

CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL

SRA. JULIANE KOKOTT

presentadas el 19 de febrero de 2009¹

I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial ofrece al Tribunal de Justicia la oportunidad de precisar las exigencias que se imponen a la comprobación de una práctica concertada que tenga una finalidad contraria a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1.

2. En el fondo se trata de aclarar si, para considerar que existe un objetivo contrario a la competencia, es necesario examinar las condiciones concretas del mercado, el comportamiento en el mercado de las empresas participantes y los efectos de su comportamiento sobre la competencia y, en su caso, en qué medida. Además ha de analizarse cuáles son los requisitos que cabe deducir del Derecho comunitario en lo relativo al grado de prueba, cuando deba comprobarse, en un procedimiento nacional, si existe una infracción del artículo 81 CE.

3. Estas cuestiones son de una importancia nada desdeñable para la aplicación efectiva del Derecho comunitario de la competencia en el nuevo sistema descentralizado introducido

con la modernización del Derecho procesal en materia de defensa de la competencia por el Reglamento (CE) n° 1/2003.² En la respuesta han de tenerse en cuenta los riesgos que una pérdida de la eficacia de las normas sobre competencia del Tratado CE tendría para el mercado interior europeo,³ pero también para los consumidores europeos.

II. Marco jurídico

A. Derecho comunitario

4. El marco jurídico de Derecho comunitario viene definido en el presente asunto por el

1 — Lengua original: alemán.

2 — Reglamento del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (DO 2003, L 1, p. 1).

3 — El Abogado General Geelhoed ha sido uno de los últimos en señalar dichos riesgos; véanse los puntos 136 y 137 de sus conclusiones de 12 de septiembre de 2006, Dalmine/Comisión (C-407/04 P, Rec. p. I-829), a las que también se remite la sentencia del Tribunal de Justicia de 25 de enero de 2007 en el mismo asunto (apartado 84).

artículo 81 CE, apartado 1, que tiene el siguiente tenor:

valentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

«Serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equi-

e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos.»

5. Con carácter complementario, debe hacerse referencia al Reglamento n° 1/2003, que en su artículo 2 contiene, en particular, la siguiente disposición relativa a la carga de la prueba:

«En todos los procedimientos nacionales y comunitarios de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado, la carga de la prueba de una infracción del apartado 1 del artículo 81 o del artículo 82 del Tratado recaerá sobre la parte o la autoridad que la alegue.

[...]»

6. Además, resulta pertinente hacer mención de la última frase del quinto considerando del Reglamento n° 1/2003:

«El presente Reglamento no afecta ni a las normas nacionales en materia de valoración de la prueba ni a las exigencias a que están sometidas las autoridades de competencia y jurisdicciones nacionales de los Estados miembros para determinar los hechos pertinentes de un asunto, siempre que esas normas y exigencias sean compatibles con los principios generales del Derecho comunitario.»

7. La relación entre el artículo 81 CE y el Derecho nacional de la competencia se regula por el artículo 3 del Reglamento n° 1/2003 de la manera 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 del Tratado 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 del Tratado. [...]

2. La aplicación del Derecho nacional de la competencia no podrá resultar en la prohibición de acuerdos, decisiones o 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 del Tratado [...].

[...]»

B. *Normativa nacional*

8. Por lo que respecta a la normativa neerlandesa, el marco jurídico para el caso de autos viene definido por la Mededingingswet (Ley neerlandesa de la competencia;⁴ en lo sucesivo, «Mw») en su versión modificada por la Ley de 9 de diciembre de 2004,⁵ que entró en vigor el 1 de julio de 2005.

4 — Wet van 22 mei 1997, houdende nieuwe regels omtrent de economische mededinging –Mededingingswet (Stb. 1997, 242).

5 — Wet van 9 december 2004, houdende wijziging van de Mededingingswet in verband met het omvormen van het bestuursorgaan van de Nederlandse mededingingsautoriteit tot zelfstandig bestuursorgaan (Stb. 2005, 172).

9. El artículo 1 de la Mw contiene, entre otras, la siguiente definición:

«A efectos de la presente Ley y de las disposiciones basadas en la misma, se entenderá por:

[...]

h) prácticas concertadas: las prácticas concertadas en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1;

[...]»

10. En el artículo 6, apartado 1, de la Mw se dispone lo siguiente:

«Quedarán prohibidos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado neerlandés o en parte de él.»

11. En caso de vulneración del artículo 6, apartado 1, de la Mw, el consejo de dirección de la autoridad de defensa de la competencia,⁶ el llamado «NMa»,⁷ podrá imponer a la persona física o jurídica responsable de tal vulneración una multa de conformidad con lo establecido en el artículo 56, apartado 1, letra a), de la Mw.

III. Hechos y procedimiento principal

Mercado neerlandés de servicios de telecomunicaciones móviles

12. En 2001, en la época de los hechos, en los Países Bajos cinco operadores disponían de una red propia de telefonía móvil, a saber, Ben Nederland BV⁸ (cuota de mercado: 10,6 %), KPN (42,1 %), Dutchtone NV⁹ (9,7 %), Libertel-Vodafone NV (26,1 %) y Telfort Mobiel BV¹⁰ (11,4 %). No existía la posibilidad de construir una sexta red de telefonía móvil, porque ya no se concedían más licencias. El

6 — Raad van bestuur.

7 — Nederlandse Mededingingsautoriteit.

8 — En lo sucesivo, «Ben».

9 — En lo sucesivo, «Dutchtone».

10 — En lo sucesivo, «Telfort».

acceso al mercado de los servicios de telecomunicaciones móviles era posible únicamente mediante la celebración de un acuerdo con uno o varios de los cinco operadores.

mentarias, en función del distribuidor y del abono vendido.

Paquetes de prepago y abonos de postpago en los Países Bajos

13. Dentro de la oferta de servicios de telecomunicaciones móviles, existe en los Países Bajos una diferencia entre los llamados abonos de postpago y los paquetes de prepago. Los paquetes de prepago se caracterizan por el hecho de que el cliente efectúa un pago por anticipado; mediante la compra o la recarga de una tarjeta de prepago adquiere un saldo en minutos de llamada de modo que puede efectuar llamadas hasta agotar el saldo adquirido. En cambio, los abonos de postpago se caracterizan por el hecho de que se factura con posterioridad al cliente los minutos de llamada utilizados; además, suelen prever un precio de abono fijo que puede incluir un saldo en minutos de llamada.

14. En la contratación o prórroga de un abono de postpago a través de un distribuidor, es este último quien entrega el teléfono móvil y es el operador quien entrega la tarjeta SIM.¹¹ Además, el operador entrega al distribuidor una retribución por cada abono de telefonía móvil contratado. Dicha retribución estándar del distribuidor puede incrementarse eventualmente con diversas retribuciones comple-

11 — La tarjeta SIM (*Subscriber Identity Module*) es una tarjeta electrónica que se inserta en el teléfono móvil y que sirve para identificar a cada usuario en la red. La tarjeta representa, por así decirlo, el bucle local móvil del usuario.

Reunión de 13 de junio de 2001

15. El 13 de junio de 2001, se reunieron representantes de los operadores de servicios de telefonía móvil que ofrecen servicios de telecomunicaciones móviles en el mercado neerlandés. Durante dicha reunión se habló, entre otros asuntos, de la reducción de la retribución estándar a los distribuidores por los abonos de postpago con efectos aproximadamente a partir del 1 de septiembre de 2001. Como se desprende de la resolución de remisión, los participantes en la reunión trataron información confidencial.¹²

Procedimiento principal

16. Mediante decisión de 30 de diciembre de 2002 (en lo sucesivo, «primera decisión»), el NMA declaró que Ben, Dutchtone, KPN, O₂ (Telfort) y Vodafone (anteriormente, Libertel-Vodafone) habían celebrado un acuerdo o habían concertado sus prácticas en relación con los abonos de telefonía móvil. El NMA llegó a la conclusión de que las prácticas controvertidas restringían sensible-

12 — El Gobierno de los Países Bajos añade que se trató de la extensión, el momento y las modalidades de la posible reducción de la retribución estándar a los distribuidores.

mente la competencia y, por tanto, eran contrarias a la prohibición establecida en el artículo 6, apartado 1, de la Mw. Por esta razón impuso multas a las empresas afectadas.

17. Las cinco empresas de que se trata interpusieron reclamación contra la primera decisión.

18. Mediante decisión de 27 de septiembre de 2004, por la que se resolvía la reclamación interpuesta contra la primera decisión, el NMa declaró parcialmente fundadas y parcialmente infundadas las reclamaciones de T-Mobile (anteriormente Ben), KPN, Orange (anteriormente Dutchtone), Vodafone y O₂ (Telfort). Mientras que el NMa retiró la imputación de que se había celebrado un acuerdo contrario a la competencia, mantuvo la imputación de que se habían producido prácticas concertadas contrarias a la competencia y declaró que, además de la infracción del artículo 6, apartado 1, de la Mw, se había producido una infracción del artículo 81 CE, apartado 1.¹³ El NMa redujo el importe de las respectivas multas.

19. T-Mobile, KPN, Orange, Vodafone y Telfort interpusieron un recurso contra esta decisión ante el rechtbank te Rotterdam.

20. Mediante sentencia de 13 de julio de 2006, el rechtbank te Rotterdam anuló la

decisión por la que se resolvía la reclamación e impuso al NMa que adoptara una nueva decisión respecto de las reclamantes.¹⁴

21. Contra dicha sentencia, el NMa y tres de las empresas de que se trata, T-Mobile, KPN y Orange, interpusieron recurso de apelación ante el College van Beroep voor het bedrijfsleven, el órgano jurisdiccional remitente.¹⁵ Además, Vodafone sigue siendo parte en el litigio principal mientras que, según indica el órgano jurisdiccional remitente, éste ha dejado de ser el caso de Orange.

