

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. JÁN MAZÁK
presentadas el 7 de diciembre de 2010¹

1. En el presente asunto, el Sąd Najwyższy (Tribunal Supremo de Polonia) pregunta sobre la interpretación del artículo 5 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo.² El asunto se refiere a los límites de la autonomía procedimental de los Estados miembros para la aplicación del Derecho comunitario de la competencia [actualmente, Derecho de la competencia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «UE»)] con arreglo al Reglamento n° 1/2003, mediante el cual se revisó el sistema anterior, que se regía por el Reglamento n° 17.³ En el litigio principal, se debatía en qué modo puede una autoridad nacional de competencia (en lo sucesivo «ANC») finalizar un procedimiento administrativo en el que, aplicando el Derecho de competencia de la Unión junto al Derecho de competencia nacional, llega a la conclusión de que las prácticas de una empresa concreta *no* infringen la prohibición de abuso de posición dominante establecida en el artículo 102 TFUE.

I. Marco Jurídico

A. Derecho de la UE

2. De acuerdo con el artículo 5 del Reglamento n° 1/2003, las ANC de los Estados miembros son competentes para aplicar los artículos 101 TFUE y 102 TFUE en asuntos concretos. Dicho artículo establece lo siguiente:

«A tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, podrán adoptar las decisiones siguientes:

- orden de cesación de la infracción,
- adopción de medidas cautelares,
- aceptación de compromisos,
- Imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional.

1 — Lengua original: inglés.

2 — Las cuestiones se han planteado durante la tramitación de un recurso de casación interpuesto por el Presidente de la Autoridad Nacional de Competencia polaca (Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów; en lo sucesivo, «ANC polaca») contra una sentencia del Sąd Apelacyjny w Warszawie (Tribunal de Apelación de Varsovia). La norma citada es el Reglamento, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia establecidas en los artículos 81 [CE] y 82 [CE] (actualmente, artículos 101 TFUE y 102 TFUE) (DO 2003, L 1, p. 1).

3 — Reglamento de 6 de febrero de 1962; primer Reglamento de aplicación de los artículos [81 CE] y [82 CE] (DO 13, p. 204; EE 08/01, p. 22).

Cuando la información de que dispongan no acredite que se reúnen las condiciones para una prohibición, podrán decidir asimismo que no procede su intervención.» (La cursiva es mía.)

3. El artículo 10 del Reglamento n° 1/2003 establece que, cuando así lo requiera el interés público relativo a la aplicación de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, la Comisión Europea podrá declarar mediante decisión adoptada de oficio que el artículo 101 TFUE no es aplicable a un acuerdo, a una decisión de asociación de empresas o a una práctica concertada, bien porque no se reúnan las condiciones del apartado 1 del artículo 101 TFUE, bien porque se reúnan las condiciones del apartado 3 del mismo artículo. La Comisión podrá igualmente hacer esta declaración con arreglo al artículo 102 del Tratado.

4. La Comunicación de la Comisión sobre cooperación en la Red de Autoridades de Competencia⁴ declara que «[l]a Comisión está particularmente bien situada cuando uno o varios acuerdos o prácticas [...] tienen efectos sobre la competencia en más de tres Estados» (apartado 14) y que «[p]or otra parte, la Comisión está particularmente bien situada para tramitar un asunto si éste está estrechamente ligado a otras disposiciones [de la UE] cuya aplicación esté reservada a su competencia exclusiva o cuya aplicación por la Comisión redunde en una mayor eficacia, así como en los casos en que el interés [de la UE] requiera la adopción de una decisión de la Comisión para, a raíz de la aparición de un problema de competencia nuevo, desarrollar

la política [...] de competencia [de la UE] o para velar por su observancia efectiva» (apartado 15).

B. Derecho nacional

5. El artículo 11 de la Ustawa z dnia 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (Ley polaca de 15 de diciembre de 2002 sobre protección de la competencia y de los consumidores),⁵ en su versión en vigor en el momento de los hechos, establecía lo siguiente:

«1) [La ANC polaca] adoptará una resolución por la que se declare que no existe un comportamiento restrictivo de la competencia cuando no se demuestre que no ha habido incumplimiento de las prohibiciones establecidas en los artículos 5 y 8.

2) [La ANC polaca] también adoptará una resolución con arreglo al apartado 1 en caso de que un acuerdo cumpla los requisitos del artículo 7, apartado 1, siempre que no le sea de aplicación un reglamento del Consejo de Ministros con arreglo al artículo 7.

4 — DO 2004, C 101, p 43.

5 — Versión consolidada: *Dziennik Ustaw* 2005, N° 244, ítem 2080.

3) Corresponderá al comerciante o a la asociación de comerciantes probar que se cumplen las circunstancias a que se refiere el apartado 2.»

prácticas restrictivas según lo dispuesto en el artículo 102 TFUE, ya que había adoptado una resolución a esos efectos de conformidad con el Derecho nacional.

II. Hechos y cuestiones planteadas

6. Telekomunikacja Polska S. A. había sido acusada de haber infringido el artículo 8 de la Ley polaca de protección de la competencia y de los consumidores, así como el artículo 102 TFUE.⁶ Al finalizar el procedimiento, la ANC polaca consideró que esa conducta no implicaba un abuso, y adoptó una resolución, con arreglo al Derecho nacional, en la que declaraba que la empresa no había restringido la competencia, al tiempo que, de acuerdo con el artículo 102 TFUE, la ANC polaca también declaraba que no había motivos para su intervención. Una tercera parte, Tele2 Polska sp. zoo, actualmente Netia SA w Warszawie, interpuso una demanda judicial contra dicha resolución. El Sąd Okręgowy – Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (Tribunal de Distrito – Protección de la competencia y de los consumidores), mediante una sentencia posteriormente confirmada por el Tribunal de apelaciones de Varsovia, anuló la resolución impugnada, y declaró que la ANC polaca debería haber adoptado una resolución de carácter declarativo, en el sentido de que no se habían realizado

7. La ANC polaca interpuso un recurso de casación, en el que alegaba que el artículo 5 del Reglamento n° 1/2003 es una norma que determina el ámbito de la jurisdicción de las ANC, y que limita sus competencias decisorias, por lo que carece de facultades para adoptar una resolución como la que se debatía. En vez de ello, la ANC polaca había adoptado una resolución que ponía fin al asunto de forma distinta y que no requería hacer una declaración sobre el fondo. El artículo 5 del Reglamento menciona cuatro tipos de resoluciones sobre el fondo y, al final, prevé una resolución de carácter meramente procesal: Las ANC «podrán decidir asimismo que no procede su intervención». Según la recurrente, la Comisión está autorizada para adoptar una decisión por la que se declare que el artículo 102 TFUE no es aplicable a una determinada práctica, pero no lo están las ANC.

8. El órgano jurisdiccional remitente considera, en primer lugar, que el presente asunto versa sobre los límites fijados a la autonomía procedimental de las ANC, y que dichas autoridades no deberían estar facultadas para adoptar una resolución por la que se declare que no hubo práctica restrictiva, ya que una resolución de tal naturaleza no está contemplada en la relación del artículo 5 del Reglamento n° 1/2003. En segundo lugar, el tribunal remitente sugiere que la última frase del artículo 5 del Reglamento, interpretada conjuntamente con la citada relación del mismo artículo y otras disposiciones de ese

6 — La petición de decisión prejudicial se limita a declarar que se trataba de la aplicación de una cláusula de exclusividad de uso de los teléfonos públicos de Telekomunikacja Polska en el mercado nacional para acceder a los servicios de conexión telefónica terrestre proporcionados de acuerdo con los principios de accesibilidad y preselección del operador.

Reglamento, no obstante, podría entenderse en el sentido de que se permitiera a las ANC adoptar decisiones como la controvertida. En tales circunstancias, el órgano jurisdiccional remitente ha decidido suspender el procedimiento y plantear las siguientes cuestiones al Tribunal de Justicia:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 5 del [Reglamento n° 1/2003] en el sentido de que [una ANC] no puede adoptar una resolución por la que se niegue que exista un comportamiento restrictivo de la competencia, en el sentido del artículo [102 TFUE] cuando, tras la instrucción de un procedimiento, declare que la empresa no ha infringido la prohibición de abuso de una posición dominante establecida en dicho precepto?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, en una situación en la que, con arreglo a las normas nacionales sobre competencia (en el supuesto de que se declare que el comportamiento de la empresa no es contrario a la prohibición del artículo 102 TFUE) la [ANC] sólo puede poner fin a un procedimiento de competencia adoptando una resolución por la que se declare que no existe un comportamiento restrictivo de la competencia, ¿ha de interpretarse el artículo 5, párrafo segundo, del [Reglamento n° 1/2003], en el sentido de que constituye una base legal directa para que dicha autoridad decida que “no procede su intervención”?»

9. Los Gobiernos polaco⁷ y checo, así como la Comisión y el Órgano de Vigilancia de la AELC han presentado observaciones escritas. En la vista celebrada el 21 de septiembre de 2010, se oyeron las alegaciones de las citadas partes, excepto las del Gobierno checo.

