

CONCLUSIONES DEL JUEZ DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA
SR. HEINRICH KIRSCHNER
presentadas el 21 de febrero de 1990 *

A. Antecedentes de hecho	313
B. Fundamento del recurso	316
I. Compatibilidad de la aplicación del artículo 86 con la exención	316
1) La situación jurídica	317
a) El Tratado y su interpretación por parte del Tribunal de Justicia	317
b) La exención individual y la aplicación del artículo 86	322
c) La exención por categoría y la aplicación del artículo 86	326
2) La adquisición de la licencia de patente como explotación abusiva de posición dominante	330
a) Los elementos de la explotación abusiva de posición dominante	330
b) La determinación de la infracción en la Decisión impugnada	336
II. Violación del principio de la seguridad jurídica	338
1) El carácter previsible de la aplicación del artículo 86	340
a) La aplicación del artículo 86 era previsible a pesar de la exención por categoría	340
b) Aumento de la seguridad jurídica mediante la posibilidad de obtener una certificación negativa	342
2) Perjuicio causado a las relaciones jurídicas basadas de buena fe en la exención	343
III. Amenaza para la aplicación del Derecho comunitario	344
C. Conclusión	346

*Señor Presidente,
Señores Jueces,*

1. A tenor del artículo 2 de la Decisión del Consejo de 2 de octubre de 1988,¹ los miembros del Tribunal de Primera Instancia

que sean llamados a desempeñar las funciones de Abogado General presentarán públicamente, con toda imparcialidad e independencia, conclusiones motivadas con la finalidad de asistir a este Tribunal en el ejercicio de su misión. Me ha cabido el honor de presentar las primeras conclusiones que se han expuesto ante este órgano jurisdiccional. Me esforzaré por cumplir esta misión con imparcialidad y en conciencia, a fin de ayudar

* Lengua original: alemán.

1 — DO 1988, L 319, p. 1; versión rectificadora publicada en el DO 1989, C 215, p. 1.

al Pleno del Tribunal a adoptar la primera decisión de su historia. Habida cuenta de la importancia de este asunto, he decidido presentar mis conclusiones verbalmente durante la vista, en vez de hacerlo por escrito.

A. Antecedentes de hecho

Dado que este Tribunal está familiarizado con los hechos me limitaré a exponer los puntos esenciales, en la medida en que puedan facilitar la comprensión o contribuir a la solución del asunto que nos ocupa.

2. La parte demandante, Tetra Pak Rausing SA, coordina desde Suiza las actividades del grupo Tetra Pak. Se trata sin duda de lo que en Derecho alemán se llama un «Konzern». El grupo Tetra produce y comercializa envases de cartón y máquinas de rellenado para el envasado de productos alimenticios líquidos; es el líder mundial en este terreno, sobre todo por lo que se refiere al envasado aséptico de líquidos y, en particular, de la leche llamada UHT, ya que Tetra fue una de las primeras empresas en desarrollar estos procedimientos y en suministrar los equipos y el material de embalaje correspondientes.

3. En 1985 la cuota de mercado de Tetra en la Comunidad europea era del 91,8 % para las máquinas de rellenado aséptico y del 89,1 % para los correspondientes envases. Según la Comisión, al adquirir la licencia exclusiva de una patente referida a otro procedimiento de esterilización de los envases de cartón, Tetra había obstaculizado el acceso de nuevos competidores al mercado de instalaciones y material para el envasado aséptico de leche y había infringido con ello el artículo 86 del Tratado CEE.² Tetra con-

sidera que esta imputación carece de fundamento, ya que la licencia de patente forma parte de los acuerdos declarados exentos con arreglo al Reglamento nº 2349/84.³ Para poner de manifiesto la importancia de la adquisición de esta licencia por parte de Tetra es preciso exponer en primer lugar las particularidades técnicas de los mercados de que se trata.

4. El procedimiento UHT consiste en someter a la leche durante un breve período de tiempo a una temperatura de alrededor de 140 °C para eliminar así todos sus gérmenes. Tras esta operación se efectúa, en condiciones de estricta asepsia, el rellenado automático de los envases de cartón que antes han sido esterilizados por la misma máquina. La leche así tratada puede conservarse durante varios meses y, contrariamente a la que ha sido sometida a los procedimientos habituales de esterilización, su sabor no resulta apreciablemente afectado. Pero si la asepsia durante el envasado no es absoluta, el producto corre el peligro de deteriorarse y puede resultar peligroso para la salud.

5. Las barreras técnicas para acceder al mercado de las máquinas de rellenado aséptico son muy importantes. Aunque el método de esterilización fundamental empleado por Tetra ya no está protegido por patentes, la fabricación de las máquinas que garanticen la necesaria asepsia requiere un importante patrimonio de conocimientos y técnicas y una larga experiencia. La fabricación de material de embalaje es técnicamente más fácil, pero, por lo general, la venta de los envases va unida a la de las máquinas. La clave para acceder al mercado de los envases de cartón reside, por consiguiente, en la capacidad de suministrar también las correspondientes máquinas de rellenado.

2 — Los artículos citados a continuación sin indicación de la fuente son artículos del Tratado CEE.

3 — DO 1984, L 219, p. 15; EE 08/02, p. 135.

6. La leche UHT se comercializa por lo general en envases de cartón con forma de ladrillo («brick»). Las máquinas de rellenado disponibles en el comercio esterilizan estos envases con peróxido de hidrógeno concentrado. Mediante la aplicación de calor se seca cualquier residuo de este producto que hubiera quedado en los envases antes del rellenado y se conserva su asepsia.

El sistema de rellenado desarrollado por Tetra consiste en suministrar el material de embalaje en rollos y en esterilizarlo extendido, después de haberlo desenrollado. El envase sólo recibe su forma y se precinta por completo cuando está siendo rellenado. En la Comunidad sólo se comercializa otro procedimiento que utiliza, en cambio, envases de cartón preformados y que ha sido desarrollado por PKL, una filial de Rheinmetall. Respecto al procedimiento desarrollado por Tetra, este sistema presenta el inconveniente de que el peróxido de hidrógeno se seca con mayor dificultad en los envases preformados que en una superficie plana, con lo que aumenta el riesgo de que queden residuos del producto desinfectante.

7. Estos inconvenientes disminuyen mediante el empleo de un procedimiento de esterilización desarrollado en el Reino Unido y que es objeto de la licencia a la que se refiere el asunto que nos ocupa. Este procedimiento refuerza el efecto del peróxido de hidrógeno mediante el empleo de luz ultravioleta; basta con aplicar una solución diluida de este producto para garantizar la desinfección. Las patentes de este procedimiento, que expiran el año 2000, se han concedido en Irlanda, en España, en Bélgica y en algunos terceros Estados, por ejemplo, en los Estados Unidos, en Canadá y en Japón. Se ha presentado una solicitud de patente en Italia y, acogiéndose al Convenio Europeo de Patentes, se han solicitado en el Reino Unido, Francia, la República Federal

de Alemania, los Países Bajos, así como Austria, Suiza y Suecia. El titular de las patentes era inicialmente el National Research and Development Council (NRDC) británico. Éste concedió a partir del 27 de agosto de 1981 una licencia de las patentes y de comunicación del patrimonio de conocimientos y técnicas relacionado con esta tecnología a la Novus Corporation, que formaba parte del grupo americano de empresas Liquepak. Se trataba de una licencia en exclusiva que expiraba el 27 de agosto de 1988, pero que podía prorrogarse siempre que no fuera contraria al artículo 85. El acuerdo de licencia quedó exento de la prohibición del apartado 1 del artículo 85 en virtud del Reglamento de exención por categoría nº 2349/84 cuando este último entró en vigor en 1985.

8. Liquepak está especializada en la fabricación de instalaciones de rellenado para productos alimenticios líquidos. Aun antes de adquirir la licencia había fabricado con éxito instalaciones de envasado de leche fresca (pasteurizada) en envases de cartón. Aunque estas instalaciones han de cumplir también normas rigurosas en materia de higiene, no han de garantizar una asepsia total, en contra de lo que sucede con las máquinas de envasado de leche UHT.

9. En la fase en que la técnica se encontraba en aquella época, la leche fresca se comercializaba generalmente en envases con tapa en forma de «pico» que, a diferencia de los envases tipo «brick» empleados por Tetra, son fáciles de abrir aun sin recurrir a instrumentos auxiliares. Después de adquirir la licencia, Liquepak emprendió el desarrollo de una máquina para el rellenado aséptico de estos envases. A pesar de su experiencia en materia de envasado de leche fresca, no fue capaz de fabricar inmediatamente una máquina de rellenado aséptico técnicamente satisfactoria. Durante varios años Liquepak

dedicó sus esfuerzos a producir dicha máquina. Le fueron concedidas patentes, tanto para los aparatos que desarrolló con tal motivo como para los correspondientes envases.

10. Liquipak trabajó en el desarrollo de estas máquinas en colaboración con el grupo Elopak. Este último produce y vende recipientes de cartón para el envasado de productos alimenticios; también comercializa instalaciones de rellenado. Sus actividades se centran en el envasado de leche fresca en recipientes de cartón con tapa en forma de pico. Su principal competidor es Tetra, que ostenta cerca del 50 % del mercado de las instalaciones de rellenado y de los envases para leche fresca.

Elopak era el distribuidor exclusivo para la CEE de los equipos de Liquepak, tanto de las instalaciones destinadas al envasado de leche fresca como de las máquinas para el envasado aséptico de leche UHT, que aún debían ser desarrolladas. Elopak ayudó principalmente a Liquepak instalando a título de prueba en diversas lecherías la máquina de envasado aséptico desarrollada por Liquepak y suministrando gratuitamente o a precio reducido los envases necesarios. Elopak sostiene que estas actuaciones culminaron en el año 1986 en la construcción de una máquina que podía ser comercializada. La demandante lo niega.

11. En 1986 Tetra adquirió el grupo Liquepak y, por consiguiente, la licencia exclusiva controvertida. El British Technology Group —que había sucedido al primer licenciante, el National Research and Development Council— no manifestó ninguna objeción acerca de la transmisión de la licencia a Tetra.

Tras el anuncio de la adquisición de Liquepak por parte de Tetra, Elopak puso fin a su colaboración en el ámbito de las pruebas de la máquina recién desarrollada y solicitó a la Comisión que comprobase si Tetra había infringido los artículos 85 y 86 del Tratado CEE.

12. Después de la notificación de las imputaciones por parte de la Comisión en marzo de 1987 y de la audiencia del 25 de julio de 1987, Tetra renunció a la exclusividad de la licencia. A pesar de que, según sus propias manifestaciones, con ello había puesto fin a la infracción de las normas de la competencia, la Comisión consideró necesario, sobre todo para aclarar la situación jurídica, concluir el procedimiento mediante la adopción de una Decisión. En atención a que el supuesto de hecho que se presentaba era de carácter relativamente nuevo, renunció no obstante a imponer una multa.

13. Por estas razones adoptó la Comisión el 26 de julio de 1988 la Decisión impugnada,⁴ cuya parte dispositiva, contenida esencialmente en su artículo 1, dice así:

«La adquisición por parte o por cuenta del grupo Tetra Pak Rausing SA de la exclusividad de la licencia concedida por NRDC a Novus Corp el 27 de agosto de 1981, por medio de la compra del grupo Liquepak, en la medida en que afecta a la Comunidad constituye una infracción del artículo 86 a partir de la fecha de adquisición hasta la fecha en que se puso fin efectivamente a esa exclusividad.»

La Comisión se reservó expresamente el derecho de proseguir las investigaciones relativas al comportamiento comercial, en sentido amplio, de la demandante en los mercados de envases para leche (fresca y aséptica) y de máquinas de envasado (fresco y aséptico)

⁴ — Decisión 88/501/CEE (DO L 272, p. 27).

con el fin de determinar si Tetra había cometido otras infracciones a los artículos 85 u 86.

A fin de evitar las repeticiones sólo me referiré a los hechos sobre los que la Comisión ha fundamentado su Decisión al examinar la situación jurídica.

14. El 11 de noviembre de 1988, Tetra Pak interpuso ante el Tribunal de Justicia un recurso contra la Decisión de la Comisión. Mediante auto de 15 de noviembre de 1989, adoptado con arreglo al artículo 14 de la Decisión del Consejo de 24 de octubre de 1988, el Tribunal de Justicia remitió el asunto a este Tribunal de Primera Instancia: este auto nos vincula y es obligado reconocer que en este caso cualquier consideración sobre la competencia del Tribunal de Primera Instancia sería superflua.

La parte demandante basa su petición de anulación de Decisión de la Comisión en una infracción de los artículos 85 y 86. Alega tres argumentos: desde el punto de vista lógico no cabe que una conducta autorizada con arreglo al apartado 3 del artículo 85 pueda ser prohibida en virtud del artículo 86. Esta prohibición viola además el principio de la seguridad jurídica y pone en peligro la aplicación uniforme del Derecho comunitario por parte de la Comisión y de los órganos jurisdiccionales nacionales. La Comisión se opone a estos argumentos. Respecto a las demás observaciones formuladas por las partes en la fase oral del procedimiento, me remito al informe para la vista a fin de evitar que el servicio de traducción tenga que hacer dos veces el mismo trabajo. Responderé a los argumentos adicionales presentados en la vista por las partes a medida que vaya abordando a lo largo de mi informe los puntos de que tratan.

B. Fundamento del recurso

15. El éxito del recurso depende de si la Comisión ha actuado acertadamente al considerar la adquisición de la licencia exclusiva por parte de la demandante como una explotación abusiva en el sentido del artículo 86, a pesar de que el acuerdo de licencia de patente había sido declarado exento en virtud del Reglamento de exención por categoría nº 2349/84.

La demandante alega que la aplicación del artículo 86 a su conducta constituye una infracción tanto de esta última disposición como del artículo 85. Voy a examinar, uno después de otro, los tres argumentos que expone en apoyo de esta afirmación.

I. *Compatibilidad de la aplicación del artículo 86 con la exención*

16. En su recurso la demandante alega que, en buena lógica, no cabe que el artículo 86 pueda aplicarse a una conducta que ha sido expresamente declarada admisible con base en el apartado 3 del artículo 85. Durante la vista ha añadido que, habida cuenta de las sentencias pronunciadas en los asuntos Ahmed Saeed y Hoffmann-La Roche, la celebración del acuerdo, que ha sido declarado exento por un Reglamento de exención por categoría, no puede constituir por sí sola una infracción del artículo 86. Para ello haría falta, por el contrario, la concurrencia de un elemento adicional, a saber, que la empresa en posición dominante haya obligado a la otra parte contratante a celebrar dicho acuerdo. Esta ampliación de un argumento debe admitirse, ya que el motivo alegado en primer término (infracción de los artículos 85 y 86) no ha sido modificado.

17. Por consiguiente, voy a examinar este argumento en dos partes. En primer lugar me parece necesario verificar si, como afirma el recurso en sus fundamentos de Derecho, no cabe desde el punto de vista lógico (y, por lo tanto, es jurídicamente incorrecto) aplicar el artículo 86 a un comportamiento que ha sido objeto de exención. Para ello voy a proceder en tres etapas: después de un primer análisis de las disposiciones del Tratado y de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, examinaré, en una segunda fase, si el Derecho derivado contiene indicaciones sobre las relaciones entre una exención individual y el artículo 86. Estimo que esta verificación es necesaria aunque el asunto que ha sido sometido a este Tribunal se refiera a una exención por categoría y no a una exención individual. En efecto, la situación jurídica en materia de exención individual puede proporcionar a este Tribunal indicaciones valiosas respecto a los efectos de una exención por categoría; sólo una visión de conjunto permitirá poner de manifiesto los efectos del funcionamiento del artículo 85 en relación con el artículo 86. Solamente en la tercera fase examinaré si el Derecho derivado contiene indicaciones que permitan definir las relaciones entre una exención por categoría y el artículo 86 y cuáles son esas indicaciones.

Si resultara que una exención por categoría no supone un obstáculo para la aplicación del artículo 86, se plantearía una segunda cuestión, a saber, si el artículo 86 solamente puede aplicarse cuando exista un elemento adicional en el sentido de las observaciones formuladas por la parte demandante durante la vista.

1) *La situación jurídica*

a) El Tratado y su interpretación por parte del Tribunal de Justicia

18. Comenzaré con la afirmación simple, pero sin embargo necesaria, de que la posi-

bilidad de exención únicamente se refiere a la prohibición de los acuerdos que puedan restringir la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 85 y no a la prohibición de explotar abusivamente una posición dominante en el sentido del artículo 86. Esto se desprende del lugar que ocupa esta disposición en el sistema del Tratado, ya que ha sido colocada en el apartado 3 del artículo 85 y no a continuación de las dos normas de prohibición, en el lugar que ocupa el artículo 87. Sin embargo es precisamente eso lo que cabría esperar de los autores del Tratado si hubieran deseado que la exención se aplicara no sólo a la prohibición de acuerdos que puedan restringir la competencia contemplada en el apartado 1 del artículo 85, sino también a la prohibición formulada en el artículo 86. Si no han hecho tal cosa es debido a las diferencias de estructura entre los elementos constitutivos de ambas infracciones.

La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia contenida en el apartado 1 del artículo 85 se aplica a todos los mercados y a todas las empresas. Está formulada en términos tan amplios que puede referirse a un gran número de acuerdos cuya existencia está justificada desde el punto de vista económico y cuyos efectos beneficiosos son tales que no merecen ningún reproche. La misma amplitud de este campo de aplicación justifica que esta prohibición haya de ser corregida con lo que algunos autores comparan con la «rule of reason» del Derecho americano sobre prácticas colusorias.

19. A este respecto deseo hacer la siguiente observación acerca de la utilización de los conceptos y argumentos del Derecho americano sobre prácticas colusorias. Las discusiones que tienen lugar al otro lado del Atlántico y las soluciones que allí ha encontrado la jurisprudencia constituyen a menudo fuentes de inspiración sumamente valiosas para la interpretación del Derecho comunitario. Sin embargo es preciso ser pru-

dente antes de integrar en un ordenamiento jurídico los conceptos y teorías que son específicos de otro sistema. Entre los supuestos de hecho en los que se aplica el Derecho americano y aquéllos en los que se aplica en Derecho comunitario existen diferencias notables, de modo que un problema al que haya de enfrentarse uno de los dos sistemas no encuentra necesariamente un equivalente en el otro sistema. Esto sucede también con la cuestión de si el artículo 86 puede ser aplicado a un comportamiento que ha sido declarado exento con arreglo al apartado 3 del artículo 85. Por consiguiente, voy a renunciar a hacer en las presentes conclusiones una comparación con el Derecho en vigor en Estados Unidos.

20. Vuelvo pues al análisis del artículo 85. La prohibición de acuerdos restrictivos de la competencia contenida en el apartado 1 del artículo 85 encuentra su límite necesario en el apartado 3 del mismo artículo. Únicamente el efecto combinado de ambas disposiciones permite determinar qué acuerdos son tolerados por el Derecho comunitario y cuáles no.⁵

El artículo 86 tiene una estructura completamente distinta. No se aplica a todos los mercados, sino únicamente a aquéllos en los que una o varias empresas ocupen una posición dominante. La prohibición que establece se dirige únicamente a esas empresas en posición dominante y no a las demás, lo que reduce ya notablemente su campo de aplicación en comparación con el del artículo 85. Es preciso añadir que el artículo 86 únicamente prohíbe las prácticas abusivas. Por consiguiente queda descartado que la prohibición se refiera a una conducta tolerada por el régimen comunitario en materia de competencia porque sea económicamente beneficiosa. Por ello la limitación del

ámbito de aplicación del artículo 86 en el sentido de una «rule of reason» no tiene razón de ser.

21. Durante la vista, la parte demandante ha alegado que, al igual que la aplicación del artículo 85, la del artículo 86 debe ser examinada en dos etapas. Afirma que, como se desprende de la sentencia *United Brands*,⁶ hay que verificar en primer lugar si, a primera vista, se ha cometido un abuso, antes de ver si ese abuso no estaba objetivamente justificado. Además la Comisión siguió este procedimiento en la Decisión impugnada. Al formular estos argumentos, la demandante olvida que la comprobación de si existe la posibilidad, específicamente regulada, de conceder una exención es algo diferente a la verificación de elementos objetivos aislados en el contexto de los hechos que constituyen la prohibición. Resulta simplemente imposible interpretar que el artículo 86 prevea un caso de inaplicabilidad de la prohibición que establece.

22. El artículo 86 se distingue además del artículo 85 por el hecho de que su aplicación puede perfectamente resultar inducida por el comportamiento unilateral de una sola empresa. El artículo 85 no se aplica a este tipo de conductas. Las empresas que no ocupen una posición dominante pueden observar esta conducta sin que el Derecho comunitario en materia de competencia se oponga a ello. Esto pone de manifiesto que, a diferencia de las demás empresas, la que domina el mercado debe respetar normas más estrictas y aceptar restricciones más severas a su libertad de acción.

Si se hubiera querido que los acuerdos exentos en virtud del apartado 3 del artículo 85 no quedaran sujetos a la aplicación del artículo 86, resultaría la curiosa situación de

5 — Sentencia de 6 de abril de 1962, *Bosch* (13/61, Rec. 1962, pp. 97, especialmente p. 113), y sentencia de 30 de abril de 1986, *Asjes* (209/84 a 213/84, Rec. 1986, p. 1425, especialmente p. 1469).

6 — Sentencia de 14 de febrero de 1978 (27/76, Rec. 1978, p. 207 y ss., especialmente p. 298).

que el artículo 86 podría prohibir a la empresa dominante una conducta que el Derecho en materia de competencia autoriza sin restricción a las empresas de menor tamaño, pero que no podría prohibírsele a esta empresa una conducta ya sujeta a control en las circunstancias normales de mercado y que sólo se tolera en determinadas condiciones, debido a que resulta peligrosa para la competencia.

23. Las diferencias que acabo de describir en la estructura de estas dos disposiciones también están justificadas desde el punto de vista económico. El artículo 85 se aplica al comportamiento de todas las empresas en condiciones normales de competencia prohibiéndoles entorpecer una competencia viable mediante determinadas conductas, como son la celebración de acuerdos o la adopción de prácticas concertadas. Por el contrario, el artículo 86 protege una competencia ya mermada por el dominio que se ejerce sobre el mercado contra cualquier deterioro ulterior.⁷ Por lo tanto no parece que pueda contemplarse la autorización de un comportamiento que adopta la forma de un abuso y que limita aún más esta competencia residual. Por el contrario, para preservarla, hay que permitir a las autoridades competentes en materia de prácticas colusorias intervenir adoptando medidas más severas que las que son necesarias y lícitas en un mercado no dominado.

24. La demandante estima sin embargo que la aplicación del artículo 86 a una conducta declarada exenta en virtud del artículo 85 es contraria a la sentencia pronunciada por el Tribunal de Justicia en el asunto *Continental Can*,⁸ según la cual los artículos 85 y 86 no pueden ser interpretados en sentidos

contradictorios, puesto que ambos persiguen la realización de un mismo objetivo. Procede responder a esto que el objetivo común de estas dos disposiciones es, como dice la letra f) del artículo 3 del Tratado, el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común. Ambas disposiciones deben ser interpretadas por lo tanto de forma que pueda alcanzarse dicho objetivo. Para ello puede bastar con que una sola de ellas sea aplicada.

25. El tenor literal y la sistemática de las normas del Tratado en materia de competencia apoyan pues la aplicabilidad del artículo 86 incluso a una conducta exenta, en virtud del apartado 3 del artículo 85, de la prohibición a que se refiere el apartado 1 de ese mismo artículo.

26. La comparación con otras prohibiciones contenidas en el Tratado CEE confirma también que la exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 sólo se refiere a la prohibición contenida en el apartado 1 de ese artículo. Así sucede, por ejemplo, con los acuerdos que suponen una discriminación por razón de nacionalidad. En este caso, el artículo 7 se opone a cualquier exención.⁹ Asimismo, la exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 no puede en modo alguno autorizar una conducta que sea contraria a las disposiciones de la segunda frase del artículo 36. A pesar de la exención los interesados no podrían observar tal conducta.

27. Tras haber examinado el texto del Tratado, veamos si el análisis de la jurisprudencia

7 — Sentencia de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comisión* (85/76, Rec. 1979, p. 461, especialmente p. 541).

8 — Sentencia de 21 de febrero de 1973, apartado 25 (6/72, Rec. 1973, p. 215, especialmente p. 246).

9 — Esta cuestión ha sido objeto de muchas discusiones en la doctrina; véase, por ejemplo, *Deringer: EWG-Wettbewerbsrecht, Kommentar*, punto 8 sobre el artículo 85, apartado 3; véase también, en sentido contrario, *Koch, en Grabitz: Kommentar zum EWG-Vertrag*, punto 66 antes del artículo 85.

cia del Tribunal de Justicia nos lleva al mismo resultado.

28. Ya en una sentencia de 20 de marzo de 1957 el Tribunal de Justicia examinó las relaciones entre la prohibición de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas a que se refiere el artículo 65 del Tratado CECA y otras prohibiciones establecidas por ese Tratado: se trataba, en ese caso, de la prohibición de discriminación contenida en la letra b) del artículo 4. En este asunto las partes demandantes habían solicitado, con arreglo al apartado 2 del artículo 65 del Tratado CECA, que se autorizase la normativa comercial de una de las sociedades de venta de carbón del Ruhr. La Alta Autoridad había accedido en gran medida a lo solicitado, pero había rechazado algunas cláusulas de la normativa alegando, en su motivación, que infringían tanto el apartado 2 del artículo 65 como la prohibición de discriminación de la letra b) del artículo 4 del Tratado CECA. Las partes demandantes consideraban que el artículo 65 era una disposición especial que excluía la aplicación de la letra b) del artículo 4 a los mismos hechos. El Tribunal de Justicia manifestó, por el contrario, siguiendo las conclusiones de su Abogado General Sr. Roemer, que la Alta Autoridad había actuado conforme a Derecho al examinar la normativa controvertida a la luz de ambas normas de prohibición.¹⁰

29. Por lo que se refiere a las relaciones entre el artículo 85 y el artículo 86, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia confirma que, si bien se refieren a hechos diferentes, sus respectivos ámbitos de aplicación pueden, no obstante, solaparse. Las primeras consideraciones en este sentido se encuentran en la sentencia mediante la cual el Tribunal de Justicia desestimó en 1966 un recurso interpuesto por el Gobierno italiano para la anulación del Reglamento nº 19/65/CEE.¹¹ Como sabemos, mediante

este Reglamento el Consejo autorizaba a la Comisión a adoptar Reglamentos de exención por categoría para contratos de distribución exclusiva, contratos de compra exclusiva y contratos de licencia. El tercer motivo alegado por la demandante alegaba que estos acuerdos verticales solamente podían apreciarse a la luz del artículo 86 y no del artículo 85. Mediante la aplicación del artículo 85, el Reglamento presuponia erróneamente que el artículo 86 no podía aplicarse a estos acuerdos, y con ello infringía esta disposición. El Tribunal de Justicia rechazó expresamente este argumento porque «ni el tenor literal del artículo 85 ni el del artículo 86 permiten atribuir a uno y otro artículo un campo de aplicación especial según la función económica de las empresas interesadas» (*traducción provisional*). Por el contrario, el Tribunal de Justicia manifestó, y aquí cito la versión francesa de los fundamentos de Derecho, que resulta más clara:

«[...] que chacun des articles 85 et 86, répondant ainsi à des objectifs propres, est indifféremment applicable à divers types d'accords, dès lors que sont réunies les conditions spéciales de l'un ou de l'autre de ces articles».¹²

A partir de entonces el Tribunal de Justicia ha confirmado varias veces la aplicabilidad simultánea de los artículos 85 y 86. Así manifestó, en la sentencia Hoffmann-La Roche,¹³ que la aplicación del artículo 86 no quedaba descartada por el hecho de que el comportamiento de la empresa dominante estuviera sujeto a las disposiciones del artículo 85 y, en particular, de su apartado 3. Finalmente, el pasado año, confirmó en la sentencia Ahmed Saeed¹⁴ y en la sentencia

12 — Sentencia de 13 de julio de 1966, Italia/Consejo y Comisión (32/65, Rec. 1966, p. 563, especialmente p. 592).

13 — Sentencia 85/76, antes citada, apartado 116 (Rec. p. 550); en el mismo sentido, véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Reischl en el asunto 7/82, GVL (Rec. 1983, p. 483, especialmente p. 525).

14 — Sentencia de 11 de abril de 1989, apartados 37 y ss. (66/86, Rec. 1989, p. 803, especialmente p. 849).

10 — Sentencia de 20 de marzo de 1957, Geitling/Alta Autoridad (2/56, Rec. 1957, p. 9, especialmente pp. 44 y ss.).

11 — DO 1965, nº 36, p. 533; EE 08/01, p. 85.

Ministère public contra Tournier,¹⁵ que los artículos 85 y 86 pueden aplicarse simultáneamente cuando una empresa dominante en el mercado celebre contratos que puedan restringir la competencia. En el asunto Ahmed Saeed, el Tribunal de Justicia ha alegado como ejemplo de explotación abusiva el hecho de que la empresa en posición dominante imponga a las demás partes contratantes tarifas aéreas no equitativas. En el segundo asunto, no ha formulado ninguna observación sobre las relaciones entre los artículos 85 y 86, sino que consideró evidente su aplicabilidad en paralelo. Para responder a la cuestión prejudicial que le había planteado un Tribunal francés, examinó si un mismo comportamiento reunía los requisitos para la infracción de estas dos disposiciones, a saber, la política de la SACEM —una sociedad francesa de gestión de derechos de autor— en materia de cánones.

30. Las sentencias Continental Can y Züchner no aportan nada nuevo a esta jurisprudencia. En el asunto Continental Can, el Tribunal de Justicia no descartó que el artículo 86 se aplicara a las prácticas y conductas contractuales de una empresa en posición dominante¹⁶ y su *obiter dictum* en la sentencia Züchner, según el cual únicamente el artículo 85 comprende el supuesto de las prácticas concertadas, y no el artículo 86,¹⁷ no puede justificar ninguna conclusión de carácter fundamental en cuanto al alcance de dicho artículo 86.

31. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia confirma por otro lado que la hipótesis de que la prohibición de explotación abusiva de una posición dominante pueda ser objeto de una exención como la del apartado 3 del artículo 85 debe ser rechazada. En la sentencia Continental Can el Tribunal de Justicia destacaba ya la diferencia que existe entre los artículos 85 y 86, en el sentido de

que la prohibición de explotación abusiva de posición dominante no puede ser objeto de ninguna excepción, al contrario que el apartado 3 del artículo 85.¹⁸ El hecho de que no se trata de una decisión arbitraria de los autores del Tratado, sino de un corolario del sistema de Derecho comunitario, ya ha sido claramente destacado por el Abogado General Sr. Lenz en el asunto Ahmed Saeed. Citaré el siguiente pasaje de sus conclusiones: «[...] el abuso no puede ser objeto de autorización por lo menos en una Comunidad que reconoce como principio superior la supremacía del Derecho».¹⁹

Lógicamente, pues, en el asunto Hoffmann-La Roche, el Tribunal de Justicia reconoció a la Comisión la facultad de aplicar opcionalmente el procedimiento del artículo 85 o el del artículo 86²⁰ si se cumplían los requisitos para la aplicación de estas dos disposiciones.

32. Por último, la exención de la prohibición de explotación abusiva de una posición dominante también resulta imposible por razones relacionadas con la jerarquía de las normas. Nadie puede reconocer que la Comisión «mediante una decisión de exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado EE, es decir, mediante una disposición de Derecho derivado, pueda autorizar que la empresa de que se trate infrinja el artículo 86 de dicho Tratado, es decir, una disposición contenida en los Tratados originales».²¹

33. Como resultado de este análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia podemos concluir que ésta no se opone a que el artículo 86 sea aplicado a acuerdos exentos en virtud del apartado 3 del artículo 85.

15 — Sentencia de 13 de julio de 1989 (395/87, Rec. 1989, p. 2521).

16 — Asunto 6/72, antes citado, apartado 25 (Rec. p. 245).

17 — Sentencia de 14 de julio de 1981, apartado 10 (172/80, Rec. 1981, p. 2021, especialmente pp. 2030 y ss.).

18 — Asunto 6/72, antes citado, apartado 25 (Rec. p. 246); véanse, en el mismo sentido, las conclusiones del Abogado General Sr. Roemer, antes citadas (Rec. p. 257).

19 — Conclusiones de 28 de abril de 1988 en el asunto 66/86, apartado 41.

20 — Asunto 85/76, antes citado, apartado 116 (Rec. p. 550).

21 — Asunto 66/86, segundas conclusiones presentadas por el Abogado General Sr. Lenz el 17 de enero de 1989, apartado 18.

Por el contrario contiene elementos que inducen a preferir esta interpretación, cuando no a considerarla obligada.

b) La exención individual y la aplicación del artículo 86

34. Ahora hay que abordar la cuestión de cómo el Derecho comunitario derivado ha regulado las relaciones entre la exención de la prohibición de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas, por una parte, y la explotación abusiva de una posición dominante por otra. Es obvio que el Derecho derivado no puede en ningún caso modificar las disposiciones del Tratado CEE, sino que, por el contrario, debe ser valorado en razón de su conformidad con ellas.²² La interpretación del Tratado realizada por el legislador comunitario sobre una cuestión que no está expresamente regulada constituye un indicio importante de la manera en que debe entenderse dicha disposición. El propio Tratado habilita al legislador en su artículo 87 para adoptar todas las disposiciones apropiadas para la aplicación de los principios enunciados en los artículos 85 y 86. Por consiguiente en el presente caso el legislador tiene facultades para completar el contenido del Tratado y, en la medida en que este último deje abiertas determinadas cuestiones, para completarlas. Los órganos jurisdiccionales de la Comunidad están vinculados por estas indicaciones complementarias siempre que éstas respeten el Tratado. Ésta es la razón por la cual el Tribunal de Justicia verificó también en su sentencia Ahmed Saeed la aplicación de las normas sobre competencia del Tratado en relación con el Derecho derivado.²³

Examinemos, pues, en primer término el Reglamento nº 17²⁴ y los Reglamentos de

aplicación de las normas de competencia en materia de transportes para ver si aportan alguna indicación sobre la aplicación del artículo 86 a un comportamiento exento mediante una decisión individual.

35. aa) El Reglamento nº 17 no contiene disposiciones explícitas sobre la cuestión de cuáles son los efectos de la exención de un acuerdo sobre la aplicabilidad del artículo 86 al comportamiento de las empresas interesadas. No obstante, proporcionan algunos indicios.

36. En las disposiciones relativas a la competencia que establece el apartado 1 del artículo 9 del Reglamento, se afirma que la decisión de exención en virtud del apartado 3 del artículo 85 se refiere exclusivamente al apartado 1 de dicho artículo 85 y no al artículo 86. Éste es un primer indicio. Abordaré los demás efectos de esta disposición cuando examine el tercer argumento formulado por la demandante.

37. Segundo indicio: el apartado 1 del artículo 8 del Reglamento formula una indicación sobre el contenido de la decisión de exención. La exención será otorgada para un período de tiempo determinado y podrá conllevar condiciones y cargas. La obligación de fijar una duración determinada y la posibilidad de imponer condiciones ponen de manifiesto que la Decisión de exención autoriza una restricción limitada de la competencia, es decir, limitada por la finalidad de la restricción, por la intensidad de sus efectos sobre la competencia y por su duración. Ahora bien, mientras que la restricción de la competencia realizada mediante un acuerdo puede limitarse de este modo, no sucede la misma con la restricción que tiene su origen en una posición dominante: ni la finalidad ni la intensidad de esta restricción de la competencia ni su duración pueden re-

22 — Véase también el apartado 41 de las conclusiones presentadas el 28 de abril de 1988 por el Abogado General Sr. Lenz en el asunto 66/86: «Incluso un Reglamento del Consejo que declarase compatibles con el artículo 86 del Tratado CEE determinadas prácticas habrían de ser objeto de un examen a la luz de dicho artículo».

23 — Sentencia de 11 de abril de 1989, apartado 37 (66/86, Rec. 1989, p. 803, especialmente p. 849).

24 — DO 1962, nº 13, p. 204; EE 08/01, p. 22.

gularse de manera eficaz,²⁵ salvo que se prohíba la posición dominante como tal. A diferencia del artículo 85, el artículo 86 no regula las condiciones en que sería lícita una restricción de la competencia, sino las consecuencias de una restricción que ya existe, en la medida en que sujeta a un control la conducta de las empresas que ocupan una posición dominante. Estas diferencias entre ambas disposiciones muestran una vez más que el régimen de exención de la prohibición del apartado 1 del artículo 85 no puede trasladarse al artículo 86. La autorización —limitada en su objeto, efectos y duración— de un acuerdo en virtud del apartado 3 del artículo 85 no puede dar lugar a que la restricción de la competencia mucho más amplia que deriva de la posición dominante de una empresa escape, durante tres años por ejemplo (!), a cualquier control en virtud del artículo 86.

38. El tercer indicio es el siguiente: la letra d) del apartado 3 del artículo 8 del Reglamento nº 17 prevé la revocación de la exención con carácter retroactivo cuando abusen de ella las empresas interesadas. Por lo tanto las partes de un acuerdo autorizado de restricción de la competencia tienen prohibido abusar de esta restricción al igual que una empresa que ocupe una posición dominante tiene prohibido abusar de ella. Observen ustedes el paralelismo entre la restricción de la competencia mediante un acuerdo exento en virtud del apartado 3 del artículo 85 y la restricción de la competencia que implica la existencia de una posición dominante: ambas son lícitas como tales, pero no deben dar lugar a abusos. La letra d) del apartado 3 del artículo 8 del Reglamento pone así de manifiesto que la exención individual no puede justificar un comportamiento abusivo. Bien es verdad que sólo lo dice expresamente para los abusos cometidos respecto a la exención de la prohibición de acuerdos, decisiones y prácticas concertadas. Pero esto se explica por el hecho de que únicamente

regula las consecuencias jurídicas de este abuso. El hecho de que los efectos del abuso de la exención sobre el mantenimiento en vigor de la Decisión de exención hayan requerido la adopción de una normativa específica no implica que el artículo 8 del Reglamento nº 17 pretenda impedir que la Comisión adopte medidas en virtud de los artículos 3 y 15 de dicho Reglamento contra el abuso particularmente peligroso a que se refiere el artículo 86.

39. Finalmente —cuarto indicio—, el apartado 5 del artículo 15 del Reglamento nº 17 contiene una regulación indirecta de la aplicación del artículo 86 durante el procedimiento de exención. Cuando un acuerdo ha sido notificado con arreglo al artículo 4 del Reglamento, la conducta notificada no puede ser sancionada con una multa, ni en concepto de una infracción del apartado 1 del artículo 85 ni en concepto de una infracción del artículo 86. Pero de ello se deduce que, por lo demás, el artículo 86 sigue siendo aplicable durante el procedimiento de exención, que puede producir efectos sobre dicho procedimiento y que únicamente las facultades sancionadoras de la Comisión están limitadas por una disposición especial.

40. En cambio, el Reglamento nº 17 no contiene ninguna disposición sobre la aplicación del artículo 86 durante el período que sigue a una Decisión de exención. Por lo general, el problema de la aplicación del artículo 86 en tales circunstancias no suele plantearse, porque un acuerdo que reúna las condiciones de exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 no puede ser considerado como una explotación abusiva en el sentido del artículo 86. Antes de conceder una exención a una empresa en posición dominante, la Comisión debe verificar que se reúnen todos los requisitos exigidos por el apartado 3 del artículo 85, en especial la participación de los usuarios en el beneficio resultante del acuerdo, la proporcionalidad de las restricciones impuestas y el mantenimiento de la competencia respecto de una

25 — Mestmäcker: *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 1974, p. 357.

parte sustancial de los «productos de que se trate». Por lo tanto, si la Comisión ha llegado a un resultado positivo — la exención — respecto a un acuerdo determinado, prácticamente ya no puede calificar al mismo acuerdo de explotación abusiva de posición dominante con ocasión de un segundo procedimiento incoado por infracción del artículo 86. En este caso y por lo que se refiere a la exención individual, la tesis de la demandante referida a la necesidad de evitar contradicciones con ocasión de la aplicación del Derecho comunitario es, sin duda, parcialmente exacta. Parece justo atribuir a una Decisión de exención adoptado por la Comisión en beneficio de una empresa que ocupe una posición dominante efectos semejantes, en lo que se refiere al artículo 86,²⁶ a los de una certificación negativa, que vincula a la Comisión, pero no a los órganos jurisdiccionales nacionales.²⁷

41. Por el contrario, en los casos en que una parte de un acuerdo exento sólo haya adquirido posteriormente una posición dominante o en los que una empresa en posición dominante no haya sido parte de un acuerdo sino después de que este último hubiera sido declarado exento, la apreciación efectuada por la Comisión para otorgar la exención no puede haber considerado la cuestión de si el acuerdo sigue reuniendo los requisitos exigidos por el apartado 3 del artículo 85 en la nueva situación del mercado. La letra a) del apartado 3 del artículo 8 del Reglamento nº 17 permite a la Comisión reexaminar *ex nunc*, sobre todo en este supuesto de modificación de la situación de hecho, si aún está justificada la exención de la prohibición del apartado 1 del artículo

85.²⁸ Como en el caso que nos ocupa no había podido tener en cuenta la posición dominante en el momento de efectuar el análisis con arreglo al apartado 3 del artículo 85, no puede considerarse que la Comisión esté vinculada por la exención que ella misma ha pronunciado. Esta exención no constituye por consiguiente un obstáculo para que la Comisión aplique el artículo 86 mediante una orden conminatoria de cesación.

42. bb) Ahora vamos a examinar los tres Reglamentos en los que se establecen las modalidades de aplicación de las normas de competencia en el ámbito de los transportes.²⁹

Junto con la exención individual que la Comisión adopta mediante una Decisión generadora de derechos, estos tres Reglamentos establecen un procedimiento simplificado llamado de oposición.³⁰ En este procedimiento, las empresas que participen en prácticas restrictivas de la competencia presentan ante la Comisión una solicitud de exención que se publica en el *Diario Oficial de las Comunidades Europeas*. Los terceros interesados pueden presentar sus observaciones sobre esta solicitud en un plazo de 30 días. Tras la publicación, la Comisión dispone de 90 días para incoar un procedimiento formal de exención notificando al interesado que existen serias dudas en cuanto a la aplicabilidad de la exención. Si omite este trámite, entra en vigor una exención de duración limitada, exención que la Comisión puede revocar en cualquier momento si resultara que no se reúnen los requisitos necesarios para su aplicación.

28 — Al examinar una solicitud de renovación de una exención la Comisión debe considerar el aumento del grado de concentración en el mercado. Sentencia de 9 de julio de 1987, Ancides/Comisión, apartado 13 (43/85, Rec. 1987, p. 3131, especialmente p. 3154).

29 — Reglamento (CEE) nº 1017/68 (DO L 175, p. 1; EE 08/01, p. 106), Reglamento (CEE) nº 4056/86 (DO L 378, p. 4) y Reglamento (CEE) nº 3975/87 (DO L 374, p. 1).

30 — Artículo 12 del Reglamento (CEE) nº 1017/68 (por el que se prohíben los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas destinados a reducir las perturbaciones derivadas de la estructura de mercado con arreglo al artículo 6 del Reglamento), artículo 12 del Reglamento (CEE) nº 4056/86 y artículo 5 del Reglamento (CEE) nº 3975/87.

26 — Véase Hönn: *Die Anwendbarkeit des Artikels 86 EWG-Vertrag bei Kartellen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen*, Diss. Frankfurt, 1969, p. 67; sin embargo, llega a un resultado diferente.

27 — Los efectos de la certificación negativa ante los órganos jurisdiccionales nacionales son muy discutidos. En el mismo sentido véase, por ejemplo, Waelbroeck, M.: «Judicial review of Commission action in competition matters», *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1983, p. 179, especialmente pp. 203 y ss., con referencias complementarias.

43. Sólo el último de estos tres Reglamentos, el Reglamento (CEE) nº 3975/87, por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo, contiene disposiciones expresas sobre las relaciones entre esta exención individual y el artículo 86. El apartado 3 de su artículo 5 establece que la exención obtenida mediante el procedimiento de oposición puede ser revocada con carácter retroactivo «en el caso de que los interesados hubieren dado información inexacta o de que hubieren utilizado indebidamente una exención de las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 o hubieren contravenido el artículo 86». Por el contrario, los Reglamentos (CEE) nº 1017/68³¹ y (CEE) nº 4056/86³² sólo citan los dos primeros motivos para una revocación con carácter retroactivo.

En cambio, la revocación de una exención concedida mediante una Decisión generadora de derechos está regulada en los mismos términos en los tres textos. Mientras que el abuso de la exención se cita, por ejemplo en la letra d) del apartado 3 del artículo 8 del Reglamento 17,³³ como motivo que justifica la revocación con carácter retroactivo, el artículo 86 no se menciona en modo alguno en este contexto.

44. Se plantea pues la cuestión de si el apartado 3 del artículo 5 del Reglamento nº 3975/87 autoriza la conclusión *a contrario* de que la aplicación del artículo 86 a una conducta exenta debe excluirse si no existe tal disposición expresa, es decir, en todos los demás supuestos. Cabría pensarlo así si el objeto de esta disposición fuera ordenar la disposición del artículo 86. Sin embargo, no sucede así. El apartado 3 del artículo 5 del Reglamento nº 3975/87 añade, por el

contrario, a las sanciones que lleva aparejadas la infracción del artículo 86 la de la revocación de la exención en el marco del procedimiento de oposición con arreglo a este Reglamento. Por consiguiente, la infracción del artículo 86 tiene la consecuencia adicional de que el apartado 1 del artículo 85 también puede aplicarse con carácter retroactivo al acuerdo. En tal caso los interesados no habrán infringido solamente el artículo 86, sino también el apartado 1 del artículo 85. No obstante, esta consecuencia jurídica no se deduce automáticamente de la aplicabilidad del artículo 86; únicamente aparece si está expresamente prevista por una disposición, como sucede en el presente caso.

El razonamiento *a contrario* también debe rechazarse en razón del tenor literal de la disposición. Esta última vincula las consecuencias jurídicas que establece a una infracción del artículo 86 del Tratado CEE, con lo que presupone la aplicación de este último a la conducta de los interesados.

45. En resumen, diversos indicios contenidos en el Reglamento nº 17 y en el apartado 3 del artículo 5 del Reglamento nº 3975/87 muestran que una exención individual no constituye un obstáculo para la aplicación del artículo 86 y que, todo lo más, debe ser tenida en cuenta por la Comisión en los casos en que esté vinculada por las Decisiones que ella misma haya adoptado. Por el contrario, el artículo 86 produce efectos en el ámbito de aplicación del apartado 3 del artículo 85, en la medida en que impide la exención de una conducta comprendida en el concepto de explotación abusiva de posición dominante. Sin embargo, esto no quiere decir que las empresas en posición dominante estén excluidas del beneficio de las Decisiones de exención. La Comisión puede concederles la exención en la medida en que ésta no dé lugar a una explotación abusiva de posición dominante.

31 — Apartado 3 del artículo 12.

32 — *Ibidem*.

33 — Artículo 13 del Reglamento nº 1017/68, artículo 6 del Reglamento nº 3975/87 y artículo 13 del Reglamento nº 4056/86.

c) La exención por categoría y la aplicación del artículo 86

46. Hemos llegado así a la tercera fase del examen dedicada a las relaciones entre la exención por categoría y el artículo 86, teniendo en cuenta los resultados del análisis realizado sobre la exención individual.

Los Reglamentos que permiten una exención por categoría pueden dividirse en tres grupos, que corresponden al desarrollo de este instrumento en la legislación de la Comunidad. Las etapas de este desarrollo están marcadas por un afinamiento progresivo de las bases de habilitación que fundamentan las exenciones por categoría.

47. Todos los Reglamentos de exención por categoría tienen en común que, al igual que la exención individual mediante Decisión, se refieren exclusivamente a la prohibición del apartado 1 del artículo 85. Ninguno de los Reglamentos de exención por categoría declara la inaplicabilidad de la prohibición del artículo 86. Sin embargo, estos Reglamentos se distinguen claramente de la exención individual porque se basan en una apreciación global y abstracta de un tipo de acuerdos, que el legislador efectúa *ex ante* orientándose, por lo general, por los efectos de estos acuerdos en condiciones normales de competencia. Estos Reglamentos no dan lugar a una verificación concreta de los requisitos de aplicación del apartado 3 del artículo 85, que tomaría en consideración las circunstancias específicas de uno de los mercados afectados, así como del lugar o de la posición dominante ocupados por una determinada empresa.³⁴ Es ésta una diferencia importante que —como expondré más ade-

34 — Wertheimer: «Het adagium van artikel 86, EEG: "Quod licet bovi non licet jovi"», en *Europees Kartelrecht Anno 1980*, p. 143, 212.

lante— influye sobre las consecuencias jurídicas de una exención por categoría, en comparación con las de una exención individual.

48. Desde el punto de vista de su contenido, los Reglamentos de exención por categoría se distinguen entre ellos por el hecho de que algunos se refieren a estructuras de mercado, mientras que la mayor parte no contienen ninguna restricción de esta naturaleza. Cuando la exención por categoría no depende de estructuras comerciales, se concede únicamente sobre la base de la Decisión abstracta del legislador.

Así sucede en primer lugar con el primer Reglamento de habilitación del Consejo —el Reglamento n° 19/65, relativo a los contratos de licencia y de distribución en exclusiva—, así como con los Reglamentos de exención por categoría a los que éste ha servido de base y entre los que se encuentra el Reglamento que se aplica en el presente caso, sobre los acuerdos de licencia de patente.³⁵ Las exenciones por categoría pronunciadas basándose en el Reglamento n° 19/65 se aplican, salvo una excepción, sin consideración de la estructura de mercado.

Únicamente el Reglamento (CEE) n° 1984/83 contiene además una disposición que reserva a las pequeñas y medianas empresas el beneficio de la exención de los acuerdos de compra exclusiva entre fabricantes que sean competidores entre sí.³⁶ El legislador comunitario excluye así con carácter general a las empresas que ocupen

35 — Reglamento n° 67/67/CEE (DO 1967, p. 849; EE 08/01, p. 94), sustituido desde entonces por los Reglamentos (CEE) n° 1983/83 (DO L 173, p. 1; EE 08/02, p. 110) y (CEE) n° 1984/83 (DO L 173, p. 5; EE 08/02, p. 114); Reglamento (CEE) n° 2349/84 (DO L 219, p. 15; EE 08/02, p. 135); Reglamento (CEE) n° 123/85 (DO L 15, p. 16; EE 08/02, p. 150); Reglamento (CEE) n° 4087/88 (DO L 359, p. 46), y Reglamento (CEE) n° 556/89 (DO L 61, p. 1).

36 — Décimo considerando; letra b) del artículo 3 y artículo 5.

una posición dominante del beneficio de la exención de dichos acuerdos.

49. Por lo que se refiere a las relaciones entre el artículo 86 y la exención por categoría, resulta lo siguiente: el Reglamento de habilitación no hace referencia al artículo 86. Por el contrario, dos Reglamentos de exención por categoría, el Reglamento (CEE) n° 1983/83, sobre acuerdos de distribución exclusiva, y el Reglamento n° 1984/83, sobre acuerdos de compra exclusiva, dicen expresamente, en sus considerandos, que no excluyen la aplicación del artículo 86.³⁷

50. La segunda «familia» de Reglamentos de exención por categoría mantiene este enfoque. Comprende los Reglamentos (CEE) n° 417/85 y (CEE) n° 418/85, sobre acuerdos de especialización y acuerdos de investigación y desarrollo,³⁸ así como el Reglamento de habilitación (CEE) n° 2821/71, sobre el que se basan. Los Reglamentos «horizontales» n° 417/85 y n° 418/85 hacen depender la exención por categoría del requisito de que la cuota de mercado y el volumen de negocios de las empresas interesadas no sobrepasen determinado límite.³⁹ Las empresas en posición dominante no pueden por consiguiente beneficiarse, al menos por regla general, de la exención con arreglo a estos dos Reglamentos.

51. Las disposiciones referidas a la revocación de la exención por categoría en casos específicos también han evolucionado a lo largo del tiempo. El artículo 7 del Reglamento n° 19/65 establece la revocación

cuando el comportamiento exento produzca efectos incompatibles con el apartado 3 del artículo 85. No especifica si esta revocación tiene carácter retroactivo o si solamente produce sus efectos para el futuro. Por el contrario, el Reglamento n° 2821/71 dice claramente, en su último considerando, que la exención por categoría sólo puede ser revocada respecto al futuro. Su artículo 7, que autoriza la revocación de la exención, corresponde textualmente al artículo 7 del Reglamento n° 19/65, que es anterior a él. Esto muestra que la revocación únicamente es admisible *ex nunc*, aun en el marco de la aplicación de esta última disposición.

52. La tercera categoría, la más reciente, de Reglamentos de exención por categoría corresponde al campo del transporte aéreo. El Reglamento (CEE) n° 3976/87 del Consejo es el que confiere la habilitación.⁴⁰ Este último no excluye a las empresas en posición dominante del beneficio de la exención. Pero en esta categoría aparece un elemento nuevo, el Reglamento de habilitación prevé ya las consecuencias de la infracción del artículo 86. A tenor del apartado 2 del artículo 7 del Reglamento, el beneficio de la exención colectiva podrá ser revocado en casos determinados, cuando el acuerdo exento «tiene [...] efectos [...] que están prohibidos por el artículo 86 [...]». Los tres Reglamentos de exención por categoría⁴¹ adoptados con base en esta habilitación destacan expresamente en sus considerandos que no impiden la aplicación del artículo 86. Todos ellos prevén la revocación de la exención⁴² para los acuerdos cuyos efectos «están prohibidos por el artículo 86 del Tratado».

El apartado 2 del artículo 7 del Reglamento de habilitación precisa también que la revo-

37 — Decimoquinto considerando del Reglamento n° 1983/83 y vigésimo tercer considerando del Reglamento n° 1984/83.

38 — Reglamento n° 2821/71 (DO L 285, p. 46; EE 08/02, p. 14); Reglamento n° 417/85 (DO L 53, p. 1; EE 08/02, p. 162), y Reglamento n° 418/85 (DO L 53, p. 5; EE 08/02, p. 166).

39 — Artículo 3 del Reglamento n° 417/85 y apartados 2 y 3 del artículo 3 del Reglamento n° 418/85 (que únicamente se refiere a la cuota de mercado).

40 — DO L 374, p. 9.

41 — Reglamentos (CEE) n° 2671/88, (CEE) n° 2672/88 y (CEE) n° 2673/88 (DO L 239, pp. 9, 13 y 17).

42 — Artículo 7 del Reglamento n° 2671/88, artículo 11 del Reglamento n° 2672/88 y artículo 4 del Reglamento n° 2673/88.

cación de la exención no es la única consecuencia de la infracción del artículo 86. Establece, en efecto, que además la Comisión «podrá tomar, en virtud del artículo 13 del Reglamento n° 3975/87, las medidas apropiadas con objeto de poner fin a tales infracciones». Esta última disposición faculta a la Comisión a imponer multas coercitivas a las empresas que no obedezcan a su orden conminatoria de poner fin a la infracción del artículo 86.⁴³ Por el contrario, no se hace ninguna alusión al artículo 12 del Reglamento n° 3975/87, que autoriza a la Comisión a imponer multas en caso de infracción del artículo 86.

53. En el campo del transporte marítimo, el Consejo no ha habilitado a la Comisión para que adopte Reglamentos de exención por categoría. En los artículos 3 y 6 del Reglamento n° 4056/86, relativo al transporte marítimo,⁴⁴ ha establecido por sí mismo las exenciones por categoría, que, una vez más, únicamente se refieren a la prohibición de los acuerdos enunciados en el apartado 1 del artículo 85. Al igual que los Reglamentos de exención por categoría propiamente dichos, el Reglamento n° 4056/86 prevé, en su artículo 8, la revocación del beneficio de la exención para los acuerdos que produzcan efectos incompatibles con el artículo 86. Sin embargo, con arreglo a la norma general del artículo 10, la Comisión podrá entablar «procedimientos con miras suspender una infracción a las disposiciones del artículo 86 del Tratado».

54. Ahora voy a intentar deducir algunos principios generales de este cúmulo de normas. A este respecto es preciso tener en cuenta el hecho de que las exenciones por categoría son, a pesar de sus diferencias, cada una un instrumento de ejecución del

apartado 3 del artículo 85. Por ello las disposiciones de un Reglamento de exención por categoría pueden ser significativas para la interpretación de otros Reglamentos. Sería contrario al sistema instaurado por el Tratado permitir que distinciones artificiales impidieran la aplicación uniforme de los artículos 85 y 86 en los diversos ámbitos cubiertos por los Reglamentos de exención por categoría. Por esta razón he ido mucho más allá del Reglamento n° 2349/84 para presentar ante este Tribunal esta exposición global de los Reglamentos de exención por categoría.

55. Dicho esto, desearía exponer las siguientes conclusiones: en la medida en que el legislador no haya excluido a las empresas en posición dominante del beneficio de la exención por categoría mediante la definición de umbrales de exclusión, el artículo 86 puede aplicarse junto con una exención por categoría. El legislador ha reconocido este hecho en los considerandos de los dos Reglamentos de exención por categoría, sin regular la aplicación del artículo 86 en los Reglamentos mediante disposiciones concretas.⁴⁵ Sin embargo, mientras que el artículo 86 puede tener efectos tanto en el momento de la concesión como en el de la revocación de una exención individual, en lo que concierne a la exención por categoría no puede tener efectos más que durante el procedimiento de revocación, ya que el procedimiento individual de concesión queda sustituido en este caso por una Decisión abstracta que el legislador adopta *ex ante* y cuyo contenido recogen los respectivos Reglamentos de exención por categoría.

La falta de procedimiento individual de concesión implica el riesgo de que la exención por categoría pueda beneficiar a un acuerdo que no reúna concretamente los requisitos del apartado 3 del artículo 85. Como la

43 — Esta orden conminatoria puede efectuarse con arreglo al artículo 4 del Reglamento n° 3975/87.

44 — DO L 378, p. 4.

45 — Reglamentos n° 1983/83 y n° 1984/83.

exención por categoría no requiere ningún control previo de la Comisión acerca de si se respetan, en un caso determinado, los criterios del apartado 3 del artículo 85, no puede interpretarse respecto al artículo 86 como una «certificación negativa implícita» que vincule a su autor, la Comisión, cuando esta última aplique esta disposición. En este aspecto la exención por categoría tiene un efecto menos intenso que la exención individual.

Sin embargo, hay que descartar de cualquier modo que las instituciones hayan podido quedar vinculadas por la Decisión que hayan adoptado cuando, como en el presente caso, una empresa en posición dominante obtenga posteriormente el beneficio de una exención por categoría. Como ya hemos visto, ni siquiera una exención individual puede vincular a la Comisión que la ha concedido cuando la empresa en posición dominante llega a ser posteriormente parte de un acuerdo exento.

56. Por otra parte, queda descartada la revocación de una exención por categoría con carácter retroactivo. Esto parece justificado por el hecho de que la exención por categoría se basa directamente en una norma jurídica y no, como la exención individual, en una Decisión administrativa. Por ello el efecto jurídico que produce una exención por categoría es más fuerte que el de una exención individual.

La circunstancia de que un Reglamento de habilitación y cuatro de los más recientes Reglamentos de exención por categoría hayan situado a la infracción del artículo 86 entre las razones que justifican una revocación de la exención confirma que sigue siendo aplicable el artículo 86, aun durante el período de validez de una exención por categoría.

No puede deducirse *a contrario* de estas disposiciones especiales que, en el ámbito regulado por los otros Reglamentos de exención por categoría, el artículo 86 no puede aplicarse antes de la revocación de la exención. Como ya he señalado al hablar de la exención individual, a propósito de las disposiciones correspondientes del apartado 3 del artículo 5 del Reglamento por el que se establecen las normas de desarrollo de las reglas de competencia para empresas del sector del transporte aéreo, el único contenido normativo de estas disposiciones consiste en establecer una sanción adicional a la infracción del artículo 86, a saber, en el presente caso la revocación de la exención por categoría. Esta sanción adicional no es en modo alguno superflua, aun en caso de nulidad de un acuerdo con arreglo al Derecho nacional por infracción del artículo 86, porque la revocación de la exención en el marco del artículo 85 tiene un significado propio. Las disposiciones especiales implican pues que sigue siendo aplicable el artículo 86 junto con una exención por categoría.⁴⁶

57. Bien es verdad que la demandante estima que los Reglamentos de exención por categoría constituyen un medio con el cual el legislador fomenta determinados tipos de acuerdos. Esta intención del legislador resulta contrariada si se aplica el artículo 86. A esto hay que responder, junto con la Comisión, que la adopción de Reglamentos por los que se establece una exención por categoría tienen como único objetivo la simplificación administrativa. No me parece justo que los acuerdos declarados exentos de la prohibición establecida en el apartado 1 del artículo 85 puedan ser considerados en términos generales como deseables desde el punto de vista de la política de competencia. La exención se limita a devolver a las empresas afectadas la libertad de contratar; ca-

⁴⁶ — Para una opinión diferente, véase Wiedemann: *Kommentar zu den Gruppenfreistellungsverordnungen des EWG-Kartellrechts*, Bd. 1, 1989, Allgemeiner Teil, pp. 120 y ss., puntos 371 y 373, sobre la Decisión de la Comisión que se impugna en el presente asunto.

rece de cualquier tipo de función orientadora desde el punto de vista de la política de la competencia.⁴⁷

58. Por consiguiente, como resultado del examen del primer argumento, concluyo que no está descartado desde el punto de vista lógico ni es contradictorio desde el punto de vista jurídico verificar si el comportamiento de la demandante está comprendido en la prohibición establecida por el artículo 86, aun cuando la licencia exclusiva adquirida por ella esté comprendida en el ámbito de aplicación del Reglamento de exención por categoría nº 2349/84 de la Comisión.

2) *La adquisición de la licencia de patente como explotación abusiva de posición dominante*

59. El segundo aspecto que voy a examinar en el marco de esta primera parte de mis conclusiones atañe a la cuestión de si la Comisión ha actuado acertadamente al calificar la simple adquisición de la licencia exclusiva por parte de la demandante como una infracción del artículo 86. Bien es verdad que la demandante no se ha opuesto a las comprobaciones efectuadas por la Comisión. Pero durante la vista ha alegado que los hechos comprobados no constituyen en modo alguno una infracción del artículo 86. Por tal motivo la Decisión impugnada debe ser también examinada desde este punto de vista.

a) Los elementos de la explotación abusiva de posición dominante

60. En primer lugar quiero tratar un extremo que ha sido discutido durante la vista. Se trata de la cuestión de si el artículo 86

debe aplicarse de dos maneras y de si tiene dos significados, según que nos encontremos ante una exención por categoría o no. Pienso que el análisis realizado hasta el momento pone de manifiesto que la prohibición del artículo 86 se aplica en igual medida a ambas situaciones. Por lo que respecta a las consecuencias jurídicas de la infracción de la prohibición, hemos visto que el legislador comunitario las ha regulado de manera específica en algunos Reglamentos de exención por categoría y que ha limitado, en particular, las facultades de la Comisión en materia de sanciones.⁴⁸ Estas diferencias, que únicamente se refieren a las consecuencias que el Derecho derivado atribuye a la infracción del artículo 86, puede efectuarlas el legislador sobre la base del artículo 87. Si no lo hace así, como en el caso presente en el Reglamento nº 2349/84 sobre los acuerdos de licencia, sigue siendo aplicable el artículo 86, conforme a sus disposiciones generales de ejecución, dicho de otro modo, conforme al Reglamento nº 17.

61. La demandante deduce de la sentencia pronunciada por el Tribunal de Justicia en el asunto Ahmed Saeed⁴⁹ que en este asunto existe una particularidad desde el punto de vista del contenido por lo que se refiere a la aplicación del artículo 86. Considera que un comportamiento que consista simplemente en celebrar un acuerdo exento en virtud del Reglamento nº 2349/84 no basta para justificar la imputación de una explotación abusiva; hace falta además la concurrencia de un elemento adicional. De la sentencia pronunciada en el asunto Ahmed Saeed deduce que este elemento consiste en que la empresa en posición dominante haya impuesto el acuerdo exento a la otra parte contratante.

Permítanme hacer constar, en primer término, que la demandante no cita íntegra-

47 — Koch, en Grabitz: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, puntos 192 y 156, sobre el artículo 85 del Tratado CEE.

48 — Véase el apartado 2 del artículo 7 del Reglamento (CEE) nº 3976/87.

49 — Sentencia de 11 de abril de 1989, antes citada, apartados 37 y 42 (66/86).

mente el pasaje de la sentencia que invoca: el Tribunal de Justicia afirma en efecto que la explotación abusiva de una explotación dominante puede existir, en particular, «cuando las referidas tarifas impuestas deban ser consideradas como condiciones de transporte no equitativas, ya sea en relación con los competidores, ya en relación con los viajeros». Dicho de otro modo, el Tribunal de Justicia estima que el hecho de que una empresa en posición dominante consiga imponer estipulaciones contractuales gracias a su poder no es el único criterio y ni siquiera es criterio suficiente para justificar la declaración de una explotación abusiva. Por el contrario, hace falta también esclarecer la cuestión de si los términos del contrato impuesto de este modo son equitativos o no. Por consiguiente, detrás de la exigencia de un «elemento adicional» que la demandante intenta introducir a partir de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Ahmed Saeed, se esconde en realidad un problema de carácter general, la cuestión de las condiciones en que el comportamiento de una empresa en posición dominante debe ser considerado como una explotación abusiva de su posición.

62. En relación con este problema fundamental del artículo 86, el Tribunal de Justicia ha desarrollado progresivamente algunas ideas orientadoras: en primer lugar ha interpretado el artículo 86 a la luz de la letra f) del artículo 3, según la cual la misión de la Comunidad consiste en «el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común». ⁵⁰ En su sentencia *Continental Can*, definió, como primer elemento determinante de un comportamiento abusivo, el hecho de que dicho comportamiento reforzara la posición dominante de la empresa y obstaculi-

zara sustancialmente la competencia residual, de por sí debilitada. Según esta sentencia, sobre la que se basa la Comisión en la Decisión controvertida, ⁵¹ la declaración del abuso depende del efecto restrictivo del comportamiento de la empresa en posición dominante sobre la competencia (se trataba de la adquisición de una participación del 80 % en una empresa competidora). ⁵²

63. Sin embargo, si el efecto restrictivo de la competencia bastara para calificar de abusivo el comportamiento de una empresa en posición dominante, existiría el peligro de que el artículo 86 se aplicara a todas las actividades rentables de esa empresa. Esto se aproximaría, cuando menos, a una prohibición de posición dominante, que no está prevista en el Tratado. Por lo tanto es preciso analizar el artículo 86 de manera más detallada en este contexto.

Dado que este artículo no prohíbe la existencia de una posición dominante como tal, una empresa situada en esta posición tiene el derecho de actuar para obtener beneficios y puede aspirar a ampliar su actividad comercial. Tiene derecho a reforzar su posición dominante mediante el juego de la competencia y a expulsar del mercado a los competidores menos capaces, aun cuando de esa manera su cuota de mercado alcanzase el 100 %. ⁵³ El Tratado CEE no exige que la empresa en posición dominante se comporte de una manera económicamente aberrante y contraria a sus legítimos intereses. De otro modo el Derecho comunitario entraría en contradicción con otras obligaciones que incumben a la empresa en posición dominante al igual que a cualquier otra empresa. Al decir esto pienso por ejemplo en la obligación que el Derecho de socieda-

50 — Sentencia de 21 de febrero de 1973, antes citada (6/72, Rec. 1973, pp. 244 y ss.); sentencia de 6 de marzo de 1974, *Commercial Solvents*, apartado 25 (6/73 y 7/73, Rec. 1974, p. 223, especialmente p. 253); sentencia de 16 de noviembre de 1977, *Inno/ATAB*, apartados 28 y ss. (13/77, Rec. 1977, p. 2115, especialmente p. 2145); sentencia de 14 de febrero de 1978, antes citada, apartados 63 y ss. (27/76, Rec. 1978, p. 286), y sentencia de 13 de febrero de 1979, antes citada, apartados 125 y 132 (85/76, Rec. 1979, pp. 552 y 554).

51 — En el punto 46 de la Decisión impugnada.

52 — Antes citada, apartado 26 (p. 246). La Decisión de la Comisión, sin embargo, fue anulada debido a la delimitación incorrecta del mercado de que se trataba.

53 — Lang, Temple: *Monopolisation and the definition of «abuse» of a dominant position under Article 86 EEC Treaty*, CMLR 1979, p. 345, especialmente 351.

des impone a los órganos de gobierno de una empresa de invertir el capital que les ha sido confiado por los socios de manera que se obtenga un beneficio y en la responsabilidad de las empresas en la garantía de los puestos de trabajo.

64. Según la sentencia Hoffmann-La Roche, el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo,⁵⁴ que no implica que el empleo del poder económico que confiere la posición dominante sea el medio gracias al cual se haya realizado el abuso.⁵⁵ Por esta razón los actos que también pueden ser realizados por una empresa que no ocupe una posición dominante —como la adquisición de una licencia de patente, la participación en otra empresa o la celebración de un contrato de compra exclusiva— no pueden ser excluidos del conjunto de las prácticas sujetas a las disposiciones del artículo 86. En contra de la opinión de la demandante, no es necesario que haya empleado su poder económico para forzar la celebración de un acuerdo de licencia para que su comportamiento sea calificado como explotación abusiva.⁵⁶ Incluso las actividades de las empresas desprovistas de todo valor positivo o negativo pueden ser contrarias al artículo 86 cuando pueden entrañar efectos indeseables desde el punto de vista del régimen comunitario de la competencia.

65. El artículo 86 impone así a la empresa en posición dominante una responsabilidad particular «de no vulnerar mediante su comportamiento una competencia efectiva y no falseada en el mercado común» (*traducción provisional*).⁵⁷ Para evitar que estas obliga-

ciones especiales de la empresa en posición dominante no entren en colisión con el principio de que la posición dominante no está prohibida como tal, es preciso recurrir a criterios adicionales que permitan distinguir el comportamiento abusivo de los medios que forman parte de una competencia normal. ¿Dónde podríamos encontrar estos criterios?

66. Una primera respuesta nos viene dada por la manera en que el Tribunal de Justicia ha desarrollado la noción de explotación abusiva, tal como se deduce de la definición bipartita contenida en la sentencia Hoffmann-La Roche. Según ésta es preciso que, además del efecto restrictivo de la competencia, la empresa en posición dominante haya empleado medios «diferentes de los que rigen una competencia normal de productos o servicios sobre la base de las prestaciones de los agentes económicos» (*traducción provisional*).⁵⁸ El Tribunal de Justicia ha incluido, por ejemplo, entre estos medios ajenos a la competencia los contratos de compra exclusiva que la empresa Hoffmann-La Roche había celebrado con algunos de sus clientes.

67. Sin embargo, es necesario preguntarse si únicamente pueden tomarse en consideración como elementos adicionales los que sean ajenos a la competencia. Para responder a esta cuestión es preciso referirse de nuevo al contenido del artículo 86.

Esta disposición contiene cuatro ejemplos tipo de explotación abusiva de posición dominante. Los dos primeros se refieren principalmente a la protección de las otras partes contratantes y de los consumidores con-

54 — Sentencia de 13 de febrero de 1979, antes citada, apartado 91 (85/76, Rec. 1979, p. 541).

55 — Sentencia de 13 de febrero de 1979, antes citada (85/76). Es cierto que una parte de la doctrina mantiene una opinión diferente, por ejemplo, Koch, en Grabitz: *Kommentar zum EWG-Vertrag*, apartados 45 y ss. en los comentarios sobre el artículo 86.

56 — Véase también la sentencia de 13 de febrero de 1979, antes citada, apartado 120 (85/76, Rec. 1979, p. 551).

57 — Sentencia de 9 de noviembre de 1983, Michelin, apartado 57 (322/81, Rec. 1983, p. 3461, especialmente p. 3511).

58 — Sentencia de 13 de febrero de 1979, antes citada, apartado 91 (85/76, Rec. 1979, p. 541); véanse también la sentencia de 11 de diciembre de 1980, L'Oréal, apartado 27 (31/80, Rec. 1980, p. 3775, especialmente p. 3794), y la sentencia de 9 de noviembre de 1983, antes citada, apartado 70 (322/81, Rec. 1983, p. 3514).

tra la explotación que la empresa en posición dominante puede hacer de su situación de dependencia, mientras que la prohibición de subordinación a que se refiere la letra d) tiene por objeto la protección de los otros contratantes y manifiestamente también la de los competidores y el ejemplo a que se refiere la letra c) prohíbe obstaculizar la competencia mediante las discriminaciones entre quienes mantengan relaciones comerciales con la empresa en posición dominante. Los tres ejemplos mencionados en primer término tienen en común el ir dirigidos contra prácticas que persiguen una finalidad legítima, la realización de beneficios, pero empleando medios desproporcionados. De estos ejemplos tipo podemos deducir los casos de prácticas abusivas que no son mencionados. Muestran las barreras que la empresa en posición dominante debe respetar también al realizar actividades no comprendidas en los ejemplos tipo,⁵⁹ que son el principio de proporcionalidad⁶⁰ y la prohibición de discriminación.

68. En el presente asunto importa sobre todo el principio de proporcionalidad, ya que la imputación de adquisición de la licencia exclusiva (y solamente de la licencia exclusiva) implica un comportamiento contrario a este principio. Aplicado a una empresa en posición dominante este principio significa que dicha empresa puede actuar para obtener beneficios, que puede aspirar a fortalecer su posición comercial mediante sus prestaciones y que puede perseguir sus legítimos intereses económicos. Sin embargo, sólo debe emplear para ello los medios necesarios para la consecución de estos objetivos legítimos. En particular no debe comportarse de una forma que previsiblemente limite a la competencia más allá de lo necesario.

69. En este sentido el Tribunal de Justicia ha aplicado, mediante una serie de resoluciones, el principio de proporcionalidad al comportamiento de las empresas en posición dominante.

Así, en la sentencia BRT/SABAM,⁶¹ el Tribunal de Justicia manifestó que determinadas estipulaciones que una sociedad de explotación de derechos de autor incluía en sus contratos de gestión no eran equitativas y que, por lo tanto, eran abusivas, ya que restringían la libertad de los miembros para disponer de sus derechos de autor en mayor medida de lo que era necesario para que la sociedad pudiera garantizar la gestión eficaz de esos derechos.

Consideraciones análogas se encuentran en la sentencia Suiker Unie,⁶² según la cual una empresa en posición dominante puede incurrir en explotación abusiva al imponer a sus representantes comerciales una cláusula de prohibición de competencia y al extender su alcance «más allá de lo que corresponde a la naturaleza de la relación jurídica y económica de la que se trata» (*traducción provisional*) (es decir, la de la empresa con sus representantes comerciales).

70. La aplicación del principio de proporcionalidad queda de manifiesto de manera particularmente clara en la sentencia United Brands. Como se sabe, en esta sentencia el Tribunal de Justicia declaró en primer lugar que la prohibición de reventa de plátanos verdes que la demandante imponía a sus clientes era abusiva porque violaba este principio. El Tribunal de Justicia reconoció que la demandante tenía derecho de practicar una política de calidad mediante la se-

59 — Sentencia de 21 de febrero de 1973, antes citada, apartado 26 (6/72, Rec. 1973, p. 246).

60 — Véase el análisis fundamental realizado a este respecto por Vogel en *Droit de la concurrence et concentration économique*, París, 1988, pp. 154 y ss.

61 — Sentencia de 27 de marzo de 1974 (127/73, Rec. 1974, p. 313, especialmente pp. 316 y ss.), que se refiere al ejemplo tipo de la letra a) del párrafo 2 del artículo 86.

62 — Sentencia de 16 de diciembre de 1975, apartado 486 (40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. 1975, p. 1663, especialmente p. 2002).

lección de sus revendedores, pero con la condición de no establecer «obstáculos cuyo resultado supere el objetivo a alcanzar» (*traducción provisional*) y que, por ello, están prohibidos por el artículo 86. En la misma sentencia el Tribunal de Justicia reconoció a la empresa en posición dominante el derecho de imponer sanciones a los terceros contratantes que actuasen contra sus intereses comerciales. No obstante, estas sanciones debían guardar proporción con la amenaza que representaba el comportamiento de esos terceros para los intereses de la empresa en posición dominante.⁶³ Sin embargo, la empresa United Brands había superado esta medida al suspender sus entregas a un cliente porque éste había participado en una campaña de publicidad en favor de uno de sus competidores.

71. Recientemente, el Tribunal de Justicia ha declarado que la proporcionalidad es el criterio a aplicar para saber si los cánones exigidos por una sociedad francesa de gestión de derechos de autor, la SACEM, son abusivos porque cede los derechos de utilización siempre globalmente para el conjunto del repertorio y los usuarios de la obra no tienen la posibilidad de limitarse a las categorías de obras que les interesan, pagando un canon proporcionalmente menor. El Tribunal de Justicia señala a este respecto que este comportamiento, que persigue la finalidad legítima de proteger los derechos de autor, únicamente puede objetarse en la medida en que otros métodos pudieran alcanzar la misma finalidad sin que ello supusiera un incremento de los gastos de gestión y de control a los que debe hacer frente la SACEM.⁶⁴

Según la misma sentencia, las consideraciones anteriores se aplican también para deter-

minar si los contratos celebrados en estos términos con los usuarios de la obra pueden ser considerados como restrictivos de la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 85.⁶⁵ Esto pone de manifiesto la importancia del criterio de proporcionalidad para apreciar un comportamiento tanto respecto al artículo 85 como respecto al artículo 86.

72. La existencia de esta estrecha relación entre el contenido de ambas disposiciones queda también confirmada mediante la sentencia Hoffmann-La Roche. Es cierto que el Tribunal de Justicia no examinó expresamente si el comportamiento que se reprochaba a la empresa en posición dominante respetaba el principio de proporcionalidad, pero, como ha demostrado Vogel, se refiere, aunque sea indirectamente, a este principio.⁶⁶ En el pasaje en el que se examinan los contratos de compra exclusiva entre la empresa en posición dominante y sus clientes, la sentencia destaca que «los acuerdos de esta naturaleza únicamente pueden admitirse en el marco y con los requisitos previstos en el apartado 3 del artículo 85 del Tratado [...]» (*traducción provisional*).⁶⁷ Entre estos requisitos está el de la proporcionalidad del acuerdo, que, según la letra a) del apartado 3 del artículo 85, significa que las empresas interesadas no deben estar sometidas a «restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos» (los del apartado 3 del artículo 85). En contra de lo que opina la demandante, el elemento adicional no ha de tener necesariamente su origen en circunstancias ajenas al acuerdo; por el contrario, puede consistir en el contenido mismo del acuerdo cuando este último lleve a la empresa en posición dominante a adoptar un comportamiento desproporcionado.

63 — Sentencia de 14 de febrero de 1978, antes citada (27/76, Rec. 1978, p. 298).

64 — Sentencia de 13 de julio de 1989, apartado 45 (395/87), en el ámbito del ejemplo tipo a que se refiere la letra a) del párrafo 2 del artículo 86.

65 — Antes citada, apartado 31 de los fundamentos de Derecho.

66 — *Droit de la concurrence et concentration économique*, p. 155, nota 1 a pie de página.

67 — Sentencia de 13 de febrero de 1979, antes citada, apartado 120 (85/76, Rec. 1979, p. 551).

73. El caso presente implica además un problema jurídico específico, ya que el acuerdo se refiere a una licencia de patente. Por consiguiente hay que preguntarse si la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la aplicación del artículo 86 a los derechos de propiedad industrial permite valorar el comportamiento de la demandante en relación con los criterios que se han expuesto anteriormente.

En efecto, recientemente aún, el Tribunal de Justicia ha confirmado, en su sentencia *Maxicar*, su jurisprudencia⁶⁸ según la cual la mera adquisición —original— de un derecho exclusivo (se trataba de proteger la propiedad de dibujos o modelos industriales de elementos de la carrocería de un automóvil) no puede considerarse una explotación abusiva en el sentido del artículo 86.⁶⁹

Por el contrario, el Tribunal de Justicia distingue también en esta ocasión entre la adquisición del derecho y su ejercicio.⁷⁰ Solamente este último puede degenerar en explotación abusiva,⁷¹ por ejemplo en caso de negación arbitraria de suministro, de fijación de precios no equitativos o de reducción de la producción.⁷² En este caso la adquisición del derecho exclusivo siempre va acompañada de un elemento adicional. Sin embargo, éste no puede consistir sólo en la eliminación de la competencia de otros fabricantes respecto al producto protegido, porque esta eliminación es indisoluble de la existencia misma del derecho exclusivo.⁷³

74. No obstante, estos principios que el Tribunal de Justicia ha desarrollado para la adquisición original de un derecho de propiedad industrial no pueden aplicarse sin más a las cesiones ulteriores de una licencia exclusiva. Con la obtención original de una patente o de un dibujo o modelo industrial, la empresa protege el trabajo de desarrollo que ha realizado contra las imitaciones por parte de terceros. La empresa en posición dominante tiene derecho a actuar así, aun cuando elimine, como en el asunto *Maxicar*, a empresas cuyas actividades consistieran hasta entonces en la imitación de tales productos.⁷⁴

Por el contrario, el adquirente de una licencia de patente se apropia de la innovación desarrollada por una tercera persona. Esto es legítimo, pero su posición desde el punto de vista jurídico se distingue por ello de la del primer titular del derecho exclusivo. En este último, la exclusividad es inherente al derecho mismo y debe permitirle obtener la recompensa de su esfuerzo de inventor.⁷⁵ Por el contrario, el adquirente de la licencia no busca la recompensa de sus esfuerzos y de los riesgos que hubiera soportado con motivo del desarrollo del bien protegido (él paga esta recompensa al inventor); su objetivo es explotar una inversión de tal modo que le proporcione el máximo beneficio. Por tal razón la licencia no es necesariamente exclusiva, a diferencia del derecho de propiedad industrial propiamente dicho. Estas diferencias justifican que la posición privilegiada del titular de un derecho de propiedad industrial en el marco del artículo 86 no se traslade al adquirente de la licencia.

El hecho de que el inventor que ocupe una posición dominante en el mercado tenga el derecho de excluir a los terceros de la utilización de su invento sin cometer abuso no

68 — Sentencia de 29 de febrero de 1968, *Parke, Davis/Probel* (24/67, Rec. 1968, p. 81, especialmente pp. 108 y ss. [patente]), y sentencia de 23 de mayo de 1978, *Hoffmann-La Roche/Centrafarm* (102/77, Rec. 1978, p. 1139, especialmente p. 1168 [marcas]).

69 — Sentencia de 5 de octubre de 1988, apartado 15 (53/87, Rec. 1988, p. 6039).

70 — En el mismo sentido véase la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre la distinción entre la existencia y el ejercicio de los derechos de propiedad industrial en el marco de la aplicación del artículo 36; véase, por ejemplo, la sentencia de 31 de octubre de 1974, *Centrafarm/Sterling Drug* (15/74, Rec. 1974, p. 1147).

71 — Sentencia de 29 de febrero de 1968, antes citada (24/67, Rec. 1968, p. 110).

72 — Sentencia de 5 de octubre de 1988, antes citada, apartado 16 (53/87); véase también la sentencia de 5 de octubre de 1988, *Volvo/Veng*, apartado 9 (238/87, Rec. 1988, p. 6211).

73 — Conclusiones del Abogado General Sr. Mischo en el asunto 53/87, antes citado, *Maxicar*, apartado 60.

74 — Lo mismo sucedió en el asunto 238/87, *Volvo/Veng*, antes citado.

75 — Sentencia de 9 de julio de 1985, *Pharmon/Hoechst*, apartado 26 (19/84, Rec. 1985, p. 2281, especialmente p. 2298).

significa pues que la empresa en posición dominante tenga siempre el derecho de excluir, mediante la adquisición de una licencia exclusiva, a sus competidores potenciales de la explotación de los resultados de investigaciones efectuadas por terceros.

b) La determinación de la infracción en la Decisión impugnada

75. En la primera parte de estas conclusiones hemos visto que el artículo 86 puede aplicarse también a un acuerdo que se beneficie de una exención por categoría. Luego he mostrado que los requisitos de aplicación del artículo 86 se cumplen cuando la empresa en posición dominante adopte un comportamiento restrictivo de la competencia que además sea contrario al principio de proporcionalidad. Esto se aplica también a la compra de una licencia de patente por parte de la empresa en posición dominante. En este contexto jurídico es en el que ahora procede determinar si la Comisión, al declarar una infracción del artículo 86, ha actuado conforme a Derecho.

En el apartado 60 de su Decisión, la Comisión afirma que el abuso consistía en la adquisición de una licencia exclusiva, lo que produjo como efecto el fortalecimiento de la posición dominante de la demandante, debilitando aún más la competencia existente y haciendo aún más difícil el acceso al mercado de nuevos competidores. La Comisión motivó a fin de cuentas correctamente su Decisión desde el punto de vista jurídico mediante la imputación de un comportamiento desproporcionado y restrictivo de la competencia por parte de la demandante, aunque sólo haya invocado la sentencia *Continental Can* y aunque no haya tomado expresamente en consideración el principio de la proporcionalidad, tal como ha sido ulteriormente desarrollado en la jurisprudencia

del Tribunal de Justicia.⁷⁶ Sin embargo, aún queda por determinar si los hechos que la Comisión hace constar en los apartados 18, 22 y 23 de la Decisión pueden fundamentar las conclusiones jurídicas a que se llega en esta última.

76. aa) En primer lugar es preciso examinar si la demandante ha incurrido en prácticas restrictivas de la competencia. La adquisición de la licencia exclusiva ha fortalecido la posición dominante de la demandante sobre todos sus competidores ya que éstos no disponían de la tecnología controvertida. Antes de la adquisición de la licencia exclusiva, la demandante ocupaba ya una parte del mercado de cerca del 91,8 % por lo que se refiere a las máquinas de rellenado estéril; la licencia exclusiva para el otro procedimiento de esterilización pertenecía a su competidor potencial *Liquipak*, cuyos esfuerzos iban dirigidos a penetrar en el mercado dominado por la demandante.

La adquisición convirtió a la demandante en titular de la licencia exclusiva; todos los competidores potenciales de *Tetra* quedaron así privados de la tecnología de sustitución protegida por la patente. El hecho de que la demandante haya adquirido la licencia en el marco de la adquisición de *Liquipak*, que no es objeto de este litigio, no cambia en nada este resultado. Aun la simple adquisición de la licencia hubiera impedido a los competidores potenciales de la demandante recurrir al otro procedimiento de esterilización con el fin de obtener acceso al mercado.

77. Por lo demás, en el apartado 18 (y en el apartado 27) de su Decisión, la Comisión ha señalado que la adquisición de la licencia exclusiva ha expulsado del mercado, al menos temporalmente, al competidor *Elopak*.

76 — Véanse los puntos 46 y 47 de la Decisión.

En la vista ha declarado que en esto consiste el abuso cometido por la demandante.

Durante la vista, la demandante ha objetado que los hechos que se hacen constar en la Decisión sobre la situación y el comportamiento de Elopak no son claros y no justifican la imputación de una infracción del artículo 86. Como se desprende de la pregunta que formulé durante la vista, me parece dudoso que, no figurando la falta de motivación entre los motivos alegados, el artículo 42 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia —aplicable en virtud del artículo 11 de la Decisión del Consejo de 24 de octubre de 1988⁷⁷— autorice a que se impugne esta parte de la Decisión en la fase oral. No obstante, aun cuando este Tribunal aceptara considerar la observación de la parte demandante a que me he referido como un argumento adicional en favor del motivo sobre la infracción del artículo 86, habría que tener en cuenta lo siguiente.

Las declaraciones de la Comisión, según las cuales la demandante había fortalecido su posición dominante en relación a (todos) sus competidores y, cuando menos, había retrasado notablemente el acceso de Elopak al mercado, ponen claramente de manifiesto un comportamiento restrictivo de la competencia por parte de la demandante. Este resultado no queda en modo alguno modificado —y éste es un punto que señalo con carácter subsidiario— si este Tribunal acoge las críticas formuladas por la demandante contra los hechos que se han hecho constar en relación con la conducta de Elopak. Aun cuando este Tribunal deje de lado este conjunto de elementos controvertidos y que no han sido totalmente esclarecidos durante el procedimiento, subsiste el hecho de que, al adquirir la licencia, la demandante ha fortalecido su poder en el mercado en relación con todos sus competidores.

Este efecto de restricción de la competencia es suficiente a efectos del artículo 86, sin que además tengan que seguirse repercusiones concretas sobre el comportamiento de un competidor determinado. Basta con que la demandante haya acaparado la tecnología de sustitución impidiendo así a todos sus competidores potenciales que pudieran recurrir a ella. Sólo con eso, ya ha fortalecido las barreras de acceso al mercado y ha hecho más difícil la aparición de una eventual competencia.

78. bb) Al adquirir la licencia exclusiva, la demandante también se ha servido de un recurso desproporcionado en relación con la finalidad perseguida. Bien es verdad que la explotación del progreso técnico mediante la adquisición de licencias de patente es un elemento de la competencia a través de las prestaciones ofrecidas, en la cual la demandante tiene derecho a participar como empresa en posición dominante en el mercado. Sin embargo, para alcanzar el objetivo legítimo de acceder a todas las innovaciones tecnológicas con el fin de mejorar su competitividad, la demandante no tenía ninguna necesidad de emplear un recurso tan directo y manifiestamente restrictivo de la competencia. Antes al contrario, la Comisión ha estimado acertadamente que una licencia no exclusiva también hubiera permitido a la demandante utilizar el procedimiento patentado para mejorar sus propios productos sin obstaculizar el acceso de nuevos competidores a un mercado dominado por ella.

El contenido del acuerdo hace patente la falta de proporcionalidad del comportamiento de la demandante, que, en su condición de empresa en posición dominante, no tenía derecho a participar en un acuerdo de este tipo. Aquí se pone también de manifiesto que, en contra de la opinión de la demandante, el «elemento adicional» no ha de

77 — DO 1988 L 319, p. 1; versión rectificada publicada en el DO 1989 C 215, p. 1.

consistir siempre en una circunstancia ajena al acuerdo.

79. El hecho de que el acuerdo de licencia de patente con carácter exclusivo estuviera comprendido en el ámbito de aplicación de un Reglamento de exención por categoría no modifica en nada la calificación del comportamiento de la demandante como falto de proporcionalidad: si se examinan los considerandos del Reglamento nº 2349/84 se confirma que, en su apreciación abstracta de la proporcionalidad, el legislador no ha tomado en consideración situaciones como ésta. En condiciones normales de mercado las licencias exclusivas deben servir a la difusión de nuevos productos o procedimientos de fabricación. Su carácter exclusivo se justifica por el hecho de que, habida cuenta de los riesgos que normalmente lleva aparejados la introducción de nuevos productos o procedimientos de fabricación, la inversión en tales innovaciones exige un estímulo especial. La protección que aporta la exclusividad facilita al licenciatarlo el acceso al mercado. Contribuye también a mejorar la oferta, a aumentar el número de centros de producción y a promover la difusión del progreso técnico.⁷⁸

Estas consideraciones no pueden justificar en el presente caso la adquisición de la licencia exclusiva por parte de la demandante. Su comportamiento produce más bien efectos contrarios a los objetivos del Reglamento nº 2349/84, en la medida en que hace que el acceso de las otras empresas al mercado resulte mucho más difícil y en que obstaculiza el incremento del número de centros de producción.

80. Finalmente la contradicción entre el comportamiento de la demandante y el principio de proporcionalidad tampoco

queda modificada por el hecho de que el licenciante BTG estuviera de acuerdo con la transmisión de la licencia exclusiva. La responsabilidad particular que incumbe a Tetra como empresa en posición dominante le prohíbe observar conductas que sean restrictivas de la competencia en una medida desproporcionada, aun cuando respondan a los intereses de quienes hubieran celebrado contratos con ella.⁷⁹

81. Por lo que se refiere al primer argumento de la demandante, podemos concluir que la adquisición de una licencia exclusiva por parte de una empresa en posición dominante no reúne, en sí, los elementos que consituyen una explotación abusiva en el sentido del artículo 86. No obstante se cumplen los requisitos de aplicación del artículo 86 cuando, como sucede en el caso presente, este comportamiento agrava la situación de competencia en el mercado de que se trata y supera la medida de lo que es necesario para alcanzar los objetivos legítimos de la empresa en posición dominante.

II. *Violación del principio de la seguridad jurídica*

82. Como segundo argumento, la demandante alega que es contrario al principio de la seguridad jurídica aplicar el artículo 86 a una conducta comprendida en un Reglamento de exención por categoría. De la misma forma que la revocación de la exención solamente es posible con respecto al futuro, considera que el artículo 86 únicamente puede aplicarse *ex nunc* a su comportamiento. De no ser así, la exención por categoría —cuya principal ventaja consiste en garantizar a las partes la licitud y la validez de un acuerdo cuyo objeto ha sido declarado exento— nunca podría beneficiar a las empresas en posición dominante y a quienes celebren contratos con ellas.

78 — Reglamento nº 2349/84, considerandos undécimo y duodécimo.

79 — Véase la sentencia de 13 de febrero de 1979, antes citada, apartado 115 (85/76, Rec. 1979, p. 549).

83. El principio de la seguridad jurídica, como el de la confianza legítima que está emparentado con él, forman parte de los principios generales del Derecho comunitario que el Tribunal de Justicia ha reconocido en reiterada jurisprudencia.⁸⁰ Con arreglo a estos dos principios la forma en que el Derecho sea aplicado a un caso particular debe ser previsible.⁸¹ La seguridad jurídica tiene importancia principalmente en relación con la interpretación de las disposiciones jurídicas en vigor; puede limitar los casos en que su aplicación entrañe unas consecuencias inesperadas, para evitar que las relaciones jurídicas establecidas de buena fe sean cuestionadas posteriormente.⁸² La importancia de este principio para la aplicación de las normas sobre competencia del Tratado ya quedó de manifiesto en 1962 cuando, en su sentencia *Bosch*, el Tribunal de Justicia limitó notablemente la aplicabilidad directa de los apartados 1 y 2 del artículo 85, basando en el principio de la seguridad jurídica la doctrina del efecto provisional de los acuerdos que existían ya antes de la entrada en vigor de la normativa comunitaria sobre competencia.⁸³ Recientemente aún el Tribunal de Justicia ha invocado en materia de transporte aéreo las normas que había establecido en aquella época.⁸⁴

84. El principio de la protección de la confianza legítima se relaciona ante todo con

las modificaciones que las instituciones comunitarias introduzcan en la situación jurídica o en una práctica existente en materia de aplicación del Derecho; es de particular importancia cuando los operadores, confiando en una situación dada, adoptan disposiciones que luego resultan desventajosas como consecuencia de un cambio de las circunstancias.⁸⁵ En relación con estos dos principios hay que establecer un equilibrio entre los intereses basados en la confianza legítima, por una parte, y el principio de legalidad que incumbe a la Administración⁸⁶ o, en su caso, el margen de maniobra que corresponde a las instituciones comunitarias, por otra. Únicamente determinados casos de un rigor excesivo pueden justificar, con carácter excepcional, que el principio de legalidad de la actuación administrativa y el margen de maniobra del legislador hayan de ceder el paso a las exigencias del principio de la seguridad jurídica.

85. El fundamento del segundo argumento de la demandante depende por consiguiente de la cuestión de si puede considerarse que las empresas en posición dominante están sometidas a una inseguridad jurídica inaceptable cuando se les aplica el artículo 86 con motivo de una conducta amparada por una exención por categoría e incluso cuando esta exención no haya sido aún revocada respecto al futuro. Como voy a explicar seguidamente en dos etapas, no me parece que el principio de la seguridad jurídica haya sido violado en el caso presente. En primer lugar, la aplicación del artículo 86 es normalmente previsible en un caso como el de la demandante. En segundo lugar, no cabe afirmar que en el presente caso haya resultado afectada una relación jurídica establecida de buena fe con base en el convencimiento de que el artículo 86 no sería aplicable.

80 — Para una exposición detallada sobre la aplicación de estos dos principios en el Derecho de la competencia véase Edward, David: «Constitutional rules of Community law in EEC competition cases», cuya publicación está prevista en *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1989, pp. 28 y ss. del manuscrito.

81 — Véanse, por ejemplo, la sentencia de 12 de noviembre de 1981, *Salumi*, apartado 10 (212/80 a 217/80, Rec. 1981, p. 2735, especialmente p. 2751); la sentencia de 28 de abril de 1988, *Mulder*, apartados 24 y ss. (120/86, Rec. 1988, p. 2321, especialmente p. 2352 y ss.), y Edward, David, antes citado.

82 — Véase la sentencia de 2 de febrero de 1988, *Blaizot*, apartados 25 y ss. (24/86, Rec. 1988, p. 379, especialmente pp. 405 y ss.); la sentencia en que se fijan las bases fundamentales a este respecto es la de 8 de abril de 1976, *Defrenne*, apartados 69 y ss. (43/75, Rec. 1976, p. 455, especialmente p. 480).

83 — Sentencia de 6 de abril de 1962, antes citada (13/61, Rec. p. 89).

84 — Sentencia de 30 de abril de 1986, antes citada (209/84 a 213/84, Rec. 1986, p. 1425, especialmente p. 1466 y ss.), y sentencia de 11 de abril de 1989, apartados 20 y ss. (66/86).

85 — Véase por ejemplo Sharpston: «Legitimate expectations and economic reality», cuya publicación está prevista en *European Law Review*, 1990, p. 76 del manuscrito; sentencia de 28 de abril de 1988 en el asunto 120/86, antes citado.

86 — Sentencia de 22 de marzo de 1961, *Snupat* (42/59 y 49/59, Rec. 1961, p. 101, especialmente p. 159).

1) *El carácter previsible de la aplicación del artículo 86*

a) La aplicación del artículo 86 era previsible a pesar de la exención por categoría

86. La aplicación del artículo 86 era normalmente previsible por parte de la demandante; esto resulta de las siguientes tres consideraciones.

Hemos visto que, al establecer una exención por categoría, el legislador adopta una normativa de carácter general y abstracto que no tiene en cuenta, y no puede tener en cuenta, las circunstancias concretas del mercado. Una empresa no puede estar por lo tanto segura de que la apreciación efectuada por el legislador se aplique igualmente a un mercado que ella domina. Si se trata —como en el caso presente— de un acuerdo de licencia de patente, dicho acuerdo deberá ser valorado respecto al Reglamento nº 2349/84 y de su vigésimo séptimo considerando, que dice así:

«[...] Considerando que los acuerdos que cumplen las condiciones de los artículos 1 y 2 y que no tienen por objeto ni por efecto provocar otras restricciones de competencia no deben ser notificados; que las empresas conservan, no obstante, el derecho de solicitar, a título individual, la expedición de una declaración negativa con arreglo al artículo 2 del Reglamento nº 17 del Consejo o de una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 [...]»

Por lo tanto, se señala claramente a las partes contratantes el hecho de que su acuerdo puede dar lugar a efectos restrictivos de la competencia que no están amparados por la exención por categoría y que les corresponde verificar si, habida cuenta de estos posibles efectos, procede solicitar una exen-

ción individual o una certificación negativa. La posición que ocupen en el mercado puede inducirles a incluir la posibilidad de una infracción del artículo 86 en sus reflexiones. El resultado del análisis realizado por las empresas interesadas en el momento de la celebración del contrato depende en parte de su tamaño y de su posición en el mercado. Por consiguiente, si la titularidad de la licencia se transfiere luego a otra empresa, esta última no puede tener la seguridad de que el acuerdo continúa estando exento de reparos. Se encuentra entonces en la misma situación que una empresa en el momento de la celebración inicial de tal acuerdo y, como aquélla, estará obligada a examinar su validez desde el punto de vista del Derecho de la competencia.

87. Segundo argumento: Aun el hecho de que la revocación de la exención por categoría sólo sea posible respecto al futuro no puede ser interpretado por parte de las empresas interesadas en el sentido de que, mientras tanto, no tienen ninguna necesidad de preocuparse por la aplicación del artículo 86 a su comportamiento.

La demandante señala que la exención por categoría tiene el objeto de permitir la celebración jurídicamente válida de acuerdos que, desde un punto de vista general y abstracto, respondan a las exigencias del apartado 3 del artículo 85, sin que sea necesario efectuar la valoración, siempre costosa, de cada caso en particular.⁸⁷ Según la demandante, las partes de un acuerdo de esta naturaleza deben poder confiar en la validez de su contrato hasta una eventual revocación de la exención. El artículo 86 no declara sin duda expresamente la nulidad de los acuerdos que lo infrinjan, pero esta consecuencia podría deducirse del Derecho nacional. Sería excesiva, hasta el punto de no ser equitativa, no solamente para la empresa

87 — En el mismo sentido, véase Wiedemann: *Kommentar zu den Gruppenfreistellungsverordnungen des EWG-Kartellrechts*, vol. 1, 1989, Allgemeiner Teil, p. 122, punto 373.

en posición dominante que participara en el acuerdo, sino también para la parte que hubiera contratado con ella y que frecuentemente no ha cometido ninguna infracción del artículo 86.

Hemos visto que la empresa en posición dominante puede prever la posibilidad de una aplicación del artículo 86 desde antes de la revocación de la exención. Por consiguiente no puede suponer que las consecuencias jurídicas de la infracción del artículo 86 mediante un comportamiento exento se limiten a la posibilidad de revocación de la exención. Además, por regla general, la infracción del artículo 86 mediante un acuerdo exento suele cumplir también los requisitos para la revocación de la exención.⁸⁸ Pero, por otra parte, esta revocación puede justificarse no sólo con la explotación abusiva en el sentido del artículo 86, sino también mediante restricciones menos graves de la competencia. El hecho de que la disposiciones sobre revocación sean aplicables a diversos casos «de menor importancia» no permite afirmar que la infracción del artículo 86 no pueda acarrear consecuencias jurídicas de mayor alcance. De ahí que la empresa no pueda considerar que la vía del artículo 86 se encuentre «cerrada».⁸⁹

88. Tercer argumento: La demandante alega que, teniendo en cuenta la poca claridad en la delimitación del mercado de que se trata y de la definición de la posición dominante, ninguna empresa podría estar segura del carácter abusivo o no de su comportamiento en el momento de celebrar un acuerdo que esté incluido en una categoría que se beneficie de una exención. No obstante, las empresas en posición dominante siempre se enfrentan a estos problemas de delimitación y eso independientemente de la existencia de una exención por categoría;

88 — Véase, por ejemplo, el artículo 7 del Reglamento nº 19/65.

89 — En otro sentido, véase Wiedemann, antes citado, punto 373, p. 123.

sin embargo, el Tratado les obliga a orientar su comportamiento en función del artículo 86. En este contexto es preciso recordar la responsabilidad particular que incumbe a las empresas en posición dominante de tener en cuenta las exigencias de la competencia tal como el Tribunal de Justicia lo ha reconocido en su sentencia Michelin.⁹⁰ Esta situación particular de la empresa en posición dominante, que restringe su margen de actuación en relación con las empresas menos poderosas, no resulta modificada en modo alguno por la exención por categoría.

89. El concepto de explotación abusiva está suficientemente definido como para poder servir de directriz a las empresas dominantes cuando entablan la celebración de acuerdos que se benefician de una exención por categoría. Es cierto que en ocasiones esto no estaría garantizado si el único criterio del abuso fueran los efectos perjudiciales de un comportamiento determinado respecto a la competencia.⁹¹

No obstante, si entre los elementos que caracterizan la explotación abusiva se incluye el hecho de que el comportamiento reprochado a la empresa en posición dominante constituye un recurso desproporcionado en la persecución de sus intereses económicos legítimos, como hace la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que acabamos de analizar y la práctica de la Comisión en materia de Decisiones,⁹² entonces las empresas en posición dominante disponen de un criterio que debe permitirles distinguir los acuerdos con carácter abusivo de aquellos otros en los cuales pueden participar sin infringir las normas sobre competencia.

90 — Sentencia de 9 de noviembre de 1983, antes citada, apartado 57 (322/81, Rec. 1983, p. 3511).

91 — Vogel, antes citado, p. 143; véanse también las conclusiones del Abogado General Sr. Roemer en el asunto 6/72, antes citado (Rec. 1973, p. 256).

92 — Para un análisis detallado véase Gyselen: «Abuse of monopoly power within the meaning of Article 86 of the EEC Treaty: Recent developments», pendiente de publicación en *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1989, pp. 27 y ss. del manuscrito.

90. En este contexto, la demandante no podía razonablemente contar con que el artículo 86 no se aplicaría a la adquisición del acuerdo de licencia de patente que había sido objeto de exención.

A este respecto procede considerar que la demandante no ha negado en el presente caso los hechos alegados por la Comisión sobre la delimitación del mercado de que se trata y sobre su posición dominante y que no alega ignorancia de las circunstancias esenciales sobre las que se basa la Comisión. Por consiguiente, debía esperar que la totalidad de su comportamiento comercial pudiera ser examinado a la luz del artículo 86.

91. La parte demandante también debía contar con la posibilidad de que la adquisición de la licencia de patente exclusiva fuera considerada como una explotación abusiva de posición dominante. Los efectos restrictivos de la competencia directamente provocados por ese hecho no podían pasarle inadvertidos. Estos efectos derivaban, sin que resultase modificado en modo alguno el contenido del contrato, de la circunstancia de que la demandante se convertía en parte de dicho contrato en su calidad de empresa en posición dominante. En esta situación, el considerando vigésimo séptimo del Reglamento de exención hubiera debido incitarle a verificar si se cumplían verdaderamente los requisitos que justificaban la exención.

Finalmente, era obvio que la adquisición de la licencia exclusiva no era necesaria para la protección de los intereses legítimos de la demandante. En la medida en que su única intención era la de explotar el procedimiento de esterilización desarrollado por BTG en la fabricación de sus máquinas, una licencia simple le hubiera resultado claramente suficiente.

b) Aumento de la seguridad jurídica mediante la posibilidad de obtener una certificación negativa

92. Aun si la aplicación del artículo 86 es suficientemente previsible, los términos necesariamente generales en los que esta disposición ha sido redactada no permiten evitar los casos dudosos. En este contexto conviene valorar el argumento de la Comisión según el cual las empresas en posición dominante pueden obtener las aclaraciones jurídicas necesarias solicitando una certificación negativa.⁹³

93. La demandante objeta a lo anterior que los esfuerzos que esto supondría harían perder todo su interés a la exención por categoría. El procedimiento de concesión de una certificación negativa duraría demasiado tiempo y no proporcionaría la seguridad jurídica necesaria; la certificación negativa no vincularía a los órganos jurisdiccionales nacionales y no protegería a los interesados contra la imposición de una multa. Al aplicar el artículo 86 a un comportamiento exento, la Comisión mina el sistema de exención por categoría, cuya finalidad es la de hacer superfluo el examen específico de cada situación particular.

94. Es obligado reconocer que, como afirma la demandante, el procedimiento de concesión de una certificación negativa es en cierta medida contradictorio con la simplificación administrativa que persigue el sistema de la exención por categoría. No obstante, como hemos visto anteriormente, la finalidad de este sistema no es la de proporcionar a los acuerdos una inmunidad contra cualquier aplicación del artículo 86, para garantizar la seguridad jurídica de los interesados sobre este extremo. Del mismo

⁹³ — En el mismo sentido, véase la sentencia de 13 de febrero de 1979, antes citada, apartado 130 (85/76, Rec. 1979, p. 554).

modo, la concesión de certificaciones negativas no está en modo alguno excluida por este sistema, como lo muestra en particular el hecho de que el considerando vigésimo séptimo del Reglamento sobre licencias de patentes reserve expresamente esta posibilidad a las empresas interesadas.

95. La objeción sobre la duración del procedimiento es más seria. El hecho de no saber, durante un período bastante largo, si la Comisión considera abusivo o no el acuerdo concluido puede sin duda alguna constituir un grave inconveniente para las partes. Sin embargo, cualquier solicitante debe aceptar una fase bastante prolongada de incertidumbre jurídica mientras dura el procedimiento de concesión de una certificación negativa. Esto también se aplica a las empresas en posición dominante.

96. Las partes consideran que esta solicitud de certificación negativa no hubiera protegido a la demandante contra la imposición de una multa. Esta cuestión es muy debatida en la doctrina. Conviene sin embargo recordar que la Comisión ha renunciado a imponer una multa en el presente asunto, en mi opinión, acertadamente. Las empresas pueden contar pues legítimamente con que, en casos semejantes al que ahora nos ocupa, la Comisión hará un uso prudente de su derecho de imponer multas, bien entendido que la decisión que este Tribunal adopte en este caso debería permitir descartar algunas incertidumbres en cuanto a la situación jurídica. Por otra parte, este Tribunal tiene plena competencia para controlar las multas impuestas en este campo.

La última objeción de la demandante en este contexto, a saber que una certificación negativa no le garantizaría la seguridad jurídica puesto que no vincularía a los órganos jurisdiccionales nacionales, será examinada junto con su tercer argumento.

2) *El perjuicio causado a las relaciones jurídicas basadas de buena fe en la exención*

97. En las observaciones que anteceden he respondido ya en gran medida a la cuestión de si en el presente caso se ha causado un perjuicio a una relación jurídica basada de buena fe en la exención, violando así un principio general del Derecho comunitario. Me limitaré pues a hacer dos observaciones complementarias: el acuerdo de licencia inicial entre el National Research and Development Council y Novus, del que la demandante llegó a ser parte, fue celebrado en 1981, luego mucho antes de la entrada en vigor del Reglamento n° 2349/84. Por consiguiente el acuerdo comenzó a beneficiarse de la exención mucho tiempo después de su celebración y sin que las partes contratantes hubieran hecho nada al respecto; por lo tanto no cabe afirmar que la relación jurídica de que se trata haya sido establecida basándose en la convicción, adquirida de buena fe, de que se beneficiaría de la exención.

98. Sin embargo, cuando la demandante negoció con BTG y adquirió la licencia en 1986, el Reglamento de exención por categoría estaba ya en vigor, pero sólo junto con el artículo 86. La explotación abusiva alegada por la Comisión únicamente se refiere a un elemento de las relaciones jurídicas entre la demandante y el licenciante, a saber el carácter exclusivo de la licencia concedida. Por ello la demandante hubiera debido comprender que el artículo 86 podía aplicarse y que la tesis de su buena fe no puede acogerse.

99. Hay que reconocer que quienes contratan con una empresa en posición dominante no conocen necesariamente que ésta ocupa tal posición y que, por consiguiente, puede aplicársele el artículo 86. Con ello, la de-

mandante ha suscitado un problema de crucial importancia, pero que no puede dar lugar a que el artículo 86 sea parcialmente inaplicable (cuando la otra parte contratante sea de buena fe). El artículo 86 únicamente se refiere al comportamiento de la empresa dominante. La solución de este supuesto debe reservarse por consiguiente al Derecho nacional aplicable al caso, ya que el artículo 86 no regula las consecuencias que una infracción de sus disposiciones puede acarrear en Derecho Civil.

III. *Una amenaza para la aplicación uniforme del Derecho comunitario*

100. Con su tercer argumento, la demandante alega que la aplicación uniforme del Derecho comunitario correría peligro si el artículo 86 pudiera aplicarse a pesar de la existencia de una exención por categoría. Al ser directamente aplicable el artículo 86, los órganos jurisdiccionales nacionales podrían prohibir el comportamiento exento a la empresa en posición dominante y contravenir así la Decisión de la Comisión de admitir este comportamiento, tal como ésta se manifiesta en el Reglamento de exención por categoría. El carácter ilícito de esta situación se deduce, a juicio de la demandante, de la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto *Walt Wilhelm*.

101. En esta sentencia el Tribunal de Justicia reconoció que un procedimiento con arreglo al Derecho comunitario de la competencia que esté pendiente ante la Comisión no impide a las autoridades nacionales examinar simultáneamente los mismos hechos a la luz de su legislación nacional sobre acuerdos, decisiones y prácticas concertadas. Sin embargo, manifestó la reserva de que «esta aplicación del Derecho nacional no pueda acarrear un perjuicio a la aplicación plena y uniforme del Derecho comunitario y al efecto de los actos de ejecución de

éste» (*traducción provisional*).⁹⁴ El Tribunal de Justicia ha establecido así la primacía, en caso de conflicto, del Derecho comunitario de la competencia sobre las correspondientes disposiciones de los Estados miembros. No obstante, esta sentencia únicamente se refiere a las relaciones entre la aplicación del Derecho nacional de la competencia por parte de las autoridades nacionales, por un lado, y la aplicación del Derecho comunitario por parte de la Comisión, por otro. Nada dice sobre la aplicación del Derecho comunitario por parte de las autoridades y de los órganos jurisdiccionales nacionales, a la que se refiere el argumento de la demandante. El Tribunal de Justicia tampoco ha tenido que pronunciarse a este respecto en su sentencia ulterior de 10 de julio de 1980 en los asuntos acumulados 253/78 y 1/79 a 3/79, donde se trataba de la aplicación del Derecho francés de la competencia después de que la Comisión decidiera suspender el procedimiento.⁹⁵

102. Por el contrario, la competencia de las autoridades nacionales para aplicar el Derecho comunitario de la competencia está regulada, al menos en parte, por el artículo 9 del Reglamento n° 17.

A tenor de esta disposición, únicamente compete a la Comisión adoptar una Decisión de exención generadora de derechos a tenor del apartado 3 del artículo 85. Existe también una competencia concurrente de las autoridades nacionales para la aplicación del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86 mientras que la Comisión no haya incoado ningún procedimiento con arreglo a los artículos 2, 3 o 6 del Reglamento n° 17.⁹⁶ Pero, a partir del momento en que la Comisión comienza a actuar, adquiere también una competencia exclusiva. No obstante, esto únicamente se aplica al servicio nacio-

94 — Sentencia de 13 de febrero de 1969, apartado 9 (14/68, Rec. 1969, p. 1, especialmente pp. 14 y ss.)

95 — Sentencia de 10 de julio de 1980, *Giry y Guerlain*, apartados 15 y ss. (253/78 y 1/79 a 3/79, Rec. 1980, p. 2327, especialmente pp. 2374 y ss.)

96 — Artículo 9, apartado 3.

nal de defensa de la competencia y a los órganos jurisdiccionales nacionales encargados de aplicar el Derecho de la competencia o de ejercer un control sobre el servicio competente en la materia. Por el contrario, los demás órganos jurisdiccionales y autoridades nacionales siguen siendo competentes para aplicar el apartado 1 del artículo 85 y el artículo 86, por ejemplo en los litigios de Derecho civil, aun cuando la Comisión haya incoado un procedimiento. Las prohibiciones establecidas en el apartado 1 del artículo 85 y en el artículo 86 producen efecto directo en las relaciones entre los particulares y generan respecto a estos últimos derechos y obligaciones que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar. La salvaguarda de tales derechos de los particulares, que tienen su origen en el Tratado mismo, no puede ser cuestionada por el Derecho derivado.⁹⁷ Para satisfacer la necesidad de una aplicación del Derecho comunitario de la competencia sin contradicciones, el órgano jurisdiccional nacional puede suspender el procedimiento hasta que la Comisión haya adoptado una Decisión.⁹⁸

103. Los órganos jurisdiccionales nacionales siguen estando obligados a salvaguardar los derechos de los particulares, aun después de que la Comisión haya puesto fin al procedimiento. El Tribunal de Justicia lo ha decidido así en una serie de asuntos relativos a Decisiones de suspensión del procedimiento notificadas mediante oficio. Si la Comisión envía un escrito de esta naturaleza a una empresa para informarla de que no ve ninguna razón para intervenir contra un determinado acuerdo, esta opinión no vincula en modo alguno a los órganos jurisdiccionales nacionales; pueden oponerse al punto de vista de la Comisión y declarar que el

acuerdo es contrario al artículo 85 y, por consiguiente, nulo.⁹⁹ Los órganos jurisdiccionales nacionales tampoco están vinculados por una certificación negativa expedida por la Comisión.¹⁰⁰ Es cierto que hay quienes albergan dudas al respecto, pero esta conclusión se impone sin embargo debido a que, también en este caso, los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar los derechos que el Tratado CEE ha reconocido a los particulares.

Por consiguiente, ni los escritos de la Administración ni las certificaciones negativas impiden que los órganos jurisdiccionales nacionales valoren un comportamiento a la luz de las mismas normas de Derecho que las que aplica la Comisión y lleguen no obstante a conclusiones diferentes. La opinión expresada por la Comisión en su escrito no es más que un elemento de hecho que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden libremente tomar en consideración en su decisión.¹⁰¹

104. Por el contrario, no sucede lo mismo en los casos de exención. La Decisión de exención adoptada por la Comisión con arreglo al apartado 1 del artículo 6 del Reglamento nº 17 tiene el efecto de hacer inaplicable el apartado 1 del artículo 85 al acuerdo exento. Todos los órganos jurisdiccionales y autoridades nacionales están vinculados por esta Decisión; no pueden soslayar los efectos *erga omnes* de esta Decisión. Esta vinculación sólo desaparecería si la Comisión revocase su Decisión con arreglo al apartado 3 del artículo 8 del Reglamento nº 17.

Como norma jurídica, un Reglamento de exención por categoría vincula tanto a los órganos jurisdiccionales como a las autori-

97 — Sentencia de 30 de enero de 1974, antes citada (127/73, Rec. 1974, p. 51, especialmente pp. 62 y ss., sobre el artículo 86); sobre el apartado 1 del artículo 85, véase la sentencia de 10 de julio de 1980, Marty/Lauder (37/79, Rec. 1980, p. 2481, especialmente p. 2500).

98 — Sentencia de 6 de febrero de 1973, Haecht II, apartados 10 y ss. (48/72, Rec. 1973, p. 77, especialmente p. 86), y sentencia de 10 de julio de 1980, antes citada, apartado 14 (37/79, Rec. 1980, p. 2500).

99 — Véase sentencia de 10 de julio de 1980, antes citada, apartado 10 (37/79, Rec. 1980, p. 2499).

100 — Conclusiones del Abogado General Sr. Reischl en el asunto 37/79, antes citado, Rec., p. 2507.

101 — Sentencia de 10 de julio de 1980, antes citada (37/79, Rec. 1980, p. 2499).

dades nacionales; estas últimas conservan no obstante la posibilidad de interpretarlo con motivo de su aplicación. Así, pueden declarar que un acuerdo no está comprendido en el Reglamento de exención por categoría y que está sujeto a la prohibición a que se refiere el apartado 1 del artículo 85. El riesgo de llegar a valoraciones contradictorias puede remediarse mediante el procedimiento prejudicial con arreglo al artículo 177, como lo ilustra la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el Reglamento anterior nº 67/67/CEE.¹⁰²

105. No obstante, todo lo que acabo de decir únicamente se aplica a la prohibición contenida en el apartado 1 del artículo 85 y no a las disposiciones del artículo 86. Mis consideraciones relativas a la competencia de la Comisión para adoptar la Decisión impugnada con arreglo al artículo 86 se aplican plenamente a la facultad correspondiente de los órganos jurisdiccionales y las autoridades nacionales de aplicar el artículo

86. Una exención por categoría no constituye en modo alguno un obstáculo a la facultad de los órganos jurisdiccionales y de las autoridades nacionales para apreciar una explotación abusiva de posición dominante con arreglo al artículo 86. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia ha reconocido en su sentencia de 11 de abril de 1989 en el asunto Ahmed Saeed, que «según los casos» incumbe a las autoridades nacionales competentes aplicar el artículo 86.¹⁰³

106. En contra de lo que opina la demandante, esta situación no pone en modo alguno en peligro la aplicación uniforme del Derecho comunitario. Por el contrario, únicamente si —además de la Comisión— los órganos jurisdiccionales y las autoridades nacionales tienen también el derecho de aplicar el artículo 86 en circunstancias como las del caso de autos, queda garantizada la aplicación uniforme de esta disposición en la Comunidad.

C. Conclusión

107. Acabo de exponer las razones por las cuales he adquirido la convicción de que la Decisión controvertida no es contraria a los artículos 85 y 86. Por consiguiente, propongo que el Tribunal de Justicia pronuncie el fallo siguiente:

- «1) Desestimar el recurso.
- 2) Condenar en costas a la parte demandante.»

¹⁰² — Véanse, por ejemplo, la sentencia de 25 de noviembre de 1971, Béguelin, apartados 19 a 22 (22/71, Rec. 1971, p. 949, especialmente p. 961); la sentencia de 3 de febrero de 1976, Fonderies Roubaix, apartados 10 y ss. (63/75, Rec. 1976, p. 111, especialmente p. 118), y más recientemente, la sentencia de 28 de enero de 1986, Pronuptia, apartado 33 (161/84, Rec. 1986, p. 353, especialmente p. 387).

¹⁰³ — Sentencia de 11 de abril de 1989, antes citada, apartado 32 (66/86).