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

22. Mediante resolución de 31 de diciembre de 2007, recibida en el Tribunal de Justicia el 9 de enero de 2008, el College van Beroep voor het bedrijfsleven suspendió el procedimiento y planteó al Tribunal de Justicia las siguientes tres cuestiones para que se pronuncie sobre ellas con carácter prejudicial:

«1) ¿Qué criterios deben observarse, en la aplicación del artículo 81 CE, apartado 1,

13 — El motivo de dicha declaración es, según indica el Gobierno neerlandés, la entrada en vigor del Reglamento n° 1/2003, en particular, de su artículo 3, apartado 1.

14 — Como se desprende de los autos, el rechtbank te Rotterdam no considera que se haya demostrado la participación de Orange y Telfort en la práctica concertada.

15 — El recurso de apelación del NMa se refiere a la participación de Orange en la práctica concertada. En su resolución de remisión, el órgano jurisdiccional remitente confirma la apreciación del órgano jurisdiccional inferior de que no quedó probada la participación de Orange.

a la hora de apreciar si una práctica concertada está dirigida a impedir, restringir o falsear la competencia dentro del mercado común?

a las observaciones escritas del Gobierno neerlandés.

- 2) ¿Debe interpretarse el artículo 81 CE en el sentido de que, en la aplicación de esta disposición por el juez nacional, la prueba de la relación causal entre la práctica concertada y el comportamiento en el mercado debe ser aportada y apreciada conforme a las normas del Derecho nacional, siempre que dichas normas no sean más desfavorables que las aplicables a reclamaciones análogas nacionales y que no haga imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario?

V. **Apreciación**

A. *Admisibilidad de la petición de decisión prejudicial*

- 3) ¿Ha de observarse en la aplicación del concepto de práctica concertada establecido en el artículo 81 CE la presunción de relación de causalidad entre concertación y comportamiento en el mercado aunque tal concertación se dé una sola vez y la empresa que participe en la concertación siga operando en el mercado, o bien únicamente en los casos en que la concertación se produzca regularmente a lo largo de un período dilatado?»

24. Por lo que respecta a la admisibilidad de la petición de decisión prejudicial ha de hacerse breve mención de dos aspectos.

25. Por una parte, el órgano jurisdiccional remitente plantea la cuestión relativa a la interpretación del artículo 81 CE, apartado 1, pese a que la decisión controvertida del NMa en el litigio principal se basa, en primer lugar, en el Derecho nacional de la competencia (artículo 6, apartado 1, de la Mw).

23. En el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, T-Mobile, KPN, Vodafone, el NMa, el Gobierno neerlandés y la Comisión de las Comunidades Europeas formularon observaciones escritas y orales. El NMa se ha adherido

26. Sin embargo, no se discute que el artículo 6, apartado 1, de la Mw se basa completamente, en cuanto al contenido, en la

disposición del artículo 81 CE, apartado 1. Para tal caso, es jurisprudencia reiterada que existe un interés comunitario manifiesto en que las disposiciones o los conceptos tomados del Derecho comunitario reciban una interpretación uniforme.¹⁶

27. Además, el artículo 3, apartado 1, del Reglamento n° 1/2003 obliga al NMa a aplicar a las prácticas concertadas que pueden obstaculizar el comercio entre Estados miembros el artículo 81 CE además de la disposición nacional del artículo 6 de la Mw. Por esta razón, en la decisión del NMa por la que se resolvía la reclamación también se tomó como fundamento jurídico, además del artículo 6, apartado 1, de la Mw, el artículo 81 CE, apartado 1. De este modo, en el caso de autos el artículo 81 CE, apartado 1, no sólo juega un papel indirecto en cuanto referencia para la interpretación del artículo 6, apartado 1, de la Mw, sino que también tiene una función de disposición aplicable directamente al litigio principal.

28. En este contexto, no existe duda alguna respecto de la pertinencia de las cuestiones planteadas sobre la interpretación del artículo 81 CE y sobre la relación entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional de la competencia.

16 — Véanse, como más recientes, las sentencias de 14 de diciembre de 2006, Confederación Española de Empresarios de Estaciones de Servicio (C-217/05, Rec. p. I-11987), apartados 19 y 20, y de 11 de diciembre de 2007, ETI y otros (C-280/06, Rec. p. I-10893), apartados 21 y 26, y la jurisprudencia que allí se cita.

29. Por otra parte, Vodafone alega que no es necesario responder a la primera cuestión prejudicial porque la situación jurídica ya está clara con arreglo a los criterios de interpretación publicados por la Comisión.¹⁷ A este respecto ha de señalarse, por un lado, que las publicaciones de la Comisión no son jurídicamente vinculantes, por lo que no pueden prejuzgar la interpretación del Tribunal de Justicia en el procedimiento con arreglo al artículo 234 CE. Por otro lado, una petición de decisión prejudicial sería admisible aunque la situación jurídica estuviera clara; en ese caso cabría responder por la vía de la resolución con arreglo al artículo 104, apartado 3, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia.

30. Por último, Vodafone sostiene que es evidente que la práctica concertada objeto del litigio carecía de finalidad contraria a la competencia. Teniendo en cuenta el virulento debate sobre esta cuestión que enfrenta a las partes tanto en el litigio principal como en el procedimiento ante el Tribunal de Justicia, la referida consideración no me parece acertada.

31. Por lo tanto, la petición de decisión prejudicial es admisible en su totalidad.

17 — A este respecto, Vodafone se refiere a los apartados 21 y 22 de la Comunicación de la Comisión «Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado» (DO 2004, C 101, p. 97).

B. Análisis material de las cuestiones prejudiciales

32. Las tres cuestiones planteadas por el órgano jurisdiccional remitente se dirigen en conjunto a determinar cuáles son las exigencias que han de imponerse a la comprobación de la existencia de una práctica concertada contraria a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1.

33. A este respecto, no se trata tanto de la definición en sí de las prácticas concertadas. Según jurisprudencia reiterada, son una forma de coordinación entre empresas que, sin haber desembocado en la celebración de un convenio propiamente dicho, sustituye conscientemente los riesgos de la competencia por una cooperación práctica entre ellas.¹⁸

34. La cuestión central del presente asunto es más bien la apreciación del carácter contrario a la competencia de las prácticas concertadas y la correlativa delimitación entre las prácticas concertadas cuyo carácter contrario a la competencia únicamente resulta *de sus efectos* y aquéllas que ya han de considerarse contrarias a la competencia *debido a su finalidad*. Especialmente en relación con

esta última categoría, el órgano jurisdiccional remitente alberga dudas sobre si, para considerar que existe una finalidad contraria a la competencia, se requiere, y en su caso en qué medida, un examen de las realidades concretas del mercado, del comportamiento en el mercado de las empresas partícipes y de los efectos de su comportamiento sobre la competencia.

1. Sobre la primera cuestión prejudicial: Criterios para considerar que existe una práctica concertada que tiene por objeto restringir la competencia

35. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, cuáles son los criterios para determinar si una práctica concertada *tiene por objeto* impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común.

36. Es sabido que el NMA imputa a una serie de operadores neerlandeses de servicios de telecomunicaciones móviles haber intercambiado información confidencial con ocasión de una reunión celebrada en junio de 2001 y haberla discutido entre ellos, lo cual condujo a su vez a una coordinación de su comportamiento en el mercado en lo relativo a la reducción de determinadas retribuciones a sus respectivos distribuidores.

18 — Sentencias de 14 de julio de 1972, Imperial Chemical Industries/Comisión, «ICI/Comisión» (48/69, Rec. p. 619), apartado 64, y Geigy/Comisión (52/69, Rec. p. 787), apartado 26; de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión (40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663), apartado 26; de 14 de julio de 1981, Züchner (172/80, Rec. p. 2021), apartado 12; además, las sentencias de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Rec. p. I-4125), apartado 115, y Hüls/Comisión (C-199/92 P, Rec. p. I-4287), apartado 158.

37. No todo intercambio de información entre competidores tiene necesariamente por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1.¹⁹

38. Antes bien, ha de examinarse si existe un objetivo contrario a la competencia teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso concreto. A estos efectos son aplicables los mismos criterios que se aplican para el análisis de los acuerdos entre empresas y las decisiones de asociaciones de empresas recogidos en el artículo 81 CE, apartado 1.²⁰ De este modo cabe trasladar la jurisprudencia recaída en materia de acuerdos y decisiones a las prácticas concertadas de las empresas.

39. Los puntos de partida para considerar que existe un objetivo contrario a la competencia son, por lo tanto, el contenido²¹ y la finalidad²² de la práctica concertada, pudiéndose considerar las intenciones subjetivas de los partí-

cipes únicamente con carácter complementario sin ser éstas decisivas.²³ Asimismo ha de considerarse el contexto económico y jurídico en el que se inserta la práctica concertada.²⁴

40. Son sobre todo el contenido y las circunstancias económicas de las prácticas acordadas entre los operadores neerlandeses de telefonía móvil los que son objeto del litigio en el caso de autos. Dicho de un modo sencillo, tanto el órgano jurisdiccional remitente como T-Mobile, KPN y Vodafone albergan dudas sobre si, a la vista del objeto de la práctica acordada y de sus circunstancias económicas, puede hablarse de un objetivo contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1.

41. Debido a estas dudas, procede, a continuación, analizar los criterios conforme a los cuales ha de apreciarse el carácter contrario a la competencia del objetivo de una práctica concertada.

19 — Por ejemplo, en la sentencia de 23 de noviembre de 2006, *Asnef-Equifax* (C-238/05, Rec. p. I-11125), apartados 46 a 48, se negó la existencia de tal objetivo en relación con el sistema español de intercambio de información sobre el crédito.

