CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. NIAL FENNELLY

presentadas el 29 de octubre de 1998 *

Índice

I. Introducción I-1373
II. Marco jurídico y hechos I-1373
A. La Decisión impugnada I-1373
B. El Reglamento de 1986 ..... I-1376
III. Visión general del recurso de casación I-1378
IV. La apreciación de la existencia de una posición dominante colectiva I-1378
A. Introducción I-1378
B. Alegaciones de las recurrentes I-1379
C. La naturaleza de la posición dominante colectiva I-1380
D. Carácter suficiente de la motivación I-1386
E. Conclusión I-1390
V. Los abusos imputados a CEWAL I-1390
A. El abuso de OGEFREM I-1390
i) Antecedentes I-1390
ii) Síntesis de las observaciones formuladas en el recurso de casación I-1393
iii) Análisis de los motivos de las recurrentes I-1394
a) Derecho a un proceso equitativo I-1394
b) El motivo relativo a la incitación a un Gobierno a actuar I-1394
— Introducción I-1394
— Pertinencia de la doctrina del «acto de Estado» I-1395
— La verdadera naturaleza del Acuerdo OGEFREM I-1399
c) La supuesta contradicción existente en la sentencia impugnada I-1401
d) La licitud del comportamiento de OGEFREM con arreglo al artículo 86 . I-1401
B. La utilización de «buques de lucha» I-1401
i) Introducción I-1401
ii) Los motivos de casación en materia de procedimiento I-1402
a) Antecedentes I-1402

* Lengua original: inglés.

b) La sentencia impugnada I-1405
c) Alegaciones formuladas en el presente recurso de casación I-1405
d) Análisis I-1406
iii) Carácter abusivo del comportamiento imputado I-1409
a) Cuestiones suscitadas I-1409
b) Análisis I-1411
— El carácter multilateral del abuso I-1411
— La intención de eliminar la competencia I-1412
— Aplicación de tarifas distintas de las establecidas en la tarifa de conferencia I-1413
— El reparto de las pérdidas de ingresos I-1413
— La jurisprudencia en materia de precios «predatorios» I-1414
— El carácter abusivo de la práctica de los «buques de lucha» I-1417
C. La imposición de contratos de fidelidad al 100 % I-1421
i) Introducción I-1421
ii) Contenido I-1422
iii) Primera parte: interpretación incorrecta del Reglamento de 1986 — «imposición» de la fidelidad I-1423
a) Primer argumento subsidiario: ventas FOB I-1424
b) Segundo argumento subsidiario: listas negras I-1425
iv) Segunda parte: la Comisión no puede imponer multas sin retirar antes la exención I-1428
VI. Las multas I-1431
A. Introducción I-1431
B. Competencia del Tribunal de Justicia I-1431
C. Motivos formulados por las recurrentes I-1432
D. Análisis I-1433
i) Vulneración del derecho a un proceso equitativo I-1433
ii) Otros motivos I-1437
iii) El tipo de interés I-1438
E. Síntesis de las recomendaciones al Tribunal de Justicia I-1439
VII. El CEDH I-1440
VIII. Costas I-1440
IX. Conclusión I-1441

I. Introducción

1. El presente recurso de casación ofrece al Tribunal de Justicia, por vez primera, la oportunidad de examinar la aplicación a las conferencias marítimas de los artículos del Tratado en materia de competencia. El recurso de casación tiene por objeto la apreciación de la existencia de un abuso de posición dominante colectiva por parte de los miembros de una conferencia marítima, la Central and West African Conference (en lo sucesivo, «CEWAL»), que opera entre Zaire y determinados puertos de Europa del Norte. Las partes recurrentes cuestionan la apreciación relativa al carácter colectivo de la posición dominante efectuada por la Comisión. El recurso de casación plantea también cuestiones relativas a los motivos basados en la incitación a una acción del Estado, en los procedimientos que deben seguirse con arreglo a la normativa aplicable de desarrollo de las normas sobre la competencia en el sector del transporte marítimo y en la aplicación del artículo 86 a la práctica en materia de fijación de precios denominada de «buques de lucha». Las recurrentes formulan asimismo varios motivos en materia de procedimiento, relativos al modo en que la Comisión y el Tribunal de Primera Instancia trataron este asunto.

II. Marco jurídico y hechos

A. *La Decisión impugnada*

2. En el artículo 1, apartado 3, letra b), del Reglamento (CEE) nº 4056/86 del Consejo, de 22 de diciembre de 1986, por el que se determinan las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado a los transportes marítimos (en lo sucesivo, «Reglamento de 1986»),[1] se define una «conferencia marítima» como «un grupo de dos o más transportistas armadores que preste servicios internacionales regulares para el transporte de mercancías siguiendo una o más líneas determinadas dentro de unos límites geográficos específicos y que ha concluido un acuerdo o un trato, cualquiera que sea su naturaleza, en cuyo marco dichos transportistas operan conforme a fletes uniformes o comunes y a todas las demás condiciones de transporte establecidas para la prestación de los servicios regulares».

3. La Decisión 93/82/CEE de la Comisión, de 23 de diciembre de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 del Tratado CEE (IV/32.448 — IV/32.450: CEWAL, COWAC, UKWAL) y 86 del Tratado CEE (IV/32.448 — IV/32.450: CEWAL) (en lo sucesivo, «Decisión»),[2] es el objeto del presente recurso de casación. Dicha Decisión fue adoptada conforme al Reglamento de 1986. En ella, la Comisión describe CEWAL como una conferencia marítima cuyos miembros prestan «un servicio de línea regular entre puertos de Zaire[3] y Angola y puertos del Mar del Norte (salvo el Reino Unido)».[4] En respuesta a las denuncias recibidas en julio de 1987, la Comisión investigó diversas imputaciones de comportamientos contrarios a la competencia de los miembros de CEWAL y de otras conferencias marítimas que operan entre Europa y África Occidental y Central. En la Decisión, la Comisión concluyó que tres conferencias marítimas habían infringido el artículo 85 y que los miembros de CEWAL habían incurrido en

1 — DO L 378, p. 4.

2 — DO 1993, L 34, p. 20.

3 — Actualmente, República Democrática del Congo.

4 — Punto 1 de la exposición de motivos de la Decisión. Dicha exposición de motivos consta de 119 puntos, a los que, para simplificar, me referiré en lo sucesivo como puntos de la Decisión.

un abuso de posición dominante colectiva contrario al artículo 86. La Comisión impuso multas a cuatro de los miembros de la Conferencia CEWAL (a saber, Compagnie Maritime Belge, Dafra-Lines, Deutsche Afrika-Linien y Nedlloyd Lijnen), si bien la multa más elevada (9,6 millones de ECU, o un 95 % del importe total de todas las multas) se impuso a la Compagnie Maritime Belge (en lo sucesivo, «CMB»).

4. Esos cuatro miembros de la Conferencia CEWAL (denominados en lo sucesivo, en el marco del procedimiento seguido ante el Tribunal de Primera Instancia, «demandantes») interpusieron ante el Tribunal de Primera Instancia sendos recursos de anulación de la Decisión con arreglo al artículo 173 del Tratado. En su sentencia de 8 de octubre de 1996 (en lo sucesivo, «sentencia impugnada»), el Tribunal de Primera Instancia, si bien redujo las cuatro multas impuestas en un 10 % cada una,[5] desestimó sus recursos.[6] Aunque en los recursos interpuestos se solicitaba la anulación de las apreciaciones de la Comisión según las cuales se habían producido infracciones tanto del artículo 85 como del artículo 86 del Tratado, CMB y Dafra-Lines (en lo sucesivo, «Dafra») han limitado su recurso de casación ante este Tribunal de Justicia a los aspectos de la sentencia impugnada que confirman las apreciaciones de la Comisión relativas a la existencia de un abuso de posición dominante contrario al artículo 86 y en los que se basan esencialmente las multas impuestas por la Comisión por dichos abusos.[7]

5. Con arreglo a un código de conducta para conferencias marítimas acordado en el seno de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (en lo sucesivo, «Código UNCTAD»), el reparto de los cargamentos entre conferencias marítimas se rige por una regla «40: 40: 20» (en lo sucesivo, «Regla 40: 40: 20 de la UNCTAD») en virtud de la cual se asigna un 40 % de los cargamentos transportados por la conferencia a cada uno de los armadores nacionales situados en cada uno de los extremos de una línea marítima, y el 20 % restante se reserva a los armadores de otros países miembros de la conferencia. Como expondré más adelante con mayor detalle, algunos países africanos exigieron que la regla de la UNCTAD se aplicara a todos los cargamentos, y no sólo a los cargamentos de conferencia. Por lo que respecta a las líneas marítimas entre Europa del Norte y Zaire, entre mediados y finales de los años ochenta el reparto de los cargamentos con arreglo a la regla de la UNCTAD se llevó a cabo por diversos medios, el más importante de los cuales a efectos del presente recurso de casación fue la celebración, en 1985, de un acuerdo de cooperación (en lo sucesivo, «Acuerdo OGEFREM») entre la Office de gestion du fret maritime (Oficina de Gestión de Fletes Marítimos) de Zaire (en lo sucesivo, «OGEFREM») y CEWAL. Con arreglo al artículo 1, párrafo primero, del Acuerdo OGEFREM, CEWAL y OGEFREM se comprometían a velar por que «todas las mercancías que han de transportarse en el marco del ámbito de actuación de la Conferencia CEWAL sean confiadas a los armadores miembros de dicha conferencia marítima», mientras que con arreglo al párrafo segundo sólo «con el acuerdo explícito de las dos partes interesadas» podían «establecerse excepciones». No obstante estas disposiciones, en torno a 1986 OGEFREM decidió unilateralmente otorgar a un consorcio de transporte marítimo competidor, Grimaldi y Cobelfret (en

5 — La multa impuesta a CMB se redujo en 960.000 ECU, mientras que las otras multas se redujeron en 20.000 ECU en los casos tanto de Dafra-Lines como de Deutsche Afrika-Linien y en 10.000 ECU en el de Nedlloyd Lijnen.

6 — Véase la sentencia Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión (asuntos acumulados T-24/93 a T-26/93 y T-28/93, Rec. p. II-1201).

7 — En lo sucesivo, todas las referencias a los «artículos 85 y 86» se referirán a los artículos 85 y 86 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea.

lo sucesivo, «G & C»), una participación de aproximadamente el 2 % del comercio con destino o con procedencia de Zaire, participación que parece haberse incrementado en los siguientes años, aunque no en una medida suficiente como para afectar a la posición dominante de CEWAL. [8]

6. A efectos de los recursos de casación interpuestos por CMB y Dafra (en lo sucesivo, «recurrentes», si bien, tal como se ha explicado en el punto 4 *supra*, cuando proceda me referiré a ellas como «demandantes»), sólo son pertinentes las apreciaciones de la Comisión relativas al artículo 86 y a las multas impuestas. [9] La Comisión concluyó que «el conjunto de las rutas marítimas entre Zaire y los puertos de Europa del Norte cubiertos por los miembros de CEWAL constituye un mercado específico». [10] La Comisión también se refirió a los beneficios obtenidos por CEWAL del Acuerdo OGEFREM, a su extensa red de rutas, a la capacidad de su flota y a la frecuencia de los servicios que podía efectuar, así como a la experiencia adquirida en la prestación de un servicio en el mercado durante varias decenas de años. La Comisión llegó a la conclusión de que los miembros de CEWAL disponían colectivamente de una posición dominante muy significativa en dicho mercado, debido tanto a su elevadísima cuota de mercado como a otros factores.

7. La Comisión concluyó que «CEWAL abusó de su posición dominante utilizando tres medios distintos [...] con objeto de eliminar a su principal competidor (G & C)». [11] Tal y como aparecen formulados en el artículo 2 de la Decisión, dichos medios consistieron en:

«— participar en la aplicación del acuerdo de cooperación con OGEFREM y [...] solicitar reiteradamente y por distintos medios su estricto respeto;

— modificar sus fletes apartándose de las tarifas en vigor con el fin de ofrecer fletes idénticos o inferiores a los del principal competidor independiente en los buques que salieran en la misma fecha o en fechas próximas (práctica llamada de "buques de lucha" o "fighting ships");

— establecer acuerdos de fidelidad impuestos al 100 % (incluyendo las mercancías vendidas FOB) [12] sobrepasando lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 5 del Reglamento [de 1986],

8 — En el punto 14 de la versión publicada de la Decisión (citada en la nota 2 *supra*), la Comisión omitió la publicación, de conformidad con el artículo 24, apartado 2, del Reglamento de 1986, relativo a la no divulgación de secretos comerciales, de las cifras relativas a la proporción del comercio correspondiente a CEWAL en 1989 y 1991, respectivamente. En su recurso de casación, las propias recurrentes se refieren, sin discutirla, a la información omitida.

9 — No obstante, debe observarse que, en el artículo 1 de la Decisión, la Comisión declaró que los acuerdos de reparto del mercado en las líneas marítimas entre África Occidental y Europa del Norte celebrados entre tres conferencias marítimas, a saber, CEWAL, COWAC y UKWAL, en virtud de los cuales cada una de las conferencias operaba en una red de líneas diferente, infringían el artículo 85, apartado 1, del Tratado y no cumplían los requisitos exigidos para obtener una exención con arreglo al artículo 85, apartado 3, o al artículo 3 del Reglamento de 1986.

10 — Punto 56 de la Decisión.

11 — Punto 62 de la Decisión.

12 — En las ventas FOB, el vendedor sólo es responsable de los costes de entregar las mercancías a bordo del buque.

con la utilización específica descrita en la presente Decisión de "listas negras" de cargadores desleales». [13]

En el artículo 3, párrafo segundo, la Comisión ordenaba a los miembros de CEWAL «poner fin a las infracciones a que se refiere el artículo 2», mientras que en el artículo 5 «recomendaba» que se modifiquen los términos de los contratos de fidelidad «de conformidad con el punto 2 del artículo 5 del Reglamento [de 1986]». En el artículo 6 se imponían las multas a las que ya me he referido (véase el punto 3 - *supra).*

B. *El Reglamento de 1986*

8. El Reglamento nº 17 del Consejo [14] no se aplica a los transportes. Por ello, el Reglamento de 1986 estableció «las modalidades de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado al transporte marítimo». [15] Tal como se indica en su decimosexto considerando, dicho Reglamento prevé «los procedimientos, poderes, decisiones y sanciones necesarios para garantizar el respeto de las prohibiciones contenidas en los artículos 85, apartado 1, y 86, así como las condiciones de aplicación del apartado 3 del artículo 85».

9. En el artículo 3 del Reglamento de 1986 se establece una «exención de los acuerdos entre transportistas en lo referente al ejercicio de servicios regulares de transporte marítimo» (en lo sucesivo, «exención») que está formulada en los siguientes términos:

«Quedarán eximidos de la prohibición que establece el apartado 1 del artículo 85 del Tratado, con la condición prevista en el artículo 4 del presente Reglamento, los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas entre la totalidad o parte de los componentes de una o varias conferencias marítimas, cuyo objetivo sea la fijación de precios y condiciones de transporte y, según los casos, uno o varios de los siguientes objetivos:

a) coordinación de los horarios de los buques o de sus fechas de viaje o de escala;

b) fijación de la frecuencia de los viajes o de las escalas;

c) coordinación o repartición de los viajes o de las escalas entre los componentes de la conferencia;

d) regulación de la capacidad de transporte ofrecida por los distintos componentes;

e) repartición entre dichos componentes del tonelaje transportado o de los ingresos.»

13 — A saber, listas de cargadores que utilizaban aunque sólo fuera ocasionalmente el servicio alternativo ofrecido por G & C; véanse, en particular, el punto 29 y la segunda nota a pie de página de dicho punto de la Decisión.

14 — Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22).

15 — Artículo 1, apartado 1.

La aplicación de la exención está expresamente supeditada, con arreglo al artículo 4, a la «condición» de que el acuerdo o cualquier otro comportamiento exento «no cause perjuicio, dentro de la Comunidad, a determinados puertos, usuarios o transportistas al aplicar para el transporte de mercancías idénticas, en la zona que abarca el acuerdo [...], baremos y condiciones que difieran en función de los países de origen o de destino, o en función del puerto de carga o descarga, a menos que dichos baremos y condiciones puedan justificarse por razones económicas». El efecto derivado del incumplimiento de dicha condición es que el acuerdo o, de ser separable, la parte del mismo que la incumpla, «será nulo de pleno derecho en virtud de las disposiciones del apartado 2 del artículo 85 del Tratado».

10. Por otra parte, el artículo 5 establece una serie de «obligaciones» a las que se supedita la aplicación de la exención. Por lo que respecta a los «acuerdos de fidelidad», el artículo 5, punto 2, establece que las compañías navieras que formen parte de una conferencia «tendrán derecho a establecer con los usuarios y a aplicar acuerdos de fidelidad cuyo tipo y tenor se determinará mediante consultas entre la conferencia y las asociaciones de usuarios». No obstante, dichos acuerdos de fidelidad deben cumplir varias condiciones, entre ellas, con arreglo al artículo 5, punto 2, letra b), inciso i), la de que «pueden ofrecerse acuerdos de fidelidad al 100 %, pero no podrán ser impuestos unilateralmente». Con arreglo al artículo 5, punto 4, titulado «Publicación de baremos», las tarifas de la conferencia «se pondrán a disposición de los usuarios que lo soliciten, a un precio razonable», o «podrán ser consultad[as] en los despachos de las compañías navieras y de sus agentes».

11. El artículo 7 regula los efectos del incumplimiento de «una obligación que acompaña, en virtud del artículo 5, la exención prevista en el artículo 3 [...]». En el artículo 7, apartado 1, se autoriza a la Comisión, de acuerdo con las normas de procedimiento establecidas en la Sección II del Reglamento de 1986, a:

«— dirigir recomendaciones a los interesados;

— en caso de incumplimiento de dichas recomendaciones por parte de los interesados y en función de la gravedad de la infracción de que se trate, adoptar una decisión por la cual o bien se les prohíba o, por el contrario, se les conmine a realizar determinados actos, o bien al mismo tiempo que se les retira el beneficio de la exención por categoría, se les concede una exención individual de conformidad con el apartado 4 del artículo 11, o bien se les suprime el beneficio de la exención por categoría».

12. Por último, el artículo 8 del Reglamento de 1986 lleva por título «Efectos incompatibles con el artículo 86 del Tratado». Con arreglo al artículo 8, apartado 1, «la explotación abusiva de una posición dominante con arreglo al artículo 86 del Tratado, estará prohibida sin que sea necesaria ninguna decisión previa para ello». El artículo 8, apartado 2, se refiere a los casos concretos en que la Comisión compruebe que «el comportamiento de las conferencias que se benefician de la exención prevista en el artículo 3 produce, no obstante, efectos

incompatibles con el artículo 86 del Tratado [...]». Establece también que la Comisión «podrá retirar el beneficio de la exención de grupo y tomar [...] todas las medidas apropiadas para suspender las infracciones al artículo 86 del Tratado».

III. Visión general del recurso de casación

13. El presente recurso de casación se limita a cuestionar, en primer lugar, el carácter colectivo de la posición dominante de la que supuestamente disfrutan los miembros de CEWAL; en segundo lugar, cada una de las tres conclusiones relativas a la existencia de abusos de dicha posición y, en tercer lugar, las multas impuestas. Las recurrentes sostienen que las multas que se les impusieron deberían reducirse y que el procedimiento de imposición de las multas seguido por la Comisión tiene un carácter penal y, en el presente caso, incurrió en infracción de los artículos 6, apartado 3, y 7, apartado 1, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en lo sucesivo, «CEDH»). Por último, también se alega que, al reformular algunos de los abusos descritos en la Decisión, el Tribunal de Primera Instancia infringió el artículo 7, apartado 1, del CEDH.

14. La Comisión, apoyada por la parte coadyuvante, G & C, alega que el recurso de apelación debe ser desestimado en su totalidad. Sin embargo, en la medida en que G & C sostiene asimismo que debe declararse la inadmisibilidad de determinados aspectos de los recursos de casación, considero que, de conformidad con el artículo 93, apartado 5, letra a), del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, debe declararse la inadmisibilidad de su intervención, al ir más allá de las pretensiones de la Comisión.

IV. La apreciación de la existencia de una posición dominante colectiva

A. *Introducción*

15. La Comisión llegó a la conclusión de que los miembros de CEWAL ocupaban de forma conjunta una posición dominante «en el sentido del artículo 86 sobre el grupo de rutas marítimas en el que [CEWAL] opera entre Europa del Norte y Zaire» (punto 61 de la Decisión). Aunque no aprecio ninguna diferencia significativa entre «de forma conjunta» y «colectiva» en este contexto, utilizaré este último término, por ser el utilizado con mayor frecuencia por el Tribunal de Justicia. Ni dicha definición del mercado relevante ni las apreciaciones relativas a la cuota de mercado se discuten en el presente recurso de casación. Las recurrentes tan sólo discuten el carácter colectivo atribuido a su posición en el mercado.

B. *Alegaciones de las recurrentes*

16. Según las recurrentes, los tres requisitos que deben cumplirse para demostrar la existencia de una posición dominante colectiva entre empresas independientes son:

— las empresas interesadas deben estar unidas por vínculos económicos suficientes;

— dichos vínculos deben ser de tal naturaleza que las empresas sigan la misma conducta en el mercado;

— colectivamente, las empresas deben ocupar una posición de fuerza económica que les permita impedir el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado.

Además, las recurrentes sostienen que los vínculos económicos exigidos no pueden acreditarse invocando hechos constitutivos de una infracción del artículo 85.

17. En esencia, las recurrentes sostienen que:

— la Decisión y la sentencia impugnada invocaron erróneamente una práctica concertada de los miembros de CEWAL apreciable con arreglo al artículo 85 pero que no puede simplemente «reciclarse» para servir de base a la apreciación de la existencia de una posición dominante colectiva con arreglo al artículo 86;

— la Decisión no contenía una motivación suficiente que justificara la aplicabilidad del artículo 86 a los miembros de CEWAL de forma colectiva, y el Tribunal de Primera Instancia completó ilícitamente la motivación insuficiente de la Comisión.

18. Las recurrentes reprochan al Tribunal de Primera Instancia no haber respondido a la primera de estas observaciones. Es cierto que la sentencia impugnada, pese a mencionar (en el apartado 54) la alegación de las recurrentes según la cual la Comisión «se limitó a "reciclar" hechos supuestamente constitutivos de una infracción del artículo 85, pero exentos con arreglo al Reglamento nº 4056/86, para condenarlos de conformidad con el artículo 86», no se refiere expresamente a dicha alegación en su apreciación (apartados 59 a 68) de la cuestión de la posición dominante colectiva. No obstante, merece la pena recordar que el Tribunal de Primera Instancia examinó y, con bastante razón, desestimó la principal alegación de las recurrentes, a saber, que «el concepto de posición colectiva dominante se refiere tan sólo al abuso

colectivo de empresas que ocupan *cada una de ellas* una posición dominante» (apartado 60; el subrayado es mío). Esta apreciación no se discute en el recurso de casación.

C. *La naturaleza de la posición dominante colectiva*

19. La única cuestión de fondo a este respecto planteada en el recurso de casación es la de si es lícito invocar un comportamiento concertado o colusorio y, por ende, prohibido por el artículo 85 (salvo que esté exento) para demostrar la existencia de una posición dominante colectiva a efectos del artículo 86. Las recurrentes sostienen que, en contra de lo establecido en la jurisprudencia, la Comisión y el Tribunal de Primera Instancia se limitaron a «reciclar» determinados acuerdos o prácticas concertadas entre los miembros de CEWAL, mientras que los vínculos económicos exigidos para acreditar la existencia de una posición dominante colectiva deben ser de «otra naturaleza». Por otra parte, la Comisión alega que, en principio, un mismo comportamiento de varias empresas puede constituir a la vez una práctica concertada a efectos del artículo 85 y un abuso de posición dominante contrario al artículo 86. Ahora bien, en este momento, la verdadera cuestión no es la explotación abusiva, sino la existencia de una posición dominante colectiva.

20. La cuestión del denominado «reciclaje» no puede zanjarse sin considerar la naturaleza de la posición dominante colectiva o conjunta tal como ha sido gradualmente definida en la jurisprudencia. A su vez, esto plantea la cuestión de la distinción entre los artículos 85 y 86 y la medida en que, como ha afirmado el Tribunal de Justicia, dichos artículos, aunque en planos distintos, [...] persiguen el mismo objetivo, el mantenimiento de una competencia efectiva en el mercado común. [16]

21. El artículo 85 tiene por objeto los comportamientos concertados o consensuados entre empresas económicamente independientes y en principio puede aplicarse a todos los mercados, incluidos aquellos en los que imperan unas condiciones de competencia normales. En cambio, el artículo 86 tan sólo tiene por objeto aquellos mercados en los que las condiciones de competencia son anormales debido a la posición dominante que ocupan una o más empresas. La actividad prohibida por el artículo 86 bajo la denominación de «explotación abusiva» es básicamente unilateral. [17]

22. Sin embargo, dichos artículos, que en ambos casos tienen efecto directo, [18] persiguen el objetivo común de garantizar «que la competencia no será falseada en el mercado interior»; [19] los artículos 85 y 86

16 — Sentencia de 21 de febrero de 1973, Europemballage y Continental Can/Comisión (6/72, Rec. p. 215; en lo sucesivo, «sentencia Continental Can»), apartado 25.

17 — Sentencia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76, Rec. p. 461; en lo sucesivo, «sentencia Hoffmann-La Roche»), apartado 39.

18 — Ya en 1974, el Tribunal de Justicia declaró, en el primer asunto BRT (sentencia de 30 de enero de 1974, 127/73, Rec. p. 51, apartado 16), que «dado que, por su misma naturaleza, las prohibiciones del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86 pueden producir efectos directos en las relaciones entre particulares, dichos artículos crean directamente derechos en favor de los justiciables que los órganos jurisdiccionales nacionales deben tutelar».

19 — Artículo 3, letra g), del Tratado.

no constituyen compartimentos estancos. Tal como declaró el Tribunal de Justicia en la sentencia Ahmed Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebüro, «no puede excluirse la aplicabilidad simultánea de los artículos 85 y 86».[20] Así, el Tribunal de Justicia declaró que cuando una empresa de navegación aérea que ocupaba una posición dominante estaba, en la realidad económica, en condiciones de conseguir que otras empresas aplicaran las tarifas acordadas, podían aplicarse tanto el artículo 86 como el artículo 85, al menos en el sentido de que la participación en un acuerdo prohibido por el artículo 85 podía, simultáneamente, constituir un abuso contrario al artículo 86.

23. Resulta interesante observar, además, que en sus conclusiones en el asunto en el que recayó la sentencia Ahmed Saeed, el Abogado General Sr. Lenz, tras haber expresado la opinión de que el tenor literal del artículo 86 basta para demostrar que una posición dominante puede estar ocupada «conjuntamente por varias empresas», continuó señalando que «los participantes en una práctica colusoria o en acuerdos contrarios al Derecho comunitario en el sentido del artículo 85 del Tratado CEE pueden conjuntamente ocupar una posición dominante».[21] Ahora bien, el artículo 86 no se refiere expresamente a una posición dominante ocupada por una o más empresas, sino a una «[...] explotación abusiva, por parte de una o más empresas». Por tanto, la formulación apenas resulta determinante.[22] Obviamente, el Abogado General Sr. Lenz no estaba sugiriendo que la existencia de un simple cártel con una cuota de mercado importante era suficiente para demostrar la existencia de una posición dominante colectiva. En la sentencia SIV y otros/Comisión,[23] el Tribunal de Primera Instancia desestimó una alegación formulada en la vista por el Agente de la Comisión en el sentido de que bastaba con «"reciclar" los hechos constitutivos de una infracción del artículo 85, afirmando que las partes de un acuerdo o de una práctica ilícita poseen conjuntamente una cuota de mercado importante [y] que, por esta única razón se hallan en una posición dominante colectiva [...]».[24] Esta apreciación se encuentra en el origen del término «reciclaje». Está claro, por tanto, que la conclusión relativa a la existencia de una posición dominante colectiva entre empresas independientes debe sustentarse en algo más que en un simple acuerdo similar a un cártel, ya tenga por objeto la fijación de precios o cualquier otra conducta colusoria en el mercado. La «sentencia sobre el vidrio plano italiano» constituye el primer intento expreso de identificar los elementos constitutivos de una posición dominante colectiva entre empresas independientes.

24. En el otro extremo de la escala se encuentran las prácticas concertadas o coordinadas en el seno de un grupo. Normalmente, este tipo de comportamientos bajo el control de una empresa matriz no está comprendido dentro del ámbito de aplicación del artículo 85. Por el contrario, las distintas entidades serán consideradas una única empresa «[...] cuando las empresas constituyen una unidad económica dentro de la cual la filial no goza de autonomía real para determinar su línea de actuación en el mercado, y cuando estos acuerdos o prácticas tienen por objeto efectuar un reparto interno de funciones

20 — Sentencia de 11 de abril de 1989 (66/86, Rec. p. 803; en lo sucesivo, «sentencia Ahmed Saeed»), apartado 37.

21 — Citada en la nota 20 *supra*, punto 27 de las conclusiones.

22 — Véase el editorial del Profesor Arnull en (1998) 23 *E.L. Rev.*, junio de 1998, p. 199.

23 — Sentencia de 10 de marzo de 1992 (asuntos acumulados T-68/89, T-77/89 y T-78/89, Rec. p. II-1403; en lo sucesivo, «sentencia sobre el vidrio plano italiano»).

24 — *Ibidem*, apartado 360.

entre las empresas».[25] Sin embargo, esta distinción no siempre se ha expresado con claridad. La sentencia Bodson[26] ha sido citada por el Tribunal de Justicia como un precedente en materia de posición dominante colectiva, por más que esta expresión no apareciera en la misma. En la sentencia Bodson, el mero hecho de que los titulares de las concesiones municipales exclusivas de servicios de pompas fúnebres pertenecieran al mismo grupo de empresas no se consideró decisivo para demostrar la existencia de una posición dominante colectiva. Según el Tribunal de Justicia, había que «tener en cuenta la naturaleza de las relaciones entre las empresas de dicho grupo» y, en particular, si se ajustaban «a una misma línea de acción en el mercado, [...] determinada por la sociedad matriz».[27]

25. Los dos ingredientes citados en ese pasaje, a saber, las relaciones entre las empresas y la existencia de una línea de acción común en el mercado, pueden encontrarse reiteradamente en la jurisprudencia relativa a la definición de una posición dominante colectiva. Ya en 1975, el Tribunal de Justicia tuvo en cuenta, en la sentencia Suiker Unie y otros/Comisión,[28] «los vínculos personales y financieros» entre determinados productores de azúcar y el mayor productor de azúcar del mercado belga, junto con el hecho de que habían aplicado una «política de ventas fijada por» dicho productor, para concluir que debían sumarse las cuotas de mercado de todos los productores a efectos de determinar el alcance de la posición dominante que ocupaba el mayor de ellos.

26. No obstante, la sentencia Almelo[29] contiene la exposición más clara hasta la fecha sobre la cuestión de la posición dominante colectiva. En ella, el Tribunal de Justicia declaró que la existencia de una «posición dominante colectiva requiere [...] que las empresas [...] estén suficientemente ligadas entre sí como para adoptar una misma línea de acción en el mercado».[30] Tanto en la sentencia Centro Servizi Spediporto como en la sentencia DIP, el Tribunal de Justicia observó asimismo que la inexistencia de competencia entre las empresas que supuestamente ocupan una posición dominante colectiva constituye un rasgo sobresaliente de ésta.[31] Más recientemente, en la sentencia Francia y otros/Comisión, el Tribunal de Justicia examinó la cuestión de si una operación de concentración propuesta podía dar lugar a una posición dominante colectiva en el mercado comunitario de productos a base de sales de potasa de uso agrícola.[32] El criterio apli-

25 — Sentencia de 31 de octubre de 1974, Centrafarm y De Peijper (15/74, Rec. p. 1147), apartado 41. En la sentencia de 24 de octubre de 1996, Viho/Comisión (C-73/95 P, Rec. p. I-5457), el Tribunal de Justicia, refiriéndose (apartado 16) únicamente a la cuestión de si las filiales «disfrutan de verdadera autonomía para determinar su línea de acción en el mercado», desestimó implícitamente la tesis propugnada por parte de la doctrina en el sentido de que, a la luz de la sentencia Centrafarm y De Peijper, para que pudiera considerarse que un grupo de empresas constituía una única empresa debían cumplirse los dos criterios enunciados en el apartado 41 de dicha sentencia.

26 — Sentencia de 4 de mayo de 1988 (30/87, Rec. p. 2479).

27 — *Ibidem*, apartado 20.

28 — Sentencia de 16 de diciembre de 1975 (asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73, 55/73, 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663; en lo sucesivo, «sentencia Suiker Unie»), apartados 377 y 378.

29 — Sentencia de 27 de abril de 1994 (C-393/92, Rec. p. I-1467), apartados 41 y 42.

30 — *Ibidem*, apartado 42. Este criterio ha sido reiterado en las sentencias de 5 de octubre de 1995, Centro Servizi Spediporto (C-96/94, Rec. p. I-2883), apartado 33, y de 17 de octubre de 1995, DIP y otros (asuntos acumulados C-140/94, C-141/94 y C-142/94, Rec. p. I-3257), apartado 26.

31 — Véanse, respectivamente, los apartados 34 y 27. Tal como tuve ocasión de observar en mis conclusiones en el asunto DIP (punto 65), ninguna de las pruebas aportadas al Tribunal de Justicia incitaba a pensar que algunos o todos los comerciantes que supuestamente ocupaban una posición dominante colectiva «actu[aran] o est[uvieran] organizados en sus respectivos mercados como estructuras comerciales que les permit[ieran] en todo caso comportarse efectivamente como una sola unidad económica con respecto a sus proveedores, sus competidores o sus clientes».

32 — Sentencia de 31 de marzo de 1998 (asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95, Rec. p. I-1375).

cado por el Tribunal de Justicia consistió en determinar si la operación de concentración llevaba «a una situación en la que una competencia efectiva en el mercado de que se trate sea obstaculizada de manera significativa por las empresas que participan en la concentración y una o varias empresas terceras que tengan, conjuntamente, debido especialmente a *factores de correlación* existentes entre ellas, la facultad de adoptar una misma línea de acción en el mercado y de actuar en gran medida con independencia de los demás competidores, de su clientela y, por último, de los consumidores». [33] Aplicando este criterio, el Tribunal de Justicia concluyó que algunas de las críticas formuladas por las demandantes en relación con el supuesto «conjunto de vínculos estructurales» [34] invocado por la Comisión eran fundadas.

27. Sin embargo, considero que todos los pronunciamientos recientes del Tribunal de Justicia tienden a confirmar, sobre el fondo, la afirmación realizada por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia sobre el vidrio plano italiano, según la cual: [35]

«Como principio, no puede descartarse que dos o más entidades económicas independientes se hallen, en un mercado concreto, unidas por tales vínculos económicos que, a causa de este hecho, se hallen conjuntamente en una posición dominante con respecto a los demás operadores del mismo mercado.»

No obstante, la expresión «unidas por tales vínculos económicos» que figura en dicho pasaje debe entenderse ahora a la luz de la fórmula utilizada en la sentencia Francia y otros/Comisión, [36] a saber, «factores de correlación existentes entre ellas», que a mi entender no difiere en modo alguno de la expresión «vínculos económicos».

28. Sin embargo, las recurrentes sostienen que, para demostrar la existencia de «los vínculos económicos» exigidos para poder cumplir este criterio, no es lícito invocar hechos que son asimismo constitutivos de acuerdos o prácticas concertadas a efectos del artículo 85. No estoy de acuerdo. En mi opinión, este doble criterio —la existencia de vínculos económicos suficientes que den lugar, en la práctica, a una única entidad en el mercado— es en esencia uno solo, y el elemento predominante es este último. Es necesario demostrar la existencia de una única posición dominante, es decir, que varias empresas actúan como una sola entidad y, por ende, unilateralmente, en el mercado. No es necesario especificar de manera exhaustiva, ni siquiera mencionar, la naturaleza de las relaciones o de los vínculos económicos. Puede tratarse de la utilización de condiciones generales de suministro elaboradas por una asociación comercial común (asunto Almelo), de participaciones cruzadas, de administradores comunes o incluso de vínculos familiares con consecuencias económicas. También puede tratarse de la aplicación de una línea de acción o de una política de ventas común en el mercado (asuntos Bodson y Suiker Unie). No es preciso definir tales vínculos, excepto en relación con su resul-

33 — *Ibidem*, apartado 221; el subrayado es mío [el resto de esta nota carece de sentido a efectos de la versión española de las presentes conclusiones].

34 — Apartado 232.

35 — Citada en la nota 23 *supra*, apartado 358.

36 — Citada en la nota 32 *supra*.

tado, a saber, la creación de una situación en la que un grupo de empresas independientes actúan como una única entidad en el mercado.

29. Además, repito que la fragilidad de las pruebas de la existencia de una práctica concertada no puede superarse recurriendo al artículo 86. Ya he señalado que estoy de acuerdo con que una conducta concertada, por sí sola, no cumple ese criterio de la existencia de una posición dominante colectiva. Con todo, no admito que ni el Tratado ni cualquier principio jurídico o lógico puedan impedir que se invoque una *prueba* de este tipo.

30. Una lectura atenta de la sentencia Almelo parece sustentar esta tesis. Las empresas de distribución regional de energía eléctrica de cuyas relaciones se trataba en aquel asunto estaban vinculadas a los distribuidores locales por el mismo tipo de acuerdos verticales de compra en exclusiva, todos los cuales se declararon contrarios al artículo 85. El Abogado General Sr. Darmon llamó la atención sobre estos acuerdos en relación con la cuestión de los «vínculos mínimos que permitan asegurar a las empresas de que se trate un dominio colectivo del mercado».[37] Si bien tanto el Abogado General como el Tribunal de Justicia tuvieron buen cuidado de dejar al órgano jurisdiccional nacional la resolución final de esta cuestión, el Tribunal de Justicia parece haber aceptado implícitamente la tesis del Abogado General sobre la eventual pertinencia de los vínculos económicos creados por dichos acuerdos.

37 — Conclusiones del Abogado General en el asunto en el que recayó la sentencia citada en la nota 29 *supra*, puntos 117 y 118.

31. En el presente asunto, el Tribunal de Primera Instancia obró correctamente al plantear, ya en el inicio de su apreciación de la existencia de una posición dominante colectiva de los miembros de CEWAL, el criterio consistente en que «las empresas de que se trate estén suficientemente ligadas entre sí como para adoptar una misma línea de acción en el mercado» (apartado 62). A continuación, la sentencia impugnada expuso (apartados 63 a 65), «a la luz de la Decisión en su conjunto», las razones que le llevaron a la conclusión de que «procedía apreciar colectivamente la posición de los miembros de CEWAL» (apartado 66). Los apartados 63 a 65 tienen el siguiente tenor:

«63. En la Decisión sometida al control del Tribunal de Primera Instancia, la Comisión se refiere expresamente al Reglamento nº 4056/86. [A continuación, el Tribunal de Primera Instancia citó la definición de "conferencias marítimas" que se da en el Reglamento de 1986, reproducida en el punto 2 *supra*]. El Tribunal de Primera Instancia observa que las demandantes, que invocan repetidamente el Reglamento nº 4056/86, no discuten que CEWAL sea una conferencia marítima en el sentido de dicho texto.

64. Este Tribunal subraya, por otra parte, que en su artículo 8, el Reglamento nº 4056/86 prevé que podrá seguir aplicándose el artículo 86 del Tratado. En efecto, debido a las estrechas relaciones que mantienen entre sí las compañías marítimas dentro de una conferencia marítima están, en su conjunto, en condiciones de poner en práctica de

forma común, en el mercado considerado, actuaciones de tal naturaleza que constituyen comportamientos unilaterales. Tales comportamientos pueden tener el carácter de infracciones del artículo 86, si se cumplen, por otra parte, los demás requisitos de aplicación de dicha disposición.

65. En el caso de autos, a la luz de los elementos contenidos en la Decisión impugnada, el Tribunal de Primera Instancia observa que las compañías marítimas constituyeron una entidad común, la conferencia marítima CEWAL. De la Decisión se desprende que dicha estructura constituía el marco de diversos comités, a los que pertenecían los miembros de la conferencia, como el Zaïre Pool Committee y el Special Fighting Committee, citados en múltiples ocasiones en la Decisión y, en particular, en los puntos 26, 29, 31 y 32, y el Zaïre Action Committee, al que se refiere el punto 74. Además, según resulta del artículo 1 del Reglamento nº 4056/86, dicha estructura común tiene por objeto, por su propia naturaleza, definir y aplicar fletes uniformes y otras condiciones de transporte comunes, a cuya existencia se refiere expresamente la Comisión en el punto 61. Así pues, CEWAL se presenta en el mercado como una sola entidad. Por último, el Tribunal de Primera Instancia señala que las prácticas imputadas a los miembros de CEWAL —sin que proceda en esta fase del procedimiento preguntarse qué calificación merecen éstas— tal como se describen en la Decisión, reflejan la voluntad de adoptar conjuntamente una misma línea de actuación en el mercado para reaccionar unilateralmente frente a una evolución, considerada amenazadora, de la situación competitiva del mercado en que están presentes. Dichas prácticas, descritas con precisión en la Decisión, constituyeron elementos de una estrategia global, para cuya realización unieron sus fuerzas los miembros de CEWAL.»

32. En mi opinión, cada uno de los elementos citados en estos apartados *puede* constituir un «vínculo económico». En particular, el Tribunal de Primera Instancia tenía razón al referirse a la definición de una conferencia marítima, al considerar la «estrategia global» y la intención de los miembros de CEWAL y al insistir, tal y como hizo reiteradamente utilizando diversos términos, en la creación de una «entidad común». Suponiendo que el Tribunal de Primera Instancia estuviera jurídicamente facultado para considerar que estos elementos constituían vínculos económicos, la conclusión a la que llegó en relación con esta última cuestión no ha sido, en mi opinión acertadamente, discutida en los presentes recursos de casación; dicha apreciación es el resultado de la evaluación de los hechos que hizo el Tribunal de Primera Instancia y, de no existir un error que suponga una desnaturalización de tales hechos, no puede ser impugnada ante este Tribunal de Justicia.

33. Además, hay una cierta falta de realismo en el intento de las recurrentes de cuestionar el concepto de posición dominante colectiva aplicado a las conferencias marítimas. Para justificar el supuesto carácter no abusivo de sus descuentos de fidelidad, las recurrentes alegaron de forma reiterada que, normalmente, las conferencias marítimas se encuentran en una posición dominante.

34. Por último, se alegó, en nombre de las recurrentes, que tanto la sentencia impugnada como la Decisión debían anularse por lo que respecta a la apreciación relativa a la existencia de una posición dominante colectiva, ya que ni el Tribunal de Primera Instancia ni la Comisión, en la Decisión, habían demostrado que no hubiera competencia interna entre los miembros de CEWAL a través de otros elementos distintos del precio. Semejante alegación, formulada por vez primera en la vista, es manifiestamente inadmisible teniendo en cuenta tanto el artículo 42, apartado 2, como el artículo 113, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. En todo caso, aunque de la jurisprudencia que he analizado y, en particular, de las sentencias Centro Servizi Spediporto, DIP, y Francia y otros/Comisión, se desprende claramente que el hecho de que no haya competencia entre una serie de empresas que supuestamente ocupan una posición dominante colectiva es un rasgo sobresaliente de la existencia de ésta, no basta, a mi entender, con que dichas empresas sostengan, en respuesta a una imputación formulada por la Comisión de haber adoptado una única estrategia de mercado en materia de competencia de precios, que la existencia de otras formas de competencia entre ellas, por ejemplo en materia de calidad de los servicios prestados, contradice la apreciación de la existencia de una posición dominante colectiva basada en los vínculos acreditados por lo que respecta a su estrategia común de precios, a no ser que el alcance y la intensidad de dichas formas alternativas de competencia sean suficientes como para impedir la invocación razonable de sus políticas comunes de precios como base para demostrar la existencia de una única entidad en el mercado. Puesto que los propios miembros del grupo serán los que tendrán mayores facilidades para acceder a la información necesaria para sustentar, en su caso, semejante afirmación, deben aportar pruebas que contradigan la apreciación de la existencia de una posición dominante basada en su política común de precios. Ni ante el Tribunal de Primera Instancia ni ahora ante este Tribunal de Justicia se ha aportado ninguna prueba que indique que los miembros de CEWAL competían activamente entre sí en cuanto a la calidad de los servicios ofrecidos a los cargadores.

35. Por consiguiente, propongo desestimar la alegación según la cual la Comisión o el Tribunal de Primera Instancia tuvieron en cuenta, al referirse a elementos que también pueden ser constitutivos de un comportamiento concertado con arreglo al artículo 85, pruebas que, por tanto, no podían utilizarse para demostrar la existencia de una posición dominante colectiva a efectos del artículo 86. No obstante, es necesario examinar aún el carácter suficiente de la motivación de la Decisión y la imputación según la cual el Tribunal de Primera Instancia completó ilícitamente dicha motivación.

D. *Carácter suficiente de la motivación*

36. Las recurrentes no plantearon expresamente ante el Tribunal de Primera Instancia la cuestión del carácter suficiente de la motivación, ya fuera en relación con el artículo 190 del Tratado o con otras disposiciones. Por el contrario, sostuvieron que los motivos enunciados en la Decisión, en realidad limitados a la existencia del acuerdo de conferencia, eran insuficientes para sustentar la apreciación relativa a la existencia de una posición dominante colectiva. Sobre esta base, el Tribunal de Primera Instancia atribuyó a las demandantes la formulación de un motivo basado en la «insuficiencia de motivación» (apartado 59).

37. Lo que las recurrentes reprochan al Tribunal de Primera Instancia en el presente recurso de casación es no haber respondido a sus alegaciones, completando en cambio la motivación de la Comisión, es decir, enunciando motivos para la apreciación de la existencia de una posición dominante colectiva distintos de los invocados por la Comisión. En particular, critican al Tribunal de Primera Instancia que se refiriera a la Decisión «en su conjunto» (apartado 66) y su apreciación de que «por encima de los acuerdos celebrados entre las compañías marítimas, por los que se crea la conferencia CEWAL [...] existían entre ellas tales vínculos que adoptaron una línea de actuación uniforme en el mercado» (apartado 67).

38. La Comisión sostiene que el Tribunal de Primera Instancia no invocó ningún elemento que no figurara en la Decisión, que el uso de la expresión «por encima» significa que los acuerdos de conferencia eran de tal naturaleza que el comportamiento de los miembros de CEWAL debía examinarse colectivamente y que no cabe ninguna objeción al hecho de que el Tribunal de Primera Instancia se refiriera a otras partes de la Decisión para poner de relieve que otros elementos de hecho invocados por la Comisión reforzaban la conclusión a la que había llegado.

39. Procede describir brevemente la estructura de las partes de la Decisión relativas a la posición dominante colectiva antes de remitirse a la jurisprudencia pertinente. Los puntos 49 a 51 se refieren a la aplicabilidad del artículo 86 a las conferencias marítimas. En el punto 49 se afirma lo siguiente:

«El artículo 8 del Reglamento (CEE) nº 4056/86 contempla el posible abuso de posición dominante por parte de las conferencias marítimas. El Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas mencionó las conferencias marítimas como ejemplos de acuerdos entre entidades independientes económicamente, cuyos vínculos económicos les permiten compartir una posición dominante con respecto a los demás operadores del mismo mercado.[38] El acuerdo entre los miembros de CEWAL constituye este tipo de acuerdo.»

En el punto 52 se afirma (remitiéndose a los puntos 8 y 12 de la Decisión) que los servicios de línea constituyen «el mercado de servicios considerado». Los puntos 53 a 56 se refieren al mercado geográfico, concluyendo que «el conjunto de las rutas marítimas entre Zaire y los puertos de Europa del Norte cubiertos por los miembros de CEWAL constituye un mercado específico». Los puntos 57 a 60 tratan sobre la posición dominante de CEWAL en relación con su cuota de mercado. A continuación, en el punto 61 se afirma lo siguiente:

«Teniendo en cuenta estos elementos, la Comisión llega a la conclusión de que

38 — En la Decisión se menciona la «sentencia sobre el vidrio plano italiano», citada en la nota 23 *supra*.

CEWAL dispone de una posición dominante en el sentido del artículo 86 sobre el grupo de rutas marítimas en el que opera entre Europa del Norte y Zaire. Esta posición dominante es ocupada de forma conjunta por los miembros de CEWAL - dado que están vinculados entre sí por el acuerdo de conferencias que establece entre ellos unos lazos económicos muy estrechos tal y como lo demuestra, por ejemplo, la existencia de una tarifa común.»

40. De este modo, tan sólo el punto 61 (y, en cierta medida, el punto 49) se refiere expresamente al carácter conjunto o colectivo de la posición dominante de CEWAL, llegándose en el primero de ellos a dicha conclusión sobre la base de que los miembros de CEWAL «están vinculados entre sí por el acuerdo de conferencias [...]».

41. Leída de manera aislada, esta motivación en apoyo de la apreciación de la existencia de una posición dominante colectiva resulta lacónica. No toma en cuenta expresamente los elementos mencionados por el Tribunal de Primera Instancia en el apartado 67 de la sentencia impugnada, ni afirma que los miembros de CEWAL actuaran como una entidad única o común en el mercado. Sin embargo, a lo largo de todos los puntos de la Decisión que tienen por objeto el análisis del mercado queda perfectamente claro que se considera a CEWAL como una entidad de este tipo, por ejemplo, cuando se señala que CEWAL está en condiciones de «actuar de forma independiente frente a sus competidores y sus clientes [...]».[39] Los demás elementos citados por el Tribunal de Primera Instancia están sacados fundamentalmente de las partes posteriores de la Decisión (puntos 63 y siguientes), que contienen las apreciaciones relativas a la existencia de una explotación abusiva.

42. Procede considerar la cuestión de la licitud de completar la conclusión relativa a la posición dominante colectiva remitiéndose a elementos expuestos en la misma Decisión en relación con la apreciación de la explotación abusiva de dicha posición. Al hacerlo, no puedo dejar de observar que hubiera sido más útil que la propia Comisión hubiera abordado de una manera más explícita la cuestión de los vínculos económicos cuando formuló sus conclusiones sobre la existencia de una entidad conjunta o única en el mercado.

43. La cita clásica sobre la obligación de las Instituciones comunitarias de motivar sus decisiones mediante la indicación de los principales elementos de hecho y de Derecho en los que se basan se encuentra en la sentencia Remia y otros/Comisión:[40]

«[...] si bien, en virtud del artículo 190 del Tratado, la Comisión está obligada a mencionar los elementos de hecho de los que depende la justificación de la Decisión y los fundamentos de Derecho que la han llevado a adoptar dicha Decisión, esta disposición no exige que la Comisión examine todos los elementos de hecho y de Derecho tratados durante el procedimiento administrativo. La motivación de una Decisión lesiva debe permitir al Tribunal de Justicia ejercer su control sobre la legalidad y proporcionar al interesado las indicaciones necesarias para saber si la Decisión está fundada.»

39 — Punto 60 de la Decisión.

40 — Sentencia de 11 de julio de 1985 (42/84, Rec. p. 2545), apartado 26. Véase el análisis de la misma que hice en mis conclusiones en el asunto en el que recayó la sentencia de 29 de febrero de 1996, Bélgica/Comisión (C-56/93, Rec. p. I-723), puntos 107 a 109.

44. Un repaso de la jurisprudencia pone de manifiesto que las alegaciones relativas a la insuficiencia de motivación de las Decisiones, pese a haber sido formuladas con frecuencia, raramente han prosperado. [41] Cuando lo han hecho, las críticas a la motivación suelen ir acompañadas, en la práctica, de una apreciación de un defecto sustancial de la Decisión. Un ejemplo en el que prosperó este motivo puede encontrarse en la sentencia Países Bajos y Leeuwarder Papierwarenfabriek/Comisión, [42] en la que el Tribunal de Justicia estimó que la motivación de la Decisión presentaba graves deficiencias por lo que respecta al análisis del mercado.

45. La función de la motivación se explica en la segunda frase de la cita de la sentencia Remia y otros/Comisión. Se trata de una obligación que no persigue «sólo un objetivo formal». [43] Está concebida para garantizar que las partes interesadas y, por extensión, el Tribunal de Justicia, reciban suficiente información sobre la base fáctica y jurídica de la Decisión impugnada como para poder defender sus propios intereses. En la sentencia Bélgica/Comisión, por ejemplo, el Tribunal de Justicia declaró que un elemento de hecho que había sido omitido en la Decisión de la Comisión sometida a examen había sido considerado tanto en la sentencia del Tribunal de Justicia como en las conclusiones del Abogado General en el marco de un recurso de anulación referido a una Decisión anterior de la Comisión que tenía el mismo objeto, así como en la Comunicación de la Comisión que inició de nuevo el procedimiento administrativo. Sobre esta base, el Tribunal de Justicia concluyó que «se dio a los interesados la posibilidad de conocer [dichos elementos] y de aducir ante el Tribunal de Justicia su punto de vista al respecto». [44] El Tribunal de Justicia puede considerar que los intereses de una persona afectada están suficientemente protegidos si la misma ha tenido conocimiento de la información en la que se basó la Comisión por otros medios, [45] por ejemplo, gracias a su participación en el procedimiento administrativo. [46]

46. Aun en el caso de que la Decisión de la Comisión no pudiera superar un examen estricto desde el punto de vista lógico, la cuestión fundamental es una cuestión de equidad. Las recurrentes no pueden sostener de forma realista que se vieron perjudicadas por el hecho de que el Tribunal de Primera Instancia invocara elementos expuestos en la Decisión en relación con el abuso de posición dominante para sustentar la conclusión relativa a la existencia de una posición dominante colectiva,

41 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 9 de noviembre de 1983, Michelin/Comisión (322/81, Rec. p. 3461; en lo sucesivo, «sentencia Michelin»), apartado 14; de 17 de enero de 1984, VBVB y VBBB/Comisión (asuntos acumulados 43/82 y 63/82, Rec. p. 19), apartado 19; de 22 de enero de 1986, Eridania y otros (250/84, Rec. p. 117), apartado 17, y de 2 de febrero de 1988, Van der Kooy y otros/Comisión (asuntos acumulados 67/85, 68/85 y 70/85, Rec. p. 219), apartado 71.

42 — Sentencia de 13 de marzo de 1985 (asuntos acumulados 296/82 y 318/82, Rec. p. 809), apartados 19 a 26 y, especialmente, el apartado 24, en el que el Tribunal de Justicia declaró que, por lo que respecta a la obligación de demostrar que la ayuda de Estado de que se trataba afectaba a los intercambios entre los Estados miembros, la Decisión de la Comisión en aquel asunto, entre otras cosas, no contenía «la más mínima indicación relativa a la situación del mercado considerado».

43 — Sentencia de 4 de julio de 1963, Alemania/Comisión (24/62, Rec. pp. 131 y ss., especialmente p. 143).

44 — Sentencia Bélgica/Comisión, citada en la nota 40 *supra*, apartado 89. En el mismo sentido, véanse mis conclusiones en aquel asunto, punto 109.

45 — Sentencia de 28 de octubre de 1981, Krupp/Comisión (asuntos acumulados 275/80 y 24/81, Rec. p. 2489), especialmente el apartado 13.

46 — Sentencia de 4 de julio de 1996, Grecia/Comisión (C-50/94, Rec. p. I-3331), apartado 9.

cuando todos los elementos de que se trata figuran claramente en la Decisión y, en todo caso, fueron objeto de debate durante el procedimiento administrativo. [47]

E. *Conclusión*

47. En consecuencia, propongo desestimar el motivo de casación relativo a la apreciación de la existencia de una posición dominante colectiva.

V. Los abusos imputados a CEWAL

48. Paso ahora a examinar, sucesivamente, las alegaciones de las recurrentes relativas a los abusos supuestamente cometidos por los miembros de CEWAL.

A. *El abuso de OGEFREM*

i) *Antecedentes*

49. En el artículo 2 de la Decisión, la Comisión declaró que, con objeto de llegar a eliminar a su competidor, CEWAL había, entre otras cosas, abusado de su posición dominante colectiva al «participar en la aplicación del acuerdo de cooperación con OGEFREM y al solicitar [48] reiteradamente y por distintos medios su estricto respeto». Esta apreciación debe interpretarse a la luz de los puntos 20 a 27 y 63 a 72 de la Decisión, de los que se desprende que la Comisión consideraba que el comportamiento de CEWAL por lo que respecta al Acuerdo OGEFREM estaba destinado a impedir y/o obstaculizar el desarrollo de la competencia en el mercado de fletes entre Zaire y Europa del Norte. En primer lugar, en el punto 63 de la Decisión, la Comisión invoca el principio de que las empresas dominantes no deben seguir comportamientos que obstaculicen el mantenimiento del grado de competencia existente en el mercado en el que ocupan una posición dominante o el desarrollo de esta competencia. [49] En segundo lugar, en el punto 64, la Comisión expresa la opinión, reflejada en el artículo 2 de la Decisión, según la cual el comportamiento abusivo seguido por CEWAL consistió en participar activa-

47 — Por tanto, el presente asunto ni siquiera está comprendido dentro de la categoría analizada por el Abogado General Sr. Léger en sus conclusiones en el asunto en el que recayó la sentencia de 6 de abril de 1995, BPB Industries y British Gypsum/Comisión (C-310/93 P, Rec. p. I-865; en lo sucesivo, «sentencia British Gypsum»), cuyo razonamiento a este respecto, entre otros, fue adoptado por el Tribunal de Justicia (véase el apartado 11 de la sentencia), que comprendía los casos en que la motivación se veía «confirmada» por las «precisiones» aportadas por la Comisión durante la fase escrita u oral ante el órgano jurisdiccional comunitario. El Abogado General expresó su opinión según la cual «"precisar" un extremo supone claramente que dicho extremo esté *contenