

INFORME PARA LA VISTA presentado en el asunto C-62/86 *

Índice

I. Hechos y procedimiento	I - 3364
A. Contexto y origen del litigio	I - 3365
1. Las empresas	I - 3365
2. Los productos	I - 3365
3. El mercado de peróxidos orgánicos	I - 3366
4. El mercado de aditivos de la harina en el Reino Unido y en Irlanda	I - 3366
5. Los compradores	I - 3366
6. El precio de los aditivos de la harina en el Reino Unido antes del conflicto	I - 3367
7. El desarrollo del conflicto entre AKZO y ECS	I - 3367
B. Valoración jurídica hecha por la Comisión	I - 3371
1. Mercado de referencia y posición dominante	I - 3371
2. Abuso de posición dominante	I - 3372
3. Continuación del comportamiento abusivo después de la Decisión sobre medidas provisionales	I - 3374
4. Existencia de un abuso en el mercado de peróxidos orgánicos resultante de prácticas efectuadas en otro mercado	I - 3374
5. Efecto importante sobre la competencia resultante del abuso	I - 3374
6. Efectos sobre los intercambios entre Estados miembros	I - 3374
7. Destinatario de la Decisión	I - 3375
8. Abuso de posición dominante en el mercado de aditivos de la harina en el Reino Unido y en Irlanda	I - 3375
9. Multa	I - 3376

* Lengua de procedimiento: neerlandés.

10. Otras medidas impuestas	I - 3376
II. Fase escrita y pretensiones de las partes	I - 3376
III. Motivos y alegaciones de las partes	I - 3377
A. Sobre el mercado de referencia	I - 3377
1. El mercado de peróxidos orgánicos	I - 3377
2. El mercado de aditivos de la harina	I - 3378
B. Sobre la posición dominante de AKZO	I - 3380
1. El mercado de peróxidos orgánicos	I - 3380
2. El mercado de aditivos de la harina	I - 3381
C. Consideraciones sobre el abuso globalmente considerado	I - 3383
D. Consideraciones sobre los abusos específicos	I - 3388
1. Las presuntas amenazas proferidas contra ECS	I - 3388
2. Las ofertas realizadas a partir de finales de 1980 a Allied Mills y a los fabricantes de harina independientes	I - 3389
3. La aplicación prolongada a Spillers y a RHM de precios inferiores a los costes	I - 3390
4. La presunta utilización de productos de reclamo	I - 3390
5. Las solicitudes de precisiones relativas a las ofertas efectuadas por ECS y Diaflex a Spillers y a RHM	I - 3390
E. Sobre la continuación del abuso después de la adopción de las medidas provisionales ..	I - 3391
F. Sobre los vicios procesales	I - 3391
G. Sobre la multa	I - 3392
H. Sobre las medidas impuestas	I - 3393
IV. Respuestas a las preguntas del Tribunal de Justicia	I - 3394

I. Hechos y procedimiento

Mediante Decisión de 14 de diciembre de 1985 (DO L 374, p. 1), la Comisión declaró (artículo 1) que la sociedad AKZO Chemie BV había infringido el artículo 86 del Tratado CEE, al adoptar frente a la sociedad Engineering and Chemical Supplies (Epsom and Gloucester) Ltd (en lo sucesivo, «ECS») un comportamiento destinado a socavar el negocio de ésta y a provocar su retirada del mercado comunitario de peróxidos orgánicos y, en particular, al:

- Haber proferido amenazas directas contra ECS, en el transcurso de reuniones celebradas a finales de 1979, con el objeto de conseguir que se retirase del mercado de peróxidos orgánicos aplicables a los «plásticos».
- Haber ofrecido y suministrado sistemáticamente, a partir de diciembre de 1980 (*grosso modo*), aditivos de la harina a la clientela de ECS a precios normalmente bajos, con objeto de dañar la viabilidad comercial de ECS, obligándola a abandonar su clientela a AKZO o a bajar sus precios hasta vender con pérdidas para poder conservarla.
- Haber efectuado ofertas selectivas a los clientes de ECS por los aditivos de la harina, manteniendo los precios considerablemente superiores (hasta el 60 %) que practicaba frente a compradores comparables que ya formaban parte de su clientela habitual.
- Haber ofrecido a los clientes de ECS bromato de potasio y una mezcla de vitaminas (cuando normalmente no sumi-

nistraba este último producto) a precio de reclamo, en el marco de un contrato global que comprendía el peróxido de benzoilo, con el fin de atraer a su clientela hacia la gama completa de aditivos de la harina, eliminando de este modo a ECS.

- Haber mantenido, dentro del plan cuyo objetivo era perjudicar a ECS, los precios de los aditivos de la harina en el Reino Unido a un nivel artificialmente bajo durante un periodo prolongado, situación que podía soportar gracias a que sus medios económicos eran superiores a los de ECS.
- Haber seguido una política eliminadora, al conseguir de RHM y de Spillers detalles precisos sobre las ofertas que les hacían otros proveedores de aditivos de la harina (incluida ECS) y al realizar seguidamente una oferta a un precio ligeramente inferior a la oferta más baja de la competencia, con el fin de conseguir el pedido, a lo cual debe añadirse (en el caso de Spillers) la obligación impuesta al cliente de comprar a AKZO Chemie todas sus provisiones de aditivos de la harina.

Por este comportamiento, se le impuso a AKZO Chemie BV una multa de 10 millones de ECU, es decir, 24 696 000 HFL (artículo 2). Por otra parte, se ordenó tanto a AKZO Chemie BV como a sus filiales que cesasen la infracción comprobada. En particular, se les ordenó que no efectuaran ofertas ni aplicasen precios que hicieran pagar a los clientes que se disputaban con ECS precios diferentes a los que practicaban a clientes comparables.

El recurso tiene por objeto, con carácter principal, la anulación de la Decisión en su conjunto y, con carácter subsidiario, la anulación de la multa o, cuando menos, su reducción.

En la Decisión de la Comisión se relatan los siguientes hechos.

A. Contexto y origen del litigio

1. Las empresas

AKZO NV es un importante grupo químico neerlandés, cuyo volumen de negocios era en 1984 de 16 520 millones de HFL (aproximadamente 6 608 millones de ECU). Su filial AKZO Chemie BV y las filiales de esta última obtuvieron en el sector de especialidades químicas un volumen de negocios de 2 498 millones de HFL (aproximadamente 1 000 millones de ECU). AKZO Chemie UK Ltd es filial al cien por cien de AKZO Chemie BV. Su volumen de negocios en 1984 era de 65 millones de UKL (aproximadamente 110 millones de ECU).

En el presente informe para la vista, se designa como «AKZO» a la unidad económica constituida por AKZO Chemie BV y sus filiales. Cuando el contexto requiere una distinción entre sociedades matrices y filiales, se designa a AKZO Chemie BV como «AKZO Chemie» y a AKZO Chemie UK Ltd como «AKZO UK».

ECS es una empresa inglesa, constituida en 1969, cuya actividad originaria era la producción y venta de aditivos de la harina y, en particular, de agentes blanqueadores a base de peróxido de benzoilo; desde 1979,

produce igualmente peróxido de benzoilo, que puede servir de catalizador en la industria de los polímeros (aplicación «plásticos»).

2. Los productos

Los peróxidos orgánicos son productos químicos que desempeñan una función esencial en la fabricación de plástico, donde sirven de «iniciadores» para diversas operaciones. En la industria de los polímeros, sus principales aplicaciones son las siguientes:

- Iniciadores del proceso de polimerización o de copolimerización de los vinilos monómeros, uso que representa el 40 % del consumo de peróxidos orgánicos.
- Agentes endurecedores de los elastómeros y las resinas, cuyo uso tiene idéntica importancia que el precedente.
- Agentes de reticulización de los etilenos/propilenos y del caucho sintético o de las siliconas, uso que representa alrededor del 10 % del consumo. Los polímeros reticulados se utilizan, en particular, en la fabricación de revestimientos reforzados para piezas y accesorios del automóvil.

Al parecer, no existen, o apenas existen, productos sustitutivos de los peróxidos orgánicos en los dos primeros campos de aplicación. Únicamente en el tercero, ciertos productos a base de azufre podrían sustituir

a los peróxidos orgánicos en la vulcanización del caucho sintético. No obstante, los compuestos del azufre no poseen todas las propiedades técnicas requeridas para constituir productos sustitutivos completos.

El peróxido de benzoilo es el primer peróxido orgánico a nivel de producción y de diversidad de aplicaciones. Al margen de su empleo para la fabricación de plásticos se utiliza, en particular, como agente blanqueador de la harina en el Reino Unido y en Irlanda.

3. *El mercado de peróxidos orgánicos*

En 1981, AKZO Chemie atribuyó al mercado mundial de peróxidos orgánicos un valor de unos 325 millones de ECU, de los cuales más de un tercio correspondía a AKZO NV y a las sociedades a ella vinculadas. En el mercado europeo, AKZO Chemie estimó su cuota —constante, por otra parte, desde hace varios años— en alrededor del 50 %. Las cuotas de los competidores permanecieron estables igualmente durante los cinco últimos años. Interrox, común a Solvay y a Laporte, ocupa el segundo lugar en el mercado; Lucidol/Luperox, el tercero.

4. *El mercado de aditivos de la harina en el Reino Unido y en Irlanda*

El peróxido de benzoilo, al margen de su empleo en la fabricación de plásticos, se utiliza como agente blanqueador de la harina en el Reino Unido y en Irlanda, habida cuenta del particular proceso de fabricación del pan seguido en dichos países. El peróxido

de benzoilo lo compran los fabricantes de harina, que lo utilizan en el tratamiento de la misma. Este procedimiento de fabricación del pan implica también el empleo de otros aditivos, a saber, esencialmente el bromato de potasio y las mezclas de vitaminas, que se utilizan, bien por parte de los fabricantes de harina en el tratamiento de este producto, bien por los panaderos en la elaboración de la pasta. Dichos aditivos pueden suministrarse en disoluciones diversas, según las necesidades del cliente.

Sólo existen tres empresas que ofrecen en el Reino Unido y en Irlanda una gama completa o casi completa de aditivos de la harina. Se entiende por gama completa una serie de productos que comprenden el peróxido de benzoilo, el bromato de potasio y las mezclas de vitaminas. En 1982, según sus propias estimaciones, AKZO UK poseía la parte más importante del mercado con un 52 %. Competía, por una parte, con ECS, cuya cuota de mercado era aproximadamente del 35 %, y, por otra, con Diaflex, que tenía alrededor del 13 % del mercado. La Comisión calcula que dichas cuotas eran en 1984 del 55 % para AKZO UK, del 30 % para ECS y del 15 % para Diaflex.

5. *Los compradores*

Por lo que respecta a los aditivos de la harina, una primera categoría de compradores la constituyen en el Reino Unido los tres grandes grupos de fabricantes de harina, a saber, RHM, Spillers y Allied Mills. RHM fue también, hasta su reciente cierre, uno de los dos grandes clientes fabricantes de harina en Irlanda. Estos tres grupos representan aproximadamente el 85 % de la demanda (RHM y Allied, el 31 % cada uno, y Spillers, el 23 %).

La segunda categoría de compradores la constituyen los «grandes fabricantes de harina independientes» (es decir, los que no pertenecen a uno de los tres grupos de sociedades mencionados más arriba). Representan aproximadamente el 10 % de la demanda.

Por último, una tercera categoría de compradores la componen los «pequeños fabricantes de harina independientes», que representan el 5 % de la demanda.