20 — Sentencias *ICI/Comisión* (citada en la nota 18), apartados 64 y 65; *Comisión/Anic Partecipazioni* (citada en la nota 18), apartados 112 y 123, y *Hüls/Comisión* (citada en la nota 18), apartado 164.

21 — Sentencias de 30 de junio de 1966, *LTM* (56/65, Rec. pp. 282 y ss., especialmente p. 303); de 8 de noviembre de 1983, *IAZ International Belgium* y otros/*Comisión* (96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. p. 3369), apartado 25, y de 20 de noviembre de 2008, *Beef Industry Development Society y Barry Brothers, «BIDS»* (C-209/07, Rec. p. I-8637), apartado 16.

22 — Sentencias *LTM* (citada en la nota 21), p. 303; de 1 de febrero de 1978, *Miller/Comisión* (19/77, Rec. p. 131), apartado 7; de 28 de marzo de 1984, *CRAM y Rheinzink/Comisión* (29/83 y 30/83, Rec. p. 1679), apartado 26; de 6 de abril de 2006, *General Motors/Comisión* (C-551/03 P, Rec. p. I-3173), apartado 66, y *BIDS* (citada en la nota 21), apartado 21.

23 — Sentencias *IAZ International Belgium y otros/Comisión* (citada en la nota 21), apartado 25, y *General Motors/Comisión* (citada en la nota 22), apartados 77 y 78; en este mismo sentido, la sentencia *BIDS* (citada en la nota 21), apartado 21.

24 — Sentencias *LTM* (citada en la nota 21), p. 303; *IAZ International Belgium y otros/Comisión* (citada en la nota 21), apartado 25; *CRAM y Rheinzink/Comisión* (citada en la nota 22), apartado 26; *General Motors/Comisión* (citada en la nota 22), apartado 66, y *BIDS* (citada en la nota 21), apartado 16; véase también la sentencia de 13 de julio de 1966, *Consten y Grundig/Comisión* (56/64 y 58/64, Rec. pp. 322 y ss., especialmente p. 391).

a) Consideraciones generales sobre el concepto de objetivo contrario a la competencia

42. En primer lugar, ha de recordarse que el objetivo contrario a la competencia y el efecto contrario a la competencia no son requisitos acumulativos sino condiciones alternativas para la prohibición recogida en el artículo 81 CE, apartado 1.²⁵ Dicho de otro modo, las prácticas concertadas están prohibidas, independientemente de su efecto, cuando con ellas se persigue un objetivo contrario a la competencia.²⁶ La toma en consideración de los efectos concretos de un acuerdo es superflua, cuando resulte que éste *tiene por objeto* impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el interior del mercado común.²⁷ Una práctica como la descrita anteriormente está prohibida aunque no se produzcan efectos contrarios a la competencia en el mercado.²⁸

25 — Sentencias LTM (citada en la nota 21), p. 303 y s., y BIDS (citada en la nota 21), apartado 15; véase también la sentencia de 17 de julio de 1997, Ferriere Nord/Comisión (C-219/95 P, Rec. p. I-4411), apartados 13 a 15.

26 — Sentencias Comisión/Anic Partecipazioni (citada en la nota 18), apartado 123; Hüls/Comisión (citada en la nota 18), apartado 164, y de 8 de julio de 1999, Montecatini/Comisión (C-235/92 P, Rec. p. I-4539), apartado 124.

27 — Jurisprudencia constante desde la sentencia Consten y Grundig/Comisión (citada en la nota 24), p. 390 y s.; véase, por ejemplo, la sentencia de 30 de enero de 1985, BNJC/Clair (123/83, Rec. p. 391), apartado 22, y de una época más reciente, las sentencias 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), apartado 491; 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), apartado 261; de 21 de septiembre de 2006, Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión (C-105/04 P, Rec. p. I-8725), apartado 125; BIDS (citada en la nota 21), apartado 15, y de 18 de diciembre de 2008, Coop de France Bétail et Viande/Comisión (C-101/07 P y C-110/07 P, Rec. p. I-10193), apartado 87.

28 — Sentencias Comisión/Anic Partecipazioni (citada en la nota 18), apartado 122; Hüls/Comisión (citada en la nota 18), apartado 163, y Montecatini/Comisión (citada en la nota 26), apartado 123.

43. La prohibición de prácticas únicamente por su objetivo contrario a la competencia está justificada por el hecho de que determinadas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia.²⁹ La prohibición *per se* de tales prácticas perjudiciales para la sociedad (las llamadas «prohibiciones *per se*») crea seguridad jurídica y permite a todos los operadores en el mercado orientar su comportamiento de manera adecuada. Además, han de economizarse razonablemente los recursos de las autoridades nacionales de la competencia y de los tribunales.

44. Es cierto que el concepto de práctica concertada con objetivo contrario a la competencia no puede interpretarse de manera excesivamente amplia,³⁰ si se tienen en cuenta las graves consecuencias a las que pueden exponerse las empresas afectadas en caso de infracción del artículo 81 CE, apartado 1.³¹ Sin embargo, tampoco puede hacerse una interpretación excesivamente restrictiva de dicho concepto que elimine la prohibición de las «infracciones por su objeto», establecidas en el Derecho primario, y prive de este modo al artículo 81 CE, apartado 1, de una parte de su eficacia práctica. Del tenor del artículo 81 CE, apartado 1, se desprende que

29 — Sentencia BIDS (citada en la nota 21), apartado 17.

30 — Sobre el «carácter restrictivo» fundamental del artículo 81 CE, apartado 1 (anteriormente artículo 85, apartado 1, del Tratado CE), véase la sentencia de 29 de febrero de 1968, Parke Davis & Co. (24/67, Rec. pp. 85 y ss., especialmente p. 112).

31 — De conformidad con el artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento n° 1/2003, se impondrá a toda empresa que participe de forma deliberada o por negligencia en una infracción del artículo 81 CE una multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total realizado durante el ejercicio social anterior (véase el artículo 5, apartado 1, cuarto guión, respecto a las sanciones impuestas por las autoridades nacionales). Además de la sanción, podrá ordenarse a la empresa, en virtud del artículo 7, apartado 1 (artículo 5, apartado 1, primer guión), del Reglamento n° 1/2003, que ponga fin a la infracción constatada. Por otra parte, pueden añadirse, en su caso, los derechos de indemnización de terceros.

quedan prohibidas tanto las prácticas concertadas que tengan un objeto contrario a la competencia como aquéllas que tengan un efecto contrario a la competencia.³²

45. Por consiguiente, a diferencia de lo que parece opinar el órgano jurisdiccional remitente, la prohibición de las «infracciones por su objeto» no ha entenderse en el sentido de que el objetivo contrario a la competencia crea meramente un tipo de presunción de ilegalidad, que puede destruirse cuando en el caso concreto no pueda probarse la existencia de efectos negativos para el funcionamiento del mercado.³³ Tal interpretación conduciría a mezclar de modo inadmisiblemente los dos supuestos de hecho independientes del artículo 81 CE, apartado 1: la prohibición de las prácticas colusorias con *objetivo* contrario a la competencia, por una parte, y la prohibición de las prácticas colusorias con *efectos* contrarios a la competencia, por otra.

46. Por lo tanto, resulta excesivo que, para considerar que existe un objetivo contrario a la competencia, deba comprobarse que existen o no en cada caso efectos concretos contrarios a la competencia, con independencia de que se tengan en mente los efectos para los competidores, los consumidores o el público en general. Antes bien, para aplicar la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1, basta con que una práctica colusoria tenga, sobre la base de la experiencia, el potencial de

producir efectos negativos sobre la competencia.³⁴ En otros términos, la práctica concertada únicamente tiene que ser *concretamente* —es decir, teniendo en cuenta el correspondiente contexto jurídico y económico— *apta*³⁵ para que se impida, restrinja o falsee el juego de la competencia dentro del mercado común. Sin embargo, que tal efecto contrario a la competencia se produzca efectivamente y, en su caso, en qué medida, únicamente puede ser relevante para el cálculo de las eventuales multas pecuniarias y los derechos de indemnización.

47. Por lo tanto, en suma, la prohibición de las «infracciones por su objeto», resultante del artículo 81 CE, apartado 1, se asemeja a los «ilícitos de peligro» conocidos en el Derecho penal: El que conduce un vehículo bajo la influencia considerable del alcohol o de las drogas se expone en la mayoría de los ordenamientos jurídicos a sanciones penales o administrativas y ello con total independencia de si efectivamente puso en peligro a alguien al circular o de si causó un accidente. En el mismo sentido, las empresas infringen el Derecho comunitario de la competencia y pueden sufrir la imposición de sanciones pecuniarias si hacen uso en el mercado de prácticas concertadas con objetivos contrarios a la competencia; carece de relevancia el hecho de si en el caso concreto resultaron perjudicados algunos operadores económicos o el público en general.

32 — En este sentido, las sentencias Comisión/Anic Partecipazioni (citada en la nota 18), apartado 125; Hüls/Comisión (citada en la nota 18), apartado 166, y Montecatini/Comisión (citada en la nota 26), apartado 126.

33 — Pese a que el órgano jurisdiccional remitente no habla literalmente de una norma de presunción, sí subraya la necesidad de evitar «resultados positivos falsos».

34 — Véase, a este respecto, el apartado 21 de las Directrices de la Comisión (citadas en la nota 17).

35 — En este mismo sentido —aunque en relación con el artículo 82 CE— mis conclusiones de 23 de febrero de 2006, British Airways/Comisión (C-95/04 P, Rec. p. I-2331), puntos 68 a 74.

