

INTERVENCIONISMO ESTATAL Y DERECHO COMUNITARIO DE LA COMPETENCIA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE

Por MANUEL LOPEZ ESCUDERO (*)

SUMARIO

I) INTRODUCCIÓN.—II) RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS DERIVADA DE LA REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA: 1) *De la sentencia INNO-ATAB a las sentencias Leclerc*. 2) *Las sentencias Leclerc*: A) Soluciones rechazadas por el TJCE; B) Solución retenida por el TJCE; C) Comparación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de USA. 3) *Reseña de las posiciones doctrinales en la materia*. 4) *La sentencia Nouvelles Frontières*. 5) *La sentencia VVR*. 6) *La sentencia ASPA*.—III) «EL REVERSO DE LA MONEDA»: LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS.—IV) RESUMEN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE.—V) CONCLUSIONES.

I) INTRODUCCIÓN

En un proceso de integración económica, como el previsto en el Tratado CEE, los obstáculos que pueden impedir la consecución de la libertad de circulación de las mercancías en el comercio interestatal pueden ser de origen público o de origen privado.

Los obstáculos de origen público están constituidos por las medidas estatales destinadas a proteger la producción nacional. Son principalmente los artículos 30-36 del Tratado CEE los que prohíben este tipo de medidas de los poderes públicos.

(*) Becario de Investigación. Area de Derecho Internacional Público. Universidad de Granada. Licenciado en Derecho europeo por el I. E. E. de la Universidad Libre de Bruselas.

Los obstáculos de origen privado al comercio comunitario están constituidos por los comportamientos anticompetitivos de los operadores económicos privados. Los artículos 85 y 86 del Tratado CEE vienen a prohibir dichas prácticas.

La erosión de la distinción entre las intervenciones en la economía de los operadores públicos y los privados induce a considerar a los dos grupos de disposiciones del Tratado no como disposiciones sin conexión alguna, sino como normas estrechamente relacionadas.

La jurisprudencia reciente del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la libre circulación de mercancías y sobre la protección de la competencia, haciéndose eco de ello, ha puesto de relieve la importancia de la interconexión existente entre estos dos aspectos del derecho comunitario. En esta jurisprudencia hay que resaltar dos líneas de evolución paralelas:

- Lo que ha dado en llamar «privatización» («privatisation») de las normas sobre la libre circulación de mercancías (1), que consiste en la aplicación de los artículos 30-36 del Tratado CEE a los comportamientos de los operadores económicos privados, pese a que estas normas imponen, en principio, obligaciones solamente a los Estados miembros (2).
- La «publicización» («publicisation») de las normas del Tratado CEE relativas a la preservación de la libre competencia (3). Los artículos 85 y 86 del Tratado CEE imponen una serie de prescripciones que deben ser respetadas por los operadores económicos privados, pero una jurisprudencia reciente del TJCE, que será estudiada en este trabajo, ha compelido a las autoridades públicas a respetar estas prescripciones a la hora de legislar en el ámbito económico.

(1) M. WAELBROECK: «Les rapports entre les règles sur la libre circulation de marchandises et les règles de concurrence applicables aux entreprises dans la CEE», en *Du droit international au droit de l'intégration, Liber Amicorum P. Pescatore*, Ed. Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1987.

(2) Varias sentencias del TJCE muestran esta evolución jurisprudencial: Sentencia de 22-6-1976, Terrapin-Terranova, 119/75, *Rec.*, 1976, pág. 1069; Sentencia de 22-1-1981, Dansk Supermarked c. Imerco, 58/80, *Rec.*, 1981, pág. 181; Sentencia de 9-2-1982, Polydor c. Arlequin Records, 270/80, *Rec.*, 1982, pág. 329.

(3) M. WAELBROECK: «Les rapports...», *loc. cit.*; pág. 781, y P. PESCATORE: «Public and Private Aspects of European Community Competition Law», Fordham Corporate Law Institute (B. Hawk ed., 1987).

Esta doble evolución de la jurisprudencia del TJCE tiene como base la idea de que «los artículos 2 y 3 del Tratado CEE tienden a la creación de un mercado en el que las mercancías circulen libremente bajo unas condiciones de competencia no falseada. Este objetivo es asegurado especialmente tanto por los artículos 30 y siguientes, referentes a la interdicción de las restricciones al comercio intracomunitario, como por los artículos 85 y siguientes, relativos a las normas de competencia» (4).

Esta concepción de base es novedosa en la jurisprudencia del TJCE, ya que viene a acabar con la idea hasta entonces mantenida por el Tribunal de que las normas sobre competencia y las relativas a la libre circulación de mercancías respondían a objetivos distintos y no había ningún tipo de interconexión entre ellas.

El tema objeto de estudio en este trabajo va a ser el de la «publicisation» de las normas sobre la libre competencia del Tratado CEE. Se trata, en definitiva, de reflexionar sobre la medida en que los artículos 85 y 86 del Tratado CEE pueden impedir a las autoridades públicas la adopción de medidas restrictivas de la competencia, teniendo en cuenta que estos artículos regulan los comportamientos anticompetitivos de los operadores económicos privados (5). Esta reflexión se impone porque los Estados pueden utilizar su poder de reglamentación de la actividad económica para permitir a las empresas la obtención de los mismos resultados que éstas podrían obtener con la

(4) Sentencia de 10-1-1985, *Leclerc c. au blé vert*, 229/83, *Rec.*, 1985, pág. 30; Sentencia de 29-1-1985, *Cullet c. Leclerc*, 231/83, *Rec.*, 1985, pág. 318.

(5) Una interesante bibliografía sobre este tema ha aparecido últimamente: R. JOLIET: «Reglémentations étatiques anticoncurrentielles et droit communautaire», *Cahiers de Droit Européen*, 1988, pág. 363; G. MARENCO: «Le traité CEE interdit-il aux Etats membres de restreindre la concurrence?», *Cahiers de Droit Européen*, 1986, pág. 285; IDEM: «Government Action and Antitrust Law in the United States: What Lessons for Community Law?», *Legal Issues of European Integration*, 1987, pág. 1; IDEM: «Effets des règles communautaires de concurrence (articles 85 et 86) sur l'activité des Etats membres», en *Discretionary Powers of the Member States in the Field of Economic Policies and their Limits under the EEC Treaty* (J. Schwarze, ed., 1988), pág. 53; Y. GALMOT et J. BIANCARELLI: «Les réglementations nationales de prix au regard du droit communautaire», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1985, pág. 269; B.-B. BLAISE: «Chronique du droit de la concurrence: Les rapports entre les articles 85 et 86 et les législations internes des Etats membres», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1987, pág. 674; D. WAELBROECK: «Application des règles de concurrence du Traité de Rome à l'autorité publique», *Revue du Marché Commun*, 1987, pág. 25; M. WAELBROECKS «Les rapports...», *loc. cit.*, págs. 786 y sigs.; P. PESCATORE: «Public and Private...», *loc. cit.*, págs. 416 y sigs.

realización de una práctica prohibida por los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, con lo cual el efecto útil de estas disposiciones quedaría totalmente desvirtuado.

Antes de analizar esta cuestión es conveniente incardinarla dentro del tema más general del que ella es parte, que es el de las disposiciones comunitarias a respetar por las autoridades públicas para que la competencia no resulte falseada dentro del mercado común a resultas de sus actuaciones.

El ex-juez Pescatore (6) ha analizado las disposiciones del Tratado CEE dirigidas a los poderes públicos para evitar que éstos falseen o distorsionen con sus actuaciones la libre competencia dentro del mercado común. Este autor pone de relieve la diferencia existente entre las normas de competencia del Tratado CEE aplicables a los operadores económicos privados (artículos 85 y 86), que forman un sistema completo y homogéneo, y las normas sobre competencia aplicables a las autoridades públicas (artículos 90, 92, 101, 102, 107 y 37), que ofrecen fallas por doquier y son manifiestamente insuficientes para hacer frente a los múltiples ataques a la libre competencia que el intervencionismo estatal en la economía puede generar.

La idea de la «publicisation» de las normas de competencia dirigidas a los particulares (artículos 85 y 86) supone, a nuestro modo de ver, un intento del TJCE de contribuir a una fiscalización mayor de las medidas de las autoridades públicas que falsean la libre competencia, paliando así las deficiencias del Tratado CEE.

Comenzaremos por analizar la situación de los Estados cuando una norma estatal de carácter económico entra en colisión con el derecho comunitario de la competencia, para ver, luego, la situación en la que estarían las empresas en estos casos.

II) RESPONSABILIDAD DE LOS ESTADOS DERIVADA DE SU REGULACIÓN DE LA ACTIVIDAD ECONÓMICA

1) *De la sentencia INNO c. ATAB a las sentencias Leclerc*

La primera vez que se cuestionó ante el TJCE la compatibilidad con el derecho comunitario de una disposición normativa de un Estado miembro,

(6) P. PESCATORE: «Public and Private...», *loc. cit.* Una dura crítica de las tesis de pescatore puede verse en G. MARENCO: «Competition between National Economies and Competition between Bussinesses. A Response to Judge Pescatore», *Fordham International Law Journal*, 1987, pág. 240.

que permitía a las empresas escapar a las prohibiciones de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, fue en el asunto INNO c. ATAB (7). La disposición atacada era el artículo 58 de la Ley belga de 3-7-1958 (Código del I. V. A.), que imponía a los detallistas la obligación de vender los cigarrillos, tanto de producción nacional como importados, al precio fijado en las etiquetas de las cajetillas.

La cadena de grandes almacenes G. B.-INNO-B. M. había quebrantado esta norma, vendiendo los cigarrillos a un precio inferior al fijado en la cajetilla, y la Asociación belga de detallistas de tabaco la demandó judicialmente por este hecho, planteando el juez belga una cuestión prejudicial ante el TJCE.

Conviene señalar que con anterioridad a la adopción de esta norma los productores y mayoristas de tabaco habían concluido diversos acuerdos para imponer a los minoristas la venta de los cigarrillos al precio fijado en las etiquetas, pero la eficacia de estos acuerdos se veía minada por las cadenas de grandes almacenes, que vendían los cigarrillos a un precio inferior. Como por azar fue un parlamentario, que a la vez era secretario de la Asociación de mayoristas de tabaco, el que propuso la reforma del artículo 58 del Código del I. V. A. (8). De esta forma la disposición legal permitía a los productores y mayoristas de tabaco obtener los mismos resultados anticompetitivos que ellos habían perseguido con los acuerdos, pero con la diferencia de que ahora se trataba de una norma jurídica que debía ser respetada por todos los vendedores de tabaco.

Este asunto INNO c. ATAB nos pone de relieve, con toda claridad, el objeto de estudio de este trabajo: la compatibilidad con el derecho comunitario de las normas jurídicas de los Estados miembros que, como en el caso que acabamos de exponer, permiten a los operadores económicos privados escapar a las prohibiciones de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE.

En este asunto se cuestionaba la compatibilidad de la disposición belga con el artículo 3f), según el cual, la acción de la Comunidad llevará consigo «el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común», con el artículo 5, párrafo segundo, a tenor del cual «los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas

(7) Sentencia de 16-11-1977, G. B.-INNO-B. M. c. ATAB, 13/77, *Rec.*, 1977, págs. 2115 y sigs.