Antes del conflicto, RHM repartía sus pedidos entre AKZO UK y Diaflex. Spillers se abastecía principalmente de AKZO UK y, en menor medida, de Diaflex. Por el contrario, Allied Mills, a través de su central de compras Provincial Merchants Ltd, se abastecía exclusivamente de ECS (salvo una fábrica de harina de este grupo, que se abastecía de AKZO UK). Por otra parte, ECS tenía dos tercios del conjunto de la clientela de independientes y AKZO UK el tercio restante.

Desde 1982, se produjo una evolución en la clientela. Así, AKZO UK se convirtió, por una parte, en el proveedor en exclusiva de Spillers y, por otra, ganó como clientes, en detrimento de ECS, a varias fábricas de harina del Grupo Allied y un tercio suplementario de la clientela de independientes.

6. El precio de los aditivos de la harina en el Reino Unido antes del conflicto

Antes de que estallara el conflicto entre ECS y AKZO, a finales de 1979, los precios de aditivos de la harina en el Reino Unido subieron regularmente por segmentos del 10 %.

A mediados del año 1977, AKZO UK facturaba el peróxido de benzoilo 16 % a Spillers a 419 UKL la tonelada y el bromato de potasio 10 % a 267 UKL la tonelada. Dichos precios, mediante una serie de subidas del 10 %, se elevaron en febrero de 1980 a 605 y 405 UKL, respectivamente. Los precios facturados por AKZO UK a RHM variaron en proporciones idénticas.

Por lo que respecta a los independientes, que compran cantidades inferiores, los precios de AKZO UK alcanzaron, el 2 de julio de 1979, 665 UKL para el peróxido de benzoilo 16 % y 468 UKL para el bromato de potasio.

Los precios facturados por Diaflex a los clientes que compartía con AKZO UK correspondieron siempre, salvo diferencias mínimas, a los de ésta.

Los precios practicados por ECS antes del conflicto se sitúan, en general, un 10 % por debajo de los precios facturados por AKZO UK. Así, en agosto de 1979, ECS vendía a Allied el peróxido de benzoilo 16 % a 532 UKL y el bromato de potasio 10 % a 336 UKL. En el mismo momento, ECS facturaba el peróxido de benzoilo 16 % a 630 UKL a los independientes.

7. El desarrollo del conflicto entre AKZO y ECS

Antes de 1977, ECS compró peróxido de benzoilo a AKZO UK para revenderlo a los fabricantes de harina. En 1977, ECS comenzó a producirlo ella misma y llegó a hacerlo, según sus propias estimaciones, a costes inferiores a los de AKZO.

En 1979, ECS decidió vender peróxido de benzoilo a fabricantes de plásticos, primero en el Reino Unido y después en la República Federal de Alemania. En este último país, ECS vendió en septiembre de 1979 una partida de peróxido de benzoilo a BASF, uno de los principales clientes de AKZO en el sector del plástico. Los precios de venta practicados por ECS en dicha ocasión fueron inferiores a los de AKZO.

El 16 de noviembre de 1979, directivos de AKZO UK se reunieron a petición propia con directivos de ECS. Según el acta de dicha reunión redactada por los directivos de ECS, AKZO UK amenazó a ECS con una reducción de precios tan general como selectiva en el sector de aditivos de la harina si ECS no se retiraba del sector de los plásticos. Los dirigentes de AKZO UK declararon que estaban dispuestos; si fuera preciso, a vender por debajo de su precio de coste y a financiar la operación con los beneficios obtenidos en otros sectores de actividad. Dichas amenazas fueron reiteradas en el transcurso de una segunda reunión celebrada el 3 de diciembre de 1979, a la que asistieron representantes de AKZO Chemie.

Un directivo de AKZO UK, el Sr. McKee, elaboró un acta de dichas reuniones, de la que tuvo conocimiento posteriormente la Comisión, en diciembre de 1982, con motivo de las comprobaciones que efectuó con arreglo al apartado 3 del artículo 14 del Reglamento nº 17. En la citada nota interna, el Sr. McKee exponía detalladamente un plan dirigido a meter en vereda a ECS y a eliminarla si fuere necesario. La estrategia consistía en hablar con cada uno de los clientes de ECS y ofrecerle una gama de aditivos de la harina a precios inferiores a los del momento. Dichas ofertas obligaron, por otra parte, a AKZO UK a reducir un poco los precios que facturaba a su propia

clientela. La nota incluía un análisis de las repercusiones de dichas ofertas a bajo precio sobre la rentabilidad de AKZO UK. La Comisión reconoce, sin embargo, que dicho plan no pudo ponerse en práctica tal como fue concebido.

En efecto, algunos días después de la segunda reunión, el 5 de diciembre de 1979, ECS solicitó a la High Court de Londres que prohibiese a AKZO poner en práctica sus amenazas, basándose en que se trataba de una infracción del artículo 86 del Tratado. La High Court admitió dicha solicitud por la vía de una medida provisional.

En el transcurso del procedimiento, AKZO Chemie y AKZO UK negaron firmemente, bajo juramento, haber proferido las amenazas que les imputa ECS.

Posteriormente, las partes llegaron a un acuerdo fuera de los tribunales. En virtud de dicho acuerdo, AKZO se comprometía a no reducir ni en el Reino Unido ni en ningún otro lugar sus precios de venta normales del peróxido de benzoilo destinado a aplicaciones en plásticos o como aditivo de la harina «con la intención de eliminar a ECS como competidor». Desde el punto de vista procesal, dicho compromiso tenía el valor de un auto sobre medidas provisionales y era válido por un período de dos años y medio a partir de marzo de 1980.

El referido acuerdo puso fin al procedimiento ante la High Court.

Con posterioridad a dicho auto, a principios de 1980, AKZO UK incrementó un 10 % los precios que ofrecía a sus propios clientes.

ECS no lo hizo, con lo que la diferencia habitual de precio entre los dos proveedores se hizo más clara aún.

La Comisión analiza a continuación la situación de cada comprador.

Tras la citada subida de precios, Spillers, por su parte, se puso en contacto con ECS. Esta hizo una oferta al precio de 532 UKL la tonelada por el peróxido de benzoilo 16 % y de 336 UKL la tonelada por el bromato de potasio 10 %, es decir, una oferta que incluía precios idénticos a los que aplicaba al Grupo Allied. Los precios practicados en aquel momento por AKZO UK a Spillers eran de 605 y 405 UKL, respectivamente. Habida cuenta de dicha oferta, de la que tuvo conocimiento su representante, AKZO UK ajustó sus precios a la baja.

Más tarde, en 1980, Spillers solicitó una oferta a los tres proveedores de aditivos de la harina para un contrato a precio fijo de seis o doce meses de duración. ECS volvió a los precios ofrecidos anteriormente, proponiendo precios inferiores para una mezcla especial barata. Por su parte, Diaflex propuso por una mezcla cargada con yeso, es decir, un producto más barato, para un contrato de seis meses, 490 UKL para el peróxido de benzoilo y 310 UKL para el bromato de potasio. AKZO UK, que tuvo conocimiento detallado a través de Spillers de las ofertas de sus competidores, ofreció por una mezcla normal un precio inferior en 1 UKL al precio propuesto por Diaflex, y consiguió el pedido.

Por su parte, RHM contactó también con ECS. Esta le hizo una oferta a precios equivalentes a los que practicaba a Allied Mills.

No se hizo ningún pedido tras dicha oferta. De acuerdo con los datos proporcionados por Diaflex, que tuvo conocimiento de la oferta de ECS, AKZO UK redujo entonces sus precios de 769 a 660 UKL para el peróxido de benzoilo 20 % y de 405 a 330 UKL para el bromato de potasio 10 %. Posteriormente, se bajaron aún dichos precios, en marzo de 1982, a 629 y 309 UKL, respectivamente.

Por lo que respecta al Grupo Allied, y después de conocer la oferta de ECS a RHM, a finales de 1980, AKZO UK decidió mostrarse más agresiva. Se puso en contacto con Provincial Merchants, que era la central de compras de dicho Grupo. La oferta se refería al peróxido de benzoilo 16 % de calidad normal y al bromato de potasio 10 %, por unos precios de 517,90 y 314,90 UKL respectivamente, es decir, el nivel de precios propuesto por ECS a Spillers por mezclas especiales baratas.

En aquel momento, ECS facturaba al Grupo Allied Mills unos precios de 532 y 336 UKL, respectivamente. Por su parte, AKZO UK facturaba a 665 UKL el peróxido de benzoilo 16 % y a 468 UKL el bromato de potasio a Coxes Lock, la única fábrica de harina del Grupo que tenía como cliente.

El contacto con Provincial Merchants no arrojó ningún resultado. AKZO UK se dirigió entonces directamente a las diversas fábricas de harina del Grupo haciéndoles una oferta a precios idénticos, es decir, 517,90 y 314,90 UKL.

Por último, en diciembre de 1980, un responsable de AKZO UK se puso sistemática-

mente en contacto con cada uno de los «grandes independientes» abastecidos por ECS. Los precios practicados —en aquel momento por ECS— eran de 630 UKL para el peróxido de benzoilo 16 % y 362 UKL para el bromato de potasio 6 %, mientras que AKZO UK facturaba a su propia clientela 665 UKL por el peróxido de benzoilo 16 % y 468 UKL por el bromato de potasio 10 %. En el transcurso de dichos contactos, AKZO UK propuso el peróxido de benzoilo entre 563 y 568 UKL, el bromato de potasio 10 % a 339 UKL y el bromato de potasio 6 % entre 255 y 260 UKL, es decir, a precios inferiores a los facturados a su propia clientela de grandes independientes.

Diaflex ofertó, días antes de dichas visitas de representantes de AKZO UK a dos de los clientes independientes importantes de ECS, precios análogos a los propuestos por AKZO UK.

Poco más de dos años después del acuerdo que ponía fin al procedimiento ante la High Court, el 15 de junio de 1982, ECS presentó una queja a la Comisión, afirmando que AKZO UK le había quitado sus principales clientes en el sector de independientes importantes así como varias fábricas de harina del Grupo Allied. ECS sólo pudo conservar el resto de su clientela reduciendo sus ofertas de precios hasta los niveles sumamente bajos practicados por AKZO UK.

A raíz de dicha queja, la Comisión efectuó, en diciembre de 1982, comprobaciones a AKZO Chemie y AKZO UK. De este modo, tuvo conocimiento de la nota McKee.

Hacia el mes de enero de 1983, AKZO UK redujo de nuevo sus ofertas de precios, lo

que obligó a ECS, para conservar su clientela, a reducir también los suyos.

En mayo de 1983, ECS presentó una segunda reclamación, en la que solicitaba a la Comisión que dictase medidas provisionales, basándose en que AKZO proseguía con su comportamiento, lo cual podía llevarla a la quiebra. La Comisión admitió dicha solicitud y el 29 de julio de 1983 tomó una primera Decisión por la que adoptaba medidas provisionales (DO L 252, p. 13).

Mediante dicha Decisión, la Comisión ordenó a AKZO UK que situase sus márgenes de beneficios al mismo nivel que aplicaba en el sector de aditivos de la harina en el Reino Unido inmediatamente antes del conflicto. Por otra parte, prohibió a AKZO UK que vendiese aditivos de la harina a precios inferiores a los fijados en un anexo y que ofreciese o suministrase cualquiera de sus productos a fábricas de harina del Reino Unido a precios o en condiciones diferentes a los ofrecidos o aplicados a clientes comparables. AKZO UK podía, no obstante, bajar sus precios, en la medida en que fuese «necesario de buena fe, sin hacer una infravaloración, alinearse a un precio inferior efectivamente ofertado por otros proveedores que estén en condiciones de suministrar el mismo o los mismos productos al cliente de que se trate».

