



Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. JULIANE KOKOTT
presentadas el 6 de septiembre de 2012¹

Asunto C-226/11

Expedia Inc.
contra
Autorité de la concurrence y otros

(Petición de decisión prejudicial planteada por la Cour de cassation)

«Competencia — Artículo 81 CE — Restricción sensible de la competencia — Evaluación de la sensibilidad de las restricciones de la competencia — Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (de minimis) — No superación de los umbrales de cuotas de mercado de la Comunicación de minimis — Facultad de las autoridades nacionales de competencia de aplicar, no obstante, el artículo 81 CE e imponer sanciones — Artículo 3, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 1/2003»

I. Introducción

1. ¿Las comunicaciones de la Comisión Europea en materia de defensa de la competencia son vinculantes para los tribunales y autoridades de los Estados miembros? Ésta es esencialmente la cuestión jurídica a la que el Tribunal de Justicia debe hacer frente en el presente procedimiento de decisión prejudicial. Dicha cuestión se suscita en relación con la denominada «Comunicación *de minimis*»² (conocida también como «Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia»), en la que la Comisión establece en qué circunstancias aprecia que existe una *restricción sensible de la competencia* a efectos del artículo 81 CE (actualmente artículo 101 TFUE).

2. Esta cuestión ha sido planteada por la Cour de cassation francesa,³ que ha de conocer de un litigio entre la agencia de viajes virtual Expedia y la autoridad francesa de competencia.⁴ Expedia había creado, junto con la compañía ferroviaria pública francesa Société nationale des chemins de fer (en lo sucesivo, «SNCF»), una empresa conjunta para la distribución de billetes de tren y de otros servicios de viaje. En virtud de dicha cooperación, Expedia obtuvo un acceso privilegiado al sitio web «voyages-sncf.com», creado por SNCF, y de ese modo disfrutó de un trato preferente para sus servicios, del que no disfrutaron otros intermediarios de viajes. La autoridad francesa de competencia apreció que dicha situación constituía una restricción prohibida de la competencia e impuso sanciones pecuniarias a Expedia y a SNCF, considerando que se vulneraba tanto el artículo 81 CE como la correspondiente disposición nacional en materia de competencia.

1 — Lengua original: alemán.

2 — Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*de minimis*), DO 2001, C 368, p. 13.

3 — Tribunal de casación.

4 — Autorité de la concurrence; anteriormente, Conseil de la concurrence.

3. Es controvertida entre las partes del procedimiento principal, sobre todo, la cuestión de si el acuerdo en cuestión entre Expedia y SNCF genera una restricción sensible de la competencia en el sentido del artículo 81 CE. Expedia sostiene que en el presente caso no se alcanzan los umbrales de cuotas de mercado del 10 % fijadas por la Comisión en la Comunicación *de minimis*, de modo que la autoridad francesa de competencia, a su entender, no debería haber apreciado una restricción sensible de la competencia.

4. Con este trasfondo, la Cour de cassation desea saber si, con arreglo al artículo 3, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 1/2003,⁵ las autoridades nacionales pueden apreciar que existe una restricción sensible de la competencia aunque no se alcance el citado umbral de cuotas de mercado del 10 %. A tal efecto, la corte suprema francesa destaca que el controvertido acuerdo entre Expedia y SNCF, conforme a las apreciaciones en el procedimiento principal, no sólo tiene efectos contrarios a la competencia, sino que también perseguía un objeto contrario a la competencia.

5. Con su respuesta a la presente petición de decisión prejudicial, el Tribunal de Justicia fijará de forma determinante el margen del que dispondrán las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales nacionales en el futuro al aplicar el artículo 101 TFUE. Asimismo, este asunto brinda una ocasión para continuar precisando los requisitos exigibles para apreciar cuándo una medida tiene *por objeto restringir la competencia*, tanto en la Unión como a escala nacional. Ambos aspectos son de una importancia nada desdeñable para el funcionamiento del sistema descentralizado de aplicación del derecho de la competencia, instaurado por el Reglamento n° 1/2003.

II. Marco legal

A. Derecho de la Unión

6. Para responder a la presente petición de decisión prejudicial debe atenderse a la prohibición de acuerdos contrarios a la competencia (en lo sucesivo, también «prohibición de prácticas colusorias») en su versión anterior a la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, pues la decisión del Conseil de la concurrence, controvertida en el procedimiento principal, se dictó en febrero de 2009. Por lo tanto, el marco que establece el Derecho de la Unión para este asunto viene determinado por el artículo 81 CE, apartado 1, y por el Reglamento n° 1/2003, aprobado para su desarrollo. No obstante, al artículo 101 TFUE, citado por el órgano jurisdiccional remitente, le son aplicables por analogía mis reflexiones sobre el artículo 81 CE.

7. La «relación entre [el artículo 81 CE] [...] y las normas nacionales sobre competencia» se regula en el artículo 3 del Reglamento n° 1/2003, que en extracto dispone lo siguiente:

«1. Cuando las autoridades de competencia de los Estados miembros o los órganos jurisdiccionales nacionales apliquen el Derecho nacional de la competencia a los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas en el sentido del apartado 1 del artículo 81 [CE] que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros a tenor de esa disposición, aplicarán también a dichos acuerdos, decisiones o prácticas el artículo 81 [CE]. [...]

2. La aplicación del Derecho nacional de la competencia no podrá resultar en la prohibición de acuerdos, decisiones [de] asociaciones de empresas o prácticas concertadas y que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros pero no restrinjan la competencia en el sentido del apartado 1 del artículo 81 [CE], o que reúnan las condiciones del apartado 3 del artículo 81 [CE] o que estén cubiertos por un reglamento de aplicación del apartado 3 del artículo 81 [CE]. [...]

5 — Reglamento del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO L 1, p. 1).

[...]»

8. Acerca de la «Cooperación entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros», el artículo 11, apartado 1, del Reglamento n° 1/2003 establece lo siguiente:

«La Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros aplicarán las normas de competencia comunitarias en estrecha colaboración.»

9. De forma complementaria hay que hacer referencia también a los considerandos primero, sexto, octavo, decimocuarto, decimoquinto, vigésimo segundo y trigésimo cuarto del Reglamento n° 1/2003:

«(1) Con objeto de establecer un régimen que garantice que no se falsea la competencia en el mercado [interior], procede velar por la aplicación eficaz y uniforme en la [Unión] de los artículos 81 y 82 del Tratado. [...]

[...]

(6) Con el fin de garantizar la aplicación eficaz de las normas de competencia [de la Unión], es conveniente fomentar una mayor participación en la misma de las autoridades nacionales de competencia. A tal efecto, dichas autoridades deben disponer de competencia para aplicar el Derecho [de la Unión].

[...]

