filiales la parte correspondiente a las ayudas de Estado prestadas a TB de las que estas se habían beneficiado. Según la Comisión, la demandante habría recibido importantes inyecciones de capital dado que no se le habría exigido devolver los créditos prestados por la casa matriz y esta situación contribuyó a acelerar la quiebra de TB.

La cuestión que se plantea por las demandantes es la adopción de una medida cautelar de suspensión de la medida de devolución de las ayudas alegando que el recurso que se había presentado en contra de la Decisión debería tener carácter suspensivo de la ejecución de la medida.

Recuerda en este punto el Tribunal que el art. 242 TCE establece el principio del carácter no suspensivo de los recursos y que solo a título excepcional se puede considerar el carácter no suspensivo del recurso si se acredita la presencia de circunstancias de urgencia.

La urgencia debe apreciarse en relación con la necesidad de establecer provisionalmente que la ejecución puede causar un perjuicio grave e irreparable al demandante. Este perjuicio debe ser inminente en el sentido de que sea previsible con un grado de probabilidad suficiente, y corresponde a quien lo alega la carga de probar tal circunstancia.

Del mismo modo se acredita que un perjuicio financiero no puede, salvo circunstancias excepcionales, ser considerado como irreparable dado que normalmente puede ser objeto de una compensación financiera ulterior. En ese caso, una medida como la que se solicita por la demandante solo sería considerada justificada en el caso de que su no adopción pudiera poner en peligro la existencia de la empresa antes de que se dicte la sentencia que ponga fin al procedimiento principal.

La insolvencia eventual de una empresa no implicaría además, necesariamente, que la condición relativa a la urgencia exista. En cada caso, el juez tendrá en consideración las características del grupo al que pertenece, lo que puede conducir a la conclusión de que la situación de urgencia no se cumple incluso en el caso de una previsible insolvencia de la empresa. Concluye por tanto el Tribunal que la apreciación debe siempre realizarse caso por caso y no existen en el presente razones para decretar la suspensión de la medida.

María Pilar Canedo Arrillaga

## **Caso N.º 64. STJCE de 22 de mayo de 2008, *Evonik Degussa GmbH*, C-266/06**

### NOTA

Degussa es una sociedad alemana, creada en 2000 por la integración de Trostberg y Degussa-Hüls, que a su vez había nacido de la fusión en 1998 de

las empresas químicas alemanas Degussa AG (Francfort-sur-le-Main) y Hüls AG (Marl). Su ámbito general de actividad es el sector de la alimentación animal, y es la única empresa que produce los tres componentes aminoácidos esenciales que se emplean como añadido en los alimentos para todo tipo de animales: la metionina, la lysina y la treonina. Los tres productores mundiales de metionina son Rhône-Poulenc (hoy Aventis SA), cuya filial responsable de la producción de metionina era Rhône-Poulenc Animal Nutrition (hoy Aventis Animal Nutrition SA), Degussa y Novus.

En mayo de 1999, Rhône-Poulenc presenta en la Comisión una declaración en la que admite haber participado en una entente sobre fijación de precios y atribución de cuotas para la metionina y solicita beneficiarse de la Comunicación de la Comisión sobre la no imposición de multas o reducción de su montante (DOCE 1996, C 207, p. 4). En 2001 la Comisión emite un pliego de cargos contra cinco productores de metionina, entre los que figura Degussa, en el que acusa a las empresas de participar desde 1986 hasta 1999 en un acuerdo continuo contrario al artículo 81 TCE que implicaba fijación de precios, la puesta en práctica de un mecanismo de aumento de los precios, la atribución de mercados nacionales y de cuotas de partes de mercados y el establecimiento de un mecanismo de vigilancia de la aplicación de los acuerdos.

El acuerdo estaba integrado por tres períodos diferentes. Uno en el que los precios estaban en alza; uno en que los precios habrían comenzado a caer de modo espectacular y los miembros del acuerdo se habrían planteado el modo de reaccionar ante la situación, centrando sus esfuerzos en buscar políticas de alza de precios; y un tercer período en que el aumento de las ventas habría conducido a mantener ante todo el nivel de los precios.

*La Comisión impone sendas multas, de 118.125.000 euros a Degussa, y de 9.000.000 euros a Nippon Soda*

Para calcular el importe de la multa, la Comisión aplica la metodología contenida en las Directrices para el cálculo de multas en aplicación del artículo 15.2 del Reglamento 17/62 (DOCE 1998, C 9, p. 3), así como la Comunicación sobre cooperación.

Para calcular el importe de base de la multa, la Comisión considera en primer lugar la gravedad de la infracción, constatando la naturaleza del comportamiento, su incidencia en el mercado de la metionina y la extensión del mercado geográfico afectado por las empresas. Por todo ello considera que la infracción debe ser calificada de muy grave. Considera también que debe realizarse un trato diferenciado teniendo en cuenta la capacidad económica real de las empresas para infligir un perjuicio importante en la competencia de modo que se garantice un efecto disuasivo suficiente de la multa. En este sentido, la Comisión ha considerado que existen grandes diferencias en el mercado mundial de la metionina, de forma que Rhône-Poulenc y Degussa

constituyen una primera categoría, mientras que Nippon Soda una segunda. Por ello, la Comisión fija los montantes de base de las multas de Aventis y Degussa en 35 millones de euros y el de Nippon Soda, en 8 millones.

Con el fin de asegurar un efecto suficientemente disuasivo de la multa, tiene en cuenta que las grandes empresas disponen de conocimientos e infraestructuras jurídico-económicas que les permiten apreciar en toda su extensión el carácter infractor de su conducta y las consecuencias que se derivan de este desde el punto de vista de la competencia. Por ello considera que el montante de base debía ser incrementado para Aventis y Degussa en un 100%, llegando hasta 70 millones de euros.

Respecto de la duración de la infracción, la Comisión ha considerado que se incremente el montante de base en un 10% por año y 5% por semestre de participación, elevándose por tanto el montante de base de Aventis y Degussa a 157 millones y medio, y el de Nippon Soda a 18 millones.

Al no existir circunstancias agravantes ni atenuantes, la Comisión procede a continuación a aplicar la Comunicación de cooperación reduciendo el importe de la multa en un 100% a Aventis. Considera, sin embargo, que Nippon Soda y Degussa no cumplen las condiciones para una reducción importante del montante de la sanción, sino tan solo las que se refieren al apartado D de la Comunicación y, por ello, reduce el importe de las citadas empresas en un 50 y 25%, respectivamente.

En el recurso presentado por la empresa demandante en el presente asunto, se cuestiona en primer lugar la legalidad de las penas impuestas. Este es un principio que forma parte de los principios generales del Derecho comunitario que encuentra su base en las tradiciones constitucionales de los Estados miembros, así como de diferentes Tratados Internacionales, especialmente el artículo 7 del CEDH. Este principio exige que la ley defina claramente las infracciones y las penas que las reprimen, y se considera cumplido cuando el justiciable puede saber, a partir de la redacción de la disposición pertinente y con la ayuda de la jurisprudencia de los tribunales, cuáles son las acciones y omisiones que implican responsabilidad penal. Resulta, por tanto, digno de ser subrayado que para determinar el contenido del tipo infractor no basta con analizar la disposición legal, sino que hace falta igualmente referirse a las decisiones judiciales constantes y publicadas, y que por tanto al hablar de «Derecho» hay que referirse no solo a las normas de origen legislativo, sino igualmente a las de base jurisprudencial.

El principio de legalidad de las penas es un corolario del principio de seguridad jurídica que exige que toda reglamentación comunitaria sea clara y precisa. Sin embargo este principio no exige, según el Tribunal, que la redacción de la norma contenga términos extremadamente precisos que permitan con una certidumbre absoluta prever las consecuencias que se podrían derivar de una violación de la disposición. De este modo se determina que el principio de legalidad de las penas no se opone a la existencia de un margen de apreciación que se ejerza con modalidades definidas suficientemente y

tampoco a la existencia de conceptos jurídicos indeterminados si estos se han precisado de modo suficiente por una jurisprudencia constante y publicada.

Aclara igualmente el Tribunal que la Comisión debe respetar los principios generales del Derecho y, especialmente, los principios de igualdad y proporcionalidad. Establece sin embargo que, en la medida en que la Comisión aplica los principios recogidos en las directrices sobre el cálculo de las multas, garantiza la igualdad de trato y asegura la seguridad jurídica de las empresas.

Por todo ello concluye el Tribunal que un operador económico puede prever de manera suficientemente precisa, quizá tras realizar una consulta jurídica, la cuantía de las multas impuestas por la Comisión y que, por lo tanto, no existe violación del principio de legalidad de las penas.

### *Degussa cuestiona igualmente la motivación llevada a cabo en la fijación del montante inicial de la multa*

La obligación de motivación del Tribunal no conlleva la necesidad de realizar una exposición exhaustiva de todos los razonamientos que han sido presentados por las partes en el asunto. De hecho, establece el Tribunal que la motivación puede ser implícita a condición de que la persona afectada por la sentencia tenga conocimiento de los motivos de la decisión con elementos suficientes como para ejercer un control sobre ella. En el caso que nos ocupa, señala el Tribunal que existe una jurisprudencia constante que permite conocer que los acuerdos horizontales en materia de precios se han considerado siempre como parte de las infracciones más graves al Derecho comunitario de la competencia, por lo que las exigencias de motivación en este caso se limitan.