Dicha Decisión sobre medidas provisionales no fue impugnada.

Después de la referida Decisión provisional, AKZO UK siguió reuniéndose con los clientes habituales de ECS y haciéndoles ofertas a precios inferiores a los de ECS, alineándose, en particular, a las ofertas de precios efectuadas por Diaflex.

El 14 de diciembre de 1985, la Comisión adoptó la Decisión sobre el fondo que constituye el objeto del presente recurso.

Mediante escrito presentado el 2 de abril de 1986, AKZO BV interpuso, con arreglo a los artículos 185 y 186 del Tratado CEE y al artículo 83 del Reglamento de Procedimiento, una demanda de suspensión de la ejecución del párrafo tercero del artículo 3 de la Decisión impugnada. Dicha demanda fue desestimada mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1986 (asunto 62/86 R, Rec. p. 1503).

B. Valoración jurídica hecha por la Comisión

1. Mercado de referencia y posición dominante

Según la Comisión, el mercado de referencia es el sector de peróxidos orgánicos en su conjunto, del que debía ser excluido ECS a largo plazo.

En dicho mercado, los peróxidos orgánicos no compiten efectivamente con ningún producto que pueda sustituirlos y, incluso en el sector relativamente poco importante de la reticulación, los peróxidos, cuyo empleo se considera preferible, no están expuestos a una competencia real de los compuestos a base de azufre. Por otra parte, aun cuando estos últimos productos estaban incluidos en la definición del mercado, el poder de AKZO en el mercado en general no resultaría sensiblemente modificado por ello.

Desde el punto de vista geográfico, ha de tomarse en consideración el conjunto de la Comunidad.

Para determinar que AKZO detenta una posición dominante en dicho mercado, la Comisión ha tomado en consideración en primer lugar su cuota de mercado que es, de acuerdo con las propias estimaciones de AKZO, de alrededor del 50 %. La Comisión ha tenido en cuenta asimismo los datos siguientes:

- La cuota de mercado de AKZO equivale a la de todos los demás productores juntos.
- Dejando al margen a dos competidores, AKZO ofrece una gama de productos mucho más amplia que cualquiera de sus competidores y posee la estructura de comercialización más desarrollada, así como conocimientos de punta en materia de seguridad y toxicología.
- La cuota de mercado de AKZO, como la de sus dos principales competidores, permaneció estable durante el período considerado.
- AKZO ha logrado, incluso en un período de coyuntura desfavorable, mantener su margen global de beneficios, incrementando regularmente sus precios y/o sus volúmenes de ventas.
- AKZO reconoció su capacidad para eliminar del mercado a competidores molestos y, tras la eliminación de tales productores, pudo subir sus precios.

Por último, la Comisión ha tenido en cuenta que diferentes empresas de menor tamaño han intentado incrementar su cuota de mer-

cado o penetrar en él y no lo lograron nunca, debido a las reacciones de AKZO.

2. Abuso de posición dominante

La Comisión ha considerado en su Decisión que el artículo 86 se aplica a «cualquier práctica desleal de una empresa dominante que tenga por objeto eliminar competidores de menor tamaño, dominarlos o disuadirlos de que actúen». En el presente caso, dichas prácticas consistieron principalmente en eliminar a ECS del mercado de peróxidos mediante reducciones masivas y prolongadas de precios, unidas a otros comportamientos asimilables a maniobras eliminatorias.

Por lo que respecta a las reducciones de precios, la Comisión estima que el artículo 86 no establece ninguna norma jurídica basada en los costes para determinar el momento preciso a partir del cual las reducciones de precios introducidas por una empresa dominante llegan a ser abusivas. Ha rechazado, por ello, el argumento invocado inicialmente por AKZO, según el cual, para apreciar si se está ante una política de precios predatoria, basta con examinar si los precios de venta son o no inferiores a la media de los gastos variables (a los que se refiere con preferencia a los costes marginales).

En efecto, para la Comisión, la aplicación del artículo 86 no puede depender de su criterio automático basado en los costes, pues dicho criterio no tiene en cuenta para nada los objetivos generales de las normas comunitarias sobre la competencia recogidas en la letra f) del artículo 3 del Tratado y, en particular, la necesidad de impedir los

ataques contra una estructura efectiva de la competencia en el mercado común. Por otra parte, dicho criterio no permite apreciar las consideraciones estratégicas a más largo plazo que pueden impulsar a una empresa a practicar una política continuada de reducción de precios. Ignora, además, la importancia fundamental del elemento discriminatorio, ya que lleva a admitir que un productor en posición dominante pueda vender a sus clientes habituales, al tiempo que capta clientes de un rival haciendo una oferta a precio inferior.

En la audiencia, AKZO propuso un criterio ligeramente diferente al expuesto inicialmente, poniendo énfasis en el concepto que tiene la empresa de su interés a corto plazo. Según ese nuevo criterio, una reducción de precios no puede ser abusiva cuando incrementa al máximo los beneficios a corto plazo, aun cuando perjudique inevitablemente a un rival de menor tamaño.

Para la Comisión, un criterio que se basa únicamente en los costes del agresor no concede importancia suficiente al aspecto estratégico del comportamiento fundado en la reducción de precio. En efecto, ésta puede ser contraria a la competencia por su objeto, con independencia de la cuestión de si el agresor cubre o no sus costes, pues lo que importa es más «la idea que se hace el rival de la determinación que pone el agresor en frustrar sus ilusiones, en materia de tasa de crecimiento o de margen de beneficios, por ejemplo, que saber si la empresa dominante cubre o no sus gastos».

La Comisión reconoce, no obstante, que un análisis detallado de los costes de la empresa que ocupa una posición dominante puede

desempeñar un papel importante en la valoración del carácter normal o anormal de su comportamiento en materia de precios. Así ocurre cuando los efectos depredadores de una campaña de reducción de precios practicada por un productor dominante sean tan evidentes que no haya ninguna necesidad de probar la intención de eliminar al competidor. Por el contrario, cuando el reducido nivel de precios pueda interpretarse de diversas formas, pudiera resultar necesario para demostrar la existencia de una infracción probar igualmente la intención de eliminar a un competidor o de restringir la competencia.

En el presente caso, el nivel de precios practicados por AKZO puede interpretarse de diversas formas. La prueba de la intención de eliminar a ECS resulta tanto de la nota McKee como de documentos más recientes que recogen la estrategia de AKZO dirigida a perjudicar a ECS. Aparece reforzada por los elementos siguientes:

- 1) La naturaleza selectiva de las reducciones de precios que sólo benefician a los clientes habituales de ECS.
- 2) El hecho de que AKZO UK haya renunciado a cubrir la totalidad de sus costes en el sector de aditivos de la harina, como lo hacía antes del conflicto.
- 3) El hecho de que AKZO haya subvencionado las reducciones de precios en el sector de aditivos de la harina, practicando precios de transferencia inferiores a los costes de la división de «plásticos y elastómeros».

Aunque considere que el comportamiento de AKZO debe ser valorado globalmente, la Comisión señala varios abusos concretos:

- a) Las amenazas directas proferidas contra ECS en el transcurso de las dos reuniones celebradas a finales del año 1979.
- b) La oferta sistemática y/o el suministro de aditivos de la harina a precios anormalmente bajos, efectuada a partir de finales del año 1980 a Provincial Merchants, Allied Mills y a los clientes de ECS en el sector de independientes importantes con la intención de perjudicar la viabilidad de ECS.
- c) Las ofertas de precios selectivas hechas a los clientes de ECS, cuando AKZO UK practicaba precios más altos a sus clientes habituales.
- d) El hecho de ofrecer a los clientes de ECS bromato de potasio y mezclas de vitaminas a precios de reclamo para asegurarse la totalidad de sus pedidos de aditivos de la harina.
- e) Dentro del plan dirigido a perjudicar a ECS, el haber efectuado ventas a Spillers y a RHM durante un período de tiempo prolongado a precios inferiores a los costes.
- f) El hecho de haber pretendido obtener y haber conseguido precisiones de Spillers y RHM (sus clientes) acerca de las ofertas que recibían de otros productores y de haberles ofrecido seguidamente un precio ligeramente inferior, para conseguir el pedido.
- g) La práctica de la referida táctica con el objetivo último de perjudicar a ECS y/o de conseguir su retirada como competidora en el mercado más amplio de los peróxidos orgánicos en su conjunto.

Para la Comisión, el común denominador de dichos comportamientos está en la gravedad de su efecto, tanto real como potencial, sobre la estructura de la competencia, ya que iban dirigidos a excluir a ECS como competidora.

3. Continuación del comportamiento abusivo después de la Decisión sobre medidas provisionales

La Comisión estima que, incluso después de la adopción de la Decisión sobre medidas provisionales, prosiguió el comportamiento de AKZO dirigido a la eliminación de ECS. En efecto, AKZO UK animó a los antiguos clientes de ECS a que solicitasen una oferta de precios a Diaflex y se alineó a dichas ofertas, fueren cuales fueren, impidiendo de este modo a ECS recuperar dicha clientela. Ahora bien, las ofertas de Diaflex no reflejan un precio de mercado realista, que debía o debería haber tenido en cuenta AKZO. Además, AKZO UK propuso por esta vía precios discriminatorios con respecto a sus demás clientes del sector e inferiores a sus costes variables.

4. Existencia de un abuso en el mercado de peróxidos orgánicos resultante de prácticas efectuadas en otro mercado

La Comisión estima que, en las sentencias de 21 de febrero de 1973, Continental Can (6/72, Rec. p. 215), y de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche (85/76, Rec. p. 461), el Tribunal de Justicia admitió que una posición dominante detentada en un mercado puede explotarse abusivamente mediante un comportamiento adoptado en un mercado diferente de aquél en que se detenta la posición dominante (como en el supuesto de un submercado especializado o de un mercado conexo). Así ocurre en el presente caso, porque AKZO ha cometido un abuso en el mercado de peróxi-

dos orgánicos en su conjunto mediante prácticas realizadas en el sector de aditivos de la harina.

5. Efecto importante sobre la competencia resultante del abuso

Para la Comisión, la importancia de una empresa concreta en el mantenimiento de la competencia depende en menor medida de su tamaño que del impulso y la orientación de la competencia que dispensa a los grandes productores. AKZO consideraba que ECS era un competidor modesto, pero potencialmente peligroso, en el sector de los peróxidos orgánicos. Su eliminación hubiera tenido un efecto disuasor sobre los pequeños productores que quisieran combatir la posición dominante establecida por AKZO en el mercado. Por dichos motivos, la eliminación de ECS del mercado de peróxidos orgánicos hubiera tenido un efecto importante sobre la competencia a pesar de su reducida cuota de mercado.

6. Efectos sobre los intercambios entre Estados miembros

Según la Comisión, el comportamiento agresivo de AKZO UK tiene un vínculo de causalidad directo con los intercambios entre Estados miembros.

Las amenazas iniciales dirigidas a ECS por AKZO UK se profirieron a causa de las exportaciones de ECS hacia la República Federal de Alemania, exportaciones que hubieran podido incrementarse en el futuro. Si AKZO hubiera llegado a eliminar o a neutralizar a ECS como competidor, se hubiera modificado directamente el flujo de intercambios entre Estados miembros, al interrumpirse la corriente de ventas establecida entre el Reino Unido y la República Federal de Alemania.