III. Estimación

A. Principales alegaciones de las partes

10. La Comisión y el Órgano de Vigilancia de la AELC alegan, en esencia, que el artículo 5 del Reglamento n° 1/2003 no permite a las ANC adoptar una decisión por la que se declare que los artículos 101 TFUE y 102 TFUE no son aplicables. Solo la Comisión está facultada para ello. Entre otras cosas, permitir a una ANC que declare que los artículos 101 TFUE y 102 TFUE no son aplicables –en la medida en que pueda garantizarse que la actuación de una empresa es legal– implicaría, además de la utilización de considerables recursos administrativos, la posibilidad de disuadir a las víctimas de un comportamiento –que consideran probablemente ilegal– de la posibilidad

7 — Las observaciones del Gobierno polaco reproducen, evidentemente, la posición de la ANC polaca.

de interponer acciones individuales contra el responsable y, por lo tanto, de contribuir a la aplicación por los particulares del Derecho de la competencia de la UE (teniendo en cuenta que el Reglamento n° 1/2003 pretende respaldar la aplicación privada). En lo que respecta a la segunda cuestión, la Comisión alega que el artículo 5 del Reglamento n° 1/2003 es directamente aplicable. El Órgano de Vigilancia de la AELC sostiene que, en circunstancias como las del asunto de que conoce el órgano jurisdiccional remitente, en las que se considera que no se reúnen las condiciones para una prohibición, los artículos 3, apartado 1, y 5 del Reglamento n° 1/2003 obligan a la ANC a aplicar el artículo 102 TFUE mediante una resolución de finalización del procedimiento administrativo en la que se declare que no procede su intervención.

que no existían prácticas restrictivas. Señala al respecto que el Reglamento n° 1/2003 no establece jerarquía alguna entre la Comisión y las ANC, pues se basa en una relación de cooperación al mismo nivel. Se opondría al propósito del artículo 5 del Reglamento n° 1/2003 que la ANC fuera competente para adoptar una resolución por la que se declare que se ha infringido el artículo 102 TFUE, pero no para declarar que no ha habido infracción. El Gobierno checo sostiene que las disposiciones aplicables de la Ley polaca de protección de la competencia y de los consumidores no pueden comprometer la consecución de ninguno de los objetivos de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE.

B. Valoración

11. El Gobierno polaco alega que el artículo 5 del Reglamento n° 1/2003 enumera de forma exhaustiva las facultades de las ANC. En su opinión, el último párrafo del artículo 5 no puede servir como fundamento de una resolución por la que se declare que no existían prácticas restrictivas. En respuesta a la segunda cuestión, el Gobierno polaco alega que la medida por la cual una ANC concluye un procedimiento en relación con una posible infracción de las normas de competencia —una vez se ha acreditado que no procede su intervención— debería adoptar la forma de una resolución de carácter meramente procesal, por la que se pone fin al procedimiento sin necesidad de resolver sobre el fondo del asunto.

Observaciones preliminares sobre el nuevo sistema de «excepción legal» directamente aplicable

13. El Reglamento n° 1/2003, también denominado «Reglamento de modernización»,⁸ introdujo cambios fundamentales en la forma

12. A diferencia de las otras partes, el Gobierno checo argumenta que el artículo 5 del Reglamento n° 1/2003 permite a las ANC adoptar una resolución por la que se declare

8 — Por lo que se refiere a la interpretación del Reglamento n° 1/2003, véanse la sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de junio de 2009, X (C-429/07, Rec. p. I-4833), y los siguientes asuntos pendientes: VEBIC, C-439/08 (en el que las conclusiones del Abogado General Mengozzi se presentaron el 25 de marzo de 2010; estando previsto el pronunciamiento de la sentencia del Tribunal de Justicia para el 7 de diciembre de 2010), y Pflleiderer/Bundeskartellamt, C-360/09 (en el que mis conclusiones serán comunicadas el 16 de diciembre de 2010). Respecto al Tribunal General, en relación con el artículo 11, apartado 6, del Reglamento n° 1/2003, véanse sus sentencias de 8 de marzo de 2007, France Telecom/Comisión (T-339/04, Rec. p. II-521), y France Telecom/Comisión (T-340/04, Rec. p. II-573) [confirmada en casación por la sentencia del Tribunal de Justicia, de 2 de abril de 2009, France Telecom/Comisión (C-202/07 P, Rec. I-2369)].

en que se aplica el Derecho de competencia de la UE. Entre las novedades introducidas, se suprimió la notificación a la Comisión de los acuerdos de exención de acuerdo con el actual artículo 101 TFUE, apartado 3,⁹ que ha sido sustituida por el sistema de excepción legal,¹⁰ por lo que ahora las ANC y los tribunales nacionales están asociados mucho más

estrechamente a la aplicación de las normas de competencia de la UE.¹¹

9 — Resulta interesante observar que, mientras los dos principales objetivos de la descentralización en la aplicación del Derecho de competencia de la UE —la reducción del trabajo de la Comisión y la participación de las ANC y de los tribunales nacionales en dicha aplicación— se mantienen inalterados, los elementos de dicha política, ordenados en el Reglamento n° 1/2003, difieren de los que aparecen en la propuesta de la Comisión del año 2000, en la que se indicaba que «el artículo [3 del Reglamento propuesto] establece que cuando un acuerdo o una práctica puedan afectar al comercio entre Estado miembros sólo será aplicable el Derecho de la competencia [de la UE]» (el subrayado es mío) se aplicaría solo en los casos relevantes para la UE [Propuesta de Reglamento del Consejo relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 (CE) y 82 (CE), y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) n° 1017/68, (CEE) n° 2988/74, (CEE) n° 4056/86 y (CEE) n° 3975/87; COM(2000) 582 final, p. 12]. Véase Tosato, G.L., y Bellodi, L. (Eds.), *EU Competition Law, Volume I, Procedure*, Claeys & Casteels, 2006, p. 218.

10 — En el sistema anterior, el artículo 81 CE se caracterizaba por la formulación de una norma prohibitiva [artículo 81 CE, apartado 1, y sus efectos (invalidez, artículo 81 CE, apartado 2)], atemperada por el ejercicio de las facultades de la Comisión para otorgar excepciones a la regla (artículo 81 CE, apartado 3). De acuerdo con el Reglamento n° 1/2003, la exención particular de un acuerdo respecto a la prohibición del artículo 101 TFUE, apartado 1, ya no depende de que se comunique a la Comisión. En la actualidad, no serán prohibidos los acuerdos contemplados por el artículo 101 TFUE, apartado 1, que cumplan los requisitos del artículo 103 TFUE, apartado 3, sin que sea necesaria una decisión previa al efecto. El artículo 101 TFUE, apartado 3, se interpreta como una excepción legal directamente aplicable. Véase Kerse, C.S., y Khan, N., *EC Antitrust Procedure*, Fifth Edition, Sweet & Maxwell, London, 2005, p. 15.

14. La descentralización de la aplicación del Derecho de competencia de la UE va más allá de limitarse a exigir a las ANC y a los tribunales nacionales que apliquen los artículos 101 TFUE y 102 TFUE. Para permitir la correcta puesta en práctica de la descentralización, el Reglamento n° 1/2003 proporciona al menos tres mecanismos distintos: i) la atribución de facultades a las ANC y a los tribunales nacionales, con la consiguiente disminución de los casos de aplicación directa por la Comisión;¹² ii) la exigencia de que las ANC y los tribunales nacionales apliquen los

11 — Véanse, entre otros, los considerandos 6, 7 y 15 de la exposición de motivos del Reglamento n° 1/2003, así como sus artículos 5 y 6. Durante la vigencia del Reglamento 17, las ANC persiguieron las infracciones de los artículos 81 CE y 82 CE en contadas ocasiones, no solo porque la normativa nacional las facultaba para aplicar los artículos 81 CE, apartado 1, y 82 CE en aproximadamente la mitad de los Estados miembros, sino porque, aun cuando estuvieran facultados para ello, la competencia de la Comisión para otorgar exenciones las disuadía de iniciar procedimientos con arreglo al artículo 81 CE, apartado 1. Si una ANC empezaba a perseguir una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, las empresas podían comunicar su acuerdo o práctica a la Comisión, la cual, debido a su obligación legal de responder, podía así verse obligada a incoar un procedimiento, atribuyéndose de ese modo la competencia de la ANC. Véase Wils, W.P.J., «Community report», en Cahill, D. and Cooke, J.D., *The Modernisation of EU Competition Law Enforcement in the EU*, Cambridge, FIDE 2004, p. 679 y ss. Véase también Gippini Fournier, E., «Community report», en Koeck, H.F., y Karollus, M.M., (Eds.), *The Modernisation of European Competition Law*, Nomos, FIDE 2008.

12 — En consecuencia, la Comisión ha podido concentrarse en mayor medida en prioridades esenciales como las investigaciones de cárteles y sectores (con las que la Comisión pretende identificar los sectores en que las normas sobre competencia no estén funcionando adecuadamente).

artículos 101 TFUE y 102 TFUE con arreglo a un sistema que regule las relaciones entre el Derecho nacional y el de la UE; y, finalmente, pero no menos importante, iii) disposiciones para facilitar la cooperación y el control del trabajo de las ANC y de los tribunales nacionales con objeto de salvaguardar una aplicación uniforme y coherente de las normas de competencia de la UE.¹³ Como veremos posteriormente, una consecuencia de la importante función desempeñada por las ANC (y por los tribunales nacionales) en el nuevo sistema es que, de acuerdo con el Reglamento n° 1/2003, están sometidos a estrictas normas en lo referido a las facultades conferidas y a su ejercicio.¹⁴

resolución negativa sobre el fondo al aplicar el artículo 102 TFUE.

16. Como ha sugerido correctamente el Órgano de Vigilancia de la AELC, en principio, las cuestiones, planteadas únicamente con referencia al artículo 102 TFUE, deberían referirse igualmente a la competencia de las ANC para adoptar resoluciones negativas sobre el fondo con arreglo al artículo 101 TFUE. En mi opinión, por lo tanto, las respuestas a las cuestiones remitidas deberían contemplar tanto el artículo 101 TFUE como el 102 TFUE.

Primera cuestión

15. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si el artículo 5 del Reglamento n° 1/2003 impide que una ANC adopte una

17. El órgano jurisdiccional remitente considera que no puede haber duda de que una resolución adoptada con arreglo al Derecho nacional sobre competencia,¹⁵ por la que se declara que una práctica determinada no restringe la competencia, no pertenece al tipo de decisiones enumeradas en la segunda frase del artículo 5 del Reglamento n° 1/2003.

13 — La importancia vital de ese objetivo se pone de relieve por el hecho de que el cumplimiento de las normas de la UE sobre competencia se ha intensificado desde la entrada en vigor del Reglamento n° 1/2003. A finales de marzo de 2009, se habían perseguido *hasta 1.000 casos* en una amplia variedad de sectores, por los miembros de la Red de Autoridades de Competencia (RAC), con arreglo a las normas de competencia de la UE. Véase el Informe de la Comisión sobre la aplicación del Reglamento n° 1/2003, de 29 de abril de 2009 [en inglés], p. 7, (Communication from the Commission to the European Parliament and Council – Report on the functioning of Regulation n° 1/2003, COM(2009) 206 final).

14 — Véanse Tosato, G.L., y Bellodi, L., citados en la nota 9, p. 219.

18. Sin embargo, el órgano jurisdiccional remitente alberga dudas respecto a si la ANC polaca puede adoptar tal decisión con arreglo al artículo 102 TFUE, puesto que la última frase del artículo 5 del Reglamento n° 1/2003 otorga a las ANC la facultad de decidir que no

15 — Es decir, con arreglo al artículo 11 de la Ley polaca de protección de la competencia y de los consumidores.

procede su intervención cuando no se reúnan las condiciones para una prohibición.

19. Ante todo, es necesario considerar las disposiciones pertinentes del Reglamento n° 1/2003. De acuerdo con el artículo 3 de dicho Reglamento,¹⁶ las ANC deben aplicar los artículos 101 TFUE y 102 TFUE cuando las prácticas de una empresa sospechosa de infringir las prohibiciones establecidas por el Derecho nacional sobre competencia puedan afectar al comercio entre los Estados miembros. El Reglamento n° 1/2003 da por supuesto que las ANC aplicarán los artículos 101 TFUE y 102 TFUE de acuerdo con las normas de procedimiento del Estado miembro de que se trate, el cual, si es necesario, deberá modificar su legislación para adaptarla al nuevo sistema.¹⁷

20. En efecto, como indica ese principio general, el Tribunal de Justicia declaró en la sentencia de 10 de noviembre de 1993, recaída en el asunto *Otto*,¹⁸ que «la aplicación de

los artículos [101 TFUE y 102 TFUE] por las autoridades nacionales, en principio, está regulada por las normas procesales nacionales. Sin perjuicio del respeto del Derecho [de la UE] y, en particular, de sus principios fundamentales, incumbe pues al Derecho nacional definir las modalidades procesales apropiadas para garantizar el derecho de defensa de los interesados. Estas garantías pueden ser distintas de las que se aplican en los procedimientos [de la UE].»

21. Seguidamente, el artículo 5 del Reglamento n° 1/2003 establece que las ANC son competentes para aplicar los artículos 101 TFUE y 102 TFUE en asuntos concretos y, a tal efecto, ya sea de oficio, ya previa denuncia de parte, «podrán adoptar» las decisiones siguientes: i) orden de cesación de la infracción; ii) adopción de medidas cautelares; iii) aceptación de compromisos; y iv) imposición de multas sancionadoras, de multas coercitivas o de cualquier otra sanción prevista por su Derecho nacional. El precepto concluye estableciendo que, cuando la información de que dispongan no acredite que se reúnen las condiciones para una prohibición, las ANC podrán decidir asimismo que no procede su intervención.

22. Por lo tanto, la cuestión que se suscita es si la lista de decisiones que pueden adoptar las ANC (relacionadas en el artículo 5 del Reglamento n° 1/2003) es exhaustiva. El Gobierno polaco y la Comisión consideran que, en

16 — Véase, por ejemplo, Lucey, C., *Unforeseen consequences of Article 3 of EU Regulation 1/2003*, ECLR [European Competition Law Review], 2006, 27(10), pp. 558-563.

17 — Artículo 35 del Reglamento n° 1/2003. Tosato, G.L., y Bellodi, L., citados en la nota 9, informan en la p. 32 (nota 101) de que, en Italia, el artículo 54, apartado 5, de la Ley 52, de 5 de febrero de 1996, ya había otorgado las facultades de aplicar los artículos 81 CE y 82 CE a la ANC italiana. Además, resulta interesante señalar que, en el Reino Unido, antes de la reforma, las ANC no tenían competencias para aplicar el Derecho de competencia de la UE.

18 — Asunto (C-60/92, Rec. p. I-5683), apartado 14. Véase también la sentencia de 17 de julio de 1997 (GT-Link, C-242/95, Rec. p. I-4449), apartados 23 a 26.

efecto, es exhaustiva, lo cual parece confirmar la doctrina jurídica.¹⁹

23. En cualquier caso, basta con señalar que, en términos estrictos, el artículo 5 no es exhaustivo, al menos, en la medida en que no es la única disposición contenida en el Reglamento n° 1/2003, con arreglo al cual las ANC pueden adoptar sus decisiones. También contiene el artículo 29 (Retirada individualizada de exenciones), apartado 2, de acuerdo con el cual las ANC podrán retirar la cobertura de un Reglamento de Exención por Categorías (REC), con ciertos requisitos.²⁰

24. De hecho, como señala correctamente el órgano jurisdiccional remitente, cuando, después de tramitar un procedimiento en el que se aplican paralelamente normas de la UE y de Derecho nacional sobre la competencia, la ANC concluye que la práctica de la empresa investigada no infringe la prohibición de abuso de posición dominante, dicha ANC debe, por regla general, mediante la aplicación del principio de autonomía procedimental, emitir la decisión que corresponda de conformidad con el Derecho nacional. Con arreglo al ordenamiento jurídico polaco, la decisión correspondiente aludida es la prevista en el artículo 11 de la Ley de protección de los consumidores y de la competencia, por la que se declara que una práctica determinada no restringe la competencia.

19 — Véanse, entre otros, Faull, J., y Nikpay, A., *The EC law of competition*, Oxford University Press, 2007, p. 113: El artículo 5 contiene una lista exhaustiva porque, al aplicar el artículo 101 TFUE o el 102 TFUE, las ANC no pueden adoptar decisión alguna que no esté contemplada allí. En particular, las ANC no pueden adoptar decisiones de inaplicabilidad, lo cual solo corresponde a la Comisión. Véanse también Langen, E., y Bunte, H.-J. (Eds.), *Kommentar zum deutschen und europäischen Kartellrecht – Band 2*, 11ª ed., Luchterhand, 2010, pp. 752 y ss.; Loewenheim, U., Meessen, K.M., y Riesenkampff, A., *Kartellrecht – Band 1 Europäisches Recht – Kommentar*, C.H. Beck Verlag, Munich, 2005, p. 740; Hirsch, G., Montag, E., y Sacker, F.J., *Competition Law: European Community Practice and Procedure*, Sweet & Maxwell, London, 2008, pp. 1579 y ss.; y Kerse, C.S., y Khan, N., citados en la nota 10, p. 261: no está aclarado i) si la lista pretende ser exhaustiva ni ii) cuál son los efectos de la última frase en el artículo 5, el cual, según se ha sugerido, significa que las ANC no están facultadas para adoptar decisiones de inaplicabilidad. Más bien parece que se pretende impedir que las ANC adopten tales decisiones, en particular, las que declaren que el artículo 101 TFUE, apartado 1, es inaplicable.

20 — En esencia, cuando los acuerdos, decisiones de las asociaciones de empresas o las prácticas concertadas a los que se aplique alguno de los REC de la Comisión produzcan efectos incompatibles con el apartado 3 del artículo 101 TFUE en el territorio de un Estado miembro, o en una parte de dicho territorio que presente todas las características de un mercado geográfico distinto, las ANC de que se trate podrán retirarles la cobertura del correspondiente REC por lo que respecta a dicho territorio.

25. Sin embargo, hay que poner de relieve que es posible imponer límites al principio de autonomía procedimental, no solo por la necesidad de que se cumplan los objetivos del Reglamento n° 1/2003, es decir, la aplicación uniforme de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE en todos los Estados miembros (véase el considerando 1 de la exposición de motivos del Reglamento n° 1/2003). En mi opinión, el artículo 5 del Reglamento n° 1/2003 es una limitación de este tipo, en la que se especifican los tipos de decisión que pueden adoptar las ANC.

26. Si bien es cierto que el Reglamento nº 1/2003 no armoniza las leyes procesales nacionales,²¹ es un hecho que algunas cuestiones importantes han sido reguladas en el ámbito de la UE, especialmente, de hecho, el contenido de las decisiones que pueden adoptar las ANC.

27. En mi opinión, si el legislador de la UE hubiera querido facultar a las ANC para adoptar decisiones por las que se declarase que una determinada práctica no restringe la competencia (como se establece en la Ley polaca de protección de la competencia y de los consumidores), habría incluido tal tipo de decisión expresamente en la lista contenida en el artículo 5 del Reglamento nº 1/2003 (o, al menos, en otra parte de dicha disposición, como es el caso de la decisión contemplada en el artículo 29, apartado 2). Este argumento es tanto más relevante si tenemos en cuenta que el legislador de la UE era consciente precisamente de esta cuestión, que, de hecho, se debatió durante el procedimiento legislativo que culminó con la aprobación del Reglamento nº 1/2003 (véanse los puntos 39 a 41 *infra*).

21 — Esteva Mosso, C., *Regulation 1/2003 – Five years on*, 16th St. Gallen International Competition Law Forum 2009 (2010), p. 247: El Reglamento nº 1/2003 acoge bien la diversidad de ámbitos institucionales y procesales en la UE. Sin embargo, hemos visto una convergencia más espontánea hacia el sistema de regulación. Numerosos Estados miembros han derogado los sistemas de notificación, otros han adoptado facultades de aplicación similares, o nuevos tipos de decisión. Pero sigue habiendo diferencias importantes en cuanto a las multas, a las sanciones penales y a la responsabilidad de las asociaciones de empresas, en cuanto a situaciones en que la acción está sometida a plazo, respecto a las normas de valoración de la prueba aplicables y respecto a los requisitos para exigir compromisos. Lemaire, Ch., *Premier bilan de l'application du règlement n° 1/2003*, Petites affiches, 17 de diciembre de 2009, N° 251, pp. 38 y ss.; señala que, más allá de las normas sustantivas, en las que la convergencia procede, en gran parte, de la obligación de aplicar el Derecho de la UE y de la norma de convergencia, es verdad que es en el área de las normas de procedimiento y en la sancionadora donde los avances han sido más importantes e interesantes. Tales avances no se previeron durante las negociaciones previas a la adopción del Reglamento nº 1/2003, ya que los Estados miembros rechazaron que se introdujeran cuestiones como la clemencia u otras normas de procedimiento. El principio de autonomía institucional y procedimental estaba concebido para desempeñar una función completa y sin embargo, al parecer, se está produciendo una auténtica convergencia. Véanse Jones, A., y Sufrin, B., *EC Competition Law*, Oxford, 2004, p. 1161. Respecto al artículo 5 del Reglamento nº 1/2003, es posible que la experiencia con el sistema descentralizado demuestre que es necesario cierto grado de armonización para permitir que la RAC funcione correctamente [la Comunicación de la Comisión sobre la cooperación en la Red (Commission's Notice on cooperation within the Network) es deliberadamente flexible y puede que sea necesario revisarla]. Brokelmann, H., *Enforcement of Articles 81 EC and 82 EC under Regulation 1/2003: The case of Spain and Portugal*, World Competition, 29(4): 535-554, 2006, p. 553, dice que el nuevo régimen de aplicación, en especial los artículos 3, apartado 2, y 16, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003, ejercen una considerable influencia armonizadora en la interpretación del Derecho nacional sobre competencia.

28. El hecho de que no se contemple que las ANC puedan adoptar dicha decisión también se ponía de manifiesto en la Memoria explicativa que acompañaba a la propuesta de la Comisión. En ese documento, la Comisión destacaba que la «propuesta se basa en la premisa de que las [ANC] aplicarán los artículos [101 TFUE y 102 TFUE] de conformidad con sus respectivas normas de procedimiento nacionales. No es necesario, para llevar a cabo la reforma, abordar una armonización generalizada de las leyes nacionales

de procedimiento. [22] Por otra parte, es necesario regular, en el ámbito de [la UE], un número limitado de cuestiones que tienen repercusiones directas en el correcto funcionamiento del sistema propuesto.» La Comisión añadió que «es necesario establecer el contenido de las decisiones que las [ANC] pueden adoptar para aplicar los artículos [101 TFUE y 102 TFUE] (véase el artículo 5 del Reglamento propuesto), con objeto de asegurar una puesta en práctica completa y eficaz del régimen de exención directamente aplicable. Ninguna autoridad de competencia que forme parte de la [RAC] puede ser facultada para adoptar decisiones constitutivas sobre exenciones al aplicar las normas de competencia de la UE.»

29. Como ha señalado acertadamente el Órgano de Vigilancia de la AELC, si bien el Reglamento n° 1/2003 faculta a las ANC para adoptar decisiones «positivas» sobre el fondo,²³ es patente que no dispone que esa competencia para poner fin a las infracciones,

también mediante la aplicación del artículo 102 TFUE, esté correspondida con la atribución de competencia a las ANC para adoptar decisiones «negativas» sobre el fondo. Nada en el artículo 5, o en cualquier otro precepto del Reglamento n° 1/2003, por lo demás, atribuye específicamente a las ANC la competencia de declarar formalmente que no ha habido infracción del artículo 102 TFUE en un caso determinado. Más bien se evidencia que una ANC sólo puede decidir «que no procede su intervención» (véase la última frase del artículo 5 del Reglamento n° 1/2003).

30. Considero (como el Gobierno polaco, la Comisión y el Órgano de Vigilancia de la AELC) que cualquier otra interpretación incurriría en el riesgo de crear situaciones en las que, en virtud del principio *non bis in idem*, una decisión negativa de una ANC podría impedir que la Comisión, u otras ANC, declararan posteriormente que se ha producido una infracción del artículo 101 TFUE.²⁴

22 — Es discutible que la Comisión no pretendiera una armonización total de las leyes de procedimientos nacionales, ya que una de las razones por las que no se llevó a cabo fue que no se quería poner en peligro la reforma de modernización en sí misma, por lo que, en vez de ello, dicha reforma se limitó a la unificación de la legislación sustantiva. Véase el considerando 35 del Reglamento n° 1/2003: “[e]l presente Reglamento reconoce la amplia variedad de sistemas públicos de los Estados miembros para garantizar el cumplimiento de la ley” y la declaración conjunta del Consejo y de la Comisión sobre el funcionamiento de la red de autoridades de competencia, registrada en los documentos del Consejo (doc. 15435/02 ADD 1, de 10 de diciembre de 2002), apartados 6 a 8: “Los Estados miembros aceptan que sus sistemas para garantizar el cumplimiento de la ley reconocen recíprocamente las reglas de los otros sistemas como base de su cooperación.”

23 — En particular, órdenes de cesación, de aceptación de compromisos y de imposición de multas, de acuerdo con lo establecido en la normativa nacional. (Artículo 5, apartado 3, segundo párrafo, del Reglamento n° 1/2003).

24 — Sobre dicho principio en el ámbito del Derecho de la competencia de la UE, véanse, entre otras las sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de octubre de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión* (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, Rec. p. I-8375); de 7 de enero de 2004, *Aalborg Portland y otros/Comisión* (C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, Rec. p. I-123); de 29 de junio de 2006, *SGL Carbon/Comisión* (C-308/04 P, Rec. p. I-5977); y de 10 de mayo de 2007, *SGL Carbon/Comisión* (C-328/05 P, Rec. p. I-3921). Respecto al Tribunal General, véase su sentencia de 9 de julio de 2003, *Kyowa Hakko Kogyo y Kyowa Hakko Europe/Comisión* (T-223/00, Rec. p. II-2553). En cuanto al concepto de «los mismos hechos» en el ámbito del citado principio, véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de marzo de 2006, *Van Esbroeck* (C-436/04, Rec. p. I-2333). Con referencia a dicho principio y al Reglamento n° 1/2003, en particular, véase el asunto *Toshiba Corporation y otros* (C-17/10, pendiente ante este Tribunal).

31. Puede observarse que tales límites a la competencia de las ANC respecto a las decisiones negativas también parecen en consonancia con la práctica decisoria de la Comisión. En casos concretos de procedimientos de competencia en los que la investigación de la Comisión no proporciona pruebas suficientes para demostrar con arreglo a Derecho que se ha producido una infracción del Derecho de la competencia, el asunto concluye sin que la Comisión adopte una decisión de fondo o, de hecho, sin que remita a las partes decisión motivada alguna en relación con la infracción imputada.²⁵

(es decir, mediante la adopción de la decisión que corresponda).²⁶

33. En mi opinión, la interpretación literal del artículo 5 del Reglamento n° 1/2003, propuesta en el punto anterior, no sólo es bastante clara, sino que también está reforzada por otras disposiciones del mismo Reglamento. Concretamente, es importante señalar que debe compararse el tenor del artículo 5 con el del artículo 10.

32. Además, el órgano jurisdiccional remitente se refiere correctamente a la interpretación sistemática del Reglamento n° 1/2003. El artículo 5 se encuentra en el capítulo II del citado Reglamento, bajo la rúbrica «Competencias». El artículo 4 de ese capítulo regula las competencias de la Comisión, el artículo 5 las de las ANC, y el artículo 6 las competencias de los órganos jurisdiccionales nacionales. Mientras que los artículos 4 y 6 se limitan a confirmar en términos generales las competencias de la Comisión y de los órganos jurisdiccionales nacionales con arreglo a los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, el artículo 5 reduce el ámbito de competencias de las ANC a la aplicación de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, y establece expresamente el modo en que las ANC deben aplicar dichos artículos en asuntos concretos

34. De conformidad con el artículo 10, que lleva por título «Declaración de inaplicabilidad», cuando así lo requiera el interés público de la UE relativo a la aplicación de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE, la Comisión

25 — No obstante las decisiones de desestimación de denuncias, de conformidad con el artículo 7, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 773/2004 de la Comisión, de 7 de abril de 2004, relativo al desarrollo de los procedimientos de la Comisión con arreglo a los artículos [101 TFUE y 102 TFUE] (DO L 123, p. 18).

26 — Las disposiciones del artículo 5 son importantes, ya que, en cierto modo, armonizan las competencias de las ANC para aplicar los artículos 101 TFUE y 102 TFUE. De este modo, en caso de que la Comisión archivara la denuncia o no incoara el procedimiento sobre un asunto concreto, puede asegurarse que la ANC está suficientemente facultada para aplicar eficazmente el Derecho de competencia de la UE. Véanse Tosato, G.L., y Bellodi, L., citados en la nota 9, p. 220. Estos autores aducen que el Reglamento n° 1/2003 otorga a las ANC cierta flexibilidad en cuanto a los requisitos para iniciar el procedimiento. Sin embargo, el artículo 5 implica que las ANC deben iniciar una investigación cuando —interpretando el precepto *a contrario*— la información de que dispongan acredite que se reúnen las condiciones para una prohibición. Dicha norma es necesaria a causa de la flexibilidad concedida a la Comisión y a las ANC para decidir si procede incoar el procedimiento y adoptar una resolución en un asunto concreto. Esto podría limitar la protección de los derechos de los particulares, reconocidos por los artículos 101 TFUE, apartado 1, y 102 TFUE, especialmente en casos en los que, aunque la infracción del Derecho de la competencia de la UE sea evidente, el asunto no tenga la suficiente importancia económica para garantizar que el interesado acudiría a los tribunales. Con objeto de reducir dicho riesgo, la última frase del artículo 5 ordena a las ANC que intervengan si concurren determinados requisitos.

podrá declarar mediante decisión adoptada de oficio que el artículo 101 TFUE no es aplicable a un acuerdo, a una decisión de asociación de empresas o a una práctica concertada, bien porque no se reúnan las condiciones del apartado 1 del artículo 101 TFUE, bien porque se reúnan las condiciones del apartado 3 del mismo artículo. La Comisión podrá igualmente hacer esta declaración con arreglo al artículo 102 TFUE.²⁷ Las decisiones basadas en el artículo 10 son instrumentales, en la medida en que garantizan la aplicación coherente del Derecho de competencia de la UE,

debido al efecto que ejercen en los otros órganos ejecutivos.²⁸

35. De lo anterior se desprende que, en el Reglamento n° 1/2003, el legislador de la UE atribuyó a la Comisión la competencia exclusiva para adoptar decisiones negativas sobre el fondo (declaraciones de inaplicabilidad).

36. Dicha interpretación está corroborada por el considerando 14 del Reglamento n° 1/2003, que declara que, en los casos excepcionales en que el interés público de la Unión Europea lo requiera, puede igualmente ser útil que la Comisión adopte una decisión de carácter declarativo que establezca que las prohibiciones enunciadas en el artículo 101 TFUE o en el artículo 102 TFUE no encuentra aplicación, y ello para aclarar el Derecho aplicable y garantizar su aplicación coherente en el conjunto de la Unión Europea, en particular tratándose de nuevos tipos de acuerdos o prácticas que carezcan de precedentes en la jurisprudencia o en la práctica administrativa. En cuanto al requisito de que solo se utilice en casos excepcionales, resulta

27 — Kerse, C.S., y Khan, N., citados en la nota 10, pp. 108 y 109, han señalado que, si bien la Comisión ha publicado una pormenorizada Comunicación relativa a las orientaciones informales, no hay instrucciones similares sobre inaplicabilidad, pese a que el último procedimiento conduce a una decisión formal [Comunicación de la Comisión relativa a las orientaciones informales sobre cuestiones nuevas relacionadas con los artículos 81 (CE) y 82 (CE) que surjan en asuntos concretos (cartas de orientación) (DO 2004, C 101, p. 78)]. Asimismo, una decisión basada en el artículo 10 contempla la antigua «declaración negativa» y la «exención», aunque una declaración con arreglo al artículo 10 parecería algo de mayor entidad que la primera pero menor que la segunda. La declaración de inaplicabilidad puede contener manifestaciones referentes al cumplimiento del artículo 101 TFUE, apartado 3 (a diferencia de las «decisiones negativas»), pero no se aplicaría solo por un período determinado de tiempo (a diferencia de las exenciones). Schwarze, J., y Weitbrecht, A., *Grundzüge des europäischen Kartellverfahrensrechts – Die Verordnung (EG) Nr. 1/2003*, Nomos, 2004, p. 133, argumentan que el artículo 10 del Reglamento n° 1/2003 es una «reliquia» del antiguo sistema y que, por lo tanto, el sistema de exenciones legales no se ha establecido por completo. Langen, E., y Bunte, H.-J., citados en la nota 19, p. 799, señalan que las decisiones positivas son de difícil comprensión y están fuera de lugar (ein schwer fassbarer Fremdkörper) en un sistema de excepciones legales. Véase también Klees, A., *Europäisches Kartellverfahrensrecht*, Carl Heymanns Verlag, 2005, p. 184.

28 — Véanse Gauer, C., Dalheimer, D., Kjolbye, L. y De Smijter, E., Regulation N° 1/2003: *a modernised application of EC competition rules*, Competition Policy Newsletter, Number 1 – Spring 2003, pp. 3 y ss. Sin embargo, las decisiones basadas en el artículo 10 no pretenden sustituir a las decisiones de exención del sistema anterior o servir como un instrumento que «bendiga» los acuerdos particulares a falta de una aplicación o política coherentes. Ortiz Blanco, L. (Ed.), *European Community Competition Procedure*, Second Edition, Oxford, 2006, argumenta que la naturaleza legal de las decisiones de inaplicabilidad es una cuestión que se presta a discusión. No es sencillo distinguirlas de una decisión desestimatoria de una denuncia y ambas son, por naturaleza, declaratorias y vinculantes para las ANC y para los tribunales nacionales. Son declaratorias porque no «crean» derechos, a diferencia de la anterior excepción con arreglo al artículo 81 CE, apartado 3. Véanse también Montag, F., y Rosenfeld, A., *A solution to the problems? Regulation 1/2003 and the Modernisation of Competition Procedure*, ZWeR, 2/2003, pp. 115 y ss.

discutible que ello corresponda a uno de los objetivos del Reglamento n° 1/2003, que es preparar el terreno para la transición a un sistema de autoevaluación.²⁹

37. Además, el Reglamento n° 1/2003 encomendó a la Comisión la preparación de un informe sobre la aplicación de la norma para el 1 de mayo de 2009, esto es, a los cinco años contados desde la fecha de su entrada en vigor. En un documento preparatorio que acompañaba a dicho informe,³⁰ la Comisión declaraba que todavía no había adoptado decisión alguna con arreglo al artículo 10, lo cual confirmó en la vista de septiembre de 2010. Asimismo, la utilización del término «interés público [de la UE]» en ese precepto descarta la posibilidad de que tales decisiones puedan adoptarse legítimamente en favor de empresas particulares, con objeto de impedir que ese instrumento se utilice como sustituto de la decisión de exención con arreglo al sistema anterior. El artículo 10 se refiere a casos excepcionales, y está concebido para aclarar el Derecho aplicable, garantizar su aplicación

coherente en el conjunto de la Unión Europea³¹ y, específicamente: i) «corregir» el punto de vista de las ANC; o ii) orientar a la RAC sobre la forma de abordar un asunto determinado. Cabe destacar que la Comisión explicaba en su informe que, en la práctica, sin embargo, tales medios preventivos para garantizar la coherencia han sido ampliamente superados por la intensa labor de la RAC para promover la aplicación coherente de las normas de competencia de la UE. La medida en que la RAC ha demostrado ser un ámbito fructífero para debatir cuestiones generales de esta política, al parecer, no fue prevista en el momento de aprobación del Reglamento n° 1/2003. Por consiguiente, la Comisión no ha tenido motivos para actuar con arreglo al artículo 10 ya que, hasta la fecha, no ha sido necesario recurrir a dicho precepto.

38. Desde luego, en mi opinión, el legislador de la UE estableció deliberada y expresamente que las decisiones por las que se declara que una práctica es legal deben adoptarse: i) únicamente por la Comisión; ii) cuando lo requiera el interés público de la UE y solo en relación con la aplicación de los

29 — Hirsch, G., Montag, F. y Säcker, F.J., citados en la nota 19, p. 1614, consideran que, puesto que tal sistema necesariamente genera un mayor grado de inseguridad jurídica, la Comisión debería interpretar de forma más favorable los requisitos para adoptar decisiones de carácter positivo.

30 — Commission Staff Working Paper accompanying the Report on the functioning of Regulation N° 1/2003 (documento preparatorio del informe sobre la aplicación del Reglamento, citado en la nota 13). El informe realizaba un balance de la situación, cuyo objetivo era evaluar el resultado de la reforma de modernización durante el período considerado, e incluía un amplio trámite de información pública.

31 — En efecto, uno de los principales temores invocados durante el proceso de adopción del Reglamento n° 1/2003 era que facultar a las ANC y a los órganos jurisdiccionales nacionales para aplicar plenamente el Derecho de la competencia de la UE pondría en peligro la aplicación coherente de esas normas.

artículos 101 TFUE y 102 TFUE; iii) cuando la Comisión actúe de oficio y iv) solo en casos excepcionales.³²

año 2000, finalmente, presentó su propuesta legislativa.

39. A este respecto, puede resultar interesante examinar aquí el Libro Blanco de la Comisión sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos [81 CE] y [82 CE], de 28 de abril de 1999, que fue el precursor de la modernización operada con arreglo al Reglamento n° 1/2003.³³ Las «declaraciones de inaplicabilidad» se propusieron por primera vez en el Libro Blanco, que fue el resultado del debate interno de la Comisión iniciado en 1997 con un pequeño grupo de trabajo que examinaba los problemas derivados del sistema de notificación con arreglo al Reglamento n° 17.³⁴ La Comisión recibió muchas observaciones referentes al Libro Blanco y, en el

40. El Libro Blanco recomendaba que la Comisión no pudiera, en lo sucesivo, aprobar decisiones de exención con arreglo al artículo 81 CE, apartado 3, pero proponía después que la Comisión pudiera adoptar «decisiones particulares que no consistieran en prohibiciones», al declarar que «cuando una transacción genera una cuestión nueva, puede ser necesario orientar al mercado en relación con el punto de vista de la Comisión respecto a determinadas restricciones en dicho mercado. Las decisiones positivas de este tipo, por lo tanto, se adoptarían en casos excepcionales, basadas en motivos de interés general [...] tendrían carácter declarativo, y sus efectos legales serían los mismos que los que tienen las decisiones negativas en la actualidad». Un grupo de Estados miembros objetó que existía el riesgo de que esas decisiones positivas preparasen el terreno para el restablecimiento del sistema de notificación, ya que es difícil coordinarlas con un sistema de excepción legal. Otro grupo de Estados miembros sugirió que también las ANC debían ser facultadas para adoptar dichas decisiones positivas.³⁵

32 — Puede alegarse con razón que la Comisión adoptaría una decisión basada en el artículo 10 solo en situaciones en las que pretendiera realizar una declaración cuasi legislativa sobre la aplicabilidad de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE. La Comisión parece mejor preparada para expedir cartas de orientación, si bien, aun en este caso, la Comunicación relativa a las orientaciones informales aclara que dichas cartas deben ser antes la excepción que la regla. Véanse Kerse, C.S., y Khan, N., citados en la nota 10, p. 109.

33 — Ehlermann, C.D., *The Modernisation of EC Antitrust Policy: a Legal and Cultural Revolution*, CMLR, 37: 537-590, 2000, lo calificó como «el más importante documento sobre esta política publicado por la Comisión en más de 40 años de política de la competencia de la CE».

34 — En el momento de aprobarse el Reglamento n° 17, la prohibición de acuerdos restrictivos era revolucionaria en Europa. El sistema de notificación y autorización centralizadas garantizaba que la nueva disposición se interpretaría y aplicaría por la Comisión, que se dedicó específicamente a «la nueva religión». El sistema de notificación también tenía una función didáctica, ya que las empresas y sus abogados fueron instruidos por la Comisión a través del procedimiento de autorización. Véase Geradin, D. (Ed.), *Modernisation and enlargement: Two major challenges for EC competition law*, Intersentia, 2004, pp. 14 y 15.

41. En respuesta a estas cuestiones, la Memoria explicativa adjunta a la Propuesta justificaba las declaraciones de inaplicabilidad

35 — Véase Ortiz Blanco, L., citado en la nota 28, p. 211.

porque «en el sistema de excepción directamente aplicable, las principales funciones de la Comisión consistirán en intervenir contra las infracciones y en desarrollar la política de competencia y fomentar la aplicación coherente de las normas a través de medidas generales como los reglamentos de exención por categorías y las orientaciones». Manifestaba allí que las declaraciones de inaplicabilidad «pueden adoptarse únicamente de oficio por la Comisión y considerando el interés público de la [UE]. Estos requisitos garantizan que las decisiones por las que se declare la inaplicabilidad no puedan obtenerse a petición de las empresas». Tal posibilidad menoscabaría gravemente el fin principal de la reforma, ^[36] que es concentrar la actuación de todas las autoridades de competencia en lo que está prohibido. En el sistema descentralizado, la Comisión, como guardiana de los Tratados y autoridad centralmente situada, debe desempeñar una función especial ordenando la política de competencia y garantizando que los artículos [101 TFUE y 102 TFUE] se apliquen coherentemente en el conjunto del mercado único. Con tal fin, es necesario facultarla para adoptar decisiones positivas en caso de que lo requiera el interés público [de la UE]. Esta facultad habilita a la Comisión para adoptar decisiones en las que se declare la inaplicabilidad, en particular, respecto a los nuevos tipos de acuerdos, prácticas o cuestiones que no hayan sido resueltos en la jurisprudencia y en la práctica administrativa existentes.»

36 — La Comisión sostuvo con toda firmeza que no se permitiría que el artículo 10 del Reglamento n° 1/2003 se utilizara como alternativa para realizar notificaciones que pudieran comprometer la consecución del objetivo primordial de dicha norma.

42. Mi interpretación del Derecho aplicable también está respaldada por las consideraciones expresadas recientemente en las conclusiones de los Abogados Generales y en la Jurisprudencia de la UE.

43. En primer lugar, en el asunto T-Mobile Netherlands y otros, ³⁷ la Abogado General Kokott insistió en la importancia de la aplicación uniforme del Derecho de competencia de la UE tras la adopción del Reglamento n° 1/2003: «las normas de competencia [de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE] se aplican desde el 1 de mayo de 2004 ^[38] en un sistema descentralizado que depende esencialmente de la colaboración de las [ANC] y [de los] órganos jurisdiccionales nacionales. ^[39]

37 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de junio de 2009 (C-8/08, Rec. I-4529), puntos 85 y 86 de las conclusiones.

38 — Esa fecha marca el paso a la normativa reformada sobre el procedimiento de competencia, establecida en el Reglamento n° 1/2003 (véase el párrafo segundo del artículo 45).

39 — Sobre esta cuestión, véanse, en particular, los considerandos 4, 6, 7, 8, 21 y 22 de la exposición de motivos del Reglamento n° 1/2003. Incluso para el período anterior al 1 de mayo de 2004, el Tribunal de Justicia ya había insistido en la obligación de cooperar de buena fe que incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales en el ámbito del Derecho de la competencia. Véase la sentencia de 14 de diciembre de 2000, Masterfoods y HB (C-344/98, Rec. p. I-11369), apartado 49 (también se desprende claramente de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia que el deber de los Estados miembros, de acuerdo con el artículo 5 CE, de adoptar todas las medidas generales o particulares apropiadas para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho de la UE, y de abstenerse de tomar medida alguna que pueda poner en peligro la consecución de los objetivos del Tratado, se impone a todas las autoridades de los Estados miembros, incluidos los órganos jurisdiccionales, en el ámbito de sus competencias. Véase, al respecto, la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de diciembre de 1998, IP (C-2/97, Rec. p. I-8597), apartado 26.

A este respecto resulta de importancia crucial que se garantice la aplicación uniforme de las normas de competencia en la [Unión Europea]. Si al aplicar las normas de competencia de los artículos [101 TFUE y 102 TFUE] se produjeran grandes divergencias entre las autoridades y órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, esto sería contrario no sólo al objetivo fundamental de igualdad de condiciones de competencia para las empresas en el Mercado interior sino también a la pretensión de protección uniforme de los intereses de los consumidores en toda la [Unión Europea]. Por esta razón, la aplicación uniforme de los artículos [101 TFUE y 102 TFUE] es un hilo conductor a lo largo de todo el Reglamento n° 1/2003».

la expresión “aplicación coherente” parece lo bastante flexible para que puedan incluirse en el ámbito de aplicación del mecanismo previsto en el artículo 15, apartado 3, párrafo primero, tercera frase, del Reglamento n° 1/2003 situaciones en las que un tribunal nacional perjudicaría o podría perjudicar la aplicación uniforme, incluso efectiva, del artículo [101 TFUE o del 102 TFUE]. Tal criterio parece tanto más apropiado dado que el objetivo del Reglamento n° 1/2003 es velar por la aplicación eficaz y uniforme [...] de los artículos [101 TFUE y 102 TFUE], en cuyo contexto la Comisión, habida cuenta de la misión de vigilancia que le otorga el Derecho [de la Unión], [41] cumple una función preponderante. [42] [...] [E]l paso de una aplicación especialmente centralizada de los artículos 81 CE y 82 CE, como la existente bajo la vigencia del [Reglamento n° 17], a un régimen de aplicación descentralizada de las reglas comunitarias sobre la competencia como el establecido por el Reglamento n° 1/2003, exige la instauración de mecanismos aptos para asegurar la aplicación “effective”, “efficace”, “uniforme” y/o “coherente” de las disposiciones de los artículos [101 TFUE y 102 TFUE], según las diferentes expresiones utilizadas por el Reglamento n° 1/2003 [...] También es verdad que entre esos mecanismos figuran los relativos a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, por una parte,

44. En segundo lugar, el Abogado General Mengozzi señaló, en el asunto X⁴⁰ que «el concepto de coherencia o, con más precisión,

41 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 7 de junio de 1983, *Musique Diffusion française y otros/Comisión* (100/80 a 103/80, Rec. p. 1825), apartado 105, y sentencia de 7 de junio de 2007, *Britannia Alloys & Chemicals/Comisión* (C-76/06 P, Rec. p. I-4405), apartado 22.

42 — En efecto, el sistema establecido con arreglo al Reglamento n° 1/2003 hace a las ANC responsables de la aplicación del Derecho de competencia de la UE, sin disminuir en modo alguno las facultades de liderazgo estratégico y la función de vigilancia de la Comisión. Véase Rizzuto, F., *Parallel Competence and the Power of the EC Commission under Regulation N° 1/2003 according to the Court of First Instance*, ECLR, 2008, 29(5), pp. 286-297. Cabe calificar el sistema de asimétrico, antes que de centralización encubierta (pues la Comisión carece de competencias formales para dar instrucciones a las ANC) o de descentralización (pues el apoderamiento de las ANC no se ha hecho a costa de las facultades de la Comisión). Es asimétrico y contingente, porque únicamente la Comisión puede alterar el área de la investigación y la decisión si considera pertinente hacerlo así.

40 — Citado en la nota 8, puntos 34 y 41 de las conclusiones.

y la Comisión y las autoridades nacionales de competencia, por otra, previstos en el artículo 15 del Reglamento n° 1/2003».

hecho de que, contrariamente al artículo 5, el artículo 10 no está concebido para fundamentar la conclusión de un procedimiento en un asunto determinado. Antes bien, mediante dicho precepto se pretende apoderar a la Comisión para abordar cuestiones nuevas en el Derecho de competencia de la UE ajenas, en principio, a cualquier investigación concreta.

45. En tercer lugar, ya se han puesto de relieve cuestiones similares en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE.⁴³

46. Hay que señalar que las características especiales atribuidas al artículo 10 por el Reglamento n° 1/2003 también resultan del

47. Es evidente, como se desprende de la lectura del Reglamento n° 1/2003, que, si bien la idea subyacente es que la Comisión y las ANC disponen de competencias paralelas⁴⁴ y que deben conformar una red de aplicación del Derecho de competencia de la UE en estrecha cooperación, el hecho es que la posición de la Comisión se distingue de la de las ANC en virtud de su competencia para adoptar decisiones de inaplicabilidad con arreglo al

43 — Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de marzo de 2007, *France Telecom/Comisión*, (T-339/04), citado en la nota 8, apartados 79 y 84. (Respecto al reparto de facultades entre la Comisión y las ANC, hay que señalar que el Reglamento n° 1/2003 termina con el régimen centralizado anterior y que, de acuerdo con el principio de subsidiariedad, establece una más amplia asociación de ANC, al autorizarlas a aplicar el Derecho de la competencia de la UE. Sin embargo, el esquema del Reglamento depende de la estrecha cooperación que debe desarrollarse entre la Comisión y las ANC, organizadas en forma de red, en la que la Comisión tiene la responsabilidad de determinar las normas detalladas de dicha cooperación. El Reglamento no cuestiona las competencias generales que posee la Comisión, según reconoce la jurisprudencia. De hecho, la Comisión posee facultades de investigación muy amplias con arreglo al Reglamento n° 1/2003, y conserva funciones de liderazgo para la investigación de las infracciones). Véase también la sentencia del Tribunal de Primera Instancia *France Telecom/Comisión* (T-340/04), citado en la nota 8, apartados 128, 129 y 132; confirmada en casación por la sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 2009, *France Telecom/Comisión* (C-202/07 P), citado en la nota 8.

44 — Es jurisprudencia reiterada que el Derecho de la UE y el Derecho nacional en materia de competencia se aplican paralelamente, dado que consideran las prácticas restrictivas desde diferentes puntos de vista. Mientras que los artículos 101 TFUE y 102 TFUE las contemplan en razón de los obstáculos que de ellas puedan derivarse para el comercio entre los Estados miembros, el Derecho nacional se basa en las consideraciones que le son propias y valora las prácticas restrictivas solamente en ese marco (véanse, entre otras, las sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1969, *Wilhelm y otros* (14/68, Rec. p. 1), apartado 3; de 10 de julio de 1980, *Giry y Guerlain y otros* (253/78 y 1/79 a 3/79, Rec. p. 2327), apartado 15; de 9 de septiembre de 2003, *Milk Marque y National Farmers' Union* (C-137/00, Rec. p. I-7975), apartado 61; y de 13 de julio de 2006, *Manfredi y otros* (C-295/04 a C-298/04, Rec. p. I-6619), apartado 38. Cabe señalar que esa jurisprudencia se refiere a la situación legal anterior a la entrada en vigor del Reglamento n° 1/2003.

artículo 10 del Reglamento n° 1/2003,⁴⁵ y de la norma establecida en el artículo 11, apartado 6, del mismo Reglamento, con arreglo a la cual, la incoación de un procedimiento por parte de la Comisión privará a las ANC de su competencia para tramitar el mismo asunto, así como la norma establecida en el artículo 16, apartado 2, del Reglamento, en virtud de la cual las ANC no pueden adoptar decisiones incompatibles con una decisión adoptada anteriormente por la Comisión acerca del mismo acuerdo o práctica. En los tres casos, estas diferencias se refieren a la función específica de la Comisión consistente en aclarar el Derecho y garantizar su aplicación coherente en toda la UE, como se establece en el artículo 105 TFUE, apartado 1 (anteriormente, artículo 85 CE, apartado 1).⁴⁶

48. Considero (como el Gobierno polaco y la Comisión) que el argumento de que las ANC no están facultadas para adoptar decisiones de inaplicabilidad está en consonancia con el objetivo de lograr la aplicación uniforme del Derecho de competencia de la UE y corroborado por el hecho de que una declaración de inaplicabilidad no se encuentra entre los tipos de decisión mencionados en el artículo 11, apartado 4, del Reglamento n° 1/2003, precepto que establece que, antes de la adopción de una decisión, las ANC deben informar a la Comisión (evidentemente, solo cuando se trate de las decisiones mencionadas en el artículo 11, apartado 4, que pueden tener efectos en la uniformidad de la aplicación del Derecho de la competencia de la UE).⁴⁷ Si fuera de otro modo, la Comisión no tendría posibilidad alguna de garantizar la aplicación uniforme del Derecho de competencia de la UE, ni de incoar procedimientos con arreglo

45 — Es discutible que esa competencia sea en algo semejante a la atribuida por los artículos 2 y 6 del Reglamento n° 17, consistente en adoptar declaraciones negativas y exenciones individuales. Por el contrario, existen diferencias en aspectos importantes. Con arreglo al Reglamento n° 1/2003, la Comisión actúa de oficio y de acuerdo con el interés público de la UE, por lo que no está obligada a actuar previa solicitud particular. Además, tales decisiones son por naturaleza declarativas y no crean derechos, como ocurría en el caso de las exenciones individuales. Finalmente, el artículo 16 del Reglamento n° 1/2003, interpretado conjuntamente con su artículo 1, apartado 3, exige a las ANC y a los órganos jurisdiccionales nacionales que no adopten decisiones incompatibles con las contempladas en el artículo 10. Este no era el caso de las declaraciones negativas. Al restringirse a declarar que el derecho comunitario (actualmente, de la UE) era inaplicable al asunto en cuestión, las declaraciones negativas dejaban a las ANC y a los tribunales nacionales en libertad para aplicar el Derecho nacional de la competencia (véase el asunto *Giry y Guerlain* y otros, citado en la nota 44). Véanse *Tosato, G.L.*, y *Bellodi, L.*, citados en la nota 9, p. 40. Por otra parte, *Loewenheim, U.*, *Meessen, K. M.* y *Riesenkampff, A.*, citados en la nota 19, p. 740, opinan que el artículo 5 no tiene contrapartida en el Reglamento n° 17. También consideran que el Reglamento n° 1/2003 no establece una relación obligatoria de decisiones (*Entscheidungskatalog*) de las ANC, sino que deja esa labor al legislador nacional.

46 — Véase *Wils, W.P.J.*, citado en la nota 11, p. 682.

47 — El hecho de que una determinada ANC haya declarado que no hay motivos para su intervención no impide que otras ANC u otros tribunales nacionales realicen una declaración distinta y prohíban el acuerdo o práctica. Por lo tanto, el hecho de que el artículo 11, apartado 4, solo se refiera a decisiones negativas no significa que se considere que la sobreaplicación es un problema más grave que la infraaplicación. Es el simple reconocimiento de que, en el sistema instaurado por el Reglamento n° 1/2003, las decisiones negativas siempre prevalecen (habría sido de otro modo si las ANC hubieran estado facultadas para adoptar decisiones de exención constitutivas). Las únicas excepciones son las decisiones del artículo 10 adoptadas por la Comisión, de manera que todo lo que se exige es un sistema que impida a las ANC adoptar decisiones negativas infundadas. Una vez adoptadas y aplicadas, las decisiones negativas son difíciles de revocar. Véanse *Faull, J.*, y *Nikpay, A.*, citados en la nota 19, p. 158.

al artículo 11, apartado 6, del Reglamento n° 1/2003,⁴⁸ en caso de que hubiera riesgo de aplicación divergente del Derecho de competencia de la UE.

la legislación de procedimiento nacional permita adoptar una decisión negativa como esa respecto a las prohibiciones establecidas por el Derecho interno. El principio de autonomía procesal no legitima que se amplíen las facultades de las ANC en el ámbito de las decisiones que pueden adoptar con arreglo al Reglamento n° 1/2003.

49. En mi opinión, se desprende de las consideraciones anteriores que el artículo 5 del Reglamento n° 1/2003 refleja el compromiso concebido por el legislador de la UE tras un largo proceso legislativo.

50. A partir de mi análisis, resulta obvio que las ANC no están facultadas para declarar la inaplicabilidad de los artículos 101 TFUE y 102 TFUE.⁴⁹ En efecto, importa poco que

51. Desde luego, coincido con el órgano jurisdiccional remitente en que el artículo 5 del Reglamento n° 1/2003 debe interpretarse en el sentido de que la expresión «podrán decidir asimismo que no procede su intervención» se refiere claramente a la adopción de una decisión distinta de la que declare que no hay vulneración del artículo 102 TFUE. Como hemos visto, el legislador de la UE, de forma intencionada, no ha contemplado la posibilidad de que las ANC emitan decisiones por las que se declare que no hay vulneración del artículo 102 TFUE. También se manifiesta con claridad en la memoria explicativa adjunta a la propuesta del Reglamento n° 1/2003 que, en la medida en que se trate de competencias de la ANC, en asuntos como el presente –en el que la ANC determina que la práctica de una empresa no ha infringido el artículo 102 TFUE– dicha autoridad puede «cerrar un asunto» o «desestimar una denuncia» mediante una decisión por la que se declare que no procede su intervención (apartado 16 de la propuesta) y que «ninguna ANC que forme parte de la red puede ser facultada para adoptar decisiones de exención

48 — La incoación, por parte de la Comisión, de un procedimiento para adoptar una decisión con arreglo al capítulo III del Reglamento n° 1/2003 («Decisiones de la Comisión») priva a las ANC de su competencia para aplicar los artículos 101 TFUE y 102 TFUE. Si una ANC ya está actuando en un asunto, la Comisión únicamente incoará el procedimiento tras consultar con la ANC.

49 — Como ejemplo de interpretación coincidente, véanse, entre otros, Oliver, P., *Le règlement 1/2003 et les principes d'efficacité et d'équivalence*, Cahiers de droit européen, vol. 41, 3-4, 2005, p. 366, Loewenheim, U., Meessen, K.M. y Riesenkampff, A., citados en la nota 19, p. 738. Como ejemplo de interpretación diferente, véanse Kerse, C.S., y Khan, N., citados en la nota 10, p. 261.

constitutivas al aplicar las normas de competencia [de la UE]» (apartado 12).

su intervención en circunstancias como las del proceso principal de que conoce el citado órgano jurisdiccional, en las que la adopción de una decisión negativa sobre el fondo únicamente está prevista por la legislación nacional.

52. Resulta de todo lo anterior que el artículo 5 del Reglamento n° 1/2003 debe interpretarse en el sentido de que una autoridad de competencia de un Estado miembro no puede adoptar una decisión por la que se declare que una práctica no restringe la competencia en los términos de lo dispuesto en el artículo 102 TFUE, en un asunto en el que haya concluido, después de tramitar el procedimiento, que la empresa no vulneró la prohibición de abuso de posición dominante establecida en dicho precepto del Tratado.

54. Ya he mencionado anteriormente que, tanto en el asunto Otto⁵⁰ como en el asunto GT-Link,⁵¹ el Tribunal de Justicia señaló que «la aplicación del artículo [102 TFUE] por las autoridades nacionales, en principio, está regulada por las normas procesales nacionales». Sin embargo, fue en el asunto Otto, antes citado, donde el Tribunal de Justicia añadió que «[s]in perjuicio del respeto del Derecho [de la UE] y, en particular, de sus principios fundamentales, incumbe pues al Derecho nacional definir las modalidades procesales apropiadas para garantizar el derecho de defensa de los interesados. Estas garantías pueden diferir de las que se aplican en los procedimientos comunitarios.»⁵²

Segunda cuestión

53. Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si la última frase del artículo 5 del Reglamento n° 1/2003 puede proporcionar una base legal directa para que una ANC concluya el procedimiento resolviendo que no procede

55. Por lo tanto, la Comisión y el Órgano de Vigilancia de la AELC tienen razón al sostener que, en una situación como la examinada por el órgano jurisdiccional remitente, en la que no se reúnen las condiciones para una prohibición, los artículos 3, apartado 1, y 5

50 — Citado en la nota 18, apartado 14.

51 — *Ibidem*, apartado 23.

52 — *Ibidem* (el subrayado es mío).

del Reglamento n° 1/2003, obligan a la ANC a aplicar el artículo 102 TFUE mediante la terminación del procedimiento administrativo con la declaración de que no procede su intervención. En efecto, se desprende de las consideraciones sobre la primera cuestión que, dada la importancia de garantizar la aplicación uniforme del Derecho de la competencia de la UE en toda la Unión, el hecho de que el Derecho de la competencia de un Estado miembro no faculte expresamente (todavía) a la ANC para adoptar tal decisión no altera las obligaciones de los Estados miembros con arreglo a los artículos 3, apartado 1, y 5 del Reglamento n° 1/2003.⁵³

los Estados miembros.⁵⁴ En segundo lugar, el principio de primacía⁵⁵ exige al órgano jurisdiccional remitente no aplicar la ley nacional que sea contraria al Derecho de la UE, y aplicar éste en su lugar. En efecto, la jurisprudencia ha declarado que un órgano jurisdiccional nacional que, en el ámbito de sus competencias, es llamado a aplicar disposiciones del Derecho de la UE tiene la obligación de dar pleno efecto a dichas disposiciones, si es necesario, rechazando de oficio la aplicación de cualquier disposición incompatible del Derecho nacional, aunque se haya adoptado posteriormente. No es necesario que el órgano jurisdiccional solicite o espere a la previa anulación de dicha disposición por el legislador o por otros medios constitucionales.⁵⁶ Como ha señalado correctamente el Órgano de Vigilancia de la AELC, la misma obligación se aplica, *mutatis mutandis*, a las ANC, que también deben inaplicar las normas nacionales contrarias al Derecho de la UE.

56. Ante todo, el Reglamento n° 1/2003 –como todo reglamento– es directamente aplicable en los ordenamientos jurídicos de

57. Por lo demás, es lógico que el artículo 5 del Reglamento n° 1/2003 sea directamente aplicable, pues ello permite a todas las ANC competentes disponer, desde el 1 de mayo de 2004, de poderes suficientes para adoptar decisiones, sin necesidad de esperar a que lo

53 — Cualquier autoridad que aplique el Derecho nacional de la competencia en un asunto concreto tiene el deber de aplicar los artículos 101 TFUE y 102 TFUE en las circunstancias definidas en el artículo 3, apartado 1, del Reglamento n° 1/2003. Cualquier interpretación razonable del deber de aplicar los artículos 101 TFUE y 102 TFUE se refiere al ejercicio de las competencias de aplicación establecidas en el artículo 5. Con o sin designación formal, una autoridad que sea competente para aplicar el Derecho nacional de la competencia en casos concretos está sometida a lo dispuesto en el artículo 3, apartado 1, y, por consiguiente, puede ejercer competencias de aplicación, aun a falta de disposiciones nacionales explícitas que se las otorguen, e incluso en caso de que existan disposiciones nacionales en sentido contrario. Véase el caso de la ANC belga, mencionado posteriormente. Véase Gippini Fournier, E., citado en la nota 11, p. 103.

54 — Sentencia de 5 de febrero de 1963, Van Gend & Loos (26/62, Rec. p. 1).

55 — Sentencia de 15 de julio de 1964, Costa/ENEL (6/64, Rec. p. 585).

56 — Sentencia de 9 de marzo de 1978, Simmenthal (106/77, Rec. p. 629). Véase también la sentencia de 12 de enero de 2010, Petersen (C-341/08, Rec. p. I-47), apartado 80.

dispuesto en ese artículo se incorpore al Derecho nacional.⁵⁷

cautelares.⁵⁹ Dicha decisión fue confirmada por el TAR del Lazio el 6 de diciembre de 2005. Finalmente, el Conseil de la concurrence consideró que era preciso que pudiera ejercer competencias de aplicación aun a falta de disposiciones nacionales que se las otorgaran, y pese a que existieran disposiciones nacionales en sentido contrario. Tal fue la posición en relación con la competencia de aceptación de compromisos, uno de los tipos de decisión de la lista del artículo 5, pero que no estaba previsto en el Derecho belga. El Conseil de la concurrence concluyó que existía por sí misma una competencia «del tipo del artículo 9», basándose en el efecto directo del Reglamento n° 1/2003.⁶⁰

58. Por último, con objeto dar algunos ejemplos concretos, cabe señalar que las ANC en Alemania, Italia y Bélgica ya han aplicado directamente el Reglamento n° 1/2003. En primer lugar, el Bundeskartellamt invocó el artículo 5 del Reglamento n° 1/2003 ya antes de que entrase en vigor la séptima modificación de la Ley alemana sobre competencia.⁵⁸ En segundo lugar, la Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato aplicó directamente el artículo 5 del Reglamento y adoptó una decisión —entonces no contemplada por la ley italiana— por la que se acordaban medidas

59. Se desprende de todas las consideraciones anteriores que el artículo 5 del Reglamento n° 1/2003 es directamente aplicable, y que la ANC puede concluir el procedimiento mediante una decisión de carácter meramente procedimental por la que se declare que no procede su intervención.

57 — En relación con esta interpretación, véanse, entre otros, Langen, E., y Bunte, H.-J., citados en la nota 19, p. 753; Klees, A., citado en la nota 27, párrafo 7, apartado 37; de Bronett, G.-K., *Kommentar zum europäischen Kartellverfahrensrecht: VO 1/2003*, Luchterhand, 2005, párrafo 5, apartado 1; Schwarze, J., y Weitbrecht, A., citados en la nota 27, párrafo 8, apartado 11 y ss.

58 — Bkarta, B 9 –55/03, p. 22– «Deutsche Post AG». Véanse Langen, E., y Bunte, H.-J., citados en la nota 19, p. 753.

59 — Autorità Garante Provvedimento n. 14 078 «Merck» de 23 de Febrero de 2005. Véanse Immenga, U., y Mestmäcker, E.-J., *Wettbewerbsrecht – Band 1. EG / Teil 2*, Beck, 2007, p. 938.

60 — Véase Cook, C., *Commitment Decisions: The Law and Practice under Article 9, 29*, apartado 2, World Competition 209 (2006), nota 14. Véase Gippini Fournier, E., citado en la nota 11, p. 104.

IV. Conclusión

60. Por cuanto antecede, propongo al Tribunal de Justicia que responda en los siguientes términos a las preguntas remitidas por el Sąd Najwyższy:

- «1) El artículo 5 del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 [CE] y 82 [CE] (actualmente, artículos 101 TFUE y 102 TFUE) debe interpretarse en el sentido de que una autoridad de competencia de un Estado miembro no puede adoptar una decisión por la que se declare que una práctica no restringe la competencia en los términos de lo dispuesto en el artículo 102 TFUE, en un asunto en el que haya concluido, después de tramitar el procedimiento, que la empresa no vulneró la prohibición de abuso de posición dominante establecida en dicho precepto del Tratado.
- 2) Cuando, basándose en la información de que disponga la autoridad de competencia de un Estado miembro, no se reúnan las condiciones para dictar una decisión de prohibición, en el sentido de la primera frase del artículo 5 del Reglamento n° 1/2003, dicha autoridad de competencia puede concluir el procedimiento administrativo mediante una decisión por la que se declare que no procede su intervención.»