(8) Ver: D. WAELBROECK: *loc. cit.*, pág. 26 y nota 11; M. WAELBROECK: *loc. cit.*, pág. 787.

que puedan poner en peligro la realización de los fines del presente Tratado», y con el artículo 86, que prohíbe el abuso de posición dominante. Según el TJCE, «si bien es verdad que el artículo 86 se dirige a las empresas, no es, por ello, menos cierto también que el Tratado impone a los Estados miembros no adoptar o mantener en vigor medidas susceptibles de eliminar el efecto útil de esta disposición» (9).

Esta obligación para los Estados miembros resulta de la aplicación combinada de los artículos 3 f), 5, párrafo segundo, y 86.

El TJCE seguidamente esgrime el argumento del artículo 90, que prohíbe a los Estados miembros la adopción o el mantenimiento de medidas contrarias a los artículos 85 y 86 respecto de las empresas públicas y de las empresas a las que concedan derechos exclusivos o especiales, para llegar a la conclusión de que los Estados tienen una obligación similar respecto a las empresas privadas (10). A nuestro modo de ver, esta argumentación del TJCE es acertada, porque el artículo 90 no es más que una concretización de la obligación de fidelidad comunitaria impuesta por el artículo 5, párrafo segundo, a los Estados, es decir, una *lex specialis* cuyos supuestos de hecho quedan englobados por la obligación más general del artículo 5 (11).

Vemos que el TJCE en los considerandos 31-33 antes mencionados elabora una nueva jurisprudencia para fiscalizar las normas de los Estados que permiten a las empresas evadir los artículos 85 y 86, obteniendo un resultado similar al de los acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas, prácticas concertadas y abusos de posición dominante, que estos artículos prohíben.

Pero el TJCE en la Sentencia INNO-ATAB no extrajo las consecuencias de esta nueva jurisprudencia y en el considerando 35 dijo que «de todas formas, una medida que tiene por efecto facilitar la explotación abusiva de una posición dominante susceptible de afectar el comercio entre los Estados miembros, será normalmente incompatible con los artículos 30 y 34, que prohíben las restricciones cuantitativas a la importación y a la exportación, así como toda medida de efecto equivalente».

El TJCE se desvía de su razonamiento anterior y retorna a su jurisprudencia tradicional que analiza las medidas estatales que obstaculizan el comercio intracomunitario a la luz de los artículos 30 a 36 del Tratado CEE.

(9) Sentencia INNO-ATAB, *cit.*, pág. 2144.

(10) Considerandos 32 y 33 de la Sentencia INNO-ATAB, *cit.*, pág. 2145.

(11) Sobre este tema ver la reciente Sentencia del TJCE de 4-5-1988, *Pompes Funèbres*, 30/87, aún no publicada, y G. MARENCO: «Public sector and Community Law», *Common Market Law Review*, 1983, pág. 494.

Pero la misma sentencia INNO-ATAB nos demuestra que la afirmación hecha por el TJCE en el considerando 35 no es acertada, ya que medidas estatales que no constituyen una medida de efecto equivalente podrían ser contrarias a los artículos 3 f), 5, párrafo segundo, y 85 u 86, pese a que el TJCE no llegue a esta conclusión en la sentencia que comentamos.

En varias sentencias posteriores el TJCE mantiene una posición, que se alejaba de la jurisprudencia INNO-ATAB, aunque hay que decir que estas sentencias versaban sobre supuestos que no encajaban claramente en los artículos 85 u 86 (12).

Así llegamos a la sentencia Kaveka (13), en la que el TJCE mantuvo una posición totalmente opuesta a la jurisprudencia INNO-ATAB frente a un asunto muy similar. Se discutía, en efecto, la compatibilidad con el derecho comunitario de una disposición neerlandesa que impedía la venta de tabaco manufacturado a un precio inferior al señalado en las etiquetas de las cajetillas.

Pues bien, el TJCE responde en la sentencia Kaveka a la cuestión de la compatibilidad de la disposición neerlandesa con los artículos 3 f), 5, párrafo segundo, y 85, diciendo que «si es cierto que los Estados miembros no deben adoptar medidas que permitan a las empresas privadas sustraerse a las obligaciones impuestas por el artículo 85 del Tratado, sin embargo, las disposiciones de este artículo forman parte de las normas de competencia aplicables a las empresas y tienden a regular el comportamiento de las empresas privadas en el mercado común. Por tanto, estas normas no se tienen en cuenta para apreciar la conformidad con el derecho comunitario de una legislación como lo que es objeto de este procedimiento» (14). Esta afirmación del TJCE, que es totalmente opuesta a la jurisprudencia esbozada en la sentencia INNO-ATAB, fue muy bien acogida por un sector doctrinal (15).

(12) Sentencia de 18-10-1979, Hans Buys, 5/79, *Rec.*, 1979, pág. 3203; Sentencia de 29-11-1983, Roussel Laboratoria 181/82, *Rec.*, 1983, pág. 3849; Sentencia de 7-2-1984, Duphar B. V. et autres, 238/82, *Rec.*, 1984, pág. 523.

Un comentario más detallado de estas sentencias en E. PAULIS: «Les Etats membres peuvent-ils enfreindre les articles 85 et 86 du Traité C.E.E.?», *Journal des Tribunaux*, 1985, págs. 211 y sigs.; G. MARENCO: «Mesures étatiques et libre concurrence. Note sur l'arrêt Kaveka», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1984, págs. 529-532.

(13) Sentencia del TJCE de 5-4-1984, Officier Van Justitie c. Jan Van de Haar Kaveka de Meern, 177 y 178/82, *Rec.*, 1984, pág. 1797.

(14) Sentencia Kaveka, *cit.*, págs. 1815 y 1816.

(15) G. MARENCO: «Mesures étatiques...», *op. cit.*, págs. 527-536.

Además, en esta sentencia el TJCE había ya remarcado previamente la separación clara que existe entre el artículo 30, destinado a eliminar las medidas nacionales destinadas a obstaculizar los intercambios entre los Estados miembros, y el artículo 85, que tiende a mantener una competencia eficaz entre las empresas (16).

Las sentencias estudiadas hasta ahora sobre la compatibilidad con el derecho comunitario de disposiciones nacionales de los Estados miembros que atentan contra el efecto útil de las normas de competencia dirigidas a las empresas privadas permitiendo a éstas evadir dichas normas nos ponen de manifiesto dos cosas:

- que el TJCE examina estas normas nacionales a la luz de los artículos 30-36 del Tratado;
- que la vía jurisprudencial esbozada en la sentencia INNO-ATAB, consistente en considerar estas disposiciones nacionales como contrarias a los artículos 3 f), 5, párrafo segundo, y 85 u 86, permanecía aislada.

2) Las sentencias Leclerc

Para estudiar la sentencia del TJCE de 10-1-1985, sobre el sistema de fijación del precio de los libros en Francia (Leclerc-libros en adelante) y la sentencia del TJCE de 29-1-1985 referente al precio de la gasolina en Francia (Leclerc-gasolina en adelante) vamos a exponer paralelamente los problemas planteados en ambas y la solución elegida por el TJCE entre las diversas opciones que se le ofrecían como soluciones posibles (17).

(16) Sentencia Kaveka, *cit.*, págs. 1812 y 1813.

(17) Entre los comentarios a las sentencias Leclerc-libros y Leclerc-gasolina pueden destacarse los siguientes L. FOCSANEAU: «Le contrôle français des prix sous contrôle communautaire. Observations sur les arrêts de la Cour de Justice de la C.E.E. de 10-1-1985 (prix du livre) et 29-1-1985 (prix des carburants)», *La Semaine Juridique*, núm. 23, 6-6-1985, pág. 343; Y. DEVELLENES: «Commentaire de l'arrêt 229/83 (Leclerc)», *La Semaine Juridique*, núm. 18, 1985, Jurisprudence 20395; L. DUBOIS: «La France face à l'Europe du livre et de l'essence», *Revue Française du Droit Administratif*, mars-avril 1985, pág. 289; P. J. KUYPER: «Case note to Case 229/83», *22 Common Market Law Review*, 1985, pág. 787; J.-B. BLAISE: «Chronique du droit de la concurrence», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1985, pág. 559.

En la sentencia *Leclerc-libros* se analizaba la conformidad con los artículos 30-36 (libre circulación de mercancías) y 3 f), 5, párrafo segundo, y 85 (libre competencia) de una ley francesa de 10-8-1981, sobre el precio del libro, según la cual son los editores y los importadores los que deben fijar el precio de venta al público de los libros que ellos editan o importan. Los detallistas deben vender a un precio que oscile entre el 95 y el 100 por 100 del precio fijado por los editores y los importadores. Esta obligación es incumplida por el grupo de grande almacenes «Association des Centres Distributeurs Edouard Leclerc».

En la sentencia *Leclerc-gasolina* se planteaba la compatibilidad con las mismas disposiciones del Tratado CEE de la legislación francesa sobre el régimen de distribución y venta de productos petrolíferos. Según esta normativa francesa el precio mínimo de venta al público de la gasolina es fijado por las autoridades francesas mediante unos procedimientos complejos en los que el precio de coste de las refinerías francesas es un elemento fundamental. Al igual que en la sentencia *Leclerc-libros*, el grupo *Leclerc* vende gasolina a un precio inferior al fijado por las autoridades francesas.

Expuestos someramente los hechos, pasemos ahora al análisis de las cuestiones jurídicas planteadas en estas dos sentencias.

A) Soluciones rechazadas por el TJCE:

1. Examen de las normas francesas a la luz de los artículos 3 f) y 5, párrafo segundo, exclusivamente.

Esta solución es implícitamente rechazada por el TJCE al reformular las cuestiones prejudiciales que le habían sido planteadas por los órganos jurisdiccionales franceses, que cuestionaban la conformidad de su legislación con los artículos 3 f) y 5, párrafo segundo, únicamente. Según el TJCE, la legalidad de estas normas debe apreciarse a la luz de los artículos 3 f), 5, párrafo segundo, y 85 (18).

Dos razones, a nuestro juicio, abogan en favor del camino seguido por el TJCE y por el rechazo de esta solución:

— El enunciado general del artículo 3 f) puede permitir la condena de cualquier medida estatal de intervencionismo económico, dado que

(18) Sentencia *Leclerc-libros*, cit., pág. 31.

produciría siempre una limitación de la competencia. Igualmente el recurso a los artículos 85 y 86, con las exigencias de aplicación en ellos previstas, para reprimir los comportamientos anticompetitivos de origen privado devendría innecesario (19).

- Tanto el artículo 3 f), como el 5, párrafo segundo, enuncian principios generales aplicables únicamente en combinación con otras disposiciones específicas del Tratado CEE, que desarrollan estos principios. Como afirma la Comisión, «el artículo 3 f) no prevé obligaciones para los Estados miembros y no constituye en sí una norma jurídica directamente aplicable, sino que anuncia las disposiciones específicas de los artículos 85 a 94, y no sería pertinente (su utilización) si estos artículos no fuesen aplicables... Igualmente, el artículo 5 no contendría ninguna norma que comportase una obligación concreta» (20).