La sentencia se refiere por fin a la apreciación del factor disuasorio de la sanción impuesta. En este punto recuerda el Tribunal que las sanciones impuestas a las empresas por violación del Derecho comunitario no deben suponer una discriminación entre las empresas que han participado en un acuerdo o práctica concertada. En el caso que nos ocupa se toma en consideración el tamaño de las empresas y se establecen sanciones muy diferentes para las distintas participantes. Sin embargo, en dos empresas como Aventis y Degussa se realiza una consideración semejante atendiendo al hecho de que ambas se consideran «grandes empresas» que tienen a su disposición infraestructuras jurídico-económicas que les permiten apreciar correctamente el carácter infractor de la conducta y sus consecuencias, aunque su volumen de negocio no sea igual. Concluye en este sentido el Tribunal que no es necesario para considerar respetado el principio de igualdad que el cálculo de las infracciones se realice con bases aritméticas. Así, si bien es cierto que en la determinación del montante de las multas hay que establecer una cuantía que resulte suficientemente disuasoria y para ello es necesario tener en cuenta el volumen de negocio de las empresas, este constituye

tan solo un factor indicativo aproximativo e imperfecto, de la talla y poder económico de la empresa al que no debe reconocerse un valor desproporcionado en relación con otros elementos que también deben tenerse en cuenta para determinar el montante de la sanción.

Por todas estas razones la demandante es condenada a pagar las costas del proceso. Resulta llamativa esta resolución de la más alta instancia judicial comunitaria, al realizar una afirmación que puede considerarse positiva para las empresas destinatarias de estos procedimientos, dado que las infracciones y las sanciones son calificadas de penales y dignas por tanto de estándares de protección recogidos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta afirmación no conlleva sin embargo las consecuencias que podrían esperarse. Tanto en lo que hace al principio de legalidad de las penas, como en el respeto al principio de proporcionalidad o al carácter disuasorio de las sanciones impuestas, el Tribunal permite un margen de apreciación a la Comisión que sería considerado inaceptable en las tradiciones penales de la mayoría de los Estados miembros. El hecho de que el modo de determinación de la gravedad de las infracciones o de cálculo de las sanciones se realice no solo con referencia a los textos normativos, sino con referencia a las resoluciones judiciales el algo que en las tradiciones constitucionales de no pocos Estados comunitarios se consideraría poco respetuoso con el estándar de seguridad jurídica que exige el Derecho punitivo. Lo mismo puede decirse del carácter disuasorio de las multas en que los criterios aceptados por el Tribunal no garantizan el estándar de protección que podríamos considerar razonable.

María Pilar Canedo Arrillaga

**Caso N.º 65. Libro Blanco: Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia. (Doc.Com. [2008] 165 final de 2 de abril de 2008).**

NOTA

**Consideraciones preliminares:** El 2 de abril de 2008, la Comisión de las Comunidades Europeas publicó un *Libro Blanco: Acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia* (COM[2008] 165 final) (Sobre la indemnización de daños y perjuicios por infracción del derecho antitrust europeo, *vid., ad ex.*, C. ANDRELANG, «Damages for the infringement of Art. 81 EC by cartel agreements according to sec. 33(3) GWB: the changes of law concerning the ‘protective law’ requirement and the ‘passing on’ defence», *World Compet.*, 30, 4, 2007, pp. 573-593; D. ASHTON/C. VOLLRATH, «Choice of court and applicable law in tortious actions for breach of Community competition law», *ZWeR*, 4, 1, 2006, pp. 1-27; M. BÄCHLI, «Die Passing-on Defense»,



*SchwJZ*, 103, 15, 2007, pp. 365-374; O. BAETZGEN, *Internationales Wettbewerbs- und Immaterialgüterrecht im EG-Binnenmarkt: Kollisionsrecht zwischen Marktpaltung ('Rom II') und Marktintegration (Herkunftslandprinzip)*, Köln, 2007; T. BALLARINO, «L'art. 6 del Regolamento Roma II e il diritto antitrust comunitario: conflitto di leggi e principio territorialistico», *Riv.dir.int.*, XCI, 1, 2008, pp. 65-78; S. BARIATTI, «Violazione di norme antitrust e diritto internazionale privato: il giudice italiano e i cartelli», *Riv.dir.int.priv.proc.*, XLIV, 2, 2008, pp. 349-362; M. BARCELONA, «Funzione compensativa della responsabilità e private enforcement della disciplina antitrust», *Contratto e impresa*, XXIV, 1, 2008, pp. 120-144; J. BASEDOW, «Perspektiven des Kartellrechts», *ZWeR*, 4, 3, 2006, pp. 294-305; ID., «Die Durchsetzung des Kartellrechts im Zivilverfahren», en C. BAUDENBACHER (Hrsg.), *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationales Kartellrecht: zwölftes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2005*, Basel, 2006, pp. 353-367; ID., «Jurisdiction and choice of law in the private enforcement of EC competition law», en J. BASEDOW (Ed.), *Private enforcement of EC competition law*, Alphen aan den Rijn, 2007, pp. 229-253; S. BASTIANON, «Il risarcimento del danno antitrust tra esigenze di giustizia e problemi di efficienza: prime riflessioni sul Libro verde della Commissione», *Mercato concorrenza regole*, VIII, 2, 2006, pp. 321-355; L. BAUER, «Leniency & Private Enforcement: ein kartellrechtliches Spannungsverhältnis?», *Ecolex*, 18, 5, 2007, pp. 357-358; R.J. VAN DEN BERGH/S. KESKE, «Private enforcement of European competition law: quo vadis?», *European Review of Contract Law*, 3, 4, 2007, pp. 468-486; J.-C. BERMOND, «L'introduction en droit français de la concurrence des actions de groupe: le débat est-il franco-français ou franco-européen?», *Rev.dr.aff.int.*, n.º 1, 2007, pp. 41-56; M. BLESSING, «Private enforcement of antitrust disputes», en *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationales Kartellrecht: elftes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2004*, 2005, pp. 193-266; U. BÖGE, «Leniency programs and the private enforcement of European competition law», en J. BASEDOW (Ed.), *Private enforcement of EC competition law*, Alphen aan den Rijn, 2007, pp. 217-226; I. BRINKER/J. CHRISTOPH, «Von Crehan zu Manfredi: Grundlage eines kartellrechtlichen Schadenersatzanspruchs für 'jedermann'?», en I. BRINKER/D.H. SCHEUING/K. STOCKMANN (Hrsg.), *Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag*, München, 2006, pp. 69-80; M. BRKAN, «Procedural aspects of private enforcement of EC antitrust law: heading toward new reforms?», *World Compet.*, 28, 4, 2005, pp. 479-506; R. VON BÜREN, «Zur Zulässigkeit der 'passing-on defense' in kartellrechtlichen Schadenersatzverfahren nach schweizerischem Recht», *SZW/RSDA*, 79, 3, 2007, pp. 189-206; F.W. BULST, *Schadenersatzansprüche der Marktgegenseite im Kartellrecht: zur Schadensabwälzung nach deutschem, europäischem und US-amerikanischem Recht*, Baden-Baden, 2006; ID., «Zum Manfredi-Urteil des EuGH: Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs vom