48. De la sentencia del Tribunal de Primera Instancia GlaxoSmithKline Services/Comisión,³⁶ en la que se basa KPN, tampoco se desprende otra cosa. Bien es cierto que el apartado 147 de dicha sentencia, redactado de manera muy equívoca, dice que el carácter contrario a la competencia de un acuerdo no puede deducirse de la sola lectura contextualizada de sus términos, de tal modo que deben «necesariamente» considerarse sus efectos. Considero que con ello únicamente se pretende indicar que el objetivo de un acuerdo (o de una práctica) no ha de analizarse de manera abstracta sino concreta, es decir, teniendo en cuenta su correspondiente contexto jurídico y económico, teniendo que tomarse en consideración las particularidades de cada mercado. En el caso GlaxoSmithKline Services/Comisión, antes citado, dichas particularidades consistían, en opinión del Tribunal de Primera Instancia, en el hecho de que los precios, debido a una regulación estatal existente, quedaban al margen del libre juego de la oferta y de la demanda y se determinaban o controlaban por los poderes públicos. Si se toma en consideración esta interpretación, no existe contradicción entre el apartado 147 de la sentencia GlaxoSmithKline Services/Comisión, antes citado, y lo dicho en el punto 46 de las presentes conclusiones. Sin embargo, si el apartado 147 de la sentencia GlaxoSmithKline Services/Comisión, antes citado, hubiera de entenderse en el sentido de que para considerar que existe un objetivo contrario a la competencia se impone necesariamente («notwendigerweise») que se compruebe que se han producido efectos concretos sobre la competencia, el Tribunal de Primera Instancia habría incurrido en error de Derecho.

49. Lo correcto es que, para considerar que existe un objetivo contrario a la competencia, no es necesario, como ya se ha expuesto

anteriormente, examinar los efectos concretos de una práctica concertada, sino meramente la *aptitud concreta* de dicha práctica para producir efectos contrarios a la competencia.

b) Objetivo contrario a la competencia en un asunto como el del caso de autos

50. El NMa atribuye la práctica concertada comprobada en el presente asunto al hecho de que entre varios operadores neerlandeses de servicios de telecomunicaciones móviles se produjera un intercambio de información sobre la pretendida reducción de la retribución estándar a sus respectivos distribuidores.

51. Tal intercambio entre competidores de información comercial de carácter confidencial relativa al comportamiento que prevén adoptar en el mercado es, en principio, apto para conllevar efectos contrarios a la competencia porque debilita o suprime el grado de incertidumbre sobre el funcionamiento del mercado que puede conducir a una restricción de la competencia entre las empresas.³⁷ En este contexto carece de pertinencia saber si dicho intercambio de información constituía el objeto principal de la toma de contacto o éste se produjo únicamente con ocasión (o el pretexto) de una toma de contacto, que por sí sola no tenía objetivo contrario a la competencia alguno.³⁸

36 — Sentencia del Tribunal de Primera Instancia, de 27 de septiembre de 2006 (T-168/01, Rec. p. II-2969).

37 — Sentencias de 28 de mayo de 1998, Deere/Comisión (C-7/95 P, Rec. p. I-3111), apartado 88 en relación con el apartado 90; de 2 de octubre de 2003, Thyssen Stahl/Comisión (C-194/99 P, Rec. p. I-10821), apartado 81, y Asnef-Equifax (citada en la nota 19), apartados 51 y 62; en un sentido similar también se pronuncia la sentencia ICI/Comisión (citada en la nota 18), apartados 101, 112 y 119.

38 — En este sentido, las sentencias General Motors/Comisión (citada en la nota 22), apartado 64, y BIDS (citada en la nota 21), apartado 21.

— Problemática del intercambio de información entre competidores en el contexto del postulado de autonomía en materia de competencia

52. Ha de tenerse en cuenta que la autonomía de los operadores económicos es uno de los requisitos fundamentales para que exista una competencia que funcione correctamente. De este modo, las disposiciones sobre competencia del Tratado CE también se basan en la idea de que cada operador económico ha de decidir de manera autónoma cuál es la política que pretende llevar en el mercado común. Dicho postulado de autonomía se opone a todo contacto directo o indirecto entre operadores económicos por el que una empresa pueda influir en el comportamiento en el mercado de sus competidores o por el que los informe de sus decisiones o consideraciones relativas a su propio comportamiento en el mercado, siempre que de este modo puedan crearse condiciones de competencia que no se corresponden con las condiciones normales del mercado de que se trate.³⁹

53. Esta afirmación es aún más válida cuando el intercambio de información se refiere a un mercado oligopolístico fuertemente concentrado.⁴⁰ El mercado neerlandés de servicios de

telecomunicaciones móviles parece haber tenido en el año 2001 precisamente esa estructura: Como se desprende de la resolución de remisión, en ese momento únicamente cinco empresas disponían de redes propias de telefonía móvil, teniendo una de ellas –KPN– incluso una cuota de mercado de más del 40 %, mientras que era imposible establecer nuevas redes independientes a falta de licencias disponibles.⁴¹

54. En este contexto carece de pertinencia saber si es una sola empresa la que informa a sus competidores de manera unilateral sobre el comportamiento que pretende adoptar en el mercado o si todas las empresas participantes se informan mutuamente de sus respectivas consideraciones y pretensiones. Incluso cuando una sola empresa baja la defensa y revela a sus competidores información confidencial sobre su futura política comercial, se debilita para todas las partes la incertidumbre sobre el funcionamiento futuro del mercado y nace el riesgo de que se restrinja la competencia y se adopte una práctica colusoria entre ellas.

— No es necesario que exista una relación directa con los precios al consumo final

39 — Sentencias *Suiker Unie* y otros/Comisión (citada en la nota 18), apartados 173 y 174; *Züchner* (citada en la nota 18), apartados 13 y 14; *Deere/Comisión* (citada en la nota 37), apartados 86 y 87; *Comisión/Anic Partecipazioni* (citada en la nota 18), apartados 116 y 117; *Hüls/Comisión* (citada en la nota 18), apartados 159 y 160, y *Asnef-Equifax* (citada en la nota 19), apartados 52 y 53; de manera similar, la sentencia *BIDS* (citada en la nota 21), apartado 34.

40 — Sentencias *Deere/Comisión* (citada en la nota 37), apartado 88 en relación con el apartado 90, y *Asnef-Equifax* (citada en la nota 19), apartado 58; en la sentencia *Thyssen Stahl/Comisión* (citada en la nota 37), apartados 86 y 87, el Tribunal de Justicia precisa que un sistema de intercambio de información también puede ser contrario a las normas de la competencia cuando el mercado relevante *no* sea un mercado oligopolístico fuertemente concentrado.

55. El órgano jurisdiccional nacional, KPN y Vodafone alegan que, en el caso de autos, el intercambio de información y la práctica concertada se referían únicamente a las retribuciones de los distribuidores y no

41 — Véase, a este respecto, el punto 12 de las presentes conclusiones.

tenían influencia directa alguna sobre los precios al consumo final. Los precios al consumo final se determinan exclusivamente en la relación entre cada uno de los operadores de servicios de telecomunicaciones móviles y sus clientes sin que los distribuidores tengan influencia alguna sobre los mismos.

56. Dicho argumento carece de toda pertinencia. Las prácticas concertadas pueden tener un objetivo contrario a la competencia sin que tengan influencia sobre los consumidores y los precios que éstos han de pagar.

57. Por su mero tenor, el artículo 81 CE, apartado 1, se dirige de manera general en contra de que se impida, restrinja o falsee el juego de la *competencia* dentro del mercado común. Entre los diversos ejemplos, enunciados en el artículo 81 CE, apartado 1, letras a) a e), tampoco se encuentra limitación alguna en el sentido de que únicamente queden prohibidas las prácticas comerciales contrarias a la competencia que tengan efectos directos sobre los consumidores finales.

58. Más bien, el artículo 81 CE es parte de un sistema que tiene por objeto garantizar que la competencia no será falseada en el mercado interior [artículo 3 CE, apartado 1, letra g)]. De este modo, el artículo 81 CE, al igual que las demás normas de competencia del Tratado, no están dirigidas única y primordialmente a proteger los intereses directos de determinados competidores o consumidores, sino la *estructura del mercado* y, de este modo, la

competencia en cuanto tal (en cuanto institución). Es cierto que de este modo también se protege indirectamente al consumidor. En efecto, donde la competencia en cuanto tal resulta perjudicada, ha de temerse también en última instancia la producción de desventajas para los consumidores.⁴²

59. Por lo tanto, una práctica concertada no tiene un objetivo contrario a la competencia únicamente cuando es apta para tener efectos *directos* sobre los consumidores y los precios que éstos han de pagar o, como lo expresa T-Mobile, sobre el «consumer welfare». Antes bien, ha de considerarse que existe un objetivo contrario a la competencia cuando la práctica concertada es apta para impedir, restringir o falsear *el juego de la competencia* dentro del mercado común. Esto es indicio suficiente para entender que la práctica concertada también puede tener, de manera indirecta, efectos negativos para los consumidores.

60. Una limitación de la prohibición contenida en el artículo 81 CE, apartado 1, a prácticas que tengan efectos directos sobre los precios al consumo final privaría de gran parte de su eficacia práctica a esta disposición central para el mercado común.

42 — Véanse, a este respecto, mis conclusiones *British Airways/Comisión* (citadas en la nota 35), punto 68.

— Basta con un intercambio de información sobre parámetros particulares de la competencia

61. Por lo demás, en contra de la opinión sugerida por el órgano jurisdiccional remitente, no es necesario que una práctica concertada se extienda a todos los parámetros de la competencia. También podrá tener un objetivo contrario a la competencia cuando se refiera únicamente a parámetros particulares de la competencia, como las retribuciones estándar del distribuidor en el presente asunto.

62. Si una empresa reduce unilateralmente las retribuciones que paga a sus distribuidores, esto tendrá normalmente la consecuencia de que los distribuidores tengan menor incentivo para mediar en la celebración de contratos entre dicha empresa y los consumidores finales. Este puede ser, en su caso, un factor que ponga en peligro la cuota de mercado de la empresa de que se trate, sobre todo porque a partir de ese momento puede resultar más atractivo para los distribuidores independientes⁴³ vender con mayor ímpetu los productos de otras empresas a los consumidores finales.⁴⁴ Las empresas se sustraen a este riesgo económico —existente al menos en circunstancias normales de competencia— o lo suavizan, si reducen sus respectivas retribuciones no de manera unilateral sino, como en el caso de autos, en el marco de una práctica concertada que se produce más o menos al mismo tiempo; pues así debilitan la incertidumbre sobre el comportamiento en el mercado de sus competidores. De este modo puede llegarse

a que se impida, o al menos se restrinja o falsee, el juego de la competencia dentro del mercado común. Por consiguiente, dicha práctica concertada tiene un objetivo contrario a la competencia.

63. En el caso de autos hay que añadir que, desde el punto de vista de los operadores de telefonía móvil, las retribuciones de los distribuidores constituyen el precio de compra de los servicios que los distribuidores prestan al mediar en la celebración de abonos de postpago. Como destacó acertadamente la Comisión, también del ejemplo indicado en el artículo 81 CE, apartado 1, letra a), resulta que una práctica concertada relativa a los precios de compra tiene un objetivo contrario a la competencia, prohibido por el Derecho comunitario.

— Sobre la influencia que las condiciones de mercado tienen sobre el comportamiento de los competidores

64. Vodafone alega además que las retribuciones estándar de los distribuidores tenían que haberse reducido de todas formas debido a las condiciones de mercado vigentes en aquel momento. No puede considerarse que un comportamiento paralelo de empresas tiene un objetivo contrario a la competencia si dicho comportamiento puede explicarse por la estructura del mercado y las condiciones económicas existentes en él.

65. Este argumento tampoco me parece convincente, incluso si se considera que es acertado el análisis que Vodafone hace de las condiciones del mercado existentes en dicho momento.

43 — Según lo expuesto por el Gobierno neerlandés, en el año 2001 la celebración de la mayoría de los abonos de postpago en los Países Bajos se produjo con la mediación de distribuidores independientes.

44 — Según la resolución de remisión, también en el caso de autos es el distribuidor el que decide el modo en que vende abonos de postpago a los consumidores y con qué esfuerzo lo hace.

66. Es cierto que no todo comportamiento paralelo de competidores en el mercado es atribuible necesariamente a que éstos hayan concertado sus comportamientos con un objetivo contrario a la competencia.⁴⁵ La situación general en el mercado puede conducir a que todas las empresas que actúan en un mercado lleven a cabo determinadas adaptaciones de su comportamiento de manera similar.⁴⁶

67. Sin embargo, por lo que respecta al momento exacto, al alcance y a las modalidades de la adaptación que han de llevar a cabo las distintas empresas, puede seguir existiendo una incertidumbre de carácter importante. Un intercambio de información que puede eliminar precisamente esa incertidumbre que sigue existiendo entre las partes, tiene un objetivo contrario a la competencia. Según la información disponible es precisamente este tipo de intercambio de información el que se produjo en el caso de autos y este es el punto en el que se diferencia sustancialmente del asunto «pasta de madera» que invoca Vodafone.⁴⁷

68. Objeto del intercambio de información llevado a cabo con ocasión de la reunión de junio de 2001 no fue tanto el *hecho de que se*

produciría una adaptación de determinadas retribuciones –al menos en el caso de uno de los competidores esto parece haberse sabido anteriormente– sino más bien la cuestión de *cómo* se produciría la adaptación en cada caso concreto, es decir, en qué momento, en qué medida y según qué modalidades se produciría la reducción de las retribuciones estándar de los distribuidores prevista por las distintas empresas.

69. No existen indicios de que, habida cuenta del contexto económico del año 2001, quedara excluida cualquier posibilidad de competencia eficaz respecto del momento, el alcance y las modalidades de una posible reducción de las retribuciones estándar de los distribuidores.⁴⁸

70. El artículo 81 CE no impide a los operadores económicos orientar su comportamiento según las condiciones de cada mercado y reaccionar de manera inteligente tanto a las eventuales modificaciones de las condiciones marco en el ámbito económico y jurídico como a los posibles cambios en el comportamiento en el mercado de otras empresas.⁴⁹ Sin embargo, el artículo 81 CE prohíbe efectuar tales adaptaciones excluyendo la libre competencia, por ejemplo, al concertar los competidores su futuro comportamiento y sustraerse de este modo en parte a la presión de la competencia y con ello a los riesgos del mercado.

45 — Sentencia de 31 de marzo de 1993, Ahlström Osakeyhtiö y otros/Comisión, «pasta de madera II» (89/85, 104/85, 114/85, 116/85, 117/85 y 125/85 a 129/85, Rec. p. I-1307), apartado 126; en este mismo sentido, la sentencia C RAM y Rheinzink/Comisión (citada en la nota 22), apartado 20 en relación con el apartado 18.

46 — En este sentido también las conclusiones del Abogado General Mayras, de 2 de mayo de 1972, en el asunto ICI/Comisión (citada en la nota 18), a las que se refiere Vodafone. Para calificar un comportamiento de práctica concertada en el sentido del artículo 85 del Tratado CEE, apartado 1 (actualmente artículo 81 CE, apartado 1), es necesario, según el Abogado General Mayras, que dicho comportamiento «no sea la consecuencia, o cuando menos la *principal consecuencia* de la estructura y de las condiciones económicas del mercado» [véase el título I, sección I, letra D), de dichas conclusiones; el subrayado está en el original].

47 — Sentencia «pasta de madera II» (citada en la nota 45); Vodafone se basa en los apartados 85 a 88 y 123 y 124 de dicha sentencia, que, sin embargo, no contienen ninguna valoración jurídica del Tribunal de Justicia.

48 — En este mismo sentido las sentencias de 29 de octubre de 1980, Van Landewyck y otros/Comisión (209/78 a 215/78 y 218/78, Rec. p. 3125), apartado 153; de 10 de diciembre de 1985, Stichting Sigarettenindustrie y otros/Comisión (240/82 a 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 y 269/82, Rec. p. 3831), apartados 24 a 29, y Montecatini/Comisión (citada en la nota 26), apartado 127.

49 — Sentencias Suiker Unie y otros/Comisión (citada en la nota 18), apartado 174; Züchner (citada en la nota 18), apartado 14; Deere/Comisión (citada en la nota 37), apartado 87; Comisión/Anic Partecipazioni (citada en la nota 18), apartado 117; Hüls/Comisión (citada en la nota 18), apartado 160, y Asnef-Equifax (citada en la nota 19), apartado 53.

71. De pretenderse la no aplicación del artículo 81 CE a tales prácticas, se protegería en definitiva a los competidores de la competencia y se daría preferencia a los intereses de las empresas parte en detrimento del interés público en que exista una competencia no falseada [artículo 3 CE, apartado 1, letra g)]. En cambio, tiene que ser objeto del Derecho comunitario de la competencia *proteger la competencia y no a los competidores*, porque de ello se benefician de manera indirecta los consumidores y el público en general.

El intercambio de información comercial confidencial entre competidores tendrá un objetivo contrario a la competencia cuando sea apto para suprimir la incertidumbre sobre el comportamiento en el mercado previsto por las empresas partícipes y para eludir, de este modo, la libre competencia.

c) Conclusión parcial

2. Sobre la segunda cuestión prejudicial: relación causal entre la práctica concertada y el comportamiento en el mercado

72. Por lo tanto, como conclusión parcial cabe señalar que:

Una práctica concertada tiene un objetivo contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, cuando por su contenido y su finalidad, y teniendo en cuenta su contexto jurídico y económico, es apta para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común de manera concreta. A estos efectos, no es necesario que se impida, restrinja o falsee efectivamente el juego de la competencia ni que exista una relación directa entre la práctica concertada y los precios al consumo final.

73. Mediante su segunda cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si los requisitos de la prueba de la relación causal entre la práctica concertada y el comportamiento en el mercado han de tomarse únicamente del Derecho comunitario o también del Derecho nacional observando determinados límites de Derecho comunitario.

74. El concepto de práctica concertada en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, exige el cumplimiento de tres requisitos: en primer

lugar, una concertación entre las empresas, en segundo lugar, un comportamiento en el mercado que siga a la concertación y, en tercer lugar, una relación de causa a efecto entre la concertación y el comportamiento en el mercado,⁵⁰ sin que dicho comportamiento en el mercado tenga que manifestarse de manera concreta en una restricción de la competencia.⁵¹

75. De conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, es aplicable la presunción *iuris tantum* de que las empresas que participan en la concertación y que permanecen activas en el mercado toman en consideración la información intercambiada con sus competidores, a fin de determinar su comportamiento en dicho mercado; corresponde a las empresas interesadas aportar la prueba en contrario.⁵²

76. La cuestión planteada por el *College van Beroep voor het bedrijfsleven* tiene por objeto que se dilucide si dicha *presunción de causalidad admitida en el Derecho comunitario* ha de tenerse en cuenta por las administraciones y órganos jurisdiccionales nacionales al aplicar el artículo 81 CE.

77. La cuestión de si puede presumirse que existe una relación causal entre la concertación y el comportamiento en el mercado y,

en su caso, en qué medida, es una cuestión de prueba. Es cierto que las cuestiones de prueba suelen considerarse problemas de Derecho sustantivo.⁵³ Sin embargo, en relación con el caso de autos, únicamente cabe deducir del concepto de práctica concertada en cuanto tal *que* una concertación tiene que ser la causa del comportamiento en el mercado de las empresas de que se trata. Por el contrario, el concepto de práctica concertada conforme al artículo 81 CE, apartado 1, no aclara, en contra de la opinión del Gobierno neerlandés y de la Comisión, en qué circunstancias puede considerarse demostrada la relación causal entre la concertación y el comportamiento en el mercado.