2. Análisis de las normas francesas solamente a la luz de los artículos 30-36 del Tratado.

Según la jurisprudencia tradicional del TJCE, confirmada en la sentencia Kaveka (21), ésta era la solución que debía prevalecer. Pero el TJCE, retomando el precedente de la sentencia INNO-ATAB que había permanecido aislado hasta ese momento, analiza en primer lugar la conformidad de las normas francesas con los artículos 3 f), 5, párrafo segundo, y 85; y solamente después de que este filtro fue superado el TJCE utilizó los artículos 30-36 para poner de relieve la oposición de la legislación francesa con las normas sobre la libre circulación de mercancías. En la base de este análisis del TJCE se encuentra la idea de que las normas sobre la libre circulación de mercancías y las relativas a la libre competencia en el Tratado CEE persiguen un mismo objetivo: «la creación de un mercado en el que las mercancías circulen libremente en unas condiciones de competencia no falseadas» (22).

Para nuestro estudio, los aspectos de las dos sentencias Leclerc relativos a la libre circulación de mercancías no revisten interés.

3. Examen de las disposiciones francesas bajo el solo prisma del artículo 85 u 86 del Tratado.

(19) Ver Y. GALMOT y J. BIANCARELLI: «Les réglementations...», *loc. cit.*, pág. 299.

(20) Sentencia Leclerc-libros, *op. cit.*, pág. 22.

(21) Ver lo expuesto anteriormente en la pág. 731.

(22) Ver *supra*, pág. 727.

Los artículos 85 y 86 del Tratado CEE contienen las normas de competencia aplicables a las empresas que realicen los comportamientos previstos en ellos (acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas, prácticas concertadas y abuso de posición dominante). Por ello, estos artículos no pueden ser utilizados por sí solos para poner en tela de juicio una disposición legal o reglamentaria de un poder público (23). Las medidas estatales contrarias a la libre competencia sólo pueden analizarse a la luz de los artículos 90, 92, 94, 101, 102 y 107 del Tratado CEE. Veamos, sin embargo, cómo el TJCE impone a los Estados el respeto de los artículos 85 y 86 mediante el uso combinado de varias disposiciones del Tratado CEE y de una interpretación teleológica.

B) *Solución retenida por el TJCE: examen de las disposiciones legislativas francesas a la luz de los artículos 3 f), 5, párrafo segundo, y 85.*

El TJCE en las dos sentencias Leclerc, retomando la jurisprudencia INNO-ATAB, afirma que «si es cierto que estas disposiciones (artículos 85 y 86) conciernen al comportamiento de las empresas y no a las medidas legislativas o reglamentarias de los Estados miembros, éstos, pese a ello, están obligados, en virtud del artículo 5, párrafo segundo, a no perjudicar con su legislación nacional la aplicación plena y uniforme del derecho comunitario y el efecto de los actos de ejecución del mismo, y a no adoptar o mantener en vigor medidas, incluso de naturaleza administrativa o reglamentaria, susceptibles de eliminar el efecto útil de las normas de competencia aplicables a las empresas». (24).

Ahora van a ser examinadas las hipótesis en las que los Estados pueden violar los artículos 3 f), 5, párrafo segundo, y 85, y a este respecto una distinción crucial, a nuestro juicio, debe ser realizada entre:

1. Hipótesis en las que la infracción es incuestionable:

La obligación de fidelidad comunitaria impuesta a los Estados miembros por el párrafo segundo del artículo 5 en combinación con

(23) Según nuestras informaciones, sólo E. PAULIS: «Les Etats...», *loc. cit.*, pág. 218, ha defendido la solución que nosotros rechazamos con rotundidad. El Abogado General LENZ, en las conclusiones de la sentencia VVR, acepta también también las tesis de Paulis.

(24) Considerando 14 de la sentencia Leclerc-libros, *cit.*, pág. 31; Considerando 16 de la sentencia Leclerc-gasolina, *cit.*, págs. 319 y 320.

los artículos 3 f) y 85 es claramente violada por éstos cuando favorecen, imponen o facilitan la realización de los comportamientos prohibidos por el artículo 85 (acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas y prácticas concertadas) o cuando refuerzan sus efectos extendiéndolos obligatoriamente a empresas que no habían sido partes en ellos. Dos condiciones deben reunirse para que la infracción exista:

- La existencia de un comportamiento prohibido por el artículo 85.
- Que una medida estatal venga a favorecer, facilitar, imponer o reforzar dicho comportamiento de cara a otros operadores económicos.

Según el TJCE, ni en la sentencia Leclerc-libros ni en la sentencia Leclerc-gasolina se dan estas hipótesis (25).

En la sentencia Leclerc-gasolina, el TJCE, después de constatar este extremo, detiene aquí su análisis de la normativa francesa sobre el precio de los carburantes, diciendo que las disposiciones en cuestión no eliminan el efecto útil de las normas de competencia aplicables a las empresas, porque conceden a las autoridades públicas la responsabilidad de fijar los precios de los carburantes sobre la base de una serie de criterios de diferente naturaleza. El solo hecho de que entre estos elementos figuren los precios de coste fijados por los suministradores no priva a la normativa francesa de su carácter estatal (26).

A nuestro modo de ver (27), el TJCE ha seguido la tesis de sus abogados generales Darmon (28) y VerLoren van Themaat (29); según los cuales, hay que distinguir entre:

- Los regímenes públicos de fijación de precios en los que éstos son establecidos directamente por las autoridades sin la ayuda de actuaciones de los operadores económicos privados. En este caso, los artículos 3 f), 5, párrafo segundo, y 85 no resultarían jamás

(25) Sentencia Leclerc-libros, *cit.*, pág. 32, sentencia Leclerc-gasolina, *cit.*, pág. 320.

(26) Sentencia Leclerc gasolina, *cit.*, pág. 320.

(27) La opinión contraria es mantenida por E. PAULIS: «Les Etats Peuvent-ils...», *loc. cit.*, pág. 214.

(28) Conclusiones del Abogado General DARMON en la sentencia Leclerc-libros, *cit.*, págs. 5-9.

(29) Conclusión del Abogado General VERLOREN VAN THEMAAT en la sentencia Leclerc-gasolina, *cit.*, págs. 309 y 310.

violados, pero sí podría haber una incompatibilidad con los artículos 30-36. Esta es la situación planteada en la sentencia INNO-ATAB.

— Los regímenes semipúblicos de fijación de los precios en los que una categoría de operadores económicos fija el precio, que va a ser legalmente impuesto. Estos regímenes pueden infringir los artículos 30-36 del Tratado CEE y también los artículos 3 f), 5, párrafo segundo, y 85 del mismo. El sistema francés de fijación del precio de venta de los libros es semipúblico, y, por ello, el TJCE, en la sentencia Leclerc-libros, continúa examinando la posible violación de los artículos 3 f), 5, párrafo segundo, y 85.

En nuestra opinión, el distinto grado de intervención de las autoridades públicas en la fijación de los precios ha sido el factor decisivo tenido en cuenta por el TJCE para llegar a conclusiones diferentes en las sentencias Leclerc-libros y Leclerc-gasolina (30). La influencia de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos sobre el TJCE en este punto nos parece que es indudable, como posteriormente veremos.

2. Hipótesis en la que la infracción es discutida y discutible.

En la sentencia Leclerc-libros, el TJCE, tras haber comprobado que ninguna de las hipótesis vistas antes se verificaba, expone otra situación en la que las normas estatales violarían los artículos 3 f), 5, párrafo segundo, y 85. Efectivamente, el TJCE se cuestiona si una legislación nacional que convierte en innecesarios los comportamientos de las empresas prohibidos por el artículo 85 al otorgar a los editores e importadores de libros la responsabilidad de fijar libremente los precios obligatorios de venta al público atenta contra el efecto útil del artículo 85 y es, en consecuencia, contraria al párrafo segundo del artículo 5 del Tratado CEE (31). A diferencia de las hipótesis anteriores, en este caso no existe un comportamiento previo de las empresas prohibido por el artículo 85 que la disposición estatal venga a reforzar, ya que ésta les permite obtener los mismos resultados sin

(30) Esta idea es remarcada también por R. JOLIET: «Réglementations...», *loc. cit.*, pág. 372; G. MARENCO: «Le Traité C.E.E...», *loc. cit.*, pág. 296; Y. GALMOT y J. BRIANCARELLI: «Les réglementations...», *loc. cit.*, pág. 303.

(31) Sentencia Leclerc-libros, *cit.*, pág. 32.

necesidad de recurrir a las actuaciones prohibidas por el artículo 85 (32).

En la sentencia INNO-ATAB el TJCE se hacía eco de esta hipótesis al afirmar que «los Estados miembros no deben adoptar medidas que permitan a las empresas privadas sustraerse a las obligaciones impuestas por los artículos 85-94 del Tratado» (33).

A nuestro juicio (34), en la sentencia Leclerc-libros el TJCE admite implícitamente que una disposición, como la ley francesa en cuestión, que establece un sistema semipúblico de fijación del precio de los libros y que hace innecesarios los comportamientos de empresa prohibidos por el artículo 85, atenta contra el efecto útil de este artículo e infringe, en consecuencia, el párrafo segundo del artículo 5. Esta conclusión se deduce *a contrario* de la solución dada por el TJCE, según la cual, en el estado de desarrollo en el que se encontraba el derecho comunitario (ausencia de una política comunitaria de la competencia en el sector del libro) las obligaciones de los Estados miembros derivadas del artículo 5 en combinación con los artículos 3 f) y 85 no estaban suficientemente determinadas como para condenar la ley francesa (35). En cambio, cabe pensar que si hubiese existido una política comunitaria de competencia en el sector del libro la legislación francesa sería contraria a los artículos 3 f), 5, párrafo segundo, y 85.

Dos pueden ser las razones que han inducido al TJCE a no condenar la legislación en cuestión por la falta de desarrollo de las normas de competencia en el sector del libro:

— El artículo 85 es un todo indisociable y los comportamientos prohibidos por el párrafo primero pueden resultar exentos de tal interdicción en virtud del párrafo tercero. En el sector del libro esta posibilidad aparece como bastante plausible y el TJCE ha sido sensible al hecho de que podía condenar la normativa fran-

(32) Sentencia Leclerc-libros, *cit.*, pág. 32.

(33) Sentencia INNO-ATAB, *cit.*, pág. 2145.

(34) La misma opinión es mantenida por G. MARENCO: «Le Traité...», *loc. cit.*, pág. 294, y por Y. GALMOT y J. BIANCARELLI: «Réglementations...», *loc. cit.*, pág. 304.

De una opinión contraria es WELBROECK: «Les rapports...», *loc. cit.*, pág. 792. según el cual, «Quoique la réponse à cette question parût évidente, surtout à la lumière de l'arrêt GB-INNO-BM, la Cour a préféré ne pas y répondre».