13. Juli 2006», *Zeup*, 16, 1, 2008, pp. 178-195; P. CASSINIS, «I nuovi poteri dell'autorità nell'ambito della dialettica tra public e private enforcement», *Contratto e impresa. Europa*, XI, 2, 2006, pp. 719-750; C. CASTRONOVO, «Private law remedies for antitrust violations: a point of view from Italy», en *Private enforcement of EC competition law*, 2007, pp. 107-118; M. CHAGNY, «Le contentieux indemnitaire des pratiques anticoncurrentielles: la Cour de Justice invitée au débat sur le Livre vert», *Revue Lamy de la concurrence*, n.º 9, 2006, pp. 86-89; ID., «Faut-il prendre en compte les objectifs du droit de la concurrence dans les actions en dommage-intérêts?», *Revue Lamy droit des affaires*, n.º 1, 2007, pp. 96-101; E. COMBE, «Ver une action de groupe... à la française. Propos introductifs», *Concurrences*, n.º 2, 2008, pp. 19-20; G. CUMMING/B. SPITZ/R. JANAL, *Civil Procedure Used for Enforcement of EC Competition Law by the English, French and German Civil Courts*, 2007; M. DANOV, «Awarding exemplary (or punitive) antitrust damages in EC competition cases with an international element: the Rome II Regulation and the Commission's White Paper on damages», *Eur.Compet.L.Rev.*, 29, 7, 2008, pp. 430-436; R.W. DAVIS, «Analysis and Reflections - Liability in damages for a breach of Community law: Some reflections on the question of who to sue and the concept of 'the state'», *Eur.L.Rev.*, 2006, pp. 69-80; C. DIEMER, «The Green paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules», *Eur.Compet.L.Rev.*, 27, 6, 2006, pp. 309-316; S. DRAKE, «Scope of Courage and the principle of 'individual liability' for damages: further development of the principle of effective judicial protection by the Court of Justice», *Eur.L.Rev.*, 31, 6, 2006, pp. 841-864; J. DREXL, «Zur Schadenersatzberechtigung unmittelbarer und mittelbarer Abnehmer im europäisierten Kartelldeliktsrecht», en *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, vol. I, 2007, pp. 1339-1365; J. DREXL y otros, «Comments on the Green paper by the Directorate-General for Competition of December 2005 on damages actions for breach of the EC antitrust rules», *IIC*, 37, 6, 2006, pp. 700-728; T. EILMANSBERGER, «Schadenersatz wegen Verletzung des EU-Wettbewerbsrechts: Überlegungen zum Grünbuch der Kommission», en *Gesellschaftsrecht, Wettbewerbsrecht, Europarecht: Hans-Georg Koppens-teiner zum 70. Geburtstag*, 2007, pp. 115-137; ID., «The Green Paper on damages actions for breach of the EC antitrust rules and beyond: reflections on the utility and feasibility of stimulating private enforcement through legislative action», *C.M.L.Rev.*, 44, 2, 2007, pp. 431-478; F. ENDTER, *Schadenersatz nach Kartellvertoss: eine rechtsvergleichende Untersuchung der Anspruchsgrundlagen im europäischen, deutschen und englischen Recht*, Bern, 2007; D. FASQUELLE/R. MÉSA, «Livre vert de la Commission sur les actions en dommages et intérêts pour infractions aux règles communautaires sur les ententes et les abus de position dominante», *Concurrences*, n.º 1, 2006, pp. 33-37; J. FITCHEN, «Allocating jurisdiction in private competition law claims within the EU», *M.J.*, 13, 4, 2006, pp. 381-401; A. FRANZ/D.A. JÜNTGEN, «Die Pflicht von Managern zur Geltendmachung von Schadener-

satzansprüchen aus Kartellvertöben», *BB*, 62, 32, 2007, pp. 1681-1687; A. FRIGNANI, «Diritto della concorrenza: l'insufficienza dei modelli sanzionatori classici e obiettivi dei nuovi modelli: public and private enforcement», *Dir. comm. int.*, 22.1, 2008, pp. 111-130; C. GAUER, «Le développement des actions privées en droit de la concurrence», en L. IDOT/C. PRIETO (Dirs.), *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles: le règlement n.º 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses?*, Bruxelles, 2006, pp. 179-184; A. GENOVESE, *Il risarcimento del danno da illecito concorrenziale*, Napoli, 2005; W. VAN GERVEN, «Private enforcement of EC competition rules in the ECJ: Courage v. Crehan and the way ahead», en *Private enforcement of EC competition law*, 2007, pp. 19-38; L. DI GIAMBATTISTA, «Damages actions for breach of EC Treaty antitrust rules: a critical assessment of the European Commission's Green paper», *Il diritto dell'Unione europea*, XI, 4, 2006, pp. 729-746; J. GLÖCKNER, «Individualschutz und Funktionenschutz in der privaten Durchsetzung des Kartellrechts: der Zweck heiligt die Mittel nicht, er bestimmt sie!», *WRP*, 53, 5, 2007, pp. 490-500; C. GÖERTZ, *Private Durchsetzung von Kartellrecht in Deutschland, Österreich und der Schweiz*, Berlín, 2007; J.P. GRUBER, «Versicherungskartelle und Schadenersatz: Neues vom EuGH», *RdW*, 25, 1, 2007, pp. 16-18; M. GUSTAFSSON, «What are the prospects for enhanced private antitrust litigation? A Swedish perspective», *Eur.L.Rev.*, 30, 4, 2005, pp. 490-510; M. GUSTAFSSON/F. HOSEINIAN, «Private enforcement of EC competition law: Swedish Supreme Court judgement on the validity of 'follow-on' contracts», *Eur.Compet.L.Rev.*, 27, 1, 2006, pp. 5-9; G. HEINE, «Zuckerbrot und Peitsche: zur Kronzeugenregelung nach Kartellgesetz», en *Festschrift für Franz Riklin*, 2007, pp. 415-427; D. HEINEMANN, «Bereicherungsausgleich im Gemeinschaftsprivatrecht: wettbewerbsrechtliche Aspekte», *GPR*, 4, 2, 2007, pp. 62-67; E.P. HENNEBERRY, «Private enforcement in EC competition law: the passing on defence and standing for indirect purchasers, representative organisations and other groups», *ERA-Forum*, n.º 1, 2006, pp. 15-26; C. HERRERO SUÁREZ, «La aplicación privada del Derecho de la competencia europeo. El Libro Blanco en materia de acciones de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia», *RCD*, n.º 3, 2008, pp. 103-117; N. HÖLZEL, *Kartellrechtlicher Individualrechtsschutz im Umbruch: neue Impulse durch Grünbuch und Zementkartell*, Halle, 2007; I. HOEPFNER-LÉGER, «Les poursuites privées en matière de pratiques anticoncurrentielles: pistes de reflexion», *La semaine juridique. Entreprise et affaires*, n.º 48, 2006, pp. 2050-2054 (también en *Cah.dr.entr.*, n.º 1, [2007], pp. 39-44); F. HOSEINIAN, «Passing-on damages and Community antitrust policy - an economic background», *World Compet.*, 28, 1, 2005, pp. 3-23; P. IANNUCELLI, «Il private enforcement del diritto della concorrenza in Italia, ovvero può il diritto antitrust servirsi del codice civile?», *R. soc.*, 51, 4, 2006, pp. 710-796; ID., «La Cour botte en touché sur la réparation civile des dommages causés par une infraction aux règles de concu-

rence», *Revue Lamy de la concurrence*, n.º 9, 2006, pp. 67-71; L. IDOT, «Private enforcement of competition law: recommendations flowing from the French experience», en *Private enforcement of EC competition law*, 2007, pp. 85-106; T. JAEGER, «Gemeinschaftskompetenz 'private enforcement'?: zur Zulässigkeit einer Harmonisierung der Zivilrechtsdurchsetzung des Wettbewerbsrechts», *JBl*, 129, 6, 2007, pp. 349-369; C.A. JONES, «Private enforcement in the U.S.: Nostradamus strikes again: a premature U.S. perspective on the EU's green paper on private enforcement», en C. BAUDENBACHER (Hrsg.), *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationales Kartellrecht: zwölftes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2005*, Basel, 2006, pp. 369-384; ID., «Private antitrust in the global market: an essay on 'swimming without getting wet'», en *Economic Law and Justice in Times of Globalisation = Wirtschaftsrecht und Justiz in Zeiten der Globalisierung: Festschrift für Carl Baudenbacher*, 2007, pp. 443-454; M.M. KAROLLUS, «Schadenersatz wegen EG-Kartellverstoßes auch für Verbraucher», *Ecolex*, 17, 10, 2006, pp. 797-799; A. KAUBISCH/H.M. SAGMEISTER, «Kartellrechtliche Follow-On-Klagen in England: das House of Lords zur Bindungswirkung kartellrechtlicher Entscheidungen der Europäischen Kommission», *GRUR Int.*, 56, 11, 2007, pp. 890-893; C. KAUFMANN, *Rechtsschutz im deutschen und europäischen Kartellrecht: Konzeption einer effektiven Schadenersatzklage*, Saarbrücken, 2007; J. KEBLER, «Private Enforcement: zur deliktsrechtlichen Aktualisierung des deutschen und europäischen Kartellrechts im Lichte des Verbraucherschutzes», *WRP*, 52, 9, 2006, pp. 1061-1070; ID., «Cui bono?: Schadenersatzansprüche der Verbraucher im Kartellrecht», *VuR*, 22, 2, 2007, pp. 41-47; M. KÖCK, «Die Eignung des deutschen Schadenersatzrechts zur Durchsetzung des Kartellrechts nach der Reform», en M. KÖCK y otros, *Das europäische Kartellrecht nach der VO 1/03 im Wechselverhältnis von europäischem Recht und innerstaatlichem Verfahrensrecht*, 2005, pp. 109-145; T. KÖSTER, «Schadenersatzklagen wegen Verletzung von Art. 81 EG: gelingt die Mobilisierung privater Kläger in der EU?», *Balancing of interests: liber amicorum Peter Hay zum 70. Geburtstag*, 2005, pp. 233-240; A.P. KOMNINOS, «Effect of Commission decisions on private antitrust litigation: setting the story straight», *C.M.L.Rev.*, 44, 5, 2007, pp. 1387-1428; ID., *EC private antitrust enforcement: decentralised application of EC competition law by national courts*, Oxford, 2008; ID., «The EU White Paper for damages actions: A first appraisal», *Concurrences*, n.º 2, 2008, pp. 84-92; N. KRAUSE/S. MULLETTE, «How vitamins stimulated the debate on private antitrust litigation», *ZWeR*, 5, 4, 2007, pp. 466-482; N. KROES, «More private antitrust enforcement through better access to damages: an invitation for an open debate», *ERA-Forum*, n.º 1, 2006, pp. 10-14; T. LAMPERT/G. WEIDENBACH, «Akteneinsicht zur Substantiierung einer Schadenersatzklage gegen Mitglieder eines Kartells: Beweisprobleme gibt es nicht!», *WRP*, 53, 2, 2007, pp. 152-163; J.S. MARTIN, «Private antitrust litigation in Europe: what fence is high enough to keep out the US litigation cowboy», *Eur.Com-*