7. *Destinatario de la Decisión*

La Comisión considera que AKZO Chemie y sus filiales de explotación en los diferentes Estados miembros de la Comunidad forman una sola y misma unidad económica, en la que se organizan las actividades del Grupo AKZO en el sector de especialidades químicas. En tal concepto dirigió la Decisión impugnada a AKZO Chemie, aunque la Decisión por la que se adoptaban medidas provisionales se dirigió únicamente a su filial en el Reino Unido, AKZO UK.

8. *Abuso de posición dominante en el mercado de aditivos de la harina en el Reino Unido y en Irlanda*

Con carácter subsidiario, la Comisión estima que AKZO ha abusado asimismo de su posición dominante en el mercado de aditivos de la harina en el Reino Unido y en Irlanda.

Para la Comisión, los diferentes aditivos de la harina constituyen un mercado único. Resulta además de la documentación de AKZO que dicho sector constituye un ámbito muy preciso del comercio, en cuyo interior los clientes prefieren comprar la gama completa de productos a un solo y mismo proveedor.

Por lo que se refiere a los elementos tomados en consideración para afirmar que AKZO detenta una posición dominante en dicho mercado, la Comisión considera, aparte de la cuota de mercado de AKZO,

que representa, según las estimaciones de dicha empresa, alrededor del 52 %:

- El hecho de que AKZO UK sea el único proveedor de dos de los tres principales clientes del sector de las fábricas de harina en el Reino Unido.
- Las estrechas relaciones con Diaflex y la influencia ejercida por AKZO UK sobre los precios de dicha empresa.
- Los medios económicos del Grupo AKZO, superiores a los de ECS, y la posibilidad de que el Grupo cubra sus pérdidas en el sector de aditivos de la harina mediante otros sectores de su actividad.
- La posición privilegiada de AKZO UK respecto a los proveedores y el acceso de que dispone a información interna que le comunican proveedores y clientes sobre otros productores.
- Su amplia gama de productos.
- Su función tradicional de jefe de filas en materia de fijación de precios.
- Y, por último, su aptitud para controlar los precios.

Respecto al abuso y al efecto sobre los intercambios entre Estados miembros, la Comisión estima que las precisiones que ha señalado en relación con el mercado de peróxidos orgánicos pueden aplicarse igualmente al mercado de aditivos de la harina.

9. Multa

Para la Comisión, la infracción reviste mayor gravedad si se tiene en cuenta que AKZO prosiguió su comportamiento abusivo mucho tiempo después de las medidas ordenadas por la High Court e incluso después de la Decisión de la Comisión por la que se adoptaban las medidas provisionales.

La Comisión ve igualmente una circunstancia agravante en el hecho de que AKZO proporcionó una versión totalmente engañosa de los hechos a la High Court y que probablemente hubiera conseguido eliminar a ECS si la Comisión no hubiera descubierto los documentos en que se funda la presente Decisión. Parece, además, que el comportamiento agresivo de AKZO no constituye un hecho aislado, sino que se inserta en una política fijada por dicha sociedad consistente en explotar su poder en el mercado para dominar a competidores molestos o eliminarlos. Por último, la infracción se cometió deliberadamente y fue de larga duración.

Por ello, la Comisión impuso a AKZO Chemie una multa de 10 millones de ECU, es decir, 24 696 000 HFL.

10. Otras medidas impuestas

Para poner fin a la infracción, la Comisión prohibió a AKZO Chemie BV y a sus filiales hacer a los clientes, cuyos pedidos se disputan con ECS, ofertas de precios discriminatorias. Las diferencias de precio son admisibles respecto a diversas categorías de clientes cuando reflejan diferencias razonables de costes en los elementos comerciales de la operación, pero dentro de una misma categoría, AKZO Chemie BV no está autori-

zada para introducir una discriminación en los precios que factura a sus propios clientes habituales y a los clientes antiguos o actuales de ECS, cuya clientela espera conservar o recuperar. La Comisión ha precisado asimismo que los precios aplicados a las fábricas de harina del Grupo Allied debían ser iguales a los precios facturados a los «grandes independientes».

II. Fase escrita y pretensiones de las partes

El recurso de AKZO Chemie BV se registró en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 5 de marzo de 1986.

Mediante decisión de 8 de junio de 1988, el Tribunal de Justicia, con arreglo a los apartados 1 y 2 del artículo 95 del Reglamento de Procedimiento, atribuyó el asunto a la Sala Quinta.

La fase escrita siguió su curso reglamentario. Visto el informe del Juez Ponente y oído el Abogado General, la Sala decidió iniciar la fase oral sin previo recibimiento a prueba. Se formularon determinadas preguntas a las partes, que éstas respondieron por escrito dentro del plazo señalado.

La *demandante* solicita al Tribunal de Justicia que:

— Con carácter principal:

- 1) Acuerde la admisión del recurso y lo declare fundado.

2) En consecuencia, anule la Decisión impugnada en todos sus extremos.

3) Condene en costas a la Comisión.

— Con carácter subsidiario:

1) Anule la multa impuesta o, cuando menos, la reduzca considerablemente.

2) Resuelva sobre las costas.

La Comisión solicita al Tribunal de Justicia que:

1) Desestime el recurso.

2) Condene en costas a la parte demandante, incluidas las del asunto 62/86 R.

III. Motivos y alegaciones de las partes

A. Sobre el mercado de referencia

1. El mercado de peróxidos orgánicos

Con carácter principal, AKZO alega que el mercado de peróxidos orgánicos no puede constituir el mercado de referencia, habida cuenta del objeto de la Decisión impugnada, que se limita a su presunto comportamiento ilícito con motivo de la venta de aditivos de la harina.

A este respecto, AKZO recuerda las sentencias de 6 de marzo de 1974, Istituto Chemicoterapico Italiano SpA y Commercial Solvents Corporation/Comisión (asuntos acumulados 6/73 y 7/73, Rec. p. 223), y de 31 de mayo de 1979, Hugin Kassaregister AB y Hugin Cash Register Ltd/Comisión (22/78, Rec. p. 1869), en las que el Tribunal de Justicia ha considerado que es el mercado en el que la empresa detenta una posición dominante, y no el mercado en el que se manifiestan los efectos del abuso, el que constituye el mercado de referencia. Dado que AKZO intentó eliminar a ECS del mercado de peróxidos orgánicos mediante maniobras en el sector de los aditivos, es en este último sector donde debe delimitarse el mercado de referencia.

Por otra parte, según AKZO, la determinación del mercado de referencia sólo tiene sentido si la Decisión confirma si la empresa que detenta una posición dominante resulta fortalecida por su comportamiento en otro mercado. Ahora bien, en el presente caso, la Comisión no sólo no ha examinado los acontecimientos producidos en el mercado de los peróxidos así como el efecto causado —por así decirlo— sobre este último mercado por los acontecimientos analizados en el sector de aditivos de la harina, sino que además no analizó la estructura de la competencia en el mercado de los peróxidos y, en particular, la posición que ocupan en el mismo ECS y las sociedades competidoras.

Con carácter subsidiario, AKZO alega que dicho mercado no es un mercado único, debido a la inexistencia manifiesta de intercambiabilidad de los peróxidos orgánicos. No puede considerarse además que los productos pertenecen a un sólo mercado habida cuenta de una presunta complementariedad, ya que los clientes no se dirigen a un mismo proveedor para satisfacer todas sus necesidades de peróxidos orgánicos.

Para la *Comisión*, el mercado de peróxidos orgánicos sí constituye el mercado de referencia, pues es de este mercado del que AKZO quería eliminar a ECS, aun cuando el medio utilizado para cometer el abuso haya dado lugar al comportamiento objeto de litigio en el mercado de los aditivos.

La Comisión afirma al respecto, basándose en las sentencias de 21 de febrero de 1973, *Europemballage Corporation y Continental Can Company Inc./Comisión* (6/72, Rec. p. 215), y de 13 de febrero de 1979, *Hoffmann-La Roche & Co. AG/Comisión* (85/76, Rec. p. 461), que la comprobación de un abuso no requiere necesariamente la existencia de un vínculo de causalidad entre la posición dominante y su explotación abusiva. En el presente caso, no es forzosamente necesario que AKZO haya intentado conseguir el resultado perseguido, es decir, la eliminación de ECS del mercado de peróxidos orgánicos, haciendo uso del poder económico derivado de su posición dominante en dicho mercado.

La Comisión recuerda, por otra parte, que la comprobación del abuso de posición dominante cometido por AKZO en el mercado de peróxidos orgánicos se basa únicamente en su comportamiento ilegal en el mercado de aditivos de la harina. Niega, sin embargo, las alegaciones de AKZO según las cuales no había examinado los acontecimientos producidos en el mercado de peróxidos orgánicos. Alega la Comisión que existió un inicio de investigación, pero, habida cuenta de sus responsabilidades en el ámbito de la competencia, debía intervenir rápidamente, sin esperar a que ECS hubiera desaparecido como consecuencia de los ataques que sufría en el mercado de aditivos de la harina.

Por otra parte, el mercado de peróxidos orgánicos es un mercado único, caracterizado por unas condiciones de competencia relativamente homogéneas. Si bien es cierto que existen decenas de peróxidos diferentes, el 90 % de éstos responden a una misma necesidad como iniciadores en el sector de los polímeros. Además, los peróxidos orgánicos no están expuestos a la competencia de otros productos porque, salvo una excepción de alcance muy limitado, no existen productos sustitutivos.

Por último, la delimitación del mercado de referencia corresponde a la realidad comercial, pues la industria de que se trata define igualmente el sector de peróxidos orgánicos como un mercado distinto. La propia AKZO, en su documentación interna, considera además al sector de los iniciadores como un único y mismo mercado, al que sólo divide en diferentes unidades comerciales por razones pragmáticas.

2. *El mercado de aditivos de la harina*

Por lo que respecta al mercado de aditivos de la harina, que la Comisión considera con carácter subsidiario como el mercado de referencia, AKZO alega que la delimitación del mercado efectuada por la Comisión se ha hecho de forma sumamente superficial e incompleta.

En su delimitación, la Comisión ha cometido, en primer lugar, el error de incluir en un mismo mercado a los fabricantes de harina y a los fabricantes de aditivos para panadería. Ahora bien, estos dos grupos de clientes compran productos distintos por motivos diferentes y operan en otras condiciones de competencia. Así, el peróxido de benzoilo y las mezclas vitaminadas no son

empleados por los fabricantes de aditivos para panadería y únicamente las mezclas de bromato de potasio y las amilasas se distribuyen tanto a los fabricantes de harina como a los fabricantes de aditivos de la harina, tratándose además de concentraciones diferentes, en uno y otro caso. Por otra parte, estos dos grupos de clientes fabrican productos diferentes: la harina enriquecida y los aditivos para pastelería, que deben distinguirse.

AKZO afirma asimismo que los diferentes aditivos de la harina no pueden incluirse en un mismo mercado, debido a una complementariedad consistente en que los clientes prefieren dirigirse a un mismo proveedor para satisfacer la totalidad de sus necesidades de aditivos. La presencia activa en el mercado de productores de un solo producto, que compiten realmente con los productores de una gama más completa, constituye una prueba de ello. Además, la oferta conjunta de productos no puede llevar a la conclusión de que éstos forman un solo mercado cuando no exista ninguna necesidad técnica o comercial de pedir los dos productos a un solo proveedor.

La complementariedad no puede resultar, además, del hecho de que todos los aditivos llegan a manos de los panaderos. En efecto, este nivel de competencia no es aquél sobre el que opera AKZO UK como proveedor de fabricantes de harina y de fabricantes de aditivos para pastelería.