(35) Sentencia Leclerc-libros *loc. cit.*, pág. 33.

cesa por hacer innecesarios unos comportamientos de empresa prohibidos por el art. 85.1, pero que podrían resultar exentos por el 85.3.

- Los Estados miembros, a diferencia de las empresas, no disponen de un procedimiento como el del Reglamento 17 para justificar su actuación frente a la Comisión y, por ello, la ausencia de un desarrollo de las normas de competencia en un sector puede permitir que una norma escape a la prohibición. Este argumento no es válido, claro está, para los operadores económicos privados (36).

En una sentencia de 14-3-1988 (37) se volvió a cuestionar la compatibilidad de la ley francesa sobre el precio del libro con los artículos 3 f), 5, párrafo segundo, y 85. La solución dada es la misma, es decir, la no condena de la norma francesa en el estado actual de evolución del derecho comunitario, ya que la Comisión no había desarrollado las normas comunitarias de competencia en el sector del libro.

C) *Comparación con la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos.*

El problema de la relación entre el derecho antitrust y el intervencionismo estatal que el TJCE ha tenido que encarar en las sentencias estudiadas se le había planteado ya al Tribunal Supremo de Estados Unidos. Hacer un breve comentario de las soluciones esbozadas por este alto tribunal nos parece indispensable, dada su influencia sobre la jurisprudencia del TJCE (38).

Con vistas al mantenimiento de los precios agrícolas, la California Agricultural Prorate Act permitía la elaboración de programas de comercialización a iniciativa de varios productores de una misma zona. Si el programa

(36) Y. GALMOT y J. BIANCARELLI: «Réglementations...», *loc. cit.*, pág. 306.

(37) Sentencia del TJCE de 14-7-1988, Leclerc-libros II, 254/87, aún no publicada.

(38) Para este breve análisis de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Estados Unidos hemos consultado el profundo y completo estudio de G. MARENCO: «Government action and antitrust in the United States: what lessons for Community law?», *loc. cit.*, págs. 1-81, y D. WAELBROCKER: «Application des...», *loc. cit.*; R. JOLIET: «Réglementations...», *op. cit.*

era económicamente rentable, una comisión estatal debía tomarlo en consideración y nombrar un comité compuesto de personas elegidas entre las propuestas por los productores para que elaborase un programa de comercialización que la comisión podía aprobar. Si una mayoría de productores poseedores de más de la mitad de las explotaciones de la zona aprobaba el programa de la comisión, éste devenía obligatorio. En el asunto Parker v. Brown (39) un productor atacaba el carácter obligatorio de un programa de comercialización de las uvas que le permitía solamente vender el 30 por 100 de su cosecha por los circuitos comerciales ordinarios.

El Tribunal Supremo dijo que «The state in adopting and enforcing the prorate program made no contract or agreement and entered into no conspiracy in restraint of trade or to establish monopoly but, as sovereign, imposed the restraint as an act of government which the Sherman Act did not undertake to prohibit». Junto a esta afirmación, que constituye la *ratio decidendi* de la sentencia, el Tribunal Supremo pronuncia dos *obiter dicta* importantes: «True, a state does not give immunity to those who violate the Sherman Act by authorizing them to violate it or by declaring that their action is lawful...; and we have no question of the state or its municipality becoming a participant in a private agreement or combination by others for restraint of trade».

Esta sentencia establece claramente las tres ideas siguientes (40):

- a) *El derecho antitrust federal prohíbe ciertas prácticas comerciales de las empresas, pero no las disposiciones legislativas estatales.* Esta idea es reproducida por el TJCE al decir en las dos sentencias Leclerc que los artículos 85 y 86 conciernen al comportamiento de las empresas y no a las medidas legislativas o reglamentarias de los Estados miembros.
- b) *Las prácticas comerciales prohibidas por el derecho antitrust federal no pueden ser amparadas por medidas estatales adoptadas a niveles inferiores al federal.* Idea también ésta que aflora en las sentencias INNO-ATAB y Leclerc al decir que el mantenimiento o la adopción de disposiciones legislativas o reglamentarias de los Estados miembros no pueden eliminar el efecto útil de los artículos 85 y 86.
- c) *Las actuaciones comerciales de las autoridades públicas están some-*

(39) Parker v. Brown 317 U.S. 341 (1943).

(40) Ver G. MARENCO: «Government action...», *loc. cit.*, págs. 9 y 52.

... *tidas al filtro del derecho antitrust de la misma manera que las prácticas comerciales de los operadores económicos privados.* Esta afirmación es acogida también por el derecho comunitario.

El esquema diseñado por la sentencia *Parker v. Brown* es de una claridad meridiana, pero, en palabras de Marengo, «The case law of the last decade has obscured the purity of this Romanesque architecture by adding a Baroque superstructure, which has made the law unpredictable and likely to produce unsatisfactory results» (41).

Lo que a nosotros más nos interesa remarcar de este deterioro de los postulados de la sentencia *Parker v. Brown* es la confusión entre la *ratio decidendi* (a) y el primer *obiter dictum* (b). Para ello nada mejor que utilizar el ejemplo que nos brinda la sentencia *Midcal* (42).

Se discutía en esta sentencia la conformidad con la Sherman Act de una disposición californiana que concedía a los productores y a los mayoristas la posibilidad de fijar el precio mínimo de venta del vino, que los minoristas estaban obligados a respetar. Un mayorista salda sus existencias de vino a un precio inferior al acordado y es perseguido por las autoridades californianas por haber infringido la disposición de este Estado antes mencionada. Este comerciante discute la conformidad de la norma californiana con la Sherman Act y el asunto llega al Tribunal Supremo (véase la similitud de esta disposición con la ley francesa sobre el precio del libro cuestionada en la sentencia *Leclerc-libros*).

El Tribunal Supremo afirma que hay «two standars for antitrust immunity under *Parker v. Brown*. First, the challenged restraint must be one clearly articulated and affirmatively expressed as state policy; second, the policy must be actively supervised by the state itself. The California system for wine satisfies the first standard. The legislative policy is forthrightly stated and clear in its purpose to permit resale price maintenance. The program, however, does not meet the second requirements for *Parker* immu-

(41) G. MARENCO: «Government action...», *loc. cit.*, pág. 52, que se hace eco de la opinión de varios autores estadounidenses, como J. S. WILEY: «A capture theory of antitrust federalism», 99 *Harvard Law Review*, 1986, 713.

(42) *California Retail Liquors Dealers v. Midcal Aluminium* 445 U.S. 97 (1980).

Otras sentencias en la misma línea, y a cuyo estudio sentimos no poder dedicar más atención son: *Goldfarb v. Virginia State Bar* 421 U.S. 773 (1975); *Bates v. State Bar of Arizona* 433 U.S. 350 (1977); *Community Communications v. Bulder* 455 U.S. 40 (1982).

nity. The state simply authorizes price-setting and enforces the prices established by private parties. The state neither establishes prices nor reviews the reasonableness of the price schedules; nor does it regulate the terms of fair trade contracts. The state does not monitor market conditions or engage in any pointed re-examinations of the program. The national policy in favour of competition cannot be thwarted by casting such a gauzy cloak of state involvement over what is essentially a private price-fixing arrangement».

La sentencia Midcal debía venir a desarrollar el primer *obiter dictum* de la sentencia Parker v. Brown, estableciendo una excepción a la incompatibilidad con el derecho antitrust federal de las medidas estatales que amparan prácticas contrarias a la Sherman Act. Dichas medidas no violarán el derecho antitrust federal si los dos requisitos antes mencionados son respetados; es decir, si el estado federado desarrolla una política clara que sustituya a la política de libre competencia y si dicha política es activamente supervisada por el Estado. Pero la sentencia Midcal traslada una excepción pensada para situaciones en las que la medida estatal ampara lo que la Sherman Act prohíbe a supuestos cubiertos por la *ratio decidendi* de la sentencia Parker v. Brown, en los que no hay una práctica comercial anticompetitiva de una empresa que la medida estatal venga a reforzar y que escaparían, por ello, a la aplicación de la Sherman Act. En otras palabras, la sentencia Parker v. Brown establecía una regla básica (las medidas estatales escapaban a la aplicación de la Sherman Act) y una excepción (las medidas de los Estados federales que venían a autorizar lo que la Sherman Act prohibía eran contrarias a esta norma), que la sentencia Midcal venía a confundir y mezclar ambas, ya que consideraba contraria a la Sherman Act una disposición estatal que no venía a legalizar una práctica prohibida por la Sherman Act si no cumplía los requisitos de formar parte de una política querida por un Estado y activamente supervisada por éste.

El resultado de la jurisprudencia Midcal con relación a la jurisprudencia Parker v. Brown es el siguiente:

- De un lado, prácticas anticompetitivas de las empresas que según Parker v. Brown prohibía la Sherman Act, pese a estar amparadas por una medida de un Estado federado, pueden escapar a esta interdicción si la disposición que las ampara cumple los dos requisitos de la sentencia Midcal para no atentar contra la Sherman Act.
- Por otra parte, disposiciones legislativas de los Estados federados que, según Parker v. Brown, no violarían la Sherman Act por no

amparar ninguna práctica prohibida por esta ley, serían incompatibles con ella si no cumpliesen los dos requisitos establecidos en la sentencia Midcal y diesen lugar a prácticas de empresas prohibidas por la Sherman Act.

Con estos resultados, vemos que lo que esta línea jurisprudencial consigue es disminuir la posibilidad de los Estados de intervenir en la economía y permitir prácticas anticompetitivas de empresas que antes estaban prohibidas.

Un retorno a los claros postulados de la sentencia Parker v. Brown se aprecia en dos importantes sentencias recientes del Tribunal Supremo: Hoover v. Ronwin (43) y Fisher v. City of Berkeley (44).

Una cierta influencia de la sentencia Midcal se puede percibir en la sentencia Leclerc-libros, cuando el TJCE se cuestiona la compatibilidad con los artículos 3 f), 5, párrafo segundo, y 85 de la ley francesa, en tanto que disposición que hacía innecesarios los comportamientos de los operadores económicos privados prohibidos por el artículo 85. Esta disposición francesa no venía a reforzar unas prácticas previas de empresas prohibidas por el artículo 85, y, por tanto, no encajaba en el grupo de hipótesis que, sin duda, violaban el derecho comunitario (medidas estatales que favorecen, imponen, facilitan o refuerzan prácticas de empresas prohibidas por los artículos 85 y 86). Según este razonamiento, coincidente con la *ratio decidendi* y el primer *obiter dictum* de la sentencia Parker v. Brown, la legalidad de la ley francesa está fuera de toda duda.

Pero el TJCE no detiene aquí su razonamiento y analiza la posible ilegalidad de la disposición en cuestión al hacer ésta innecesarias las prácticas prohibidas por el artículo 85. De esta forma, el TJCE se alinea con lo realizado por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en la sentencia Midcal, porque se utiliza el criterio de la delegación o no de poderes en favor de los operadores económicos para dirimir la legalidad de medidas estatales que no afectan al efecto útil del artículo 85, por no venir a inmunizar prácticas preexistentes de empresas, cuando dicho criterio, en principio, puede retenerse sólo para redimir de la ilegalidad algunas de las medidas estatales que favorecen, facilitan, imponen o refuerzan prácticas de empresa prohibidas.