78. En procedimientos en los que se examinaban decisiones de la Comisión en materia de competencia, a falta de una regulación expresa, los tribunales comunitarios siempre han solucionado las cuestiones de apreciación de la prueba teniendo en cuenta principios generalmente reconocidos. El hecho de que, en caso de litigio sobre la existencia de una infracción de las normas sobre competencia, incumba a la Comisión probar las infracciones que constate y aportar las pruebas que acrediten de modo suficiente en Derecho la existencia de hechos constitutivos de una infracción, se debe, en suma, a la máxima *«necessitas probandi incumbit ei qui agit»*.⁵⁴

50 — Sentencias Comisión/Anic Partecipazioni (citada en la nota 18), apartado 118, y Hüls/Comisión (citada en la nota 18), apartado 161.

51 — Sentencias Comisión/Anic Partecipazioni (citada en la nota 18), apartado 124; Hüls/Comisión (citada en la nota 18), apartado 165; Montecatini/Comisión (citada en la nota 26), apartado 125, y Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión (citada en la nota 27), apartado 139.

52 — Sentencias Comisión/Anic Partecipazioni (citada en la nota 18), apartados 121 y 126, y Hüls/Comisión (citada en la nota 18), apartados 162 y 167.

53 — De manera diferente parece pronunciarse el Tribunal de Justicia en la sentencia de 17 de julio de 1997, *GT-Link* (C-242/95, Rec. p. I-4449), apartado 23 en relación con el apartado 26.

54 — Jurisprudencia constante, por ejemplo, las sentencias de 17 de diciembre de 1998, *Baustahlgewebe/Comisión* (C-185/95 P, Rec. p. I-8417), apartado 58; *Comisión/Anic Partecipazioni* (citada en la nota 18), apartado 135; *Hüls/Comisión* (citada en la nota 18), apartado 154; *Montecatini/Comisión* (citada en la nota 26), apartado 179, y de 6 de enero de 2004, *BAI y Comisión/Bayer* (C-2/01 P y C-3/01 P, Rec. p. I-23), apartado 62.

A este respecto, el Tribunal de Justicia ha considerado lícita la prueba por indicios.⁵⁵

79. Por el contrario, el Tribunal de Justicia ha precisado que la aplicación del artículo 86 del Tratado CE (actualmente artículo 82 CE) por las autoridades nacionales está regulada, en principio, por las normas procesales nacionales,⁵⁶ también cuando se trata de probar una infracción del artículo 86 del Tratado CE.⁵⁷ No se advierte ninguna razón por la que en relación con el artículo 81 CE (anteriormente artículo 85 del Tratado CE) deba aplicarse otro criterio,⁵⁸ y ello independientemente de si se atribuyen las cuestiones de la prueba al Derecho sustantivo o al Derecho procesal.

80. Es cierto que en la actualidad el artículo 2 del Reglamento n° 1/2003 contiene una regulación explícita de Derecho comunitario sobre la *carga de la prueba* aplicable también en procedimientos nacionales relativos a los

artículos 81 CE y 82 CE. En el caso de una presunción de causalidad, como la del presente asunto, no se trata, a diferencia de lo que considera la Comisión, de una cuestión relativa a la carga de la prueba o a la inversión de la carga de la prueba,⁵⁹ sino de una cuestión de *grado de prueba*.⁶⁰

81. El grado de prueba necesario en procedimientos nacionales sigue sin regulación en el Derecho comunitario. Esto se aprecia claramente cuando se examina el artículo 2 a la luz de la exposición de motivos del Reglamento n° 1/2003. Como precisa su quinto considerando, dicho Reglamento no afecta a las normas nacionales en materia de valoración de la prueba. Por lo tanto, el Derecho comunitario no impide a los órganos jurisdiccionales nacionales determinar el grado de prueba al aplicar los artículos 81 CE y 82 CE con arreglo al Derecho nacional, y ello nuevamente con independencia de si se considera que las cuestiones relativas al grado de prueba forman parte del Derecho sustantivo o del Derecho procesal.

82. No obstante, en la aplicación de disposiciones y principios nacionales al grado de prueba, el órgano jurisdiccional nacional está

55 — Véanse, entre otras, la sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión (citada en la nota 27), apartado 81; así como las sentencias más recientes de 25 de enero de 2007, Sumitomo Metal Industries y Nippon Steel/Comisión (C-403/04 P y C-405/04 P, Rec. p. I-729), apartado 47, y Coop de France Bétail et Viande/Comisión (citada en la nota 27), apartado 88.

56 — Sentencia GT-Link (citada en la nota 53), apartado 23.

57 — Sentencia GT-Link (citada en la nota 53), apartado 26.

58 — Véase, en este sentido, la sentencia de 10 de noviembre de 1993, Otto (C-60/92, Rec. p. I-5683), apartado 14.

59 — Sentencias Hüls/Comisión (citada en la nota 18), apartado 155, y Montecatini/Comisión (citada en la nota 26), apartado 181.

60 — Del *grado de prueba* se desprenden las condiciones en las que ha de considerarse probado un hecho. Éste ha de distinguirse de la *carga de la prueba*, no discutida en el presente asunto. Por la *carga de la prueba* se determina, por un lado, quién ha de alegar los hechos y, en su caso, presentar las correspondientes pruebas (*carga de la prueba subjetiva o formal*). Por otro lado, resulta del reparto de la carga de la prueba quién ha de cargar con el riesgo de que no pueda aclararse un hecho o no pueda demostrarse una alegación (*carga de la prueba objetiva o material*). Véanse, con carácter complementario, mis observaciones expuestas en Kokott, J.: *Beweislastverteilung und Prognoseentscheidungen bei der Inanspruchnahme von Grund- und Menschenrechten*, Berlin/Heidelberg 1993, pp. 12 y ss.

sometido a determinados requisitos mínimos de Derecho comunitario resultantes, en primer lugar, del principio de equivalencia, en segundo lugar, del principio de efectividad y, en tercer lugar, de los principios generales del Derecho comunitario.⁶¹

aplicación de las normas de competencia del Tratado CE. Además, en caso de infracción del Derecho comunitario, el ordenamiento jurídico nacional tiene que establecer sanciones de carácter efectivo, proporcionado y disuasorio.⁶²

83. Por lo que respecta, en primer lugar, al *principio de equivalencia*, los principios nacionales relativos al grado de prueba no pueden ser menos ventajosos que los que se aplican en los correspondientes procedimientos en materia de Derecho de la competencia nacional. Esto significa para un caso como el de autos que la autoridad nacional de defensa de la competencia no puede estar sometida, a los efectos de probar una infracción del artículo 81 CE, a exigencias mayores que las previstas para la prueba de una infracción del artículo 6 de la Mw. Por lo que se advierte, el principio de equivalencia no plantea en el presente asunto dificultad alguna.

84. En segundo lugar, por lo que respecta al *principio de efectividad*, los principios nacionales relativos al grado de prueba no pueden hacer imposible o excesivamente difícil la

85. En este contexto ha de tenerse en cuenta, en particular, que las normas de competencia de los artículos 81 CE y 82 CE se aplican desde el 1 de mayo de 2004⁶³ en un sistema descentralizado que depende esencialmente de la colaboración de las autoridades y órganos jurisdiccionales nacionales.⁶⁴ A este respecto resulta de importancia crucial que se garantice la aplicación uniforme de las normas de competencia en la Comunidad. Si al aplicar las normas de competencia de los artículos 81 CE y 82 CE 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

61 — Véase, por una parte, la redacción al final del quinto considerando del Reglamento nº 1/2003, según la cual las disposiciones normativas nacionales tienen que ser compatibles con los principios generales del Derecho comunitario; véanse, por otra parte, la jurisprudencia constante desde la sentencia de 16 de diciembre de 1976, Rewe-Zentralfinanz y Rewe-Zentral (33/76, Rec. p. 1989), apartado 5, y sobre la necesidad de tener en cuenta los principios de equivalencia y efectividad en procedimientos en materia de competencia, en particular, las sentencias GT-Link (citada en la nota 53), apartado 26; de 20 de septiembre de 2001, Courage y Crehan (C-453/99, Rec. p. I-6297), apartado 29; de 13 de julio de 2006, Manfredi y otros (C-295/04 a C-298/04, Rec. p. I-6619), apartados 62 y 71, y de 18 de enero de 2007, City Motors Groep (C-421/05, Rec. p. I-653), apartado 34.

62 — Jurisprudencia constante desde la sentencia de 21 de septiembre de 1989, Comisión/Grecia (68/88, Rec. p. 2965), apartados 23 y 24; véanse, por ejemplo, las sentencias de 3 de mayo de 2005, Berlusconi y otros (C-387/02, C-391/02 y C-403/02, Rec. p. I-3565), apartado 65, y de 4 de julio de 2006, Adeneler y otros (C-212/04, Rec. p. I-6057), apartado 94.

63 — Esta fecha marca el paso al Derecho procesal en materia de carteles modernizado según el Reglamento nº 1/2003 (véase su artículo 45, apartado 2).

64 — Véanse a este respecto, en particular, los considerandos 4, 6, 7, 8, 21 y 22, del Reglamento nº 1/2003. También por lo que respecta al período anterior al 1 de mayo de 2004, el Tribunal de Justicia había destacado la obligación de lealtad a la que están sometidos los órganos jurisdiccionales nacionales en el ámbito del Derecho de la competencia (sentencia de 14 de diciembre de 2000, Masterfoods y HB, C-344/98, Rec. p. I-11369), apartado 49.

consumidores en toda la Comunidad. Por esta razón, la aplicación uniforme de los artículos 81 CE y 82 CE es un hilo conductor a lo largo de todo el Reglamento n° 1/2003.⁶⁵

86. Bien es cierto que todo esto no obliga a los Estados miembros a que adapten en todos los detalles el grado de prueba aplicable a la comprobación de una infracción del artículo 81 CE en sus respectivos ordenamientos jurídicos al grado de prueba que suelen exigir los tribunales comunitarios cuando examinan la legalidad de las decisiones de la Comisión relativas al artículo 81 CE. Como muestra el quinto considerando del Reglamento n° 1/2003, el legislador comunitario ha aceptado conscientemente divergencias en la práctica de los Estados miembros a este respecto.⁶⁶ Como señala acertadamente KPN, dichas divergencias son inherentes a un sistema descentralizado de aplicación del Derecho.