*pet.L.Rev.*, 28, 1, 2007, pp. 2-7; A. MASSON, «‘Private enforcement’ vertical et horizontal: les difficultés d’une conciliation», *Revue Lamy de la concurrence*, n.º 7, 2006, p. 79; M.R. MAUGERI, *Violazione della disciplina antitrust e rimedi civilistici*, Catania, 2006; ID., «Violazione della disciplina antitrust e tutela dei privati: competenza, prescrizione, duplicazione dei danni e deterrenza», *La nuova giurisprudenza civile commentata*, XXIV, 2, 2008, parte I, pp. 169-177; W. MÖSCHEL, «Privatrechtsschutz bei Vertößen gegen das Kartellgesetz», en I. BRINKER/D.H. SCHEUING/K. STOCKMANN (Hrsg.), *Recht und Wettbewerb: Festschrift für Rainer Bechtold zum 65. Geburtstag*, München, 2006, pp. 329-337; E. MORGAN DE RIVERY, «EC Regulation 1/2003: implications for private enforcement of competition law», en *Neueste Entwicklungen im europäischen und internationalen Kartellrecht: elftes St. Galler Internationales Kartellrechtsforum 2004*, 2005, pp. 175-192; P. NEBBIA, «Antitrust e risarcimento del danno: fra diritto nazionale ed esperienze europee», *Giurisprudenza italiana*, 2, 2006, pp. 320-322; ID., «Damages actions for the infringement of EC competition law: compensation or deterrence?», *Eur.L.Rev.*, 33, 1, 2008, pp. 23-43; ID., «Damages claims for the infringement of EC competition law: fault requirements», *Judicial Review*, 13, 2, 2008, pp. 136-143; A. NEEF, «Die Haftung bei Wettbewerbsverstößen gegen verbraucherschützende Normen», *Verantwortung und Haftung*, 2007, pp. 177-206; M. NEGRI, «Il ‘cartello delle vitamine’ e la giurisdizione per connessione nelle azioni risarcitorie antitrust», *Int’l Lis*, 3-4, 2007, pp. 143-152; S. NORBERG, «Some elements to enhance damages: actions for breach of the competition rules in Articles 81 and 82 EC», *International antitrust law & policy. 2005*, 2006, pp. 243-263; ID., «Making a virtue out of necessity and at the same time strengthening European competition law enforcement: how the White Paper on the modernisation reform came about», *Europarättslig tidskrift*, 10, 4, 2007, pp. 803-824; C. NOURISAT, «Livre vert sur les actions en dommages-intérêts: questions de droit judiciaire privé européen», *Revue Lamy de la concurrence*, n.º 7, 2006, pp. 45-48; K. OST, «Private Kartellrechtsdurchsetzung: gesetzgeberische Entwicklungen in Deutschland und Europa», en P. BEHRENS/E. BRAUN/C. NOWAK (Hrsg.), *Europäisches Wettbewerbsrecht nach der Reform: Forum Wissenschaft und Praxis zum internationalen Wirtschaftsrecht*, Baden-Baden, 2006, pp. 109-122; P. OUART, «Les victims», en *Mélanges en l’honneur de Philippe Léger*, 2006, pp. 445-454; O. PALLOTTA, «Illeciti antitrust, contratti a valle e presunzione di danno», *Contratto e impresa. Europa*, XI, 1, 2006, pp. 177-209; C. PETRUCCI, «The issues of the passing-on defence and indirect purchasers’ standing in European competition law», *Eur.Compet.L.Rev.*, 29, 1, 2008, pp. 33-42; J. PHEASANT, «Damages actions for breach of the EC antitrust rules: the European Commission’s Green Paper», *Eur.Compet.L.Rev.*, 27, 7, 2006, pp. 365-381; F. POLVERINO, «A class action model for antitrust damages litigation in the European Union», *World Compet.*, 30, 3, 2007, pp. 479-499; M. REICH, «Die Passing-On Defense im Span-

nungsfeld zwischen Weißbuch und kritischen Literaturstimmen», *WuW*, 10, 2008, pp. 1046-1054; N. REICH, «The ‘Courage’ doctrine: encouraging or discouraging compensation for antitrust injuries?», *C.M.L.Rev.*, 42, 1, 2005, pp. 35-66; ID., «Compensation for antitrust injuries under EU law», en *Verbraucherrecht in Deutschland*, 2005, pp. 85-115; ID., «Horizontal liability in EC law: hybridization of remedies for compensation in case of breaches of EC rights», *C.M.L.Rev.*, 44, 3, 2007, pp. 705-742; P. RHEINLÄNDER, «Schadenersatz bei diskriminierender Lieferverweigerung: Klage auf Zulassung zum Vertriebssystem bei Verstoss gegen Art. 81 EGV», *WRP*, 53, 5, 2007, pp. 501-503; J. RIFFAULT-SILK, «Les actions privées en droit de la concurrence: obstacles de procédure et de fond», *Revue Lamy de la concurrence*, n.º 6, 2006, pp. 84-90; A. RILEY/J. PEYSNER, «Damages in EC antitrust actions: who pays the piper?», *Eur.L.Rev.*, 31, 5, 2006, pp. 748-761; J.-S. RITTER, «Private Durchsetzung des Kartellrechts - Vorschläge des Weißbuchs der Europäischen Kommission», *WuW*, 7, 2008, pp. 762-774; B.J. RODGER, «Private enforcement of competition law, the hidden story: competition litigation settlements in the United Kingdom, 2000-2005», *Eur.Compet.L.Rev.*, 29, 2, 2008, pp. 96-116; A. RÖHLING, «Die Passing-on Defence im deutschen Recht unter Berücksichtigung des europäischen, US-amerikanischen und britischen Rechts», en *Festschrift für Ulrich Huber*, 2006, pp. 1116-1131; A.A. ROMANO, «Private enforcement of competition law in Italy: a brief note», *Int'l Lis*, 2, 2008, pp. 87-92; W.-H. ROTH, «Private enforcement of European competition law: recommendations flowing from the German experience», en *Private enforcement of EC competition law*, 2007, pp. 61-81; J. RÜGGERBERG/M.P. SCHINKEL, «Consolidating antitrust damages in Europe: a proposal for standing in line with efficient private enforcement», *World Compet.*, 29, 3, 2006, pp. 395-420; E. SALOMONE, «Il risarcimento del danno da illeciti antitrust: profili di tutela interna e comunitaria», *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, LXI, 3, 2007, pp. 875-902; C. SCHWEDLER, *Die private Durchsetzung des Kartellrechts in den USA, Europa und Deutschland*, Rothenburg/Tbr., 2006; I. SEGAL/M. WHINSTON, «Public vs. private enforcement of antitrust law: a survey», *Eur.Compet.L.Rev.*, 28, 5, 2007, pp. 306-315; J. SEMMLER, «Zum Ausgleichsanspruch des gekündigten Vertragshändlers bei Ablehnung eines Folgevertrages», *WRP*, 53, 3, 2007, pp. 247-258; I. SIMIC/N. MONNET, «Les hésitations françaises en matière de recours indemnitaires: le temps fera l’affaire!», *RDAI*, n.º 3, 2006, pp. 385-402; A. STADLER, «Collective action as an efficient means for the enforcement of European competition law», en *Private enforcement of EC competition law*, 2007, pp. 195-213; A. STRÖBL/M. FAATZ, «Ausgleichsanspruch bei Ablehnung eines Folgevertrages: Anmerkung zu OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 17. Januar 2006, 11 U 33/05 (Karth), WPR 2006, 377 ff.», *WRP*, 52, 10, 2006, pp. 1199-1205; P. THYRI, «Wieviel ‘private Enforcement’ braucht die Kartellrechtsdurchsetzung?», *Ecolex*, 17, 10, 2006, pp. 800-804; A. WACHSMANN, «Le développement des actions privées en droit de la con-