(43) Sentencia de 14-5-1980, Hoover v. Ronwin, aún no publicada.

(44) Sentencia de 26-2-1986, Fisher v. Berkeley, aún no publicada.

3) Breve reseña de las posiciones doctrinales en la materia

Antes de estudiar las restantes sentencias del TJCE sobre el tema que nos ocupa, nos parece adecuado hacer una sucinta exposición de las opiniones doctrinales generadas por el tema de la interconexión entre el intervencionismo estatal y las normas sobre la libre competencia, ya que las sentencias Leclerc fueron las que desataron un espectacular interés en este tema.

A nuestro juicio, las opiniones vertidas en la amplia bibliografía (45) aparecida sobre este tema pueden agruparse en torno a dos corrientes doctrinales enfrentadas:

a) *Los partidarios de preservar el intervencionismo estatal frente a la libre competencia.*

Para estos autores, de los que Marengo es el más significativo, las medidas estatales quedan fuera del ámbito de aplicación del derecho de la competencia, que sólo se dirige contra las prácticas anticompetitivas de los operadores económicos privados. El derecho de la competencia únicamente prohibiría las medidas estatales que viniesen a legalizar los comportamientos de empresa que dicho derecho prohíbe.

Según esto, el primer razonamiento de las sentencias Leclerc (las medidas que favorecen, facilitan, imponen o refuerzan comportamientos de empresa prohibidos son contrarias a los artículos 3 f), 5 y 85) sería perfectamente

(45) A la bibliografía mencionada en la nota 8 cabe añadir la siguiente: P. J. SLOT: «The Application of articles 3f), 5 and 85 to 94», *European Law Review*, 1987, pág. 179; A. VANDENCASTEELE: «Libre concurrence et interventions des Etats dans la vie économique», *Cahiers de Droit Européen*, 1979, pág. 540; G. MARENCO: «Competition between National Economies and Competition between Bussinesses. A Response to Judge Pescatore», *Fordham International Law Journal*, 1987, pág. 420; P. PESCATORE: «European Competition Law. A Rejoinder», *Fordham International Law Journal*, 1987, pág. 444; B. VAN DER ESCH: «The System of Undistorted-Competition of article 3f) of the EEC-Treaty and the Duty of Member States to respect the Central Parameters thereof», *Fordham International Law Journal*, 1988, pág. 409; A. PAPALARDO: «Measures of the States and Rules of Competition of the EEC Treaty», *Eleventh Annual Fordham Corporate Law Institute*, 1985, pág. 529; M. WAELBROECK: «La constitution européenne et les interventions des Etats membres en matière économique», en *In ordé, Liber Amicorum p. VerLoren van Themaat*, Deventer, 1982, págs. 331 y sigs.

coherente, pero sería erróneo el segundo razonamiento de la sentencia Leclerc-libros (medidas que hacen innecesarios comportamientos de empresa prohibidos por el artículo 85). Para Marengo, «... puisqu'en effet toute intervention législative se traduit normalement par des mesures qui ont des effets analogues à des ententes entre entreprises et rendent donc en ce sens inutiles de telles ententes, le second raisonnement met en cause le principe même de l'intervention étatique en économie. Le sens du premier raisonnement est, en revanche, de critiquer les mesures étatiques qui tentent d'interférer dans les interdictions que le droit communautaire adresse aux entreprises en communiquant à ces dernières des signaux contradictoires par rapport à ces interdictions» (46).

Además del argumento de la eliminación de la posibilidad para el estado de intervenir en la economía, otras razones han sido esgrimidas para justificar la restricción a la competencia causada por el intervencionismo estatal:

- Quien puede lo más, puede lo menos, y si el Tratado CEE permite a los Estados miembros el mantenimiento de monopolios de producción, que constituyen la negación total de la libre competencia, las limitaciones de la competencia derivadas del intervencionismo estatal deben ser lícitas.
- Los Estados al restringir la libre competencia actúan en beneficio del interés general.
- El Tratado CEE no impone ningún tipo de filosofía económica a los Estados.

b) Los partidarios de potenciar la libre competencia frente al intervencionismo estatal.

Para los defensores de esta idea, de los que M. Waelbroeck (47) es el más representativo, todas las medidas estatales de intervención en la economía deben ser sometidas al filtro del derecho de la competencia. Todas las medidas de los Estados miembros que favorezcan, impongan o refuercen prácticas prohibidas por los artículos 85 u 86 serán contrarias al artículo 5.

(46) G. MARENCO: «Le Traité...», *loc. cit.*, pág. 294.

(47) M. WELBROECK: «Les rapports entre...», *loc. cit.*, págs. 793-803. Las ideas que exponemos son extraídas de esta excelente obra.

Pero, además, lo serán también las medidas que hagan innecesarios este tipo de comportamientos (alineamiento con el segundo razonamiento de la sentencia Leclerc-libros), con independencia de que haya o no delegación de competencias en favor de operadores privados. A juicio de este autor, incluso las medidas que no se hacen eco ni conllevan la realización de prácticas anticompetitivas deben ser examinadas para ver si han sido adoptadas en beneficio del interés general o para proteger a ciertos agentes económicos contra una competencia considerada excesiva.

Diversas razones son aducidas en apoyo de esta argumentación:

- Los Estados miembros no perderían todas las posibilidades de intervención en la economía, porque sólo serían contrarias a los artículos 3 f), 5, párrafo segundo, y 85 las medidas estatales que afectasen el comercio entre los Estados miembros y produjesen un efecto equivalente al de una práctica prohibida y no susceptible de exención. El resto de las medidas nacionales escaparían a esta prohibición del Tratado.
- La idea del Estado como defensor del interés general frente a los agentes económicos, que persiguen los intereses privados, se ha difundido en la actualidad.
- La necesidad de una aplicación uniforme del derecho comunitario de la competencia, que el intervencionismo estatal no debe impedir.

4) *La sentencia Nouvelles Frontières*

En el asunto *Nouvelles Frontières* (48) se planteaba la conformidad con los artículos 3 f), 5, párrafo segundo, y 85 de una disposición del código francés de la aviación civil que obligaba a las compañías aéreas a presentar al Ministro de la Aviación Civil sus tarifas de precios para que éste las homologase. Estas tarifas, una vez homologadas, se convierten en obligatorias para todos los operadores económicos que venden billetes de la compañía y del trayecto que han sido homologados. La agencia de viajes *Nouvelles Frontières*, perseguida judicialmente por haber vendido billetes a un precio inferior al fijado en las tarifas homologadas, es la que cuestionó la legalidad del sistema francés de homologación.

(48) Sentencia del TJCE de 30-4-1986, Ministère Public/Asjes et autres, 209-213/84, *Rec.*, 1986, págs. 1425 y sigs.

El TJCE reafirma su jurisprudencia iniciada con la sentencia INNO-ATAB, según la cual, «si bien es verdad que los artículos 85 y 86 se refieren a los comportamientos de las empresas y no a las medidas legislativas o reglamentarias de los Estados miembros, no es por ello menos cierto que el Tratado impone a éstos no adoptar o mantener en vigor medidas susceptibles de eliminar el efecto útil de estas disposiciones», y dice que «tal es especialmente el caso si un Estado miembro impone o favorece la conclusión de acuerdos contrarios al artículo 85 o refuerza sus efectos». Recuérdese que éstas son las hipótesis claras afirmadas en la primera línea de razonamiento de la sentencia Leclerc-libros. El TJCE no menciona la controvertida hipótesis del segundo razonamiento de esta sentencia como un atentado al efecto útil de los artículos 85 y 86.

Para el caso en cuestión, el TJCE da la solución siguiente: «es contrario a las obligaciones impuestas por el artículo 5 del Tratado, leído en combinación con los artículos 3 f) y 85.1, homologar unas tarifas aéreas y reforzar así sus efectos cuando, en ausencia de una disposición adoptada por el Consejo sobre la base del artículo 87, se ha constatado, en la forma y según los procedimientos indicados en los artículos 88 u 89.2, que estas tarifas son el resultado de un acuerdo, una decisión de asociación de empresas o una práctica concertada contrarios al artículo 85».

Ninguna objeción puede alegarse contra la solución dada por el TJCE. Se trataba de un claro caso en el que existía un comportamiento prohibido por el artículo 85 (las tarifas aéreas eran el resultado de acuerdos entre empresas), que venía a ser reforzado por una medida estatal, extendiendo su obligatoriedad (el procedimiento de homologación obligatoria de las tarifas aéreas).

Cabe señalar que, como en la sentencia Leclerc-libros (49), el TJCE afirma que la disposición francesa sólo será condenable si el acuerdo sobre las tarifas había sido condenado *in specie* por la vía de los artículos 88 u 89.2. Como señala Joliet, «il aurait été paradoxal de considerer qu'une juridiction nationale était en droit d'écarter l'application d'une mesure étatique anticoncurrentielle en vertu de l'article 5, alors qu'en l'absence d'une décision préalable de l'autorité administrative compétente, cette même juridiction aurait été sans pouvoir pour statuer sur l'applicabilité de l'article 85 aux accords entre compagnies aériennes» (50).

(49) P. J. KUYPER: «Case note to Cases 209-213/84», 23 *Common Market Law Review*, 1986, págs. 661 y sigs.

(50) R. JOLIET: «Réglementations étatiques...», *loc. cit.*, pág. 379.

Para terminar, es interesante comparar la sentencia *Nouvelles Frontières* con la sentencia *Southern Motors Carriers Rate Conference v. United States* (51) del Tribunal Supremo de Estados Unidos. En este caso se ponía en tela de juicio una práctica de los Estados de Carolina del Norte, Georgia, Tennessee y Mississippi, según la cual el precio de los transportes interestatales era fijado por unas comisiones estatales, que autorizaban la concertación de las asociaciones de transportistas para presentar las propuestas de tarifas. Pero estas tarifas no eran impuestas obligatoriamente por las comisiones estatales a todos los transportistas.

Según el Tribunal Supremo, la práctica de estos Estados estaba amparada por la *state action doctrine*, ya que respetaba los dos requisitos establecidos en la sentencia *Midcal* para ser inmune a la *Sherman Act*:

- Había una voluntad de los Estados para sustituir la aplicación de la *Sherman Act* por una política estatal claramente articulada. El hecho de que los precios concertados no se impusiesen *erga omnes* no impide llegar a esta conclusión, porque, según el Tribunal Supremo, «through the self-interested actions of private common carriers, the states may achieve the desired balance between the efficiency of collective ratemaking and the competition fostered by individual submissions... The federal antitrust laws do not forbid the states to adopt policies that permit, but do not compel, anticompetitive conduct by regulated private parties. As long as the state clearly articulates its intent to adopt a permissible policy, the first prong of the *Midcal* test is satisfied».
- Las comisiones estatales supervisaban activamente la fijación de los precios de los transportes interestatales.