(8) Con el fin de garantizar la aplicación efectiva de las normas de competencia [de la Unión] y el funcionamiento correcto de los mecanismos de cooperación contenidos en el presente Reglamento, es necesario imponer a las autoridades responsables de la competencia y a los tribunales de los Estados miembros la obligación de aplicar también los artículos 81 [CE] y 82 [CE] cuando apliquen la legislación nacional de competencia a acuerdos y prácticas susceptibles de afectar al comercio entre los Estados miembros. También resulta necesario delimitar las relaciones entre las legislaciones nacionales y el Derecho [...] de la competencia [de la Unión], [...] para establecer unas condiciones objetivas equiparables para los acuerdos, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas en el mercado interior. Para ello es necesario disponer que la aplicación de la legislación nacional a los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas a que alude el apartado 1 del artículo 81 [CE], no pueda conducir a su prohibición, a no ser que también estén prohibidos por el Derecho [...] de la competencia [de la Unión]. [...]

[...]

(14) En los casos excepcionales en que el interés público [de la Unión] lo requiera, puede igualmente ser útil que la Comisión adopte una decisión de carácter declarativo que establezca que la prohibición enunciada en el artículo 81 [CE] o en el artículo 82 [CE] no encuentra aplicación, y ello para aclarar el Derecho aplicable y garantizar su aplicación coherente en el conjunto de la [Unión], en particular tratándose de nuevos tipos de acuerdos o prácticas que carezcan de precedentes en la jurisprudencia o en la práctica administrativa.

(15) Conviene que la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros formen conjuntamente una red de autoridades públicas que apliquen las normas de competencia [de la Unión] en estrecha cooperación. [...]

[...]

(22) En un sistema de competencias paralelas deben evitarse decisiones contradictorias con el fin de garantizar así el respeto de los principios de seguridad jurídica y aplicación uniforme de las normas de competencia [de la Unión]. [...]

[...]

(34) Los principios enunciados en los artículos 81 [CE] y 82 [CE] [...] confieren un protagonismo especial a los órganos de la [Unión]. Este protagonismo debe mantenerse, fomentando al mismo tiempo una mayor participación de los Estados miembros en la aplicación de las normas de competencia [de la Unión]. [...]»

10. Para el presente caso es también relevante la Comunicación *de minimis*, dictada por la Comisión en el año 2001, en la que, en extracto, se establece lo siguiente:

«[...]

2. En la presente Comunicación, la Comisión establece, mediante unos umbrales de cuotas de mercado, unos criterios cuantitativos de lo que no constituye una restricción sensible de la competencia a efectos del artículo 81 [CE]. [...]

[...]

4. En los casos que entren en el ámbito de la presente Comunicación, la Comisión no incoará un procedimiento, ni previa petición ni por iniciativa propia. Cuando las empresas entiendan de buena fe que un acuerdo reúne las condiciones de la presente Comunicación, la Comisión no impondrá multas. A pesar de que no tenga carácter vinculante para estas instancias, la presente Comunicación también pretende brindar una orientación a los tribunales y autoridades de los Estados miembros a la hora de aplicar el artículo 81 [CE].

[...]

6. La presente Comunicación deberá entenderse sin perjuicio de las interpretaciones del artículo 81 [CE] que emanen del Tribunal de Justicia o del Tribunal de Primera Instancia [...].

[...]

7. La Comisión considera que los acuerdos entre empresas que afectan al comercio entre los Estados miembros no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 [CE]:

a) cuando la cuota de mercado conjunta de las partes en el acuerdo no exceda del 10 % en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo, en el caso de acuerdos entre empresas que sean competidores reales o potenciales en cualquiera de dichos mercados (acuerdos entre competidores); [...]

[...]

[...]

11. Los puntos 7, 8 y 9 no se aplicarán a los acuerdos que contenga cualesquiera de las restricciones especialmente graves siguientes:

[...]»

B. Derecho nacional

11. Del Derecho francés es relevante, en primer lugar, el artículo L 420-1 del code de commerce, que en esencia establece la misma prohibición de acuerdos colusorios que el artículo 81 CE (actualmente artículo 101 TFUE).

12. El artículo L 464-6-1 del code de commerce recoge también los umbrales de la Comunicación *de minimis* de la Comisión y, en supuestos de menor importancia, deja la incoación de un procedimiento⁶ a discreción de la autoridad de competencia. Por lo tanto, cuando las empresas implicadas en el acuerdo no alcanzan los umbrales de cuotas de mercado indicados en dicha Comunicación, la autoridad de competencia puede decidir no continuar con el procedimiento.

III. Hechos y procedimiento principal

13. La compañía ferroviaria pública francesa SNCF buscaba un socio comercial con experiencia con la intención de desarrollar la venta de billetes y viajes por internet. La elección recayó en la sociedad estadounidense Expedia Inc., especializada en la venta de viajes por internet. SNCF celebró en septiembre de 2001 diversos acuerdos con Expedia, relativos a su colaboración, y creó con la misma una filial común denominada GL Expedia, que en 2004 cambió de denominación, pasando a llamarse Agence de voyages SNCF.com (en lo sucesivo, «Agence VSC»). El sitio de internet Voyages-SNCF.com, hasta entonces dedicado a la información, reserva y venta de billetes de tren por internet, alojó la actividad de la sociedad conjunta y se transformó para ofrecer, además de sus prestaciones iniciales, una actividad de agencia de viajes virtual.

14. Tras una denuncia de varios competidores, la autoridad francesa de competencia, mediante la resolución n° 09-D-06 dictada el 5 de febrero de 2009, declaró que la SNCF y la sociedad Expedia habían llevado a cabo prácticas colusorias prohibidas por los artículos L.420-1 del code de commerce y 81 CE. Según indica el órgano jurisdiccional remitente, la práctica acordada por SNCF y Expedia tenía por objeto restringir la competencia. Impuso a Expedia una sanción pecuniaria por importe de 500.000 euros y, a SNCF, una sanción pecuniaria por importe de 5.000.000 de euros.

15. En el procedimiento administrativo ante la autoridad de competencia, Expedia alegó en esencia que, debido a un supuesto error de cálculo, no se alcanzaban los umbrales establecidos en la Comunicación *de minimis* por la Comisión ni los límites correspondientes del artículo L 464-6-1 del code de commerce.⁷ Por lo tanto, a falta de una cuota de mercado del 10 %, con arreglo al artículo 3, apartado 2, del Reglamento n° 1/2003 la autoridad nacional no debería haber impuesto sanciones, pues la Comunicación *de minimis* establece cuándo existe una restricción sensible de la competencia en el sentido del artículo 81 CE. Entiende que en este aspecto el Derecho nacional de la competencia no debe ser más exigente que el Derecho europeo.

16. La autoridad de competencia desechó dicho argumento de Expedia, señalando que Expedia y SNCF eran competidoras en el mercado afectado de servicios en línea de agencias de viajes de ocio y que poseían una cuota de más del 10 % en dicho mercado. La autoridad de competencia puso además de relieve que el acuerdo entre Expedia y SNCF tenía por objeto restringir la competencia.