87. Sin embargo, sería incompatible con el principio de efectividad que los órganos jurisdiccionales nacionales impusieran a la

prueba de una infracción de los artículos 81 CE u 82 CE por las autoridades nacionales de la competencia o por demandantes particulares⁶⁷ unas exigencias tan elevadas que tal prueba se hiciera prácticamente imposible o resultase excesivamente difícil. En particular, los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden desatender las particularidades típicas de la prueba en el examen de infracciones de las normas sobre competencia.

88. Una de esas particularidades es que, en la mayoría de los casos, la existencia de una práctica o de un acuerdo contrario a la competencia debe inferirse de ciertas coincidencias y de indicios que, considerados en su conjunto, pueden constituir, a falta de otra explicación coherente, la prueba de una infracción de las normas sobre competencia,⁶⁸ ya que es habitual que las actividades que implican los acuerdos y prácticas contrarios a la competencia se desarrollen clandestinamente, que las reuniones se celebren en secreto y que la documentación al respecto se reduzca a lo mínimo.⁶⁹

65 — Véase, en particular, el artículo 3, apartados 1 y 2, del Reglamento n° 1/2003. Además, ha de hacerse mención de los artículos 11 y 16 de dicho Reglamento, así como de los considerandos primero, decimocuarto, decimoséptimo, decimonoveno, vigésimo primero y vigésimo segundo de su exposición de motivos.

66 — Tesis análogas ya se encontraban anteriormente en la jurisprudencia; véanse las sentencias Otto (citada en la nota 58), apartado 14, última frase, y GT-Link (citada en la nota 53), apartados 23 a 26.

67 — Sobre el llamado «private enforcement» del Derecho de la competencia, véanse, en particular, las sentencias citadas en la nota 61, Courage y Manfredi; en general, sobre la vigencia del principio de efectividad respecto de las pretensiones civiles, véase, además, la sentencia de 15 de enero de 2004, Penycoed (C-230/01, Rec. 2004, I-937), apartados 36 y 37.

68 — Sobre el artículo 81 CE véanse, por ejemplo, las sentencias Aalborg Portland y otros/Comisión (citada en la nota 27), apartado 57; Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión (citada en la nota 27), apartados 94 y 135; de 21 de septiembre de 2006, Technische Unie/Comisión (C-113/04 P, Rec. p. I-8831), apartado 165, y Sumitomo Metal Industries y Nippon Steel/Comisión (citada en la nota 55), apartado 51; sobre el artículo 82 CE, véanse, por ejemplo, las sentencias de 13 de julio de 1989, Lucazeau y otros (110/88, 241/88 y 242/88, Rec. p. 2811), apartado 25, y GT-Link (citada en la nota 53), apartado 42.

69 — Sentencias Aalborg Portland y otros/Comisión (citada en la nota 27), apartado 55, y Sumitomo Metal Industries y Nippon Steel/Comisión (citada en la nota 55), apartado 51.

89. Dichas particularidades de la prueba de las infracciones de las normas en materia de competencia implican, en especial, que la autoridad o el particular sobre el que recae la carga de la prueba tiene que poder extraer ciertas conclusiones de determinados hechos típicos con arreglo a principios basados en la experiencia. En este caso, corresponde a la parte contraria –normalmente la empresa a la que se acusa de haber adoptado un comportamiento contrario a la competencia– oponerse a tales conclusiones extraídas *prima facie*, con arreglo a principios basados en la experiencia y desde hechos típicos, presentando pruebas en contrario concluyentes. De no ser así tales conclusiones satisfacen las exigencias de la carga de la prueba.⁷⁰ Dicho de otro modo, se produce una interacción entre las respectivas obligaciones de formular alegaciones, que es una cuestión previa a la de la carga de la prueba objetiva.⁷¹

90. La presunción de que existe una relación causal entre la concertación y el comportamiento en el mercado, reconocida por el Tribunal de Justicia en relación con las prácticas concertadas, no es otra cosa que una conclusión legítima a la que se llega desde un hecho típico con arreglo a principios basados en la experiencia. Si se demuestra que dos o más empresas llegaron a una concertación y que dichas empresas adoptaron posteriormente un comportamiento en

el mercado correspondiente a dicha concertación, se impone considerar que existe una relación causal entre la concertación y el comportamiento en el mercado, salvo que las empresas expliquen su comportamiento en el mercado de manera concluyente mediante la aportación de pruebas en contrario.⁷²

91. Por lo tanto, si, como en el caso de autos, los competidores intercambian información sobre una posible reducción de las retribuciones de los distribuidores y posteriormente llevan a cabo efectivamente tales reducciones de manera más o menos paralela, sería extraño considerar, a falta de otras explicaciones plausibles, que tal intercambio de información no es cuando menos una de las causas de su comportamiento en el mercado.⁷³ Normalmente ha de entenderse que las empresas que participan en la concertación y que permanecen activas en el mercado toman en consideración la información intercambiada con sus competidores a la hora de determinar su comportamiento en dicho mercado.⁷⁴

70 — En este sentido la sentencia Aalborg Portland y otros/Comisión (citada en la nota 27), apartado 79; de manera análoga, la sentencia Lucazeau y otros (citada en la nota 68), apartado 25.

71 — Véanse también, a este respecto, mis conclusiones de 8 de diciembre de 2005 en el asunto Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied/Comisión (citada en la nota 27), punto 73.

72 — En este sentido las sentencias Comisión/Anic Partecipazioni (citada en la nota 18), apartados 121 y 126, y Hüls/Comisión (citada en la nota 18), apartados 162 y 167; véase, además, el punto 66 de estas conclusiones, así como la jurisprudencia citada en la nota 45.

73 — Véanse, a este respecto, nuevamente los puntos 64 a 71 de estas conclusiones.

74 — Sentencias Comisión/Anic Partecipazioni (citada en la nota 18), apartado 121, y Hüls/Comisión (citada en la nota 18), apartado 162.

92. Por último, procede recordar que, al iniciar acciones judiciales e imponer sanciones por infracción de los artículos 81 CE y 82 CE, las autoridades y los órganos jurisdiccionales nacionales están vinculados por los principios generales del Derecho comunitario y, en particular, por los derechos fundamentales reconocidos a escala comunitaria.⁷⁵ Uno de estos derechos fundamentales aplicable en los procedimientos por los que se imponen sanciones por infracción de las normas sobre competencia es la presunción de inocencia;⁷⁶ ésta forma parte de las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros y resulta del artículo 6, apartado 2, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.⁷⁷ Recientemente también ha encontrado entrada en el artículo 48, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.⁷⁸

93. Sin embargo, no puede considerarse contrario a la presunción de inocencia el hecho de que, en procedimientos en materia de competencia, determinados hechos típicos permitan llegar a ciertas conclusiones en virtud de la experiencia si las empresas de

que se trate pueden refutar dichas conclusiones.⁷⁹ En el procedimiento penal clásico también se reconocen la prueba indiciaria y la remisión a principios basados en la experiencia.

94. Cabe afirmar, resumiendo, lo siguiente:

En los procedimientos celebrados ante los órganos jurisdiccionales nacionales, el grado de prueba necesario para demostrar la existencia de una infracción del artículo 81 CE se rige por el correspondiente ordenamiento jurídico nacional, debiendo tenerse en cuenta los principios de equivalencia y efectividad, así como los principios generales del Derecho comunitario.

De conformidad con el principio de efectividad, no pueden imponerse a la prueba de una infracción del artículo 81 CE exigencias tan elevadas que tal prueba se haga prácticamente imposible o resulte excesivamente difícil. En particular, los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden dejar al margen

75 — Sentencias de 13 de abril de 2000, *Karlsson y otros* (C-292/97, Rec. p. I-2737), apartado 37, y de 3 de mayo de 2007, *Advocaten voor de Wereld* (C-303/05, Rec. p. I-3633), apartado 45; véase también el artículo 51, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

76 — Sentencias *Hüls/Comisión* (citada en la nota 18), apartados 149 y 150, y *Montecatini/Comisión* (citada en la nota 26), apartados 175 y 176.

77 — Firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950.

78 — La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea fue solemnemente proclamada por primera vez en Niza el 7 de diciembre de 2000 (DO 2000, C 364, p. 1) y de nuevo, más tarde, el 12 de diciembre de 2007 en Estrasburgo (DO 2007, C 303, p. 1). Aunque, como tal, no tiene efectos jurídicos vinculantes similares a los del Derecho primario, en tanto que fuente de conocimiento jurídico proporciona aclaraciones sobre los derechos fundamentales que garantiza el Derecho comunitario; a este respecto, véanse también la sentencia de 27 de junio de 2006, *Parlamento/Consejo, «Reagrupación familiar»* (C-540/03, Rec. p. I-5769), apartado 38, y el punto 108 de las conclusiones que presenté el 8 de septiembre de 2005 en dicho asunto, así como la sentencia de 13 de marzo de 2007, *Unibet* (C-432/05, Rec. p. I-2271), apartado 37.