La diferencia entre la jurisprudencia americana y la del TJCE es clara. Para el Tribunal Supremo de U. S. A. la disposición francesa condenada en la sentencia *Nouvelles Frontières* sería legal, ya que los Estados habían desarrollado una política de fomento de la concertación entre las empresas para fijar las tarifas aéreas y el procedimiento de homologación posibilita la supervisión activa de esta política, con lo que los dos requisitos de la sentencia *Midcal* serían respetados.

(51) Sentencia *Southern Motor Carriers Rate Conference v. United States* 471 U.S. 48 (1985).

Para el TJCE, la práctica de los cuatro Estados de U. S. A. vendría a favorecer un comportamiento prohibido por las normas de competencia y violaría el efecto útil de éstas.

5) *La sentencia Vereniging van Vlaamse Reisbureaus (52) (VVR)*

En este litigio, la asociación de las agencias de viajes flamencas había demandado ante los tribunales belgas al Sociale Dienst (servicio social de los servicios públicos locales y regionales) por haber otorgado, en contravención de varias disposiciones legislativas belgas, descuentos sobre el precio de los viajes fijado por los organizadores (tours-operators). El Sociale Dienst, al actuar como agencia de viajes en favor de los funcionarios regionales y locales, hacia estos descuentos cediendo a sus clientes una parte o la totalidad de la comisión sobre el precio de los viajes que obtienen las agencias de viajes.

Tres eran las disposiciones belgas que se oponían a este tipo de prácticas, y cuya conformidad con los artículos 3 f), 5, párrafo segundo, y 85 del Tratado se cuestionaba ante el TJCE:

- La Ley de 21-4-1965, relativa al estatuto de los agentes de viajes, según la cual el Rey puede determinar las normas de deontología, cuyo incumplimiento puede originar la retirada de la autorización de la licencia para el ejercicio de la actividad de agente de viajes.
- El Real Decreto de 30-6-1966, que regula las normas de deontología a respetar por los agentes de viajes, entre las que se encuentran la obligación de atenerse a los precios y tarifas convenidos o legalmente impuestos y la de no compartir con los clientes las comisiones percibidas. Estos actos son considerados como contrarios a los usos leales en materia comercial.
- La Ley de 14-7-1971, sobre las prácticas comerciales, que permite ejercitar una acción en cesación contra los actos contrarios a los usos leales en materia comercial.

El TJCE retoma los considerandos que acabamos de estudiar de la sentencia *Nouvelles Frontières* y pasa a analizar si en la sentencia VVR las dis-

(52) Sentencia del TJCE de 1-10-1987, *Vereniging van Vlaamse Reisbureaus*, 311/85, *Rec* 1987, pág. 3827.

posiciones belgas en cuestión imponían o favorecían la conclusión de acuerdos contrarios al artículo 85 o reforzaban sus efectos. Dos requisitos debían cumplirse, como ya apuntamos al estudiar las sentencias Leclerc, para que esto ocurriese:

- Existencia de comportamiento de empresa contrarios al artículo 85. En el caso que estudiamos había, según el TJCE, «una red de acuerdos, tanto entre los agentes mismos, como entre los agentes y los tour-operators, cuyo objeto o efecto es imponer a los agentes el respeto de los precios de venta de los viajes fijados por los tour-operators». Estos acuerdos eran contrarios al artículo 85.
- Que una norma estatal viniese a reforzar los efectos de estos acuerdos. El Real Decreto de 1966 recogía literalmente lo previsto en el código de deontología aprobado por la Unión profesional de agencias de viaje en 1963, con lo que la eficacia de este acuerdo contrario al artículo 85 se veía reforzada al convertirse su contenido en obligatorio por obra y gracia del Real Decreto. Además, una acción en cesación podía ejercerse contra las agencias de viaje que no respetasen los precios fijados o hiciesen descuentos a los clientes.

A nuestro juicio, la sentencia VVR se incardina dentro de las hipótesis claras enunciadas en el primer razonamiento de la sentencia Leclerc-libros, ya que se trata de unas disposiciones estatales que son contrarias a los artículos 3 f), 5, párrafo segundo, y 85, por reforzar los efectos de unos acuerdos contrarios a esta última disposición, como acertadamente ha afirmado el TJCE.

Blaise ha mantenido, sin embargo, que esta sentencia se sitúa a caballo entre las dos corrientes jurisprudenciales señaladas por el TJCE en la sentencia Leclerc-libros. Para este autor, la fórmula «medida estatal que refuerza los efectos de un acuerdo prohibido» implica «l'existence concomitante de l'accord et de la mesure étatique qui en renforce les effets» (53), y esto no ocurre en la sentencia VVR, porque las obligaciones convencionales son convertidas en legales por las disposiciones belgas y la necesidad de concluir nuevos acuerdos desaparece. Con ello, a juicio de Blaise, nos acercáramos a la segunda línea jurisprudencial del TJCE, que se refiere a las disposiciones que hacen innecesarios los comportamientos de empresa prohibidos.

(53) J.-B. BLAISE: «Chronique de droit de la concurrence», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1987, p. 675.

No podemos, por nuestra parte, compartir este razonamiento, ya que una medida que refuerza los efectos de un acuerdo prohibido es la que hace suyo el contenido de dicho acuerdo y extiende su obligatoriedad a todos los operadores económicos. Entonces, los acuerdos asumidos por la disposición estatal devienen innecesarios, ya que es ésta la que obliga. Hablar de existencia concomitante del acuerdo y de la medida estatal no es lógico, porque sólo ésta va a permanecer. Si comparamos las sentencias VVR y *Nouvelles Frontières*, nuestras afirmaciones se confirman. En *Nouvelles Frontières* la homologación de las tarifas aéreas por el ministro asegura su obligatoriedad y el acuerdo de las compañías que les sirve de base se hace innecesario para asegurar el respeto de dichas tarifas. Solamente será necesario un nuevo acuerdo de las compañías aéreas cuando se quieran modificar las tarifas.

De la misma forma, las disposiciones belgas hicieron innecesario el mantenimiento de acuerdos para asegurar que las agencias de viajes respetasen la prohibición de hacer descuentos y de vender los billetes a los precios fijados. Nuevos acuerdos serán necesarios para modificar esta situación jurídica, pero, a diferencia de *Nouvelles Frontières*, la posibilidad de la toma en consideración de los acuerdos no está prevista legalmente.

En nuestra opinión, la sentencia VVR no añade nada nuevo a la jurisprudencia sentada por el TJCE en las sentencias *Leclerc* y *Nouvelles Frontières*.

6) *La sentencia Van Eyck* (54)

En este asunto se cuestionaba la conformidad con los artículos 3 f), 5, párrafo segundo, y 85 de una disposición reglamentaria belga que reservaba el beneficio de una exoneración fiscal (de cara al impuesto sobre la renta) prevista en favor de la remuneración obtenida de un cierto tipo de depósitos de ahorro para aquellos depósitos en los que se respetasen los tipos de interés y las primas máximas de fidelidad fijadas por vía reglamentaria.

Este Real Decreto de 13-3-1986 otorgaba a los poderes públicos el poder de fijar el tipo máximo de interés de base y de la prima de fidelidad que debían ser respetados para poder beneficiarse de la exoneración fiscal. La adopción de esta norma fue consecuencia de la ineficacia de un acuerdo

(54) Sentencia de 21-9-1988, *Pascal Van Eyck/Société Anonyme ASPA*, 267/86, aún no publicada.

de 30-12-1985, de autodisciplina entre los bancos, las cajas de ahorro privadas y las instituciones públicas de crédito para contener el alza de los tipos de interés, que producía efectos nefastos sobre la actividad económica del país.

El TJCE comienza en el considerando 16 por reiterar su jurisprudencia anterior sobre la responsabilidad de los Estados en base al artículo 5 por la adopción o el mantenimiento de medidas susceptibles de eliminar el efecto útil de los artículos 85 u 86. La sentencia continúa diciendo que esto puede ocurrir:

A) Cuando un Estado miembro impone o favorece la conclusión de acuerdos contrarios al artículo 85 o refuerza sus efectos. Esta es la primera línea jurisprudencial de las sentencias Leclerc, que estaba ya admitida sin discusión. En el caso que nos ocupa, el TJCE dijo que la disposición belga cuestionada no encajaba en este supuesto, al no tener en cuenta de ninguna forma los acuerdos preexistentes entre los bancos.

B) Cuando «un Estado miembro retira a su propia normativa su carácter estatal delegando en los operadores privados la responsabilidad de tomar unas decisiones de intervención en materia económica». Según el TJCE, éste no es el caso de la disposición belga en cuestión, que posee un carácter estatal al haberse reservado las autoridades belgas el poder de fijar ellas mismas los tipos máximos de retribución de los «depósitos de ahorro» sin delegar esta responsabilidad en ningún operador económico. Esta conclusión no es alterada por el hecho de que el Real Decreto hubiese sido adoptado previa concertación con los representantes de las asociaciones de establecimientos de crédito.

Con este segundo supuesto entendemos que el TJCE alude a las hipótesis cubiertas por el segundo razonamiento de la sentencia Leclerc-libros (medidas que hacen innecesarios comportamientos de empresa prohibidos por el artículo 85), lo que ocurre es que el TJCE cambia su terminología, acercándose a la jurisprudencia Midcal del Tribunal Supremo de U. S. A., y trae a colación expresamente la razón que le llevó a conclusiones diferentes en las sentencias Leclerc-libros y Leclerc-gasolina, que fue la existencia o no de delegaciones de poderes en favor de los agentes económicos privados.

Las mismas críticas que vertimos sobre la jurisprudencia Midcal (55) «son aplicables a las sentencias Leclerc y a la sentencia Van Eyck, que parece venir a consagrar y fijar más clara y definitivamente el segundo razonamiento de la sentencia Leclerc-libros.

(55) Ver infra, pág. 742.

A nuestro juicio, el criterio de la delegación o no por parte de la norma estatal de poderes en favor de los operadores privados sólo sería aplicable a las medidas que facilitan, favorecen, imponen o refuerzan comportamientos de empresa prohibidos. Pero nunca a las medidas que vienen a reglamentar la economía sin tener en cuenta comportamientos previos ilícitos de los operadores económicos privados, ya que éstas son la expresión del poder de los Estados para intervenir en la economía. Poder éste que el derecho comunitario deja incólume, salvo si es utilizado para legalizar lo que los artículos 85 y 86 del Tratado prohíben.

De las sentencias Leclerc y Van Eyck se desprende la idea de que las medidas estatales que hacen innecesarios comportamientos de empresa prohibidos y que, por ello, serían contrarias a los artículos 3 f), 5, párrafo segundo; y 85, son las que delegan en los operadores económicos la responsabilidad de tomar las decisiones de intervención en materia económica; mientras que las medidas que no hacen esta delegación no harían innecesarios estos comportamientos de empresa prohibidos. Esta conclusión es errónea, ya que la normativa francesa analizada en la sentencia Leclerc-gasolina hacía tan innecesarios los comportamientos de empresa prohibidos, como la ley sobre el precio de los libros cuestionada en Leclerc-libros, pese a que aquélla no delegaba poderes en favor de los agentes económicos.

Además, la opción por una normativa de carácter puramente estatal o por una semipública vendrá normalmente condicionada por la materia que se quiera regular. Así, la fijación del precio de un producto homogéneo, como la gasolina, puede hacerla directamente una autoridad pública, sin la colaboración de los agentes económicos, pero en caso de productos heterogéneos, como los libros, su precio sólo puede fijarlo la autoridad pública con la ayuda de los operadores económicos. Esta es la razón de elegir una normativa pública o semipública y no el otorgarle a un grupo de operadores económicos la posibilidad de restringir la competencia en su beneficio.

Como afirma Marengo, las medidas de carácter público (véase el ejemplo de Leclerc-gasolina) eliminan la competencia inter-brand, mientras que las medidas semipúblicas eliminan sólo la competencia intra-band (véase el ejemplo de Leclerc-libros) (56). Por ello, nos parece ilógico que el TJCE considere contrarias al derecho comunitario las normas semipúblicas y con-

(56) G. MARENGO: «Le Traité...», loc. cit., pág. 297. Competencia inter-brand es la competencia entre marcas, mientras que la competencia intra-brand es la competencia dentro de una misma empresa.

formes con éste a las normas de carácter enteramente estatal, cuando éstas restringen más la competencia que aquéllas.

III) «EL REVERSO DE LA MONEDA»: LA RESPONSABILIDAD DE LAS EMPRESAS

Hasta aquí hemos analizado la responsabilidad de los Estados por la adopción o el mantenimiento de medidas que atentasen contra el efecto útil de los artículos 85 y 86. ¿Pueden invocar las empresas la intervención del legislador como causa de justificación en caso de violación del derecho comunitario de la competencia? Según D. Waelbroeck, este problema es «l'autre face de la médaille», y se trata de saber «s'il est logique dans ces cas d'agir contre les entreprises sur la base de l'article 85 ou contre les Etats membres sur la base de l'article 5, alinéa 2» (57).

Para ilustrar esta cuestión nos parece conveniente referirnos a dos sentencias recientes del TJCE: BNIC c. Clair (58) y BNIC c. Aubert (59).

Una ley francesa prevé la posibilidad de extender mediante una norma jurídica estatal los acuerdos concluidos en el seno de organizaciones interprofesionales, de forma que se conviertan en obligatorios para todos los operadores económicos del sector abarcado por el acuerdo.

En las dos sentencias que estudiamos los problemas surgieron por la violación de dos acuerdos concluidos en el seno del BNIC (Bureau Nationale Interprofessionnel du Cognac) y hechos obligatorios por un decreto del Ministro de Agricultura. En un caso, el señor Clair compró aguardiente a un precio inferior al previsto en un acuerdo del BNIC y en el otro caso el señor Aubert sobrepasó la cuota de producción de vino fijada en otro acuerdo del BNIC.

Por lo que se refiere a la responsabilidad de Francia en estos asuntos, resaltar que en la sentencia BNIC c. Clair no se analizó, al no habersele preguntado al TJCE como cuestión prejudicial, la compatibilidad con los artículos 3 f), 5, párrafo segundo, y 85 del decreto que extendía el acuerdo del BNIC. En la sentencia BNIC c. Aubert, por el contrario, sí se afirmó la incompatibilidad del decreto con el Tratado CEE, ya que era un caso que

(57) D. WAELBROECK: «Applications des règles...», *loc. cit.*, pág. 32.

(58) Sentencia del TJCE de 30-1-1985, BNIC c. Clair, 123/83, *Rec.*, 1985, pág. 402.

(59) Sentencia del TJCE de 3-12-1987, BNIC c. Aubert, 136/86, aún no publicada.

incajaba claramente en la primera línea jurisprudencial iniciada con las sentencias Leclerc y afirmada en las sentencias Nouvelles Frontières y VVR.

El problema para el TJCE en las sentencias BNIC c. Clair y BNIC c. Aubert era determinar si había o no acuerdos contrarios al artículo 85 que los decretos franceses venían a reforzar, ya que el BNIC era un organismo de derecho público francés que servía de marco de concertación entre los productores y los comerciantes. El TJCE, tras afirmar la irrelevancia de los tintes de derecho público que gravitaban sobre los acuerdos, considera que éstos son contrarios al artículo 85 (60).

Tras esta ilustración jurisprudencial del problema que estudiamos podemos pasar a resumir las hipótesis posibles de responsabilidad de las empresas en virtud de los artículos 85 u 86 cuando las prácticas de éstas aparecen entrelazadas con medidas estatales:

a) Cuando una empresa utiliza una reglamentación nacional que no atenta contra el efecto útil de los artículos 85 y 86 para conseguir restringir la competencia de forma contraria a estos artículos, su actuación no escapa a la interdicción del derecho comunitario (61).

b) Cuando la medida estatal viola el artículo 5, párrafo segundo, por facilitar, favorecer o reforzar una práctica prohibida por los artículos 85 u 86, las empresas que realizan esta práctica violan también el artículo 85 u 86. El considerando 23 de la sentencia BNIC c. Aubert confirma esta afirmación al decir que «en cuanto a la intervención de un acto de la autoridad pública destinado a conferir un efecto obligatorio a este acuerdo, ésta no puede tener por efecto sustraer dicho acuerdo a la aplicación del artículo 85».

c) Cuando la medida estatal impone a las empresas un comportamiento prohibido por los artículos 85 u 86, sin dejarles ningún margen de competencia residual, las empresas no violan con estas prácticas dichos artículos. Efectivamente, la irresponsabilidad de las empresas en estos casos está claramente afirmada por la jurisprudencia, ya que el elemento de la autonomía de la voluntad es uno de los necesarios para que los artículos 85 u 86 sean infringidos (62).

(60) Sentencia BNIC c. Clair, *cit.*, págs. 423 y 424.

(61) Sentencia del TJCE del 13-7-1966, Grundig-Costen, 56-58/64, *Rec.*, 1966, pág. 429; Sentencia del TJCE del 15-6-1976, EMI-CBS, 51/75, *Rec.*, 1976, pág. 849.

(62) Sobre este aspecto, ver J. E. COCKBORNE: «Note sur l'arrêt de la CJCE du 30-1-1985, affaire 123/83, BNIC c. Clair», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1985, págs. 402-404.

d) La concertación de las empresas para influir en las decisiones de los poderes públicos no supone una violación del artículo 85. Nos adherimos a la opinión de Joliet (63), según la cual es erróneo pretender deducir de la sentencia BNIC c. Clair que toda concertación entre empresas para influir sobre los poderes públicos sería un acuerdo prohibido por el artículo 85. En esta sentencia el acuerdo concluido en el seno del BNIC no iba destinado a influir sobre los poderes públicos, sino a condicionar los comportamientos de los operadores económicos en el mercado, ya que la normativa francesa preveía su extensión por la autoridad competente, pero no que ésta lo tuviese en cuenta como un elemento más para adoptar sus decisiones. Aquí la jurisprudencia del TJCE, creemos que no se aleja de la del Tribunal Supremo de U.S. A. (64).

De lo anteriormente expuesto se deduce que, además de atacar las medidas estatales que violen el artículo 5, párrafo segundo, 3 f) y 85 u 86, deben fiscalizarse, a la vez, las prácticas de las empresas contrarias a estos dos últimos artículos.

(63) R. JOLIET: «Réglementations...», *loc. cit.*, pág. 376. La opinión contraria es contraria es mantenida por G. MARENCO: «Effet des règles...», *loc. cit.*, pág. 63, e IDEM: «Le Traité...», *loc. cit.*, pág. 304.

(64) Según este alto Tribunal, el derecho antitrust se extiende sólo a los comportamientos de empresas y no a las actividades políticas, tales como el derecho de las empresas a informar al Estado de sus deseos, lo cual es una garantía esencial del sistema democrático. Por ejemplo, ver la sentencia *Eastern Railroad v. Noerr*, 365 U.S. 127 (1961).

IV) RESUMEN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE

RESUMEN DE LA JURISPRUDENCIA DEL TJCE					
	<i>Comportamiento de empresa</i>	<i>Medida estatal</i>	<i>Comportamiento de empresa</i>	<i>Resultado</i>	
				<i>Estados</i>	<i>Empresas</i>
1	Inexistente	favorece facilita	prohibido por art. 85 u 86	violación de art. 5, 2; 3f)	violación art. 85 u 86
2	Prohibido por art. 85 u 86	refuerza este comportamiento extendiéndolo a terceros	innecesario	violación de art. 5, 2; 3f)	violación art. 85 u 86
3	Inexistente	hace innecesario comportamiento de emp. prohibido delegando poderes a los operadores económicos	innecesario	violación de art. 5, 2; 3f)	inmunidad
4	Inexistente	hace innecesario comportamiento empresa prohibido sin delegar poderes a los operadores económicos	innecesario	inmunidad	inmunidad

Tras haber analizado en detalle la jurisprudencia del TJCE sobre las medidas estatales de intervencionismo económico y las normas sobre libre competencia dirigidas a las empresas del Tratado CEE, podemos elaborar un cuadro analítico, que puede servir para hallar la solución jurídica a las diferentes hipótesis que se puedan plantear. Dicho cuadro está compuesto por cuatro columnas ordenadas cronológicamente de derecha a izquierda, y en las que se establece, en primer lugar, si existe un comportamiento de empresa previo a una medida estatal; en segundo lugar, la forma en que una medida estatal va a influir sobre ese comportamiento; en tercer lugar, los tipos de comportamiento de empresas que dicha medida genera y, finalmente, cuál es el resultado para las empresas y para los Estados.

Conjugando estas variantes obtenemos las cuatro hipótesis siguientes:

1) Si no hay un comportamiento previo de las empresas y una medida estatal viene a favorecer o facilitar la realización de prácticas de empresa prohibidas por los artículos 85 u 86, el resultado sería el siguiente:

- El Estado violaría la obligación de fidelidad comunitaria que le impone el artículo 5, párrafo segundo, en combinación con los artículos 3 f) y 85 u 86.
- Las empresas violarían con sus comportamientos los artículos 85 u 86.

Este es un supuesto claro en el que la medida estatal establece lo contrario que las normas de competencia dirigidas a las empresas, atentando contra el efecto útil de éstas. Tanto la jurisprudencia del TJCE, como la del Tribunal Supremo U. S. A. abogan por la ilegalidad de este tipo de medidas.

2) Si existe un comportamiento de empresa prohibido por los artículos 85 u 86 y una medida estatal viene a reforzar sus efectos extendiéndolos a terceros, los comportamientos prohibidos de las empresas serían innecesarios y el resultado sería el mismo que en la hipótesis anterior. En este caso también la medida estatal viene a legalizar lo que las normas de competencia prohíben, y su ilegalidad está fuera de toda duda.

En esta hipótesis encajarían las medidas estatales analizadas en las sentencias *Nouvelles Frontières*, *BNIC c. Aubert*, *BNIC c. Clair* y *VVR*, aunque esta última se acerca, según algunos autores, a la hipótesis siguiente. La sentencia *Parger v. Brown* del Tribunal Supremo U. S. A. se sitúa también en esta línea.

3) Si no hay práctica de empresa y una medida estatal viene a hacer innecesarios los comportamientos de empresa prohibidos por los artículos 85 u 86, delegando poderes en favor de los operadores económicos, el resultado es el siguiente:

- Los Estados violan el párrafo segundo del artículo 5, combinado con los artículos 3 f) y 85 u 86.
- Las empresas no violan los artículos 85 u 86, porque carecen de la autonomía de la voluntad necesaria para ello, al venirle impuestos legalmente sus comportamientos.

Este es el caso de las dos sentencias *Leclerc-libros*, aunque el TJCE no aplicó esta solución para resolver ninguno de estos dos asuntos. Criticable es

esta solución del TJCE, y, quizás, por ello, no se ha afirmado con nitidez en su jurisprudencia, ya que conlleva la condena de unas medidas estatales que no vienen a legalizar lo que las normas de competencia prohíben, al no existir ningún comportamiento de empresa ilegal. Esta misma crítica puede hacerse a la sentencia Midcal del Tribunal Supremo de U. S. A., que se aleja de la claridad de los postulados de la sentencia Parker v. Brown.

4) Si no hay una práctica de empresa y una medida estatal, viene a hacer innecesarios los comportamientos de empresa prohibidos por los artículos 85 u 86, sin delegar poderes en favor de los operadores económicos, el resultado es el siguiente:

- Los Estados no infringirían su deber de fidelidad comunitaria impuesto por el artículo 5, párrafo segundo, en unión con los artículos 3 f) y 85 u 86.
- Las empresas no violarían los artículos 85 u 86, por carecer de la autonomía de la voluntad necesaria para ello.

Este es el supuesto de las medidas estatales contempladas en las sentencias Van Eyck y Leclerc-gasolina.

V) CONCLUSIONES

1. Las normas sobre la libre circulación de mercancías del Tratado CEE y las relativas a la libre competencia persiguen un objetivo común: la creación de un mercado común en el que las mercancías circulen libremente en unas condiciones de competencia no falseadas. Este objetivo común debe servir de guía a la hora de aplicar e interpretar ambos grupos de normas, como afirmó el TJCE en las sentencias Leclerc-libros y Leclerc-gasolina, alejándose de los postulados de la sentencia Kaveka.

2. La jurisprudencia del TJCE y del Tribunal Supremo U. S. A. estudiada en este trabajo viene a intentar resolver aquellas situaciones en las que una medida estatal contradice lo dispuesto en las normas sobre la libre competencia. El Tribunal Supremo U. S. A., en la sentencia Parker v. Brown, consideró inconstitucionales las normas de los Estados que legalizaban los comportamientos que la Sherman Act prohibía. De igual forma, el TJCE ha considerado en las sentencias estudiadas que las medidas de los Estados miembros que atentan contra el efecto útil de los artículos 85 y 86 del

Tratado infringen la obligación impuesta a los Estados por el párrafo segundo del artículo 5, combinado con los artículos 3 f) y 85 u 86.

3. En la jurisprudencia desarrollada por el TJCE a partir de la sentencia INNO-ATAB y afirmada en las sentencias Leclerc-libros, Leclerc-gasolina, Nouvelles Frontières, VVR, BNIC c. Aubert y Van Eyck aparecen dos razonamientos claramente diferenciados:

- Los casos en que una medida estatal viene a favorecer, facilitar, imponer o reforzar una práctica de empresa prohibida por los artículos 85 u 86. En esta hipótesis está claro que los Estados vienen a legalizar unos comportamientos prohibidos por el Tratado, y que, con ello, violan el artículo 5, párrafo segundo.
- Las hipótesis en las que una medida de un Estado miembro viene a hacer innecesarios unos comportamientos de empresa prohibidos por los artículos 85 u 86. Esta cuestión la resolvió el TJCE en las dos sentencias Leclerc-libros, admitiendo implícitamente la violación por los Estados del segundo párrafo del artículo 5 del Tratado, pero sin llegar a aplicar esta jurisprudencia a los casos concretos.

Si la solución dada por el TJCE a la primera hipótesis es irreprochable, la solución a la segunda hipótesis, por el contrario, es criticable, en nuestra opinión. Ello es así porque en este segundo caso la medida estatal no viene a convertir en legal lo prohibido por los artículos 85 y 86, sino que es la expresión del poder de los Estados para reglamentar la economía según los criterios y procedimientos que consideren más adecuados.

Criticable nos parece igualmente la distinción realizada por el TJCE dentro de la segunda hipótesis entre las medidas estatales que hacen innecesarios los comportamientos de empresa prohibidos por los artículos 85 u 86 delegando poderes en favor de los operadores económicos privados y las que no realizan esta delegación. Esta distinción, que estaba en la base de las sentencias Leclerc y que el TJCE afirma expresamente en la sentencia Van Eyck, es fruto de la perniciosa influencia de la sentencia Midcal del Tribunal Supremo U. S. A., no es aceptable, a nuestro juicio, ya que una medida estatal delegará o no poderes a los operadores económicos en función de que la colaboración de éstos sea necesaria o no para alcanzar los objetivos económicos perseguidos y no para restringir la competencia en beneficio de un grupo de agentes económicos.

En nuestra opinión, por tanto, las medidas estatales que hacen innecesarios

sarias prácticas de empresa prohibidas por los artículos 85 y 86 no violarían el párrafo segundo del artículo 5 del Tratado en ningún caso, y el hecho de que deleguen o no poderes a los operadores económicos es irrelevante.

4. En el fondo de la aceptación o del rechazo de la solución del TJCE a la hipótesis del segundo razonamiento de la sentencia Leclerc-libros, que acabamos de criticar, hay una opción sobre el tipo de derecho de la competencia que se quiera imponer. En U. S. A. la revisión de los postulados de la sentencia Parker v. Brown realizada con la jurisprudencia Midcal obedece a la revolución sufrida por el derecho antitrust americano (65) en la última década, bajo la influencia de la escuela de Chicago, que excluye del derecho antitrust los objetivos sociales y políticos para retener sólo el objetivo de aumentar la eficacia de la economía. Así, el intervencionismo estatal pierde terreno frente a la libre competencia. Las últimas sentencias del Tribunal Supremo U. S. A. que retornan a la jurisprudencia Parker v. Brown se hacen eco de las críticas recientes expresadas contra los postulados de la escuela de Chicago.

Frente al derecho antitrust americano, el derecho comunitario de la competencia se caracteriza por tomar ampliamente en consideración objetivos políticos y sociales. Por ello creemos que aceptar la solución dada por el TJCE a la hipótesis del segundo razonamiento de la sentencia Leclerc-libros casa mal con los caracteres del derecho de la competencia comunitario, ya que se penaliza la posibilidad para Estados de introducir en la economía consideraciones de tipo social y político que la libre competencia entre los agentes económicos excluiría. Además, tomar en cuenta la jurisprudencia Midcal, que comienza a abandonarse ya en U. S. A., y que aparece, por la influencia de doctrinas sobre el derecho antitrust poco compatibles con el Tratado CEE, es difícilmente aconsejable.

(65) Sobre este interesante tema y su repercusión en el derecho comunitario de la competencia, ver B. E. HAWK: «La révolution antitrust américaine: une leçon pour la Communauté économique européenne?», *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, 1989, págs. 5-44.

PUBLIC INTERVENTIONS AND COMMUNITY COMPETITION LAW IN THE CASE LAW OF THE COURT OF JUSTICE OF THE EUROPEAN COMMUNITIES

EXTRACT

This article explains a recent evolution of the case law of the Court of Justice of the European Communities, which establishes a connection between the rules of the EEC Treaty relative to free movement of goods between member States and the rules of this Treaty relative to fair and free competition between private undertakings.

The most important judgements of this case law of the Court of Justice are *Leclerc-livres*, *Leclerc-essence*, *Nouvelles Frontières*, *VVR* and *Van Eyck*.

According to these judgements, the member States violate the obligation of community loyalty imposed by Article 5 of the EEC Treaty, in combination with Articles 3f) and 85 or 86, if they require, favour or reinforce the adoption of agreements, decisions or concerted practices contrary to Article 85 or the abuse of a dominant position prohibited by Article 86.

When the state measure renders corporate behaviour of the type prohibited by Articles 85 or 86 superfluous, the solution of the Court of Justice is not clear and the possible violation of the Articles 3f), 5 and 85 or 86 is doubtful. Here the choice of the solution will produce repercussions in the powers of the member States to intervene in the economic field.

The *Leclerc-livres* judgement had been criticized because it accepts that the state measure, which renders superfluous corporate behaviours contrary to Articles 85 or 86, violates the Article 5, 3f) and 85 or 86. But this solution had not been used by the Court of Justice to resolve any case.

The case law of the Supreme Court of the United States is interesting to compare with the community case law. The *Parker v. Brown* or *Midcal* Judgements had resolved the same questions that the Court of Justice examined in *Leclerc-livres* judgement. The solutions of the Supreme Court of the United States can be a source of inspiration to community law, but, obviously, with reserves, because there are a lot of differences between community and American antitrust law.

INTERVENTIONISME ETATIQUE ET DROIT COMMUNAUTAIRE DE LA CONCURRENCE DANS LA JURISPRUDENCE DE LA CJCE

RÉSUMÉ

Cet article explique une évolution récente de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, qui rapproche les dispositions du Traité CEE relatives à la libre circulation de marchandises, applicables, en principe, aux Etats membres et celles qui réglementent la libre concurrence, applicables, en principe, aux opérateurs économiques privés.

La manifestation la plus importante de cette jurisprudence a été développée par la Cour de justice dans les arrêts *Leclerc-livres*, *Leclerc-essence*, *Nouvelles Frontières*, *VVR* et *Van Eyck*. Selon ces arrêts, les Etats membres violent l'obligation de fidélité communautaire imposée par l'article 5, alinéa 2, du Traité CEE, lu en combinaison avec les articles 3f) et 85 ou 86, s'ils adoptent ou maintiennent des mesures qui favorisent, facilitent ou renforcent des comportements d'entreprise interdits par les articles 85 ou 86.

Dans les cas où la mesure étatique rend inutile des comportements d'entreprise interdits, l'existence d'une violation des articles 5, alinéa 2, 3f) et 85 ou 86 est discutable et la jurisprudence de la Cour de justice n'a pas encore résolu la question. Ici, la solution à adopter peut produire des interférences sur la possibilité d'intervention des Etats membres dans l'économie. C'est pour cela que le raisonnement de la Cour de justice dans l'arrêt *Leclerc-livres* a soulevé de vives critiques: il admet que les mesures étatiques, qui rendaient inutiles des comportements d'entreprise contraires aux articles 85 ou 86, violaient les articles 5, alinéa 2, 3f) et 85 ou 86, bien que cette solution ne fut pas appliquée en l'espèce.

La jurisprudence de la Cour suprême des Etats-Unis nous offre un champ de comparaison très intéressant avec celle de la Cour de justice. Ainsi les arrêts *Parker v. Brown* ou *Midcal* ont résolu des problèmes similaires aux arrêts rendus par la Cour de justice et leurs solutions peuvent être une source d'inspiration pour le droit communautaire avec les réserves pertinentes, qui proviennent des différences entre le droit antitrust américain et communautaire.

NOTAS