AKZO considera por último que la globalización de los diferentes aditivos en un mismo mercado no permite efectuar una valoración correcta de su posición en el sector de aditivos de la harina, puesto que las cuotas de mercado varían, según los prove-

edores, de un producto a otro. A este respecto, AKZO, basándose en la citada sentencia Hoffmann-La Roche, afirma que debe considerarse que cada aditivo constituye un mercado distinto.

La Comisión alega, con carácter subsidiario, que ha de considerarse el surtido completo de aditivos de la harina en el Reino Unido y en Irlanda como un mismo y único mercado. Los aditivos forman, en efecto, un conjunto de productos complementarios desde el punto de vista de los consumidores finales, los panaderos. Por otra parte, esta delimitación del mercado corresponde a la realidad comercial, porque los clientes directos, a saber, los fabricantes de harina y los fabricantes de aditivos, prefieren dirigirse a un solo proveedor para atender sus necesidades, comprando una gama de productos lo más completa posible, valorando globalmente el atractivo de la misma, con independencia de las diferencias de precio de sus diversos componentes. Por consiguiente, la delimitación del mercado debe hacerse respecto a dicho conjunto de productos para los que existe una demanda común, debido a su complementariedad.

La Comisión replica a continuación a las alegaciones formuladas por AKZO.

Afirma, en primer lugar, que la distinción efectuada por AKZO entre los dos grupos de clientes, los fabricantes de harina, por una parte, y los fabricantes de aditivos para pastelería, por otra, es puramente teórica, habida cuenta de los vínculos económicos y financieros que les unen.

La Comisión señala asimismo que no desconoce la presencia de proveedores de un solo producto. No obstante, en un mercado de un grupo de productos («clustermarket»),

hay que tomar en consideración los productores de una gama completa, excluyendo a los productores de un solo producto, que sólo pueden ejercer una influencia marginal. Afirma igualmente la Comisión que la complementariedad es aplicable incluso cuando no exista necesidad técnica o comercial de obtener todos los productos necesarios en un solo proveedor. Resulta, en efecto, secundario saber por qué el cliente adopta tal actitud cuando está demostrado que la demanda se refiere a los diversos componentes del conjunto y el cliente pretende obtenerlos de un mismo proveedor.

Por último, AKZO no puede invocar la citada sentencia Hoffmann-La Roche porque, en aquel caso, cada grupo de vitaminas ofrecía, por su naturaleza, una especificidad manifiesta, mientras que el presente asunto se refiere a un surtido de productos que, a pesar de sus diferencias, son adquiridos todos ellos como aditivos de la harina que los clientes compran normalmente al mismo proveedor.

B. Sobre la posición dominante de AKZO

1. El mercado de peróxidos orgánicos

AKZO niega los datos en que se apoya la Comisión para considerar que ocupa una posición dominante en el mercado de peróxidos orgánicos.

Al haber considerado la Comisión erróneamente el mercado de peróxidos como un solo mercado, de ello resulta que las cuotas de mercado atribuidas a AKZO son también

erróneas y que la oferta de una gama amplia de productos no puede erigirse en indicio de una posición dominante.

Por otra parte, el mantenimiento de sus cuotas de mercado en período de coyuntura desfavorable no constituye un criterio de tal naturaleza que revele la existencia de una posición dominante (véase la citada sentencia Hoffmann-La Roche). Además, las cuotas de sus competidores también permanecieron estabilizadas durante el mismo período.

Además, el mantenimiento de un margen de beneficios en tales circunstancias no es indicio de dominación del mercado.

Por último, es la situación monetaria y, en particular, el tipo de cambio del dólar, lo que condujo a varios competidores, como SCADO, a retirarse del mercado europeo. Es erróneo, además, presentar a estos últimos como competidores de menor importancia, porque dichas empresas pertenecen a grupos internacionales que resisten la comparación, en todos los sentidos, con AKZO. El tamaño de las referidas empresas hace, por otra parte, que resulte inverosímil el efecto disuasorio a que hace alusión la Comisión.

Alega, por su parte, la Comisión que AKZO ocupa una posición dominante en el mercado de peróxidos orgánicos que le ha permitido adoptar un comportamiento dirigido a desalentar a las pequeñas empresas que desean acceder al mercado de los plásticos. Sin calificar de forma distinta dicho comportamiento como abuso, la Comisión ve en él, sin embargo, un indicio de la capacidad de AKZO para establecer una estrategia flexible que se oponga al establecimiento de nuevos competidores en el conjunto del

mercado de referencia (véase la sentencia de 14 de febrero de 1978, United Brands Company y United Brands Continental BV/Comisión, 27/76, Rec. p. 207).

En segundo lugar, la argumentación de la demandante relativa al cálculo de sus cuotas de mercado y a su amplio surtido de productos no constituye un rechazo de la Decisión, ya que dichos argumentos están únicamente en función del método de delimitación del mercado propuesto por AKZO.

Por otra parte, el mantenimiento de las cuotas de mercado de AKZO está únicamente vinculado a su comportamiento, que le ha permitido repeler con éxito los ataques de pequeños productores.

La Comisión admite que la importancia del margen de beneficios no constituye un indicio de posición dominante. Por el contrario, sí lo es cuando una empresa consigue, en un mercado deprimido, imponer subidas de precios incrementando sus volúmenes de ventas.

Por último, la eliminación de competidores menos poderosos, como SCADO, resultó posible mediante una competencia feroz acompañada, en algunos casos, de subidas de precios.

2. El mercado de aditivos de la harina

Respecto al mercado de aditivos de la harina, AKZO alega que los elementos tomados en consideración por la Comisión para determinar su posición en dicho mercado son o bien de hecho inexactos o imprecisos.

AKZO niega, en primer lugar, las cuotas de mercado atribuidas por la Comisión, para rechazar, a continuación, los factores que demuestran que ocupa una posición dominante.

Por lo que se refiere a las cuotas de mercado, AKZO proporciona cifras de las que resulta que ECS detenta una cuota de mercado superior a la suya. Alega, en particular, que si se toman en consideración únicamente los productos respecto a los cuales es realmente competidora de Diaflex y ECS, a saber, el peróxido de benzoilo, el bromato de potasio y las mezclas vitaminadas, el descenso de su volumen de ventas de 1979 a 1984 sería tan elocuente como el descenso registrado por ECS. La progresión comprobada en las cifras globales de venta de AKZO UK se debe, en efecto, al suministro de productos a los fabricantes de aditivos para pastelería, que oculta el descenso de las ventas a los fabricantes de harina.

Por otra parte, la Comisión ha incrementado artificialmente las cuotas de mercado atribuidas a AKZO UK, por una parte, al tomar en consideración injustificadamente sus ventas a fabricantes de aditivos para panadería y, por otra parte, al no tener en cuenta a los proveedores que no ofrecen una gama múltiple de productos.

Por último, AKZO señala que es erróneo presentar a ECS como un pequeño competidor, cuando ella misma afirma que detenta un 40 % del mercado.

En relación con los factores invocados por la Comisión para demostrar que AKZO ocupa una posición dominante, AKZO señala que no es el proveedor exclusivo de dos de los tres principales clientes en el Reino

Unido, pues comparte con Diaflex los suministros a Ranks y, con la excepción de una fábrica de harina, es ECS el proveedor de Allied Mills.

Por otra parte, AKZO UK no mantiene estrechas relaciones con Diaflex que le permitan influir sobre los precios. El desarrollo de los acontecimientos muestra que Diaflex es un competidor real que ofrece, en particular a la clientela de AKZO UK, precios considerablemente inferiores a los practicados por esta última.

Además, AKZO no ha reconocido nunca estar en condiciones de controlar los precios. Los hechos y, en particular, la obligación en que se veía de alinearse a las ofertas de los competidores, entre ellos ECS, demuestran que eso no ha ocurrido en ningún momento. Las referidas bajas de precios repetidas son, además, reveladoras, porque, como ha declarado el Tribunal de Justicia en su citada sentencia Hoffmann-La Roche, de 13 de febrero de 1979, el hecho de que una empresa se vea obligada a bajar sus precios, por la presión ejercida por sus competidores, es incompatible, en general, con la independencia de comportamiento característica de una posición dominante.

Además, AKZO no ha cubierto las pérdidas en el sector de aditivos con los beneficios obtenidos en otros sectores. En efecto, salvo en 1981, el sector de aditivos nunca fue deficitario. Las pérdidas del citado año son imputables, por otra parte, a ventas efectuadas fuera del mercado geográfico de referencia.

AKZO afirma asimismo que la oferta de un surtido más amplio no puede constituir un indicio de posición dominante, porque ECS,

con una gama menor, consiguió arrebatar una cuota importante del mercado.

AKZO señala por último que el sector de aditivos de la harina es difícil de dominar, porque la actividad de los proveedores no requiere conocimientos específicos ni inversiones cuantiosas. El desarrollo de ECS constituye la mejor prueba de ello.

Según la *Comisión*, AKZO disfruta igualmente una posición dominante en el mercado de aditivos de la harina.

Por lo que respecta a las cuotas de mercado, la Comisión replica a AKZO que la diferencia entre fabricantes de harina y fabricantes de aditivos es tan sólo teórica, debido a los vínculos estructurales que unen a dichas empresas. Por otra parte, no deben tomarse en consideración los productores de un solo producto, ya que su presencia en el mercado no limita de manera sensible la política comercial de los proveedores de la gama completa.

Por último, ECS es especialmente vulnerable, aun cuando ocupe el 40 % del mercado, cuando una empresa como AKZO decide atacarla con precios bajos que no guardan relación con la capacidad intrínseca de prestación industrial de ECS.

Por lo que se refiere a los factores que demuestran que AKZO ocupa una posición dominante, la Comisión admite que AKZO UK no es proveedor exclusivo de dos de los tres principales compradores del sector de fabricantes de harina, pero recuerda que es el principal proveedor de los mismos. En efecto, AKZO UK es, excepto en lo referente a mezclas vitaminadas, el proveedor exclusivo de Spillers y el principal proveedor

de RHM, ya que Diaflex sólo suministró a este último un tercio de su demanda de peróxido de benzoilo y un cuarto de la correspondiente a bromato de potasio.

Por otra parte, AKZO UK mantiene estrechos vínculos con Diaflex e influye en los precios de ésta. Resulta en particular de documentos incautados que las dos empresas citadas se pusieron de acuerdo, o previeron hacerlo, sobre ciertas subidas de precios. La Comisión considera extraño que AKZO califique como fuerte a un competidor que le consulta para saber cómo debe reaccionar ante una oferta de precios hecha por otra empresa. Además, el hecho de que Diaflex haya quitado clientes a AKZO UK está relacionado, por una parte, con quejas específicas de estas últimas que nada tienen que ver con los precios y, por otra parte, ello se hizo de acuerdo con AKZO, que suministra a Diaflex materias primas. Por último, el alineamiento de AKZO UK a las ofertas de Diaflex no constituye un comportamiento competitivo normal, ya que dichas ofertas no reflejan el precio real del mercado.

Por otra parte, AKZO ha reconocido, efectivamente, su capacidad para controlar los precios. Ello resulta, por una parte, del informe McKee, que mostraba que AKZO UK consideraba que estaba en condiciones de desarrollar una política de precios agresiva, que pudiera meter en vereda a ECS y, por otra parte, del hecho de que AKZO desempeñó tradicionalmente la función de jefe de filas en dicho mercado hasta 1980. Por consiguiente, los descensos de precios comprobados en el mercado después de 1980 se enmarcan en la estrategia de AKZO dirigida a eliminar a ECS y no resultan de la necesidad de alinearse con los precios de sus competidores.