79 — En este sentido también las sentencias *Hüls/Comisión* (citada en la nota 18), apartado 155, y *Montecatini/Comisión* (citada en la nota 26), apartado 181, según la cual dicha actuación no constituye inversión indebida de la carga de la prueba.

las particularidades típicas de la prueba de las infracciones de las normas sobre competencia y tienen que permitir el recurso a los principios basados en la experiencia al apreciar hechos típicos.

siempre que las empresas que participen en la concertación sigan operando en el mercado.

Sin perjuicio de la posibilidad de presentar prueba en contrario, que corresponde a las empresas, también ha de considerarse ante los tribunales nacionales que las empresas que participan en una concertación y que permanecen activas en el mercado toman en consideración la información intercambiada con sus competidores a la hora de determinar su comportamiento en dicho mercado.

96. Esta cuestión se debe a que en el presente asunto se produjo una única reunión entre representantes de los operadores neerlandeses de servicios de telecomunicaciones móviles, a saber, en junio de 2001.

97. T-Mobile, KPN y Vodafone consideran que la presunción de que existe una relación causal es una excepción que ha de interpretarse de manera restrictiva y que ha de quedar limitada al caso de la concertación regular entre empresas y no puede extenderse al supuesto de una concertación que se produce una sola vez.

3. Sobre la tercera cuestión prejudicial: Presunción de causalidad en caso de una sola concertación

95. Adicionalmente a la segunda cuestión prejudicial, el órgano jurisdiccional remitente pretende, esencialmente, mediante su tercera cuestión que se dilucide si la presunción de que existe una relación causal entre la concertación y el comportamiento en el mercado únicamente es aplicable a una concertación que se produzca a lo largo de un período dilatado o también en los casos en que una concertación se dé una sola vez,

98. No comparto esta tesis.

99. De las sentencias en las que el Tribunal de Justicia reconoció la presunción de que existe una relación causal no cabe deducir que dicha presunción sea una excepción a la regla general ni que sea aplicable exclusivamente a los supuestos de concertaciones regulares o al menos reiteradas. Antes bien, ha de conside-

rarse que la presunción de que existe una relación causal es, con arreglo a la formulación elegida por el Tribunal de Justicia, el caso normal, pues la presunción se «aplicará» de manera general y está sujeta a una única limitación: puede refutarse por la prueba en contrario que corresponde aportar a los operadores interesados.⁸⁰

100. La posterior remisión del Tribunal de Justicia a que una concertación se produzca regularmente a lo largo de un período dilatado no constituye una limitación adicional de la presunción de causalidad. Por el contrario, ha de entenderse que la presunción de que existe una relación causal se ve reforzada cuando las empresas han concertado su comportamiento regularmente a lo largo de un período dilatado. Esta tesis ya se demuestra por la formulación elegida por el Tribunal de Justicia: «Máxime cuando [...]».⁸¹

101. De la jurisprudencia del Tribunal de Primera Instancia, citada por T-Mobile,⁸² en la que según los hechos se trataba de la participación en varias reuniones con un

objetivo contrario a la competencia, tampoco puedo deducir limitación general alguna de la presunción de causalidad.

102. Si mediante la distinción entre participación en una sola reunión y participación en una serie de reuniones, el Abogado General Cosmas pensaba en el asunto Comisión/Anic Partecipazioni⁸³ en una presunción de causalidad menos amplia, el Tribunal de Justicia no lo siguió en este punto.

103. Añado que, desde un punto de vista material, no es necesario limitar la presunción de que existe una relación causal a casos en los que se producen concertaciones de manera regular a lo largo de un período dilatado. Considero que no existe ningún principio general basado en la experiencia según el cual un único intercambio de información entre competidores no pueda conducir a una concertación de su comportamiento en el mercado contraria a la competencia y ésta únicamente sea posible por los contactos regulares a lo largo de un período dilatado.⁸⁴ De este modo, la presunción de inocencia invocada por las partes tampoco exige que, en relación con la causalidad, el supuesto de una concertación única se trate de manera distinta

80 — Sentencias Comisión/Anic Partecipazioni (citada en la nota 18), apartado 121, primera frase, y Hüls/Comisión (citada en la nota 18), apartado 162, primera frase.

81 — Sentencias Comisión/Anic Partecipazioni (citada en la nota 18), apartado 121, segunda frase, y Hüls/Comisión (citada en la nota 18), apartado 162, segunda frase.

82 — Sentencia de 12 de julio de 2001, Tate & Lyle y otros/Comisión (T-202/98, T-204/98 y T-207/98, Rec. p. II-2035), apartado 66.

83 — Conclusiones de 15 de julio de 1997, en el asunto Comisión/Anic Partecipazioni (citado en la nota 18), punto 56.

84 — De este modo se reconoce en la jurisprudencia que una infracción del artículo 81 CE puede resultar no sólo de un acto aislado, sino también de una serie de actos o incluso de un comportamiento continuado; véanse las sentencias Comisión/Anic Partecipazioni (citada en la nota 18), apartado 81, y Aalborg Portland y otros/Comisión (citada en la nota 27), apartado 258.

del supuesto en el que la concertación se produce regularmente a lo largo de un período dilatado.

104. Como señala acertadamente el Gobierno neerlandés, depende del objeto de la concertación y de las correspondientes circunstancias del mercado cuántas veces, con qué frecuencia y en qué forma tienen que entrar en contacto los competidores para llegar a una concertación de su comportamiento en el mercado.

105. Si los operadores que participan en la concertación crean un cartel con un sistema complejo y sofisticado para una concertación duradera en relación con un gran número de aspectos de su comportamiento en el mercado, puede ser necesaria la toma de contacto regular a lo largo de un período dilatado. Por el contrario, si, como en el caso de autos, un acuerdo puntual relativo a una concertación del comportamiento en el mercado tiene por objeto un único parámetro de la competencia, una única toma de contacto entre los competidores ya puede formar la base suficiente para alcanzar el objetivo contrario a la competencia que pretenden las empresas y ser la causa del posterior comportamiento en el mercado.

106. Por lo tanto, el mero hecho de que solamente se produjera una única toma de contacto no significa necesariamente que las pruebas sean insuficientes. Únicamente resulta decisivo que la toma de contacto —aunque sea un único intercambio de información con ocasión de una sola reunión— haya permitido a las empresas participantes en el caso concreto concertar efectivamente su respectivo comportamiento en el mercado y sustituir así conscientemente los riesgos de

la competencia por una cooperación práctica entre ellas. En el caso de autos, toda la información de que dispone el Tribunal de Justicia apunta a que fue así, puesto que tras una única toma de contacto se produjo efectivamente una reducción de las retribuciones estándar de los distribuidores.

107. No obstante, el número y la frecuencia de los contactos entre competidores puede ser un indicio de la duración y la gravedad de la infracción de las normas sobre competencia. Éstas deberán tenerse en cuenta al determinar el importe de la eventual multa⁸⁵ y puede tener un papel en el cálculo de la posible indemnización a terceros, entre otras cosas, cuando conforme al Derecho nacional aplicable ha de concederse una indemnización de carácter punitivo.⁸⁶

108. Cabe afirmar, resumiendo, lo siguiente:

Aun cuando solamente se produzca una única concertación entre competidores que permanecen activos en el mercado, cabe la presunción *iuris tantum* de que dicha concertación ha producido efectos sobre su comportamiento en el mercado. Dicha presunción será aplicable, en particular, cuando el objeto del litigio sólo sea una concertación puntual respecto de una única adaptación del comportamiento en el mercado de los operadores en relación con un único parámetro de la competencia.

85 — A escala comunitaria, esto resulta expresamente del artículo 23, apartado 3, del Reglamento n° 1/2003.

86 — Véase, a este respecto, la sentencia Manfredi y otros (citada en la nota 61), apartado 92.

VI. Conclusión

109. A la vista de las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones formuladas por el College van Beroep voor het bedrijfsleven del siguiente modo:

- «1) a) Una práctica concertada tiene un objetivo contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, cuando por su contenido y su objetivo, y teniendo en cuenta su contexto jurídico y económico, es apta para impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común de manera concreta. A estos efectos, no es necesario que se impida, restrinja o falsee efectivamente el juego de la competencia ni que exista una relación directa entre la práctica concertada y los precios al consumo final.

 - b) El intercambio de información comercial confidencial entre competidores tendrá un objetivo contrario a la competencia cuando sea apto para suprimir la incertidumbre sobre el comportamiento en el mercado previsto por las empresas partícipes y para eludir, de este modo, la libre competencia.
-
- 2) a) En los procedimientos celebrados ante los órganos jurisdiccionales nacionales, el grado de prueba necesario para demostrar la existencia de una infracción del artículo 81 CE se rige por el correspondiente ordenamiento jurídico nacional, debiendo tenerse en cuenta los principios de equivalencia y efectividad, así como los principios generales del Derecho comunitario.

- b) De conformidad con el principio de efectividad, no pueden imponerse a la prueba de una infracción del artículo 81 CE exigencias tan elevadas que tal prueba se haga prácticamente imposible o resulte excesivamente difícil. En particular, los órganos jurisdiccionales nacionales no pueden dejar al margen las particularidades típicas de la prueba de las infracciones de las normas sobre competencia y tienen que permitir el recurso a los principios basados en la experiencia al apreciar hechos típicos.

 - c) Sin perjuicio de la posibilidad de presentar prueba en contrario, que corresponde a las empresas, también ha de considerarse ante los tribunales nacionales que las empresas que participan en una concertación y que permanecen activas en el mercado toman en consideración la información intercambiada con sus competidores a la hora de determinar su comportamiento en dicho mercado.
- 3) Aun cuando solamente se produzca una única concertación entre competidores que permanecen activos en el mercado, cabe la presunción *iuris tantum* de que dicha concertación ha producido efectos sobre su comportamiento en el mercado. Dicha presunción será aplicable, en particular, cuando el objeto del litigio sólo sea una concertación puntual respecto de una única adaptación del comportamiento en el mercado de los operadores en relación con un único parámetro de la competencia.»