currence: un autre point de vue», en L. IDOT/C. PRIETO (Dir.), *Les entreprises face au nouveau droit des pratiques anticoncurrentielles: le règlement n.º 1/2003 modifie-t-il les stratégies contentieuses?*, Bruxelles, 2006, pp. 189-210; D.F. WAELEBROECK/D. REVELIN, «Competition damages research program: publication of the first results», *Concurrences*, n.º 3, 2006, pp. 145-149; G. WAGNER, «Schadenersatz bei Kartelldelikten», en *Ökonomische Analyse der europäischen Zivilrechtsentwicklung*, 2007, pp. 605-664; E. WAGNER/M. KLEINE/I. LIEBACH, «Kartellrechtliche Schadenersatzklagen: Bewertung der Vorschläge der Europäischen Kommission im Weißbuch», *EWS*, 19, 8, 2008, pp. 305-318; S. WEICHBRODT, «US-amerikanischen Schadenersatzrecht als mögliches Vorbild für das neue kartellrechtliche Schadenersatzrecht, insbesondere ‘punitive damages’», en *Das europäische Kartellrecht nach der VO 1/03 im Wechselverhältnis von europäischem Recht und innerstaatlichem Verfahrensrecht*, 2005, pp. 146-161; G. WEIDENBACH/M. SALLER, «Das Weißbuch der Europäischen Kommission zu kartellrechtlichen Schadenersatzklagen: Darstellung und erste Bewertung wesentlicher Aspekte», *BB*, 63, 20, 2008, pp. 1020-1026; G. WEIDENBACH/J.-M. SCHULTZE, «Das Grünbuch der Europäischen Kommission zu Schadenersatzklagen im EG-Kartellrecht: der zweite Schritt auf einem langen Weg», *GPR*, 3, 3, 2006, pp. 133-137; K. WESTERMANN, «Das privatrechtliche Sanktionssystem bei Kartellverstößen», en *Festschrift für Harm Peter Westermann*, 2008, pp. 1605-1629; H. WOLLMANN, «Zum Schwerpunkt ‘private enforcement’», *Ecolex*, 17, 10, 2006, pp. 796-797; Id., «Die Verfolgung von Wettbewerbsverstößen in Österreich: Gedanken zu Institutionen, Rechtsstaatlichkeit und Private Enforcement», en P.J. SCHICK/M. HILF (Hrsg.), *Kartellstrafrecht*, Wien, 2007, pp. 145-155; D. ZIMMER/A. LEOPOLD, «Private Durchsetzung des Kartellrechts und der Vorschlag zur ‘Rom II-VO’», *EWS*, 16, 4, 2005, pp. 149-154; J. ZÖTTL, «Weißbuch der Europäischen Kommission zu Schadenersatz in Kartellfällen», *DB*, 61, 22, 2008, pp. 1200-1202). Técnicamente, pues, se trata de un documento con un doble valor. Por un lado, la Comisión avanza en el tratamiento de problemas que sometió a consulta pública (*Libro Verde sobre reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas comunitarias de defensa de la competencia*, Bruselas, 19 diciembre 2005 [COM, 2005, 672 final]). Con el *Libro Blanco*, se han publicado otros dos documentos (disponibles ambos en <<http://ec.europa.eu/comm/competition/antitrust/actionsdamages/documents.html>>). Uno es un documento técnico de gran valor interpretativo, un Documento de Trabajo de los Servicios de la Comisión sobre la reparación de daños por incumplimiento de la normativa comunitaria de competencia (*Commission Staff Working Paper, Annex to the Green Paper on Damages Actions for Breach of the EC Antitrust Rules*, SEC[2005] 1732). El otro es un Informe evaluador del posible impacto, en términos de beneficios y costes, de las distintas medidas estudiadas (*Impact Assessment Report*). De la lectura de estos tres documentos, se infiere que ha habido un *proceso de maduración*. Por otro, la Comi-

sión expone, aunque con carácter provisional, las concretas medidas que piensa adoptar en este tipo de cuestiones. Dicho con otros términos, este documento es un *trabajo preliminar* a la legislación comunitaria que se dictará en el futuro. Dado que se trata de un tema extremadamente espinoso, resulta muy arriesgado aventurar la fecha en que pueda aprobarse definitivamente esta normativa y si existirán –o no– grandes discrepancias entre el texto finalmente aprobado y el que ahora acaba de publicarse.

El *Libro Blanco* considera que el derecho de las víctimas –ciudadano o empresa que sufra daños como consecuencia de un incumplimiento de los arts. 81 y 82 TCE– a obtener una *reparación* de la parte que causó el daño es un *derecho garantizado por el Derecho comunitario* (*Libro Blanco*, Sección 1.1). Obsérvese lo siguiente:

1.º) La Comisión sigue a la jurisprudencia comunitaria que había afirmado que el derecho a una compensación derivaba directamente del ordenamiento jurídico comunitario (STJCE de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd y Bernard Crehan*, C-453/99, *Rec.*, p. I-6297, apartados 26 y 27 y, siguiendo su estela, la STJCE de 13 de julio de 2006, *Vincenzo Manfredi y otros/Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA y otros*, C-295/04 a C-298/04, *Rec.*, p. I-6619, apartado 61). Dicho con otros términos, el acervo comunitario existente en la materia se traduce, ante todo, en la existencia de un «derecho europeo» de toda persona a la reparación del daño sufrido (C. HERRERO SUÁREZ).

2.º) Una cosa es que el Derecho comunitario atribuya ese derecho y otra que, hasta que se dicte una normativa comunitaria que lo desarrolle, su ejercicio se ajuste a la legislación nacional de un Estado miembro (K. LENAERTS/K. GUTMAN; A.P. KOMNINOS). Ahora bien, como ha recordado C. HERRERO SUÁREZ, el otro principio del acervo comunitario en torno al derecho a ser indemnizado por los daños derivados del incumplimiento de las normas europeas de competencia es la sujeción de la legislación estatal de desarrollo a los *principios de eficacia* (= la normativa nacional no puede convertir el ejercicio de este derecho en excesivamente difícil o prácticamente imposible) y *equivalencia* (= la normativa nacional para este tipo de supuestos no puede ser menos favorable que la que regule acciones nacionales en supuestos semejantes).

3.º) No es irrelevante que se haya reconocido la existencia de este Derecho derivado jurisprudencial en esta materia: algún autor (A.P. KOMNINOS) ha indicado, con razón, que, en el caso de que la Comisión abandonara al fin la normativa proyectada, siempre quedaría este *acquis communautaire* del que no sería posible desviarse. En definitiva, o la Comisión pone en práctica una normativa sobre resarcimiento de daños o será el Tribunal de Justicia el que lo haga a través de las cuestiones prejudiciales con el fin de asegurar a las víctimas una protección efectiva mínima y una mayor seguridad jurídica.

La Comisión no pretende regular todos los aspectos que tradicionalmente abordan las normas procesales y las de responsabilidad civil: será nece-



sario que los ordenamientos de los Estados miembros se adapten, en este sector, a la normativa que se apruebe: «La mejor manera de tratar de solucionar la actual ineficacia de las acciones por daños y perjuicios debidos al incumplimiento de las normas de competencia –observa el *Libro Blanco* (Sección, 1.1)– es una combinación de medidas tanto a nivel comunitario como nacional, a fin de lograr una protección mínima satisfactoria del derecho de las víctimas a la reparación de conformidad con los artículos 81 y 82 en cada Estado miembro, así como unas condiciones más equitativas de competencia y una mayor seguridad jurídica en la UE». Se trata, en todo caso, de una *cuestión abierta*. Por el momento, la Comisión no tiene decidida la técnica normativa por la que optará (C. HERRERO SUÁREZ): podría tratarse de normas vinculantes –como Reglamentos o Directivas– o instrumentos de *soft law* –como Comunicaciones o Directrices–.

La normativa proyectada persigue *tres objetivos*: el completo resarcimiento del daño a las víctimas (*la plena compensación*), la efectiva aplicación de las normas de competencia, mediante un incremento de la disuasión, y el desarrollo de una cultura de competencia entre los participantes en el mercado, que contribuya a una mejor asignación de recursos, mayor eficiencia económica, un incremento de la innovación y precios más bajos (*Commission Staff Working Paper*, apartados 14 y 15; *Libro Blanco*, Sección 1.2; P. NEBBIA). En todo caso, las medidas propuestas tienden a crear un sistema de acciones para la reparación de daños que complementen, pero no sustituyan ni pongan en peligro la aplicación pública (*Libro Blanco*, Sección 1.2).

En los Estados Unidos, existe toda una serie de elementos que favorecen el hecho de que las acciones civiles por daños se hayan convertido en un instrumento esencial de regulación de los mercados (J. FUYUNO/P. KIRCH/K. McCANN): la regla del triple de los daños, la negativa al uso defensivo del *passing on*, la adopción de la regla de exclusión (*opt out*), la utilización de la *class action*, el *discovery*... En Europa, por el contrario, las acciones civiles por daños derivados de la infracción de las normas sobre competencia han jugado un papel menor. Si finalmente se plasmasen las propuestas elaboradas por la Comisión, la situación supondría un cambio radical en el Viejo Continente.

***Ius standi y passing-on defence***: Entre las medidas propuestas, figura un amplio reconocimiento de la legitimación procesal activa y la disponibilidad de la *passing-on defence*:

1.º) Por lo que respecta a «la capacidad legal para entablar una demanda» (*sic*) –la legitimación procesal activa (o *ius standi*)–, esta se reconoce a «toda persona» que haya sufrido daños causados por un incumplimiento de las normas de competencia (*Libro Blanco*, Sección 2.1). La Comisión, en este caso, no ha hecho más que seguir la STJCE de 20 de septiembre de 2001, *Courage Ltd y Bernard Crehan*, C-453/99, *Rec.*, p. I-6297, apartado 26. En consecuencia, podrá reclamar daños y perjuicios ante los tribunales nacionales (*Libro Blanco*, Sección 2.1).

2.º) Es evidente que la expresión «toda persona» cubre a los «consumidores». Pero cabe preguntarse si alcanza también a los «compradores indirectos» (*indirect purchasers*). El propio *Libro Blanco* aclara no solo el alcance de dicha noción, sino también el reconocimiento del *ius standi* a este tipo de demandantes. En efecto, el *Libro Blanco* señala qué se entiende por *compradores indirectos*: «[...] los compradores que no tengan ninguna relación directa con el infractor, pero que, sin embargo, puedan haber sufrido un daño considerable al haberseles repercutido un coste excesivo a lo largo de la cadena de distribución» (*Libro Blanco*, Sección 2.1). Para señalar que la plena compensación de los daños sufridos por incumplimiento de las normas de competencia de la UE «también se aplica a los compradores indirectos» (*Libro Blanco*, Sección 2.1).

Una consecuencia de la amplitud con que se reconoce la legitimación procesal activa en el *Libro Blanco* es la disponibilidad del Derecho antitrust europeo a favor de la *passing-on defence* y de la *offensive passing-on*.

1.º) La lógica jurídica a la que responde la *passing-on defence* es la siguiente: el demandante tiene que probar que ha sufrido un daño como consecuencia del incumplimiento de las normas del Derecho antitrust; pero el demandado puede excepcionar que el actor mitigó el daño, pasando, a su vez, su totalidad o parte de él a sus clientes. La *ratio legis* de esta excepción es el deseo de evitar el enriquecimiento ilícito del actor y la compensación múltiple de daños por parte del demandado (*Commission Staff Working Paper*, apartado 210; A.P. KOMNINOS). Desde un punto de vista procedimental, el actor tiene que probar el nexo de causalidad entre el incumplimiento de las normas de competencia y el daño; mientras que el demandado deberá probar que el actor repercutió todo o parte de su pérdida a sus clientes (*Commission Staff Working Paper*, apartados 33 a 37).

2.º) La lógica jurídica a la que responde la *offensive passing-on* es la siguiente: la transferencia total o parcial de precios excesivos, como consecuencia del incumplimiento de las normas antitrust, puede servir también de base a demandas interpuestas por los compradores indirectos. Estos se beneficiarán de una presunción *iuris tantum*: se supondrá, en principio, que el incremento total del precio supracompetitivo le habrá sido transferido a ellos. No obstante, aun así, el demandante deberá probar la infracción del Derecho antitrust, la existencia, en principio, de un precio supracompetitivo y la transferencia total o parcial de su importe a él (*Commission Staff Working Paper*, apartado 220).

Si, al final, la normativa proyectada se aprobase tal como está, existiría una gran diferencia sobre esta cuestión entre el Derecho antitrust europeo y el Derecho antitrust federal de los Estados Unidos. En efecto, en este no tiene cabida la *passing-on defence* (Sentencias de la US Supreme Court en *Hanover Shore v. United Shoe Machines Corp.*, 392 US 481 [1968] e *Illinois Brick Co. v. Illinois*, 431 US 720 [1977]). En Estados Unidos, han prevalecido dos ideas (C.A. JONES). Una de ellas es la de que los compradores direc-

tos son demandantes más eficientes: si se quiere que los particulares obren como lo haría un fiscal general del Estado, la figura del comprador directo es preferible a la del comprador indirecto. La segunda es el deseo de evitar la «sobrecarga» del sistema judicial por la posibilidad de que un número muy amplio de compradores indirectos pueda acudir a la vía judicial. «El problema con la exclusión total de los compradores indirectos –ha escrito A.P. KOMNINOS– es que hay muchas veces en que los compradores directos se benefician de la infracción y no todos se inclinan a demandarla. En este caso, los compradores indirectos quedan como las principales víctimas».

**Recursos colectivos:** Las víctimas de daños causados por infracción del Derecho de la competencia no siempre interponen una acción judicial. Esto acostumbra a suceder cuando se trata consumidores y pequeñas empresas que han sufrido un daño puntual y de escasa entidad. Renuncian a la protección de los tribunales porque esta supone costes, riesgos e incertidumbre. Como ha sido puesto de relieve por diversos estudios económicos (*ad ex.*, W. KERBER/U. SCHWALBE), las acciones individuales por daños (*single damages*) pueden ser insuficientes para tener un efecto disuasorio y, en consecuencia, el comportamiento anticompetitivo puede ser racional pese al riesgo de demandas individuales por daños. En efecto, para que estas se produzcan, los particulares necesitan incentivos para litigar (W. KERBER/U. SCHWALBE): en esencia, no se trata de otra cosa que calcular la probabilidad de tener éxito ante los tribunales, la cuantía de las indemnizaciones y los gastos del procedimiento. Esto último tiene, entre otros factores, mucho que ver con el sistema de retribución de los abogados.

Este tipo de situaciones ha sido resuelto en los Estados Unidos con el reconocimiento de *acciones de grupo* –las denominadas *class actions*–. El juez las admite tras verificar una pluralidad de criterios (J. FUYUNO/P. KIRCH/K. MCCANN): el tamaño del grupo, la similitud de situaciones de hecho y de derecho, la representatividad de los promotores del grupo y el respeto de los intereses de todo el colectivo por sus representantes.

En tales casos, las empresas infractoras de los arts. 81 y 82 TCE gozan, desde el punto de vista de su responsabilidad civil, de una *zona de impunidad*. Para evitar que se produzca, la Comisión sugiere la instauración de *recursos colectivos (mecanismos colectivos de desagravio [collective relief mechanisms])* conforme al siguiente régimen:

1.º) Las víctimas de daños pueden acumular sus demandas individuales en las denominadas *demandas en representación (representative actions)*. Se trata de demandas entabladas por *entidades habilitadas* (asociaciones de consumidores, organismos estatales, asociaciones comerciales en nombre de víctimas identificadas o, en casos más restringidos, identificables). Una *acción representativa por daños (representative action for damages)* es una acción interpuesta por una persona natural o jurídica en nombre de dos o más individuos o negocios que no son ellos mismos partes en la acción, y cuya finalidad es obtener indemnizaciones por el daño concreto causado a los

intereses de todos los representados (y no de la entidad representativa) (*Commission Staff Working Paper*, apartado 49). Un Estado miembro podrá nombrar, bien oficialmente y por adelantado, o bien por una normativa especial, a una entidad habilitada para interponer demandas contra una infracción particular de la normativa antitrust en nombre de la totalidad o parte de sus miembros. Para evitar la litigiosidad abusiva, la Comisión ha sugerido que las habilitaciones *ad hoc* se limiten a las entidades que tengan por objeto la protección de los intereses de sus miembros y no, en concreto, la interposición de demandas por daños (*Commission Staff Working Paper*, apartado 53).

Gracias al reconocimiento mutuo de tales habilitaciones entre los Estados miembros, las entidades designadas podrán interponer acciones representativas en los territorios de otros Estados miembros. Es probable que se dicte una Directiva que precise los criterios para el mutuo reconocimiento de las entidades designadas.

2.º) Las víctimas también podrán acumular sus demandas individuales en las denominadas *demandas colectivas* (*collective actions*). Son supuestos de acumulación voluntaria y expresa de las acciones individuales de las víctimas contra los daños sufridos (*opt-in mechanisms*). Los perjudicados pueden así compartir gastos de defensa sin perder el derecho a la compensación íntegra del daño individualmente padecido.

3.º) Por razones de justicia, ambos tipos de acciones *podrán complementarse*; ya que es muy difícil que uno solo ampare a todas las víctimas (*Commission Staff Working Paper*, apartado 60). De este modo, no quedarán daños sin reparar. Sin embargo, también por razones de justicia, se dispondrán salvaguardias para impedir que se compense, varias veces, el mismo daño. Por el momento, no se ha precisado si el criterio que se seguirá es el de la prioridad en el tiempo entre las demandas.

4.º) Las víctimas de daños conservarán el derecho a presentar una *demanda individual*, si así lo desean. En el caso de interposición de varias demandas (una individual y otra colectiva) por un mismo hecho dañoso, prevalecerá el criterio de la prioridad en el tiempo: la parte contra la que se interponga una demanda por el mismo daño que ya está siendo juzgado o lo haya sido, podrá interponer las excepciones de litispendencia (*lis pendens*) o de cosa juzgada (*res iudicata*) (A.P. KOMNINOS).

**Medidas para facilitar el acceso a pruebas:** El *Libro Blanco* asume el hecho de que los asuntos de competencia constan de una gran cantidad de elementos fácticos: «Muy frecuentemente se ocultan gran parte de las pruebas clave necesarias para acreditar que se trata de un caso de daños ya que, al estar en manos del demandado o de terceros, el demandante generalmente no las conoce con el suficiente detalle» (*Libro Blanco*, Sección 2.2; *vid.* también *Commission Staff Working Paper*, apartados 65-66). Este es el caso, *ad ex.*, del demandante que acusa a una empresa de haber participado en un cártel que afectaba a un determinado producto, cubría cierto territorio y duró un concreto período de tiempo: puede ocurrir que él sea capaz de

suministrar al tribunal recibos de esa empresa relativos al producto objeto del cártel en el período denunciado. Pero esto no es suficiente; al demandante le pueden interesar también otros documentos: los que reflejen si hubo reuniones entre los integrantes del cártel para fijar precios del producto, mercado y períodos denunciados, para determinar la estructura de precios que hubiera habido en ese mercado en ausencia del cártel, para verificar cuál era el nivel de precios en ese mercado antes y después del cártel o en otros mercados semejantes, en los que el cártel no operaba, o si hubo negociaciones sobre precios durante ese período de tiempo... (*Commission Staff Working Paper*, apartados 102 y 106). Para mayor escarnio, la satisfacción de los daños consecuencia de ilícitos concurrenciales no solo requiere que sea probada una multitud de datos, sino que la carga de la prueba en un proceso civil recae sobre la víctima: gracias al *principio dispositivo*, la iniciativa probatoria corresponde a los litigantes y, en especial, al demandante, que es la posible víctima, salvo en contadas ocasiones en que los tribunales deciden de oficio la práctica de pruebas o la aportación de documentos (art. 283 LEC).