Además, la Comisión afirma que de la contabilidad de AKZO se deduce que ésta com-

pensó las pérdidas sufridas en el sector de aditivos de la harina haciendo que otros sectores de actividad soportasen el coste de las materias primas u omitiendo gastos generales y cargas financieras. Así, los resultados de explotación de los ejercicios 1982 y 1983 reflejan, por una parte, un descenso de los gastos fijos de fabricación del peróxido de benzoilo 16 % que se explica por la transferencia de éstos del sector de los aditivos al de los plásticos y, por otra, por la transferencia a precios artificialmente bajos de determinadas materias primas, como el lucidol, al sector de los aditivos.

La Comisión afirma asimismo que la oferta de una gama de productos más amplia confiere a AKZO un margen de maniobra superior al de ECS. Ello le permite subvencionar los precios poco elevados del peróxido de benzoilo, el bromato de potasio y las mezclas a base de vitaminas, con los beneficios por ella obtenidos de la venta de otros productos, como las amilasas, que proporcionan márgenes de beneficios altos.

Por último, AKZO y ECS son los únicos productores que disponen del know-how técnico y la experiencia necesaria para la fabricación del peróxido de benzoilo, lo que acentúa aún más su superioridad relativa en el mercado de aditivos de la harina frente a Diaflex, la cual carece de aquéllos.

C. Consideraciones sobre el abuso globalmente considerado

AKZO se opone a los criterios expuestos por la Comisión para deducir la existencia

de un abuso y propone por su parte uno, basado en la estructura de los costes de la empresa acusada de comportamiento ilícito. Afirma, por otra parte, que ha respetado el criterio que expone, ya que siempre ha buscado un precio óptimo y procurado alcanzar un margen de cobertura positivo. Niega, además, que su departamento de «aditivos de la harina» haya funcionado con pérdidas, al menos entre 1981 y 1983 y afirma, por último, que no tuvo intención de dañar a ECS durante el período de referencia.

Según AKZO, el criterio para determinar el abuso debe ser objetivo, sencillo de aplicar y basarse en la estructura de costes de la empresa.

AKZO afirma que a corto plazo toda empresa debe buscar un precio de venta óptimo y un margen de cobertura positivo. A su juicio, un precio es óptimo cuando la empresa puede razonablemente esperar que la oferta de otro precio, o la inexistencia de éste, conduzca a corto plazo a un resultado de explotación menos favorable. Por otra parte, el margen de cobertura es positivo cuando el valor del pedido supera la suma de los costes variables.

AKZO examina, en primer lugar, el precio óptimo. Alega que un criterio basado en la búsqueda de tal precio es el único realista ya que, al fijar sus precios, estaría en condiciones de calcular sus costes variables y conocería el precio que puede obtener por su producto en el mercado. Ello no quiere decir, sin embargo, que los precios que se sitúan por encima de los costes variables sean por sí solos lícitos. En efecto, si la empresa factura a sabiendas un precio inferior al precio óptimo, procedería entonces averiguar si ésta actuó por motivos legítimos o, por el

contrario, con intención de eliminar a un competidor.

AKZO niega, por otra parte, que el criterio de la licitud pueda buscarse en consideraciones basadas en la cobertura de los costes fijos o en la situación de la empresa a largo plazo.

En efecto, un criterio basado en la cobertura de los costes fijos no resulta adecuado, ya que éstos no varían en función de la cantidad producida y persisten incluso en el supuesto de que se haya aceptado el pedido a un precio que no cubra el coste total.

Por otra parte, un criterio basado en la búsqueda de un precio óptimo, a corto plazo, no puede excluirse basándose en que, con el tiempo, comprometería la viabilidad de la empresa. En efecto, sólo después de cierto tiempo la empresa de referencia podría tomar medidas para suprimir las pérdidas o separarse de un sector de actividad deficitario. Entretanto, la empresa deberá aceptar los «pedidos óptimos», para reducir su déficit y garantizar la continuidad de la explotación. Por último, la empresa no dispone, en el momento de la determinación del precio, de ninguna información que le permita prever el efecto de sus decisiones sobre estrategia económica en la estructura de la competencia.

Concretamente, AKZO se comportó como un competidor en situación de competencia al aplicar de forma consecuente el criterio de la búsqueda de un precio óptimo por ella propugnado. Sus decisiones en materia de precios constituyen respuestas racionales a los acontecimientos producidos en el mercado. Por ello, la Comisión se equivoca al

considerar que la referida empresa no ha buscado un precio óptimo.

En efecto, sólo las condiciones de competencia le impidieron repercutir en sus precios la subida de los costes de materias primas. Además, AKZO UK no ha ofrecido precios objetivamente demasiado bajos, inferiores a lo necesario para ser competitivo frente a ECS, ya que ofrecía precios que practicaban los competidores frente a clientes similares y, en otros casos, no conocía los precios ofrecidos por éstos. Por último, AKZO UK ha tenido problemas de exceso de capacidad, que la llevaron a buscar, al igual que sus competidores, nuevos clientes. AKZO afirma, sin embargo, que un aumento de la utilización de los efectivos sólo puede constituir un indicio de comportamiento ilícito si la aceptación de ciertos pedidos implica que deban rechazarse otros más rentables. Ahora bien, eso no es lo que ocurre en este caso, porque las plantas de fabricación de aditivos nunca «funcionaron a tope» durante el período comprendido entre 1980 y 1985. Además, la mejora significativa de la utilización de la capacidad de producción de su fábrica de aditivos de la harina comprobada a partir de 1983 puede atribuirse a la duplicación del volumen de negocios de exportación, ajeno al objeto de la Decisión, y no al incremento de las ventas a clientes de ECS ilícitamente desviados.

AKZO aborda a continuación el tema del margen de cobertura, afirmando que un análisis de la estructura de sus costes pone de relieve que siempre —con algunas excepciones— ha obtenido un margen positivo. La Comisión se equivoca pues al considerar que la política de AKZO en materia de precios no se ajusta a los criterios por ella misma propuestos.

Para determinar el carácter variable o fijo de un factor de coste determinado, el único criterio correcto consiste en examinar si un elemento de coste varía o no en función de las modificaciones de la producción. Concretamente, deben considerarse como gastos fijos determinados gastos como la mano de obra, el mantenimiento, el almacenamiento y la expedición. Tomando como ejemplo el coste de la mano de obra, AKZO afirma que la comparación de la evolución del coste anual de la mano de obra, correspondiente a los años 1980 a 1985, con la evolución de las cantidades producidas durante el mismo período demuestra que no existe ninguna relación entre estos dos parámetros. Por consiguiente, AKZO afirma con razón que la mano de obra es un gasto fijo. Señala, por último, que los márgenes de cobertura de las mezclas de peróxido de benzoilo y de bromato de potasio son, además, positivos, incluso si se considera erróneamente que la mano de obra es un gasto variable.

AKZO alega a continuación que su departamento de «aditivos de la harina» no ha funcionado con pérdidas entre 1981 y 1983. En efecto, sólo en 1981 registró un resultado negativo, imputable además a ventas efectuadas fuera del mercado geográfico de referencia, pues las ventas efectuadas en el Reino Unido y en Irlanda reflejan un resultado positivo. AKZO señala que un resultado global negativo no aporta, sin embargo, ninguna información sobre la licitud de una política desarrollada por una empresa, puesto que la búsqueda de un precio óptimo para cada operación puede conducir a un resultado global de explotación negativo.

AKZO niega, además, el elemento intencional que presuntamente acredita la ilicitud de su política de precios y, en particular, ha-

ber intentado a sabiendas hacer que bajen los precios para perjudicar a ECS. Así, las medidas mencionadas en la nota McKee no se referían específicamente a ECS, sino que concretan una actitud comercial más agresiva de AKZO respecto a todos sus competidores. La nota contiene además diferentes medidas dirigidas a afectar directamente a Diaflex. Las medidas, finalmente, no se pusieron nunca en práctica de ningún modo, aunque sólo fuera por la intervención rápida del órgano jurisdiccional británico. Los demás documentos invocados por la Comisión no demuestran tampoco una intención de perjudicar a ECS. Por el contrario, AKZO afirma que de diferentes informes de su departamento de «aditivos de la harina» se deduce que su política comercial tenía por objeto mantener los precios a un nivel aceptable. No obstante, ello no se produjo debido, sobre todo, a la competencia de ECS.

AKZO rechaza, por último, en su réplica, la crítica de la Comisión según la cual decidió más bien apostar por su posición dominante que proceder a ajustes internos para llegar, a más largo plazo, a una estructura de costes más favorable. En efecto, racionalizó sus métodos de producción, de forma que el coste total de la mano de obra siguió siendo estable, a pesar de que se duplicó su producción, entre 1980 y 1985.

La Comisión, por su parte, se opone al criterio expuesto por AKZO, que es el preconizado por dos autores norteamericanos (Areeda y Turner, «Predatory pricing and related practices under section 2 of the Sherman Act», 88 *Harvard Law Review*, 1975, p. 697). Señala que, incluso en el Derecho norteamericano, el criterio no se utiliza sistemáticamente. Ha sido objeto, además, de numerosas críticas, pues se basa en la idea de la eficacia a corto plazo y permite por tanto, en situación de monopolio, sepa-

rar del mercado a empresas eficaces o impedirles el acceso al mismo. Dicho criterio no se adecua, por otra parte, al sistema comunitario ya que éste, a diferencia del sistema norteamericano, concede especial relevancia al mantenimiento de una estructura de competencia efectiva con arreglo a la letra f) del artículo 3 del Tratado CEE.

Según la Comisión, en una situación de competencia normal, los precios deben venderse a un precio que cubra los costes totales de la empresa, es decir, los costes fijos y los variables al propio tiempo.

Por consiguiente, si una empresa que ocupa una posición dominante vende a un precio inferior a su coste total y se trata de una práctica constante, sistemática y selectiva, cabría suponer que pretende eliminar a sus competidores. Tal práctica constituye, en todo caso, un abuso de posición dominante con arreglo al artículo 86 del Tratado cuando va acompañada de otros indicios de un comportamiento dirigido hacia la exclusión de un competidor.

La Comisión examina, con carácter subsidiario, la afirmación de AKZO según la cual declara haber aplicado consecuentemente el criterio de legitimidad que defiende.

La Comisión niega, en primer lugar, que AKZO haya buscado un precio óptimo y que haya intentado incrementar al máximo sus beneficios.

Así, AKZO UK no repercutió, como intentaría hacerlo cualquier productor, la subida

de los precios de las materias primas, puesto que, en diciembre de 1980, bajó un 30 % los precios propuestos a la clientela de ECS y los mantuvo posteriormente poco altos, mientras que sus propios costes subieron alrededor del 45 % entre 1979 y 1984. Además, no pretendió tampoco obtener los precios más altos posibles, porque los situó al nivel más bajo que esperaba poder justificar, habida cuenta de los términos del compromiso adoptado ante la High Court y a un nivel muy inferior al que hubiera sido necesario para ser competitiva frente a ECS. Por último, AKZO UK no ha tenido situaciones de exceso de capacidad que la hayan llevado a aceptar pedidos a un precio inferior al coste total para aportar una contribución positiva a sus gastos fijos: resulta, en efecto, de documentos elaborados por AKZO que su fábrica de Gillingham funcionó a pleno rendimiento desde 1983.

Por lo que se refiere al margen de cobertura, la Comisión afirma, en primer lugar, que la cuestión de si los precios cubren o no los gastos variables es secundaria, porque la aplicación del artículo 86 del Tratado no depende de la aplicación mecánica de un criterio basado en los costes marginales o variables. Recuerda, a este respecto, que una empresa dominante debe, paralelamente a la persecución de un fin lucrativo, ejercer una competencia mediante las prestaciones que suministra sin recurrir al poder que detenta en el mercado. Por tanto, una empresa debe fijar, en principio, sus precios de forma que cubra todos sus costes. Tal criterio es, además, claro, ya que resulta fácil calcular los costes, y más objetivo que el criterio expuesto por AKZO, dado que evita las discusiones sobre el carácter fijo o variable de ciertos gastos.

La Comisión señala, sin embargo, que sólo pueden calificarse como abusivas las operaciones con pérdidas si la empresa en posición dominante se dedica a otras prácticas eliminatorias. Las empresas que ocupan una posición dominante tienen, además, una responsabilidad especial y deben mostrarse un poco más atentas al tipo de medios que utilizan para competir con las demás y a las consecuencias que pueden tener algunos de los referidos medios no sólo sobre los resultados de explotación inmediatos, sino también sobre la estructura de la competencia.

Por otra parte, la Comisión alega que con razón ha considerado que ciertos gastos, como los de mano de obra, son gastos variables. Afirma a este respecto, por una parte, que se ha atendido a la acepción normal de los términos «gastos fijos y gastos variables» y, por otra parte, que resulta de los documentos de AKZO que el número de sus trabajadores variaba en función de las fluctuaciones de la producción. Afirma por último la Comisión que la propia AKZO reconoce que las mezclas de vitaminas se vendieron a un precio que ni siquiera cubría el coste de las materias primas.

La Comisión afirma, asimismo, que el departamento de «aditivos de la harina» funcionó con pérdidas entre 1981 y 1983 y que en particular las ofertas de precios efectuadas por AKZO UK a los clientes tradicionales de ECS casi siempre generaban pérdidas. Además, al contrastar las partidas en que AKZO registraba pérdidas y aquéllas en que obtenía beneficios, se observa que AKZO se dedicaba a conquistar una nueva clientela en detrimento de ECS, mediante precios que no cubrían sus costes, mientras que aplicaba a su propia clientela precios con los que lograba amplios beneficios. El resultado favorable que invoca AKZO sólo fue posible a

través de la transferencia de varios costes de producción del sector de «aditivos de la harina» al sector de «plásticos», a raíz de la integración del departamento «BP Novadelox Milling», perteneciente originariamente a los aditivos, en el sector de los plásticos.

La Comisión estima, además, que los diferentes documentos internos que menciona en su Decisión demuestran la intención de AKZO de eliminar a ECS, así como el carácter tenaz y sistemático de la infracción. Si algunas ofertas de precios de AKZO UK han sido perjudiciales para el tercer competidor, Diaflex, ello se debe únicamente al camuflaje que ha rodeado al comportamiento de AKZO.

Alega, por último, que sus pretensiones no pueden quedar desvirtuadas por la argumentación de AKZO que alude a la racionalización de sus procesos de producción porque el departamento de «aditivos de la harina» fue integrado en el departamento de «plásticos», con el objeto de presentar de una forma más favorable la contabilidad relativa a los aditivos de la harina.

D. Consideraciones sobre los abusos específicos

1. Las presuntas amenazas proferidas contra ECS

AKZO reconoce haber estado dispuesta a tomar medidas para proteger sus intereses, pero niega haber proferido amenazas contra ECS.

En las reuniones de los días 16 de noviembre y 3 de diciembre de 1979, AKZO comunicó a ECS que no debía contar en lo sucesivo con su colaboración, puesto que ésta hacía ofertas a bajo precio en el sector de los plásticos.

Subraya que no es anormal en circunstancias de fuerte competencia que los responsables comerciales utilicen palabras duras. Los representantes de las dos sociedades comieron juntos después de la primera reunión, lo que muestra más bien que no se profirió ninguna amenaza real en dicha ocasión.

AKZO señala, asimismo, que unos catorce meses separan dichas reuniones del momento en que, según la Comisión, comenzaron las prácticas de exclusión.

Por otra parte, es difícil afirmar que un comportamiento de cinco años en materia de precios tenga su explicación en presuntas amenazas, cuando de los autos se deduce que las fijaciones de precios establecidas por AKZO, a partir de 1981, se justifican por acontecimientos que no guardan relación con ellas.

La Comisión señala, por su parte, que el artículo 86 del Tratado pone ciertos límites al comportamiento de las empresas dominantes en el mercado y que una amenaza proferida contra un competidor constituye un abuso.

Recuerda, por otra parte, que un directivo de AKZO, en su declaración ante la High Court, reconoció que AKZO había intentado intimidar a ECS, comunicándole que

estaba dispuesta a vender con pérdidas. Por lo demás, la Comisión estima que los documentos por ella facilitados, elaborados por responsables del departamento comercial de AKZO, demuestran claramente la intención de AKZO de eliminar a ECS del mercado.

2. Las ofertas realizadas a partir de finales de 1980 a Allied Mills y a los fabricantes de harina independientes

En opinión de AKZO, un mercado competitivo sano implica que los proveedores intenten atraer a nuevos clientes. Es normal, por tanto, que AKZO UK haya hecho ofertas a clientes que no eran tradicionalmente los suyos. Toda empresa debe, además, buscar un aumento de su volumen de negocios cuando haya sido obligada por sus competidores a fijar unos márgenes de beneficios menos altos. Por tanto, sólo pueden resultar criticables el carácter anormalmente bajo de las ofertas o su carácter selectivo.

Por lo que se refiere al carácter anormalmente bajo de la oferta realizada a Allied Mills, AKZO considera que AKZO UK se alineó, habida cuenta de los compromisos suscritos ante la High Court, a los precios ofrecidos en el mismo momento por ECS a un cliente comparable, Spillers. Alega, por otra parte, que los precios propuestos no pueden calificarse como fuertemente deficitarios, cuando garantizan, a su juicio, un confortable margen de cobertura positiva y se aproximaban a los precios facturados por ECS. Consideraciones análogas justifican las ofertas efectuadas a los fabricantes de harina independientes.

En relación con el carácter selectivo, AKZO señala que la mayoría de sus clientes ha pagado precios similares a los ofrecidos por ella a la clientela de ECS. Sólo cuatro fabri-

cantes de harina independientes, a los que ni ECS ni Diaflex hicieron ofertas a precios inferiores, es decir, una parte muy reducida de su clientela fiel, pagaron efectivamente precios superiores a los que pagaban los demás clientes de AKZO.

La Comisión no niega que AKZO tenga derecho a buscar nuevos clientes, pero recuerda que sólo podía hacerlo, sin embargo, a través de unas prestaciones más competitivas («Leistungswettbewerb»). Señala que imputa a AKZO haber bajado sus precios para eliminar a ECS, aunque ello le ocasionase pérdidas durante un largo período.

Las ofertas de precios fueron anormalmente bajas, ya que AKZO UK no cubría sus costes totales; además, se alineó a ofertas de ECS referentes a productos de inferior calidad.

Por otra parte, resulta claramente de las facturas que las ofertas de precios eran selectivas. En efecto, por una parte, los precios propuestos tanto a Allied Mills como a cada una de las fábricas de harina de dicho Grupo eran sensiblemente inferiores a los precios facturados al único cliente que AKZO UK tenía en el Grupo Allied Mills y, por otra parte, las bajas de precios sólo beneficiaron a los nuevos clientes de AKZO y no a los de las fábricas de harina independientes que eran sus clientes tradicionales. AKZO no puede invocar una especie de legítima autodefensa para establecer una distinción entre los clientes que recibieron ofertas inferiores a las suyas y los demás clientes, ya que las imputaciones de la Comisión se refieren, no a los alineamientos defensivos a los que haya podido proceder AKZO respecto a su clientela existente, sino

a la campaña de precios que realizó respecto a la clientela tradicional de ECS.

3. *La aplicación prolongada a Spillers y a RHM de precios inferiores a los costes*

AKZO niega que los precios que AKZO UK practicó respecto a Spillers y a RHM puedan considerarse destinados a apoyar su actuación dirigida a alejar a Allied Mills de ECS. El desarrollo de los acontecimientos muestra, además, que los precios bajaron, no por iniciativa de AKZO, sino por la presión de ofertas procedentes de ECS o de Diaflex a las que hubo de alinearse AKZO UK para evitar la pérdida de clientela. AKZO señala, a este respecto, que el hecho de tener que bajar los precios practicados a su clientela a causa de las ofertas procedentes de terceros refleja una presión que demuestra la inexistencia de dominación del mercado.

AKZO alega, además, que sus reducciones de precios respecto a Spillers y RHM no pudieron perjudicar a ECS, porque esta última nunca fue su proveedora. Por último, dicha imputación contradice la anterior, según la cual AKZO UK realizó reducciones de precios selectivas.

Según la Comisión, para ofrecer precios bajos a Allied Mills, AKZO UK estaba obligada, tanto a causa de la resolución de la High Court como por motivos comerciales, a reducir los precios que practicaba a sus clientes tradicionales. Por ello, AKZO UK prefirió bajar sus precios a Spillers y RHM, aunque ello implicase pérdidas para ella, con objeto de apoyar su actuación dirigida a apartar a Allied Mills de ECS.

La Comisión niega que AKZO UK tuviera que mantener los precios solicitados a Spillers y a RHM bajo la presión de la competencia de ECS y Diaflex. Por lo que se refiere a ECS, ésta no hizo ofertas competitivas después de 1980, cuando la Comisión se refiere al mantenimiento de precios bajos con posterioridad a dicha fecha. Por otra parte, Diaflex sólo ofertó precios competitivos para permitir el alineamiento de AKZO UK.

4. *La presunta utilización de productos de reclamo*

AKZO alega que la utilización de un producto para una política de precios de reclamo sólo tiene sentido cuando se ofrecen cantidades mínimas de dichos productos. No se encuentra en tal situación el bromato de potasio, vendido por AKZO UK en grandes cantidades. Por otra parte, la oferta de mezclas vitaminadas bajo la forma de un servicio a la clientela sólo puede practicarse a bajo precio, debido a los precios ofertados por los competidores, en particular Vitriton.

La Comisión afirma que AKZO UK ofreció los dos productos citados a los clientes de ECS o bien a precios que no cubrían, a todas luces, sus gastos variables, o bien a precios excepcionalmente bajos, para que su surtido resultase lo más interesante posible.

5. *Las solicitudes de precisiones relativas a las ofertas efectuadas por ECS y Diaflex a Spillers y a RHM*

Según AKZO, el hecho de que un proveedor solicite información sobre ofertas de la competencia constituye una práctica competitiva absolutamente normal. En particular, habida cuenta de los compromisos adquiri-

dos ante la High Court y de la decisión provisional, AKZO UK tenía derecho a conocer dichas ofertas, porque estaba autorizada para alinearse a las mismas. Tan es así, que una oferta a precio inferior hubiera podido originar sanciones.

La Comisión afirma que el alineamiento de buena fe no implica el conocimiento de los precios practicados por los competidores.

E. Sobre la continuación del abuso después de la adopción de las medidas provisionales

AKZO señala que se atuvo estrictamente y de buena fe a la Decisión por la que se adoptaron las medidas provisionales, de forma que no pudo producirse un abuso a partir de la segunda mitad del año 1983. En primer lugar, AKZO UK informó inmediatamente a sus clientes de que en lo sucesivo tenía que respetar los precios mínimos impuestos por la Comisión y que no podría establecer excepciones a los mismos más que cuando se probase la existencia de una oferta a precios inferiores. En segundo lugar, subió sus precios al nivel fijado por la Decisión por la que se adoptaron las medidas provisionales. Por último, informó escrupulosamente a la Comisión sobre su comportamiento.

Por otra parte, AKZO considera infundada la imputación según la cual AKZO UK animó a Diaflex a que hiciera ofertas a bajo precio para alinearse después a éstas. En efecto, Diaflex ofreció precios bajos no sólo a los antiguos clientes de ECS, sino también a la clientela tradicional de AKZO UK. No sería realista creer que AKZO UK animase a Diaflex a hacer tales ofertas a sus propios clientes, cuando le bastaba con alinearse a

las ofertas de ECS para conservar una clientela adquirida de forma presuntamente ilícita.

Por otra parte, los precios ofertados por Diaflex no son nada irreales, porque están muy por encima, habida cuenta de la estructura de costes de AKZO, de sus costes totales. Además, Diaflex hubiera entregado efectivamente a sus clientes los productos pedidos si se hubiere aceptado su oferta.

La Comisión estima que AKZO eludió los precios mínimos que se le habían impuesto alineándose a las ofertas de precios de Diaflex que había suscitado y de las que sabía, o hubiera debido saber, que no reflejaban un precio de mercado realista. No es necesario, a este respecto, probar la existencia de una relación directa entre Diaflex y AKZO UK. Las ofertas efectuadas por Diaflex a la clientela de AKZO UK son, además, marginales. Por último, las ofertas de Diaflex no le permiten cubrir sus gastos variables y, por tanto, sus gastos totales.

F. Sobre los vicios procesales

AKZO invoca diferentes vicios procesales.

En primer lugar, no tuvo acceso suficiente al expediente y, en particular, a los informes de inspección que pudieran contener elementos de prueba importantes. La negativa sería tanto más insólita si se tiene en cuenta que está en contradicción con la línea de conducta anunciada por la propia Comisión en sus informes sobre la política de competencia.

En segunda lugar, la investigación de la Comisión fue incompleta, sobre todo porque hacía caso omiso de la estructura de costes de las empresas de referencia y de la política de precios de ECS y Diaflex.

Por último, la Decisión final menciona diversas imputaciones importantes sobre las que no se escuchó a AKZO, como la naturaleza (fija o variable) de varios costes, la utilización del bromato de potasio como producto de reclamo y las solicitudes a Spillers y a RHM de información sobre las ofertas procedentes de competidores. Si bien se escuchó la opinión de AKZO sobre la realidad material de algunos de dichos datos, no se hizo lo propio respecto a la cualificación jurídica como abusos.

La Comisión considera que estos argumentos son infundados, pues resultan desmentidos por la realidad de los hechos.

Estima, en primer lugar, que sólo está obligada a comunicar a las empresas afectadas los documentos en que basó la motivación de su Decisión. Alega que los informes de inspección que responden a este requisito fueron remitidos efectivamente a AKZO. Tal práctica no contradice la política de acceso al expediente anunciada por la Comisión. En efecto, las empresas afectadas sólo pueden tener acceso a los informes de los inspectores que relatan los hechos, al contrario de lo que ocurre con los informes de valoración final de los inspectores, que son documentos internos.

La Comisión alega, asimismo, que realizó una investigación lo más completa posible y que la demandante no expuso ningún argu-

mento que pudiera probar defecto alguno de motivación de la Decisión impugnada.

Por último, en relación con una posible infracción de la obligación de escuchar la opinión de AKZO sobre ciertos puntos, la Comisión recuerda que es jurisprudencia reiterada que no está obligada a dar oportunidad a la empresa demandada de expresar su opinión acerca de la argumentación que opone la Comisión a su contestación. Por otra parte, se brindó a AKZO la oportunidad de expresar su opinión acerca de los aspectos específicos de su comportamiento durante el procedimiento administrativo.

G. Sobre la multa

AKZO solicita, con carácter subsidiario, que se anule, o reduzca al menos, la multa que se le impuso. En efecto, la Comisión no tuvo en cuenta un gran número de factores en la valoración de la gravedad de la infracción.

En primer lugar, no utilizó en modo alguno los medios de que disponía. Así, hubiera podido imponer a AKZO Chemie una multa por incumplimiento de las órdenes recogidas en la Decisión provisional, o bien modificar las disposiciones de dicha Decisión. Durante dos años y medio, por el contrario, se abstuvo de intervenir e invocó a continuación el carácter prolongado de la infracción como circunstancia agravante.

En segundo lugar, AKZO alega que, a falta de criterios establecidos en Derecho comunitario, no resulta equitativo fijar un importe tan alto para la multa. Por otra parte, se atuvo a los criterios reconocidos por una de las tendencias principales de la jurisprudencia.

dencia norteamericana, que admite que una empresa fije precios que cubran sólo sus costes variables.

Además, la Comisión hubiera debido tener en cuenta, al fijar la multa, la inexistencia de incidencia de la presunta infracción en el mercado de los plásticos.

Por último, la Comisión no señaló la fecha en que concluyó la infracción, lo que constituye un incumplimiento de lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17.

La Comisión insiste en la gravedad de los hechos imputados a AKZO, cuyo objetivo era eliminar a un competidor más eficaz del mercado.

Señala, en primer lugar, que terminó rápidamente este asunto, habida cuenta de su complejidad. Iniciar un procedimiento por incumplimiento de la Decisión sobre medidas provisionales hubiera retrasado considerablemente la adopción de una decisión en cuanto al fondo. Ello no significa, sin embargo, que se haya puesto al corriente con retraso a AKZO de las objeciones de la Comisión relativas a los alineamientos con Diaflex. Estas no pudieron ser objeto, sin embargo, de un procedimiento formal, puesto que la Comisión careció, hasta julio de 1984, de pruebas suficientes.

Con respecto a la alegación de AKZO fundada en la jurisprudencia norteamericana, la Comisión afirma que el texto del artículo 86 del Tratado, en relación con la letra f) del artículo 3, así como la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, muestran claramente que el comportamiento imputado a AKZO es incompatible con los objetivos fundamentales del Tratado.

Además, fue la intervención de la High Court y de la Comisión la que evitó que la actuación de AKZO tuviera consecuencias sobre el mercado de los plásticos. Por ello, el hecho de que no se produjera ninguna incidencia no puede constituir una circunstancia atenuante que se sitúe en el activo de AKZO.

Por último, por lo que respecta a la duración de la infracción, la Comisión considera que prosiguió hasta el día de la Decisión final.

H. Sobre las medidas impuestas

Respecto a la prohibición de practicar precios diferenciados, AKZO considera, en primer lugar, que dicha medida es contraria a la competencia, afirma asimismo que no se limita en modo alguno al mínimo necesario para garantizar que cese la infracción y alega, por último, que es incomprensible.

Según AKZO, la medida es contraria a la competencia porque sus competidores, tanto ECS como Diaflex, no están sometidos a las mismas prohibiciones, de forma que están en condiciones de ofrecer a los clientes de AKZO precios inferiores a los que aplican a su propia clientela. En este supuesto, AKZO tiene la alternativa, bien de perder el cliente o bien de aceptar un descenso de precios para todos sus clientes de la misma categoría. Por otra parte, la Comisión no reconoció el carácter esencial del alineamiento, que es precisamente el de poder colocar los precios al nivel de una oferta inferior procedente de un competidor, sin tener que facturar precios idénticos a sus otros clientes.

La medida impuesta va más allá de lo necesario para velar por que la Decisión surta efectos, por una parte, ya que su ámbito de aplicación territorial es la Comunidad en su conjunto, mientras que la investigación de la Comisión se limitó al Reino Unido y a Irlanda y, por otra parte, porque afecta a todos los clientes de AKZO, cuando hubiera debido limitarse a los clientes de ECS presuntamente adquiridos de forma ilícita, si la intención era la de impedir que AKZO conservase esta última clientela.

Por último, la medida es incomprensible, ya que no determina con precisión cuáles son las ofertas procedentes de ECS a las que pudiera alinearse efectivamente AKZO.

Por lo que respecta a la prohibición de ofrecer aditivos de la harina a las fábricas de harina del Grupo Allied Mills en condiciones sensiblemente más favorables que las propuestas a los «grandes independientes», AKZO afirma que dicha medida es poco clara, ya que impide a AKZO adoptar un comportamiento competitivo preciso, y contraria a la competencia, por cuanto impide que se hagan ofertas competitivas directas a las fábricas de harina individuales de dicho Grupo, al no constituir estas últimas y los «grandes independientes» una categoría de clientes comparables.

Por lo que respecta a la prohibición de aplicar precios diferenciados, la Comisión señala que AKZO conserva la posibilidad de bajar sus precios selectivamente, para alinearse a las ofertas hechas por competidores a sus antiguos clientes, pero no a las ofertas realizadas a los antiguos clientes de ECS. Dicha prohibición de discriminación tiene por objeto restablecer el *statu quo* anterior. AKZO sólo mantiene la posibilidad de alinearse a las ofertas competitivas hechas a

los antiguos clientes de ECS si dichos alineamientos no son selectivos.

La medida no va más allá de lo necesario, ya que no afecta a la política de precios que AKZO aplica a su propia clientela en conjunto.

Respecto a la prohibición de ofrecer aditivos a las fábricas de harina del Grupo Allied en condiciones discriminatorias, la Comisión señala que dicha medida tiene por objeto privar a AKZO de la posibilidad de practicar en el futuro discriminaciones en materia de precios con finalidad ofensiva. Se deduce además de las ofertas anteriores al conflicto que la propia AKZO consideraba esas dos categorías de clientes comparables, ya que les proponía precios idénticos.

IV. Respuestas a las preguntas del Tribunal de Justicia

A petición del Tribunal de Justicia, las partes han aportado gráficos que reflejan, por cada productor y período considerado, la evolución tanto de los precios practicados como de los costes variables.

A la pregunta de si ECS continuaba o no vendiendo en el mercado peróxidos orgánicos, la Comisión respondió que dicha empresa aún efectuaba ventas en dicho mercado a finales de 1986.

Por otra parte, en respuesta a la pregunta relativa a las cuotas de mercado de AKZO UK, de ECS y de Diaflex en el mercado de aditivos de la harina, la Comisión comunicó

al Tribunal de Justicia que las estimaba en el 51, 35 y 14 %, respectivamente, en el momento de las medidas provisionales y en el 55, 30 y 15 % en el momento de la Decisión final. Añadió que no disponía de datos que le permitieran calcular las cuotas de mercado actuales.

Por último, con respecto a la cuestión relativa a las pruebas de que dispone y que demuestran que las ofertas de Diaflex fueron suscitadas por AKZO UK, la Comisión pone de relieve, en primer lugar, que no señaló en su Decisión que AKZO UK hubiera suscitado las ofertas de Diaflex. La Comisión, que hace referencia a diferentes docu-

mentos que se adjuntan al pliego de cargos, afirma, sin embargo, que durante el período precedente a la Decisión por la que se adoptan las medidas provisionales, AKZO y Diaflex mantuvieron estrechos contactos sobre la política que había de seguirse en materia de precios. Además y con posterioridad a dicha Decisión, AKZO UK incitó a los clientes que captó a ECS a que pidiesen una oferta de precios a Diaflex. Esta afirmación se basa en notas internas de AKZO que se adjuntan al pliego de cargos.

R. Joliet
Juez Ponente