6 — Siempre que no afecte a un contrato con arreglo al Code des marchés publics (Código de Contratos Públicos).

7 — A juicio de Expedia, el Conseil de la concurrence, para determinar la cuota de mercado en el mercado de los servicios en línea de las agencias de viajes de ocio, no debió atender a la cuota de mercado alcanzada con la página web voyages-sncf.com en su conjunto, pues a la controvertida empresa conjunta Agence VSC únicamente le corresponde el 20 % de las operaciones de dicha página web.

17. Expedia impugnó la resolución de la autoridad de competencia ante la Cour d'appel de Paris. Dicho órgano jurisdiccional no examinó directamente la cuestión del cálculo de la cuota de Agence VSC en el mercado afectado. Por el contrario, en su sentencia de 23 de febrero de 2010, haciendo referencia a la disposición facultativa del artículo L 464-6-1 del code de commerce, consideró que la persecución y sanción de cárteles es admisible aunque se alcance la cuota de mercado fijada como umbral. A su parecer, siempre que se cumplan los requisitos del artículo 81 CE, como afirmaba la Cour d'appel para el presente caso, tampoco se opone a la imposición de sanciones pecuniarias el artículo 3, apartado 2, del Reglamento n° 1/2003.

18. En virtud del recurso de casación interpuesto por Expedia contra la sentencia de la Cour d'appel, el procedimiento se encuentra ahora pendiente ante la Cour de Cassation,⁸ el órgano jurisdiccional remitente.

IV. Petición de decisión prejudicial y procedimiento ante el Tribunal de Justicia

19. Mediante sentencia de 10 de mayo de 2011, recibida en el Tribunal de Justicia el 16 de mayo de 2011, la Cour de Cassation francesa suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial:

«¿Deben interpretarse el artículo 101 TFUE, apartado 1, y el artículo 3, apartado 2, del Reglamento n° 1/2003 en el sentido de que se oponen a que una práctica de acuerdos, de decisiones de asociaciones de empresas o de concertación que pueda afectar al comercio entre Estados miembros, pero que no alcance los umbrales fijados por la Comisión en su Comunicación de 22 de diciembre de 2001 relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea (*de minimis*) (DO C 368, p. 13), sea investigada y sancionada por una autoridad nacional de competencia sobre el doble fundamento del artículo 101 TFUE, apartado 1, y del Derecho nacional de la competencia?»

20. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia han presentado observaciones escritas Expedia y la autoridad francesa de competencia, así como los Gobiernos de Francia, Irlanda, Italia y Polonia, la Comisión Europea y el Órgano de Vigilancia de la AELC. A excepción de los Gobiernos de Irlanda, Italia y Polonia, las mismas partes estuvieron también representadas en la vista celebrada el 27 de junio de 2012.

V. Apreciación

21. El punto de partida para reflexionar acerca de una solución para el presente asunto debería ser el artículo 3 del Reglamento n° 1/2003, pues dicha norma establece un estrecho vínculo entre el Derecho de la competencia de la Unión y el de los Estados miembros.⁹ Cuando a un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros se aplique la prohibición interna de prácticas colusorias, según el artículo 3, apartado 1, primera frase, del Reglamento n° 1/2003, deberá aplicarse paralelamente el artículo 81 CE (artículo 101 TFUE).¹⁰

8 — Chambre commerciale, financière et économique.

9 — Sentencia de 14 de febrero de 2012, Toshiba Corporation y otros («Toshiba», C-17/10), apartado 77.

10 — Véanse al respecto mis conclusiones presentadas el 8 de septiembre de 2011 en el asunto Toshiba, citado en la nota 9, punto 78.

22. Cuando se produce tal aplicación paralela del Derecho de la competencia de la Unión y del de los Estados miembros, el artículo 3, apartado 2, del Reglamento n° 1/2003 garantiza que prevalezcan las valoraciones de rango superior del Derecho de la competencia de la Unión. De forma resumida, los acuerdos entre empresas únicamente pueden ser prohibidos por el Derecho nacional de la competencia si también el Derecho de la Unión los prohíbe.¹¹ En consecuencia, el Derecho de la competencia de los Estados miembros no debe conducir a resultados más estrictos que el artículo 81 CE.

23. Dado que, en el marco del artículo 81 CE según jurisprudencia reiterada únicamente pueden perseguirse e investigarse los acuerdos entre empresas¹² que tengan por objeto o por efecto restringir *sensiblemente* la competencia,¹³ el artículo 3, apartado 2, del Reglamento n° 1/2003 exige que se atienda al criterio de la sensibilidad aún cuando, como aquí sucede, el Derecho de la Unión y el Derecho nacional en materia cárteles se aplican de forma paralela ante las autoridades o los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros.

24. En este contexto, la Cour de cassation desea saber si para la valoración de sensibilidad de una restricción de la competencia las autoridades nacionales deben guiarse necesariamente por los criterios publicados para la Unión en la Comunicación *de minimis* de la Comisión. La Cour de cassation desea saber especialmente si una autoridad nacional puede apreciar una restricción sensible de la competencia cuando el acuerdo entre empresas examinado, aunque no alcanza las cuotas de mercado fijadas como umbral en la Comunicación *de minimis*, tiene por objeto restringir la competencia.

25. De entre las partes del procedimiento que han formulado alegaciones ante el Tribunal de Justicia, únicamente Expedia entiende que las autoridades de competencia y los órganos jurisdiccionales nacionales están vinculados por los umbrales de cuotas de mercado fijados en la Comunicación *de minimis* aun cuando el objeto sea restringir la competencia. En cambio, todos los gobiernos y autoridades que participan en el procedimiento entienden que la Comunicación *de minimis* no es vinculante para las autoridades nacionales. Algunos incluso afirman que, para perseguir un acuerdo entre empresas que tenga por objeto restringir la competencia, no es necesario un examen concreto de la sensibilidad de la restricción de la competencia.

A. Falta de efectos jurídicos vinculantes de la Comunicación *de minimis*

26. Como el Tribunal de Justicia ya ha apreciado en otro contexto, las Comunicaciones de la Comisión en materia de Derecho europeo de competencia no despliegan efectos jurídicos vinculantes para los órganos jurisdiccionales y las autoridades nacionales.¹⁴ Ese es también el caso de la Comunicación *de minimis* y de los umbrales de cuotas de mercado que contiene. Así se deduce no sólo del tenor literal de la Comunicación en cuestión, sino también de sus objetivos y del contexto en que se aprobó.

11 — Considerando octavo del Reglamento n° 1/2003.

12 — Para simplificar, renuncio a hacer referencia, aquí y a continuación, a las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas, también comprendidas por el artículo 81 CE. A aquéllas les es aplicable por analogía la argumentación de las presentes conclusiones.

13 — Sentencias de 30 de junio de 1966, LTM/MBU (56/65, Rec. pp. 282 y ss., especialmente p. 303); de 9 de julio de 1969, Völk (5/69, Rec. p. 295), apartado 7; de 6 de mayo de 1971, Cadillon (1/71, Rec. p. 351), apartado 9; de 25 de noviembre de 1971, Béguelin (22/71, Rec. p. 949), apartado 16; de 28 de abril de 1998, Javico (C-306/96, Rec. I-1983), apartado 12; de 28 de mayo de 1998, Deere/Comisión (C-7/95 P, Rec. p. I-3111), apartado 77; de 23 de noviembre de 2006, Asnef-Equifax (C-238/05, Rec. p. I-11125), apartado 50, y de 2 de abril de 2009, Pedro IV Servicios (C-260/07, Rec. p. I-2437), apartado 68.

14 — Sentencia de 14 de junio de 2011, Pfeleiderer (C-360/09, Rec. p. I-5161), apartado 21; en un sentido similar también la sentencia de 28 de junio de 2005, Dansk Rørindustri y otros/Comisión (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, Rec. p. I-5425), apartado 209, conforme a la cual las comunicaciones publicadas por la Comisión no pueden calificarse de norma jurídica, así como la sentencia de 29 de septiembre de 2011, Arkema/Comisión (C-520/09 P, Rec. p. I-8901), apartado 88, conforme a la cual las comunicaciones publicadas por la Comisión no establecen más que reglas de conducta.

27. Del propio *tenor literal* de la Comunicación *de minimis* se desprende sin lugar a dudas que aquella únicamente expresa la postura jurídica de la Comisión¹⁵ y que no tiene carácter vinculante para los tribunales y autoridades de los Estados miembros.¹⁶ Por lo demás, se excluye de antemano que vincule a los tribunales de la Unión, pues la Comunicación aclara expresamente que su contenido «deberá entenderse sin perjuicio de las interpretaciones del artículo 81 que emanen del Tribunal de Justicia o del Tribunal de Primera Instancia».¹⁷

28. La *finalidad* que persigue la Comunicación *de minimis* también se opone al carácter imperativo de su contenido. Efectivamente, con la Comunicación la Comisión simplemente buscaba dotar de una mayor transparencia a su práctica administrativa a la hora de aplicar el artículo 81 CE,¹⁸ además de brindar una orientación con útiles indicaciones interpretativas a las empresas que operan en el mercado interior y a los tribunales y autoridades de los Estados miembros.¹⁹

29. Esta impresión se consolida, si se atiende al *contexto* en que se enmarca la Comunicación *de minimis*. La Comisión no publicó la Comunicación en ejercicio de sus competencias legislativas, sino en su calidad de autoridad de competencia de la Unión Europea. Por una parte, dicha Comunicación representa una aclaración de la propia práctica administrativa de la Comisión. Por otra, la Comisión fija en términos generales su postura en materia de defensa de la competencia o formula una recomendación en el marco de la función encomendada a la Comisión de mantener y desarrollar un sistema de competencia no falseada en el mercado interior europeo.²⁰ Está facultada para ello conforme al artículo 85 CE en relación con el artículo 211 CE, segundo guión (actualmente, artículo 105 TFUE en relación con el artículo 292 TFUE, frase cuarta).²¹

30. Sin embargo, tales recomendaciones o dictámenes no son vinculantes (artículo 249 CE, párrafo quinto; actualmente, artículo 288 TFUE, párrafo quinto). Únicamente el Consejo, mediante reglamentos o directivas, puede dictar normas jurídicas vinculantes para la realización de las normas en materia de competencia recogidas en los Tratados europeos (artículo 83 CE; actualmente, artículo 103 TFUE²²). La Comisión sólo puede aprobar reglamentos relativos a exenciones por categorías de acuerdos, y siempre con la autorización del Consejo (artículo 85 CE, apartado 3; actualmente, artículo 105 TFUE, apartado 3).

31. Es cierto que, con arreglo al artículo 10 del Reglamento n° 1/2003 la Comisión, en casos excepcionales puede adoptar una decisión de carácter declarativo que establezca que la prohibición enunciada en el artículo 81 CE no encuentra aplicación. Sin embargo, dichas decisiones deben versar únicamente sobre casos concretos («un acuerdo») y, además, dicha disposición se refiere a nuevos tipos de acuerdos o prácticas.²³ Las afirmaciones generales sobre la política de competencia, como las relativas a la sensibilidad de las restricciones de la competencia en la Comunicación *de minimis*, que fueran más allá de lo señalado, se excederían del marco del artículo 10 del Reglamento n° 1/2003.

15 — Véase en particular el punto 2 («la Comisión establece [...] unos criterios cuantitativos»), punto 7 («La Comisión considera [...]») y punto 9 de la Comunicación *de minimis* («La Comisión también estima [...]»).

16 — Punto 4, *in fine*, de la Comunicación *de minimis*.

17 — Punto 6 de la Comunicación *de minimis*.

18 — Punto 4, frases primera y segunda, de la Comunicación *de minimis*.

19 — Punto 4, *in fine*, de la Comunicación *de minimis*.

20 — Sobre la relevancia de las normas europeas en materia de competencia para el funcionamiento del mercado interior, véanse las sentencias de 1 de junio de 1999, *Eco Swiss* (C-126/97, Rec. p. I-3055), apartado 36; de 20 de septiembre de 2001, *Courage y Crehan* (C-453/99, Rec. p. I-6297), apartado 20, y, en cuanto al marco jurídico tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, la sentencia de 17 de febrero de 2011, *TeliaSonera* (C-52/09, Rec. p. I-527), apartado 20.

21 — Sobre el papel de la Comisión a la hora de definir la política de la Unión Europea en materia de competencia, véase la fundamental sentencia de 14 de diciembre de 2000, *Masterfoods* (C-344/98, Rec. p. I-11369), apartado 46, frase primera.

22 — En el mismo sentido, para el ámbito de las ayudas otorgadas por los Estados, artículo 89 CE (actualmente, artículo 109 TFUE).

23 — Véase el considerando décimo cuarto del Reglamento n° 1/2003, así como la sentencia de 3 de mayo de 2011, *Tele 2 Polska* (C-375/09, Rec. p. I-3055), apartado 25.

32. Asimismo, la publicación de la Comunicación *de minimis* en la serie C del *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* demuestra que con ella no se pretendía dictar normas jurídicas vinculantes, pues, al contrario que la serie «L» de éste, la serie «C» no tiene por objeto publicar actos jurídicamente vinculantes, sino sólo informaciones, recomendaciones y dictámenes relativos a la Unión.²⁴

33. Finalmente, tampoco el principio de legalidad de los delitos y las penas reconocido en la Unión (*nulla poena sine lege*)²⁵ exige que la Comunicación *de minimis* sea considerada como norma jurídica vinculante. Y es que, al contrario de lo que al parecer opina Expedia, la base jurídica para la actuación de las autoridades de competencia contra los acuerdos entre empresas contrarios a la competencia no radica en la Comunicación *de minimis* como tal. La prohibición comunitaria de las prácticas colusorias está consagrada en el mismo Derecho primario, en el artículo 81 CE, es decir, en una disposición del Tratado que despliega un efecto directo tanto a favor como en contra de las empresas.²⁶ Y, en lo que concierne a las sanciones impuestas por la autoridad francesa de competencia, éstas resultan de una ley nacional.²⁷

34. Por lo tanto, desde una apreciación en conjunto hay que considerar que la Comunicación *de minimis* no está llamada a desplegar efectos jurídicos vinculantes.

B. La Comunicación *de minimis* como orientación con valor indicativo para la aplicación del artículo 81 CE (artículo 101 TFUE)

35. Aunque la Comunicación *de minimis*, como hemos demostrado, carece de efectos jurídicos vinculantes, sería erróneo negarle toda relevancia jurídica para procedimientos de defensa de la competencia.²⁸ De hecho, las publicaciones como la Comunicación *de minimis* constituyen normas de «soft law», cuyo valor en procedimientos de defensa de la competencia, tanto a escala europea como a escala nacional, no debe menospreciarse.

36. En cuanto a los procedimientos por prácticas colusorias *a escala europea*, la jurisprudencia ha reconocido que la Comisión, al dictar comunicaciones sobre su práctica administrativa, se autolimita. Se trata de una regla de conducta indicativa de la cual la Comisión no puede apartarse, en un determinado caso, sin dar razones y sin respetar el principio de igualdad de trato.²⁹ Una autolimitación así se desprende también de la Comunicación *de minimis* que aquí nos ocupa, en la que la Comisión expone explícitamente que en casos de menor importancia «no incoará un procedimiento, ni previa petición ni por iniciativa propia».³⁰ Asimismo, la Comisión hace saber que, cuando las empresas entiendan de buena fe que un acuerdo reúne las condiciones de la Comunicación *de minimis*, la Comisión no impondrá multas.³¹

24 — Sentencia de 12 de mayo de 2011, Polska Telefonia Cyfrowa (C-410/09, Rec. p. I-3853), apartado 35.

25 — Véanse, por una parte, el artículo 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, así como, por otra, las sentencias de 7 de enero de 2004, X (C-60/02, Rec. p. I-651), apartado 63; de 3 de mayo de 2007, Advocaten voor de Wereld (C-303/05, Rec. p. I-3633), apartado 49, y de 29 de marzo de 2011, ThyssenKrupp Nirosta/Comisión (C-352/09 P, Rec. p. I-2359), apartado 80.

26 — Jurisprudencia reiterada; véanse las sentencias de 30 de enero de 1974, BRT/SABAM (127/73, Rec. p. 51), apartados 15 a 17; de 20 de septiembre de 2001, Courage y Crehan (citada en la nota 20), apartado 23; de 13 de julio de 2006, Manfredi y otros (C-295/04 a C-298/04, Rec. p. I-6619), apartados 39, 58 y 59, y de 4 de junio de 2009, T-Mobile Netherlands y otros («T-Mobile», C-8/08, Rec. p. I-4529), apartados 49 y 50.

27 — Véase también el artículo 5, apartado 1, último guión, del Reglamento n° 1/2003.

28 — En el mismo sentido, la sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en la nota 14, apartado 211, *in fine*.

29 — Sentencias Dansk Rørindustri y otros/Comisión, citada en la nota 14, apartados 209 a 211; de 21 de septiembre de 2006, JCB Service/Comisión (C-167/04 P, Rec. p. I-8935), apartados 207 y 208; Arkema/Comisión, citada en la nota 14, apartado 88, y de 8 de diciembre de 2011, KME y otros/Comisión (C-272/09 P, Rec. p. I-12789), apartado 100; en el mismo sentido, referido al régimen jurídico de las ayudas otorgadas por los Estados, véase, por ejemplo, la sentencia de 5 de octubre de 2000, Alemania/Comisión (C-288/96, Rec. p. I-8237), apartado 62; véase, asimismo, al margen del Derecho de la competencia, la sentencia de 1 de diciembre de 1983, Blomefield/Comisión (190/82, Rec. p. 3981), apartado 20.

30 — Punto 4, frase primera, de la Comunicación *de minimis*.

31 — Punto 4, frase segunda, de la Comunicación *de minimis*.

37. En lo que concierne a los procedimientos por prácticas colusorias *en los Estados miembros*, la Comunicación *de minimis* pretende explícitamente servir de orientación a los tribunales y autoridades de los Estados miembros a la hora de aplicar el artículo 81 CE, a pesar de no tener carácter vinculante.³² Tal orientación resulta decisiva para el funcionamiento del sistema descentralizado de aplicación de la normativa en materia de prácticas colusorias, creado por el Reglamento n° 1/2003,³³ pues contribuye al objetivo fundamental de una aplicación eficaz y uniforme en la Unión de los artículos 81 CE y 82 CE (actualmente, artículos 101 TFUE y 102 TFUE).³⁴ Al mismo tiempo contribuye a establecer unas condiciones objetivas equiparables en el mercado interior («level playing field»),³⁵ y además incrementa la seguridad jurídica para las empresas afectadas.³⁶ También Expedia, de forma acertada, ha llamado la atención sobre esta circunstancia.

38. El liderazgo de la Comisión en la definición de la política europea en materia de competencia,³⁷ tan sólidamente anclado en el sistema del Reglamento n° 1/2003, se vería menoscabado si los tribunales y las autoridades de los Estados miembros ignoraran sin más una Comunicación de la Comisión en materia de política de competencia. Por lo tanto, del deber de cooperación leal (artículo 10 CE; actualmente, artículo 4, apartado 3, del TUE),³⁸ que incumbe a todos los órganos de los Estados miembros, se deduce que los tribunales y las autoridades de los Estados miembros deben considerar debidamente las comunicaciones de la Comisión en materia de política de competencia, como la Comunicación *de minimis*, a la hora de ejercer las facultades que les corresponden con arreglo al Reglamento n° 1/2003.³⁹

39. En consecuencia, pese a que para los tribunales y las autoridades de los Estados miembros de la Comunicación *de minimis* de la Comisión no se deducen requisitos imperativos para la calificación, a los efectos del Derecho de la competencia, de acuerdos entre empresas, dichos tribunales y autoridades deben examinar la valoración de Comisión reflejada en dicha Comunicación acerca de la sensibilidad de las restricciones de la competencia y, en caso de desviarse de ella, deberán indicar motivos susceptibles de control judicial.⁴⁰

40. Evidentemente, de ahí no se deduce ninguna prohibición absoluta para los tribunales y las autoridades de los Estados miembros de proceder contra acuerdos entre empresas que se sitúen en un nivel inferior a los umbrales *de minimis* de cuotas de mercado definidos por la Comisión.

32 — Punto 4, *in fine*, de la Comunicación *de minimis*.

33 — Véanse al respecto también los considerandos sexto y trigésimo cuarto del Reglamento n° 1/2003.

34 — Véase al respecto la exposición de motivos del Reglamento n° 1/2003, especialmente los considerandos primero y vigésimo segundo. La importancia de una aplicación eficaz de los artículos 81 CE y 82 CE (actualmente, artículos 101 TFUE y 102 TFUE) ha sido resaltado recientemente también, por ejemplo, en las sentencias de 11 de junio de 2009, X (C-429/07, Rec. p. I-4833), apartados 33 a 35, y de 7 de diciembre de 2010, VEBIC (C-439/08, Rec. p. I-12471), apartados 59 y 61.

35 — Véase, al respecto, también el considerando octavo del Reglamento n° 1/2003, así como el punto 169 de mis conclusiones presentadas el 29 de abril de 2010 en el asunto Akzo Nobel Chemicals y Akcros Chemicals (C-550/07 P, Rec. p. I-8301) y el punto 118 de mis conclusiones presentadas en el asunto Toshiba, citado en la nota 9.

36 — Véase también el considerando vigésimo segundo del Reglamento n° 1/2003, así como el punto 36 de las conclusiones del Abogado General Geelhoed presentadas el 27 de abril de 2006 en el asunto Vulcan Silkeborg (C-125/05, Rec. p. I-7637).

37 — Sentencia Masterfoods, citada en la nota 21, apartado 46, frase primera; véase también el considerando trigésimo cuarto del Reglamento n° 1/2003, en que se destaca el protagonismo especial de los órganos de la Unión en la aplicación de los principios enunciados en los artículos 81 CE y 82 CE.

38 — Sobre la relevancia del principio de cooperación leal entre los Estados miembros y los órganos de la Unión en la política de competencia, véanse en particular las sentencias Masterfoods, citada en la nota 18, apartado 56; X, citada en la nota 34, apartado 21, y Tele 2 Polska, citada en la nota 23, apartado 26. La relevancia de una estrecha colaboración entre la Comisión y las autoridades de competencia de los Estados miembros se resalta asimismo en el artículo 11, apartado 1, y en la exposición de motivos del Reglamento n° 1/2003 (por ejemplo, en los considerandos octavo y décimo quinto).

39 — En el mismo sentido, referida a una recomendación de la Comisión, la sentencia de 13 de diciembre de 1989, Grimaldi (C-322/88, Rec. p. 4407), apartados 18 y 19.

40 — Dichos motivos pueden especificarse caso por caso o por medio de una comunicación de la respectiva autoridad nacional de competencia, relativa a su práctica de investigación.

41. Y es que, por una parte, las cuotas de mercado solamente son uno de los diversos puntos de referencia de tipo cuantitativo y cualitativo a partir de los cuales se puede evaluar si un acuerdo entre empresas genera o no una restricción sensible de la competencia. Como acertadamente expone el Gobierno italiano, al margen de las respectivas cuotas de mercado de las empresas afectadas también hay que atender al conjunto del contexto económico y jurídico que enmarca un acuerdo determinado.⁴¹

42. Por otra parte, en los diferentes mercados en los Estados miembros puede haber problemas nacionales o regionales en materia de competencia, ante los cuales el tribunal o la autoridad correspondiente deben poder actuar con eficacia. Asimismo, la autoridad francesa de competencia ha alegado acertadamente en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia que puede haber diferencias objetivas en la práctica de investigación de las autoridades de competencia, aun cuando todas las autoridades formen parte de la Red Europea de Competencia (REC)⁴² y se coordinen estrechamente entre sí.⁴³

43. En consecuencia, los tribunales y las autoridades de competencia de los Estados miembros son libres de proceder contra acuerdos entre empresas también por debajo de los umbrales de la Comunicación *de minimis* siempre que examinen debidamente las indicaciones de la Comisión en la Comunicación y existan en el caso concreto indicios distintos a las cuotas de mercado de las empresas afectadas, que permitan concluir que la restricción de la competencia es sensible.

C. Irrelevancia de los umbrales de minimis de cuotas de mercado para evaluar acuerdos entre empresas con objeto contrario a la competencia

44. Queda por examinar qué significado tienen los umbrales de cuotas de mercado de la Comunicación *de minimis* como orientación para los tribunales y las autoridades de los Estados miembros cuando se trata de acuerdos entre empresas *con objeto contrario a la competencia*. Y es que, según la información proporcionada por el órgano jurisdiccional remitente, está claro que el acuerdo controvertido entre Expedia y SNCF tenía un objeto contrario a la competencia,⁴⁴ pese a que Expedia, el Gobierno francés y la Comisión lo pongan en duda ante el Tribunal de Justicia.

45. En este contexto procede aclarar si, conforme a la Comunicación *de minimis*, puede apreciarse una restricción sensible de la competencia cuando no se alcanzan los umbrales *de minimis* de cuotas de mercado de la Comisión pero se persigue un objeto contrario a la competencia. Como se ha demostrado, sobre todo, en la vista, sería muy deseable una aclaración de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a este respecto.

46. En primer lugar hay que señalar que la falta de carácter jurídicamente vinculante de un acto de la Comisión, como la Comunicación *de minimis*, no impide al Tribunal de Justicia interpretarlo en el marco de un procedimiento de decisión prejudicial con arreglo al artículo 267 TFUE, párrafo primero, letra b).⁴⁵

41 — En este sentido, las sentencias Cadillon, citada en la nota 13, apartado 8; de 8 de noviembre de 1983, IAZ International Belgium y otros/Comisión («IAZ», 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. p. 3369), apartado 25; de 12 de septiembre de 2000, Pavlov y otros (C-180/98 a C-184/98, Rec. p. I-6451), apartado 91; de 20 de noviembre de 2008, Beef Industry Development Society y Barry Brothers («BIDS», C-209/07, Rec. p. I-8637), apartados 16 y 21; T-Mobile, citada en la nota 246, apartado 27, y de 13 de octubre de 2011, Pierre Fabre Dermo-Cosmétique (C-439/09, Rec. p. I-9419), apartado 35.

42 — Inglés: European Competition Network (ECN).

43 — Véase sobre la red el décimo quinto considerando del Reglamento n° 1/2003.

44 — En la resolución de remisión de la Cour de cassation se afirma respecto del acuerdo entre Expedia y SNCF explícitamente que «el Conseil de la concurrence declaró, sin que ello fuese discutido, que la práctica había tenido un objeto contrario a la competencia».

45 — En ese sentido, véase la sentencia Grimaldi, citada en la nota 329, apartados 8 y 9, en relación con el Derecho laboral; también en la sentencia de 2 de abril de 2009, Lodato Genaro (C-415/07, Rec. p. I-2599), en relación con ayudas otorgadas por los Estados, el Tribunal de Justicia, ante una petición de decisión prejudicial, ha interpretado directrices jurídicamente no vinculantes de la Comisión.

47. En cuanto a su contenido, la Comunicación *de minimis* se basa en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, conforme a la cual la prohibición de prácticas colusorias del artículo 81 CE (actualmente, artículo 101 TFUE) comprende únicamente las restricciones *sensibles* de la competencia.⁴⁶ El Tribunal de Justicia realizó esta apreciación fundamental tanto respecto de los acuerdos entre empresas con objeto contrario a la competencia como respecto de aquéllos con efectos contrarios a la competencia.⁴⁷ Dicho en otras palabras, el requisito de la restricción sensible se aplica en principio tanto a las medidas que tengan por objeto como a las que tengan por efecto restringir la competencia.

48. Pero esto no implica que los requisitos que se exijan a la *prueba de la sensibilidad* sean los mismos en ambos casos. Al contrario, dichos requisitos serán diferentes en función de si un acuerdo entre empresas tiene un objeto contrario a la competencia o si simplemente tiene un efecto contrario a la competencia.

49. Únicamente cuando no existan indicios suficientes para apreciar la existencia de un objeto contrario a la competencia la aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, exige que se acrediten los efectos concretos de un acuerdo contrarios a la competencia. En cambio, cuando quede acreditado que el acuerdo en cuestión tiene un objeto contrario a la competencia, según jurisprudencia reiterada no es necesario acreditar en concreto los efectos perjudiciales de dicho acuerdo sobre la competencia. En tal caso será suficiente exponer que dicho acuerdo es concretamente apto para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado interior.⁴⁸

50. Esta diferencia de requisitos en materia de prueba reside en el hecho de que determinadas formas de restricción de la competencia, siendo éste el objeto, pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia.⁴⁹ Los acuerdos con objeto contrario a la competencia son *per se* perjudiciales para la sociedad.⁵⁰ Difícilmente pueden ser considerados como infracciones de escasa importancia. Al contrario, hay que considerar que las empresas que alcancen un acuerdo con un objeto contrario a la competencia siempre persiguen una restricción sensible de la competencia, independientemente de la importancia de sus cuotas de mercado y de sus volúmenes de operaciones.

46 — Véase, al respecto, la jurisprudencia citada en la nota 13.

47 — Sentencias *Völk*, citada en la nota 13, apartado 7, y *Cadillon*, citada en la nota 13, apartados 9 y 10, referidas, respectivamente a un acuerdo de distribución exclusiva con protección territorial absoluta, es decir, con objeto contrario a la competencia; véanse también las sentencias de 24 de octubre de 1995, *Bayerische Motorenwerke* (C-70/93, Rec. p. I-3439), apartado 18, y *Pedro IV Servicios*, citada en la nota 13, apartado 68, siempre con la expresión «[...] si tiene por objeto o por efecto restringir de manera sensible la competencia dentro del mercado común [...]».

48 — Sentencia *T-Mobile*, citada en la nota 24, apartados 28 a 31; véanse también las sentencias de 13 de julio de 1966, *Consten y Grundig/Comisión* (56/64 y 58/64, Rec. pp. 322 y ss., especialmente p. 390); *BIDS*, citada en la nota 41, apartados 15 y 16; de 6 de octubre de 2009, *GlaxoSmithKline Services y otros/Comisión y otros* (C-501/06 P, C-513/06 P, C-515/06 P y C-519/06 P, Rec. p. I-9291), apartado 55; de 4 de octubre de 2011, *Football Association Premier League y otros («FAPL»)*, C-403/08 y C-429/08, Rec. p. I-9083), apartado 135; *KME y otros/Comisión*, citada en la nota 29, apartado 65, y *Pierre Fabre Dermo-Cosmétique*, citada en la nota 41, apartado 34.

49 — Sentencias *BIDS*, citada en la nota 41, apartado 17, y *T-Mobile*, citada en la nota 246, apartado 29.

50 — Véanse, en conjunto, también mis conclusiones presentadas el 19 de febrero de 2009 en el asunto *T-Mobile*, citado en la nota 246, especialmente los puntos 42 a 47, así como las conclusiones del Abogado General Geelhoed presentadas el 12 de septiembre de 2006 en el asunto *Dalmine/Comisión* (C-407/04 P, Rec. p. I-829), punto 136.

51. La Comisión no puede contravenir con su Comunicación *de minimis* estas exigencias derivadas directamente del artículo 81 CE.⁵¹ En ese sentido, también la Comunicación *de minimis* excluye determinadas «restricciones especialmente graves» de la aplicación de los umbrales de cuotas de mercado.⁵² Pero, tal como admitió la propia Comisión en la vista ante el Tribunal de Justicia, esto no implica una enumeración exhaustiva de todos los acuerdos con objeto contrario a la competencia.⁵³

52. Inaplicar los umbrales *de minimis* de cuotas de mercado a los acuerdos con objeto contrario a la competencia responde a una finalidad no sólo jurídica, sino también de política de competencia: los umbrales de cuotas de mercado, como las contenidas en la Comunicación *de minimis*, pretenden aportar seguridad jurídica. Constituyen una zona de seguridad (en inglés: «safe harbour») dentro de la cual las empresas parte del acuerdo no tienen que temer vulnerar la prohibición de prácticas colusorias. Un trato preferente como éste difícilmente puede beneficiar a empresas que alcancen acuerdos con un objeto contrario a la competencia. Como también Polonia ha señalado acertadamente, en caso contrario, las empresas cuyas cuotas de mercado fueran inferiores a los umbrales de la Comunicación *de minimis* se verían prácticamente invitadas a prescindir de una competencia efectiva entre ellas y a asociarse en cárteles, vulnerando los principios fundamentales del mercado interior.

53. Por tanto, en conjunto debe constatar que los umbrales de cuotas de mercado de la Comunicación *de minimis* son irrelevantes cuando se trata de evaluar la sensibilidad de las restricciones a la competencia causadas por acuerdos entre empresas con objeto contrario a la competencia. Así lo han hecho constar acertadamente la autoridad francesa de competencia y los Gobiernos de Francia, Italia e Irlanda. También la Comisión se ha adherido esencialmente a esta postura en la vista ante el Tribunal de Justicia.

54. Es cierto que en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se encuentran algunas aisladas sentencias que declaran inaplicables la prohibición de prácticas colusorias también en caso de acuerdos entre empresas con objeto contrario a la competencia cuando dichos acuerdos «afecta[n] al mercado tan sólo de una manera insignificante, habida cuenta de la débil posición que ocupan los interesados en el mercado del producto de que se trate».⁵⁴ Pero esto no debe malentenderse en el sentido de que el carácter sensible de los acuerdos con objeto contrario a la competencia deba medirse atendiendo a umbrales de cuotas de mercado y, mucho menos, atendiendo a los mismos umbrales que se aplican al evaluar el carácter sensible de acuerdos con efectos contrarios a la competencia.⁵⁵ En caso contrario se diluiría de forma inadmisiblemente la diferencia fundamental entre los acuerdos que tienen un objeto contrario a la competencia y los que tienen un efecto contrario a la competencia.

51 — En este sentido, acerca de las comunicaciones de la Comisión en materia de ayudas otorgadas por los Estados, véanse las sentencias Alemania/Comisión, citada en la nota 29, apartado 62, y de 11 de septiembre de 2008, Alemania y otros/Kronofrance y otros (C-75/05 P y C-80/05 P, Rec. p. I-6619), apartados 65 y 66.

52 — Punto 11 de la Comunicación *de minimis*.

53 — Así, por ejemplo, el Tribunal de Justicia afirmó en la sentencia T-Mobile, citada en la nota 26, especialmente los apartados 32 a 39, que el intercambio de información sensible entre competidores tiene un objetivo contrario a la competencia. En cambio, podría calificarse como «restricción especialmente grave» en el sentido de la Comunicación *de minimis* tal conducta de las empresas si se aplicase una interpretación especialmente amplia de los acuerdos mencionados en el punto 11.1, letra a), de la Comunicación *de minimis* «que [...] de manera [...] indirecta [...] tengan por objeto [...] la fijación de los precios de venta de los productos a terceros».

54 — Sentencias Völk, citada en la nota 113, apartado 7, y Cadillon, citada en la nota 13, apartado 9.

55 — Las apreciaciones del Tribunal de Justicia en la sentencia Völk, citada en la nota 13, apartado 7, deben considerarse en el contexto de cuotas de mercado inferiores al 1 %.

55. En ese sentido, el Tribunal de Justicia, incluso ante cuotas de mercado relativamente reducidas, claramente inferiores al aquí controvertido umbral *de minimis* del 10 %, no dudó en afirmar el carácter sensible de las restricciones de la competencia siempre que las empresas implicadas perseguían con su conducta un objeto contrario a la competencia.⁵⁶ Algunas sentencias de los tribunales de la Unión no exigían elemento concreto alguno indicativo de la sensibilidad de la restricción de la competencia si estaba acreditado que un acuerdo entre empresas tenía un objeto contrario a la competencia.⁵⁷

56. Todo esto permite concluir que bajo ningún concepto hay que ser más exigente con la prueba de lo sensible respecto de un acuerdo que tiene por objeto la restricción de la competencia que en el marco del denominado requisito de la afectación del comercio entre Estados miembros del artículo 81 CE, apartado 1 (artículo 101 TFUE, apartado 1) a la hora de demostrar la sensibilidad de la afectación al comercio entre Estados miembros.⁵⁸

57. Por tanto, cuando, como en el presente caso, se ha demostrado que un acuerdo entre empresas con objeto contrario a la competencia puede afectar sensiblemente al comercio entre los Estados miembros,⁵⁹ de ahí se puede deducir al mismo tiempo y sin más que dicho acuerdo también puede impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior.

VI. Conclusión

58. A la luz de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia que responda de la siguiente manera a la cuestión que le ha planteado la Cour de cassation francesa:

«1) El artículo 81 CE, apartado 1, y el artículo 3, apartado 2, del Reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas de competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, deben interpretarse en el sentido de que la autoridad de competencia de un Estado miembro puede investigar y sancionar un acuerdo entre empresas como contrario a la competencia aunque no se alcancen los umbrales de cuotas de mercado establecidos por la Comisión Europea en su Comunicación *de minimis*, siempre que la autoridad nacional haya considerado debidamente dicha Comunicación y acredite de otro modo que tiene por objeto o efecto una restricción sensible de la competencia.

56 — Sentencias de 1 de febrero de 1978, Miller International Schallplatten/Comisión («Miller», 19/77, Rec. p. 131), apartado 7, en relación con los apartados 9 y 10; de 7 de junio de 1983, Musique Diffusion française y otros/Comisión («Musique Diffusion française» 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825), apartado 82, en relación con los apartados 3 y 4, y de 25 de octubre de 1983, AEG-Telefunken/Comisión («AEG», 107/82, Rec. p. 3151), apartado 43, en relación con el apartado 58.

57 — De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia son dignas de mención, especialmente, las sentencias LTM/MBU, citada en la nota 13, p. 306, número 3 de la parte dispositiva; Deere/Comisión, citada en la nota 13, apartado 75; BIDS, citada en la nota 41, apartado 15, y FAPL, citada en la nota 48, apartados 135 y 136, donde se hace referencia al criterio de lo sensible únicamente en relación con los *efectos* contrarios a la competencia, pero no en relación con el *objeto* contrario a la competencia de un acuerdo entre empresas. De la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia, véanse, por ejemplo, las sentencias de 8 de julio de 2004, Mannesmannröhren-Werke/Comisión (T-44/00, Rec. p. II-2223), apartados 129 a 131; Dalmine/Comisión (T-50/00, Rec. p. II-2395), apartado 225, y JFE Engineering y otros/Comisión (T-67/00, T-68/00, T-71/00 y T-78/00, Rec. p. II-2501), apartados 383 y 384, así como la sentencia de 8 de julio de 2008, BPB/Comisión (T-53/03, Rec. p. II-1333), apartado 90, *in fine*.

58 — Conforme a la jurisprudencia, incluso a partir de una cuota de mercado claramente inferior al 10 %, por regla general a partir del 5 %, hay que apreciar una afectación sensible del comercio entre Estados miembros (véase, por ejemplo, las sentencias Miller, apartado 9; Musique Diffusion française, apartado 86, en relación con el apartado 82, y AEG, apartados 56 a 58, citadas en la nota 54). La Comisión, en sus Directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio contenido en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO 2004, C 101, p. 81), también recurre al umbral de cuotas de mercado del 5 % como uno de varios criterios para cuantificar la sensibilidad de la afectación al comercio (véase, especialmente, su punto 52).

59 — La probabilidad de que el acuerdo controvertido entre Expedia y SNCF afecte al comercio entre los Estados miembros es la apreciación principal que subyace a la cuestión prejudicial y a toda la petición de decisión prejudicial de la Cour de cassation en el presente asunto.

- 2) La Comunicación *de minimis* de la Comisión debe interpretarse en el sentido de que los umbrales de cuotas de mercado establecidos en ella son irrelevantes a la hora de evaluar la sensibilidad de las restricciones de la competencia causadas por acuerdos entre empresas con un objeto contrario a la competencia.»