Para evitar tanto esta *asimetría de información estructural* –que, en casos extremos, puede requerir lo que los clásicos denominaban una *probatio diabolica*– como los *efectos negativos* de una *divulgación excesivamente amplia* y el *riesgo de abusos* (= protección de secretos comerciales y, en general, información confidencial), la Comisión sugiere que, en determinadas condiciones, los tribunales nacionales estén facultados para ordenar la revelación de *categorías precisas de pruebas pertinentes* a las partes en un procedimiento o a terceros (*Libro Blanco*, Sección 2.2). Lo que está planteando la Comisión Europea es «la posibilidad –y conveniencia– de adoptar en las legislaciones internas medidas, principalmente de carácter procesal, que alivien la carga de la prueba de la parte demandante. Fundamentalmente se busca incrementar las posibilidades de acceso a documentos relevantes en poder de la contraparte o, en el caso de acciones de seguimiento, en poder de las autoridades administrativas» (C. HERRERO SUÁREZ).

Las condiciones para una orden de divulgación (*disclosure order*) son las siguientes:

1.º) El demandante debe *presentar todos los hechos y medios de prueba* que estén *razonablemente a su alcance*, siempre que muestren *argumentos plausibles* para sospechar que resultó perjudicado como consecuencia de una infracción de las normas de competencia por parte del demandado.

2.º) El demandante debe demostrar, a satisfacción del tribunal que, de otra manera, *no puede presentar las pruebas solicitadas*, haciendo todos los esfuerzos razonablemente previsibles.

3.º) El demandante debe especificar suficientemente las *categorías precisas* de pruebas que deben divulgarse.

4.º) El demandante debe demostrar al tribunal que la medida de divulgación prevista es *pertinente* al caso, *necesaria* y *proporcionada*.

En el ordenamiento español, existen ya *mecanismos adecuados* para asegurar que se cumplan las anteriores condiciones (C. HERRERO SUÁREZ): Este es el caso del deber general de cooperación con las autoridades judiciales (art. 118 CE) –tal como ha sido interpretado por la STC 7/1994, de 17 de enero–, del principio de facilidad probatoria o posibilidad de dictar medidas de anticipación y aseguramiento de la prueba (arts. 293 y ss. LEC), del deber de exhibición de documentos en poder de la contraparte o de terceros (arts. 328 y ss. LEC), del tratamiento de la información confidencial (art. 42 LDC) y del deber de secreto (art. 43 LDC).

Está previsto, además, que la orden de divulgación pueda dirigirse a un tercero, siempre que la información no esté a disposición de las partes y se someta la solicitud de revelación (*discovery*) a un riguroso control de proporcionalidad (*test of proportionality*) (*Commission Staff Working Paper*, apartados 122-124).

Por último, se faculta a los tribunales para imponer *sanciones disuasorias* –como, *ad ex.*, multas o presunciones de culpabilidad– en los procedimientos civiles por daños y perjuicios con el fin de evitar la *destrucción de pruebas* pertinentes o la *negativa* a cumplir una orden de divulgación (*Libro Blanco*, Sección 2.2).

**Relaciones con el programa de clemencia:** Una de las tradicionales objeciones al fomento de las acciones civiles por incumplimiento de las normas antitrust ha sido la acusación de que interferirían en el procedimiento de obtención de pruebas por las autoridades de competencia (W.P.J. WILS). En concreto, se ha asegurado que los programas de clemencia –que funcionan sobre la base del cambio de información por una exención o reducción de la sanción– perderían eficacia: los participantes en un cártel se lo pensarían dos veces, antes de colaborar activamente con las autoridades antitrust, si el reconocimiento de su participación en él puede favorecer contra ellos las demandas por indemnización de daños. Una solución podría consistir en admitir, en tales casos, solo indemnizaciones por una cuantía inferior a la que se abonaría en caso de no haber testificado la empresa imputada (caso, *ad ex.*, del *de-trebling* instaurado por la *Antitrust Criminal Penalty Enhancement and Reform Act* aprobada por el Congreso de los Estados Unidos en junio de 2004).

La reducción de la responsabilidad civil de quienes obtienen una exención o reducción del importe de las multas al amparo de un programa de clemencia es un problema de política legislativa muy delicado; puesto que –como ha observado algún autor (A.P. KOMNINOS)– está en juego nada menos que cuál sea el objetivo de las acciones de los particulares por indemnización de daños: si su meta objetiva es la compensación, entonces será difícil limitar la responsabilidad de un beneficiario de inmunidad total o parcial; si, por el contrario, el principal objetivo es la disuasión y la efectividad del cumplimiento del Derecho antitrust, entonces será más fácil proteger la integridad y el atractivo del programa de clemencia mediante la limitación de la responsabilidad civil.

El *Libro Blanco* se hace eco del temor a que la proliferación de acciones indemnizatorias perjudique los programas de clemencia. Para evitarlo apunta varias soluciones (*Libro Blanco*, Sección 2.9):

1.º) Entre ellas, salvo el caso particular que veremos, no figura la posibilidad de suprimir o, al menos, reducir la responsabilidad civil del solicitante de clemencia. Debido a las críticas recibidas (C. HERRERO), la Comisión ha renunciado a esta propuesta; aunque se ha reservado la facultad de volver a examinarla en el futuro, si los programas de clemencia llegaran a resentirse como consecuencia de la interposición de las acciones privadas indemnizatorias (*Commission Staff Working Paper*, apartados 278 y 279).

2.º) Se protege la información obtenida en el marco de un programa de clemencia con el fin de evitar colocar al solicitante de clemencia en una situación menos favorable que los coinfractores. De no admitirse este privilegio, la amenaza de divulgación de la confesión ofrecida por un solicitante podría disuadir de solicitar la clemencia o perjudicar la calidad de sus informaciones. La Comisión sugiere que esta protección cubra todas las declaraciones corporativas presentadas por todos los solicitantes de clemencia y que se atribuya, con independencia de si, al final, la solicitud de clemencia es aceptada o rechazada.

3.º) Se contempla la posibilidad de limitar la responsabilidad civil de los solicitantes de inmunidad que la consigan: su límite serían las demandas realizadas por sus socios contractuales directos e indirectos. Sobre el beneficiario de la inmunidad, recaería la carga de probar en qué medida quedaría limitada su responsabilidad. La solución representa un compromiso entre los deseos de que el infractor no escape a su responsabilidad y de que el alcance de los daños que deban pagar los beneficiarios de inmunidad sea más previsible.

**Las follow-on actions:** Cuando una misma conducta (comportamientos anticompetitivos contrarios a los arts. 81 u 82 TCE) puede ser enjuiciada por órganos distintos –unos de naturaleza administrativa (Comisión, ANC)– y otros de naturaleza judicial (tribunales civiles [o, en su caso, mercantiles] de los Estados miembros) existe el riesgo de que se dicten decisiones discrepantes.

Para evitarlo, el *Libro Blanco* sugiere distinguir *dos hipótesis*:

1.ª) Cuando la Comisión Europea declare que existe una infracción del art. 81 u 82 del Tratado (*Libro Blanco*, Sección 2.3): en este caso, la víctima del comportamiento anticompetitivo podrá basarse en esta decisión para interponer una demanda civil por daños y perjuicios (= la decisión de la Comisión constituirá una *prueba vinculante* para los tribunales civiles de los Estados miembros). Esta solución se basa en reiterada jurisprudencia y en el art. 16.1 del Reglamento n.º 1/2003.

2.ª) Cuando una ANC de un Estado miembro declare que existe una infracción del art. 81 u 82 del Tratado (*Libro Blanco*, Sección 2.3): en este caso, no todos los Estados miembros disponen de una norma similar a la

anterior. La Comisión sugiere la adopción de la siguiente norma: «Los órganos jurisdiccionales nacionales que tengan que pronunciarse sobre demandas de reparación de daños y perjuicios por prácticas de conformidad con el art. 81 u 82 en los que una ANC ya haya emitido una resolución firme en la Red Europea de Competencia en la que se acredite la existencia de una infracción de dichos artículos, o sobre las que una instancia de revisión haya dictado una sentencia firme que ratifique la resolución de la ANC o la suya propia en cuanto a la existencia de una infracción, no pueden adoptar decisiones que contradigan una resolución o una sentencia de este tipo» (*vid.*, en este sentido, *Commission Staff Working Paper*, apartado 149).

Con este precepto, la decisión de la ANC (o, en su lugar, de la instancia de revisión ante la que se interpuso recurso) constituirá una *prueba vinculante* para los tribunales civiles de los Estados miembros (*binding effect of infringement decisions for follow-on actions*); bien entendido que, por una parte, el efecto vinculante de tales decisiones estará subordinado a que sean firmes (= el demandado haya agotado todas las vías de recurso) y se refieran a las mismas prácticas y mismas empresas a las que se demanda por daños y perjuicios (= identidad de conductas y de sujetos) y, por otra, los órganos jurisdiccionales nacionales conservan el derecho a interponer cuestiones prejudiciales.

Como *ratio iuris* de esta solución, la Comisión ha alegado, sobre todo, que no ve razones por las que una resolución final relativa al art. 81 u 82 TCE tomada por una ANC de la Red Europea de Competencia o una sentencia firme adoptada por una instancia de revisión (recursos contencioso-administrativos) no deba aceptarse en todos los Estados miembros como prueba irrefutable de infracción en las posteriores demandas civiles de reparación de daños y perjuicios por incumplimiento de las normas de competencia (*follow-on actions*) (*Libro Blanco*, Sección 2.3). Además, una norma a tal efecto aseguraría una aplicación más coherente de los arts. 81 u 82, mejoraría la seguridad jurídica y aumentaría perceptiblemente la eficacia y la eficiencia procesal (*Libro Blanco*, Sección 2.3). Hay, en última instancia, y de ello no cabe duda, beneficios de costes y de tiempo para las víctimas. Pero cabe preguntarse si todos estos beneficios son suficientes para justificar tal solución o si, por el contrario, existen principios generales del Derecho a los que se tenga que dar prioridad. En este sentido, A.P. KOMNINOS no ha dudado en calificar la propuesta como «imperfecta, poco elegante y problemática» (*flawed, inelegant and problematic*) por una serie de razones:

1.<sup>a</sup>) El carácter vinculante de las decisiones dictadas por las autoridades públicas es difícil de compatibilizar con los *principios de separación de poderes e independencia judicial*. En este sentido, tal como ha manifestado C. HERRERO SUÁREZ, la experiencia del Derecho español es instructiva: la anterior Ley española de Defensa de la Competencia solo permitía el ejercicio de acciones de seguimiento (art. 13 LDC 1989); era necesario, como requisito previo al ejercicio de una acción por daños y perjuicios, que se hubiese dictado antes una decisión administrativa o, en su caso, judicial que



fuese firme. Dicho con otros términos, el Derecho español no permitía el ejercicio de acciones privadas de naturaleza indemnizatoria *independientes* (= sin existencia de un pronunciamiento administrativo previo). Para la obtención de indemnizaciones en compensación por los daños causados por ilícitos concurrentes, solo era posible ejercer *acciones de seguimiento o derivadas* (= aquellas en que solo cabe interponer una acción civil, después de que una autoridad administrativa haya constatado la existencia de una infracción). Con la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la competencia, desaparece esta disparidad de tratamiento: cabe ejercer tanto acciones directas como de seguimiento. Ahora bien, aunque, en España, se considere que el principio de independencia judicial impide otorgar carácter vinculante a las decisiones de las ANC, para evitar decisiones contradictorias se ha arbitrado un conjunto de mecanismos de cooperación y colaboración entre órganos administrativos y judiciales (art. 16 LDC 2007), que incluyen la posible suspensión del proceso en los Juzgados de lo mercantil hasta que exista una decisión administrativa definitiva, intercambio de informaciones, intercambio de observaciones e, incluso, la intervención, como *amicus curiae*, de oficio o a instancia del órgano judicial, de las autoridades de competencia (comunitarias, nacional [CNC] o autonómicas).

2.<sup>a</sup>) Desestabilizaría el *equilibrio actual entre la aplicación pública y privada del Derecho antitrust*, subordinando, de manera esencial, este último al primero. Por consiguiente, crearía un estado de dependencia para las acciones civiles y supondría retirarle a los tribunales civiles de los Estados miembros una parte sustancial de las disputas jurídicas –en concreto las que se refieren a la infracción de las normas antitrust–, minusvalorando el papel de los tribunales como ejecutores de igual peso.

3.<sup>a</sup>) Si se permitiera a los litigantes contradecir o refutar una presunción establecida por una decisión de infracción adoptada por una autoridad administrativa, se enriquecería la litigación nacional; porque los tribunales estarían completamente implicados en la aplicación del Derecho sustantivo de la competencia. Esta opción aseguraría que los tribunales nacionales permanecieran como actores activos en la aplicación y ejecución de las normas de competencia del Tratado y no se convertirían en *meros asesores de daños y perjuicios*.

4.<sup>a</sup>) *La medida propuesta es demasiado general*. No toma en consideración, tanto en teoría como en la práctica, ni la gran variedad de sistemas de revisión administrativa y judicial ni la independencia de las ANC.

5.<sup>a</sup>) Puede originar *pequeñas disputas con resonancia política (politically-sensitive mini-wars)* entre la ANC de un Estado miembro y los tribunales de otro Estado miembro, si finalmente, aunque con carácter excepcional, se adoptan decisiones rehusando un efecto vinculante por motivos procesales legales.

Aunque cualquiera de estas razones es discutible y, desde luego, no todas son igual de persuasivas, quizá hubiera sido preferible –como sugiere

A.P. KOMNINOS— abstenerse de intervenir en esta cuestión, habida cuenta que «las decisiones de infracción de una ANC tienen siempre, *de facto*, en la práctica, un alto valor persuasivo o, a lo sumo, introducir una presunción *iuris tantum* de infracción antitrust».

**Cuestiones particulares:** El Derecho de la responsabilidad civil obedece a *dos modelos puros y antagónicos*: el de la *responsabilidad causal o aquiliana* y el de la *responsabilidad objetiva*. Los sistemas jurídicos suelen recurrir a ambos criterios, empleando uno u otro según el sector de que se trate. El *Libro Blanco* pudo confiar esta tarea a las legislaciones nacionales de los Estados miembros. Pero esto hubiera supuesto que la protección de las víctimas podría ser diferente de uno a otro Estado miembro. Así que, en su lugar, ha propuesto un régimen jurídico uniforme con una regla de base —cercana a la responsabilidad objetiva— y una atenuación de esta (*Libro Blanco*, Sección 2.4). Según la *regla de base*, existe responsabilidad desde que se causa el daño. No es necesario que haya habido intención de causarlo o que este se haya producido por negligencia. Sí que es necesario probar tanto el daño como el nexo causal. La carga de ambos recae sobre la víctima.

No obstante, el demandado podrá exculparse si prueba que su comportamiento se debió a un *error excusable*: «La Comisión no ve razones para liberar a los infractores de responsabilidad por ausencia de culpa, con excepción del caso en el que el infractor cometiera un error excusable [...]. Un error sería excusable si una persona razonable que prestara un alto grado de atención no pudiera haberse dado cuenta de que la conducta en cuestión restringía la competencia» (*Libro Blanco*, Sección 2.4). Es evidente que esta atenuación del rigor de la regla de base es una regla especial y, en cuanto tal, deberá interpretarse restrictivamente por los tribunales nacionales. No es tan evidente cómo funcionará en la práctica, cuando los tribunales se encuentren ante dos supuestos muy problemáticos (A.P. KOMNINOS): el de nuevas conductas potencialmente abusivas (*novel abuses of dominant position [monopolisation cases]*) y el de comportamientos colusorios no necesariamente anticompetitivos (*non-harcore agreements*): estos pueden desplegar también efectos procompetitivos, aunque, considerados en conjunto, sean antijurídicos. Cabe, pues, preguntarse si esta regla especial no acabará siendo interpretada como una excepción favorable al demandado en todos aquellos casos en que su comportamiento, desde el punto de vista del Derecho antitrust, sea inicialmente dudoso o, al menos, poco claro; pero no necesariamente ilegal. Dicho con otros términos, «aplicar una regla de responsabilidad estricta no matizada a tales casos no solo sería injusto, sino que también correría el riesgo de sofocar la riqueza de la competencia e innovación» (A.P. KOMNINOS).

Como es sabido, los plazos de prescripción sirven a la seguridad jurídica; pero también pueden constituir un serio obstáculo para la recuperación de los daños por infracción de los arts. 81 u 82 TCE. Para evitar que esto último ocurra, la Comisión sugiere tres reglas:

1.<sup>a</sup>) Que, en los casos de una *infracción continua o repetida*, el plazo de prescripción no empiece a contar antes del día en el que *cese la infracción* (*Libro Blanco*, Sección 2.7).

2.<sup>a</sup>) Que, en general, el plazo de prescripción no empiece a contar antes de que se pueda razonablemente esperar que la víctima de la infracción *tenga conocimiento de la misma y del daño causado* (*Libro Blanco*, Sección 2.7).

3.<sup>a</sup>) Que empiece un *nuevo plazo de prescripción*, de, por lo menos, *dos años*, una vez que sea *firme la resolución de infracción* en la que se basa un demandante de seguimiento (*Libro Blanco*, Sección 2.7).

Alfonso-Luis Calvo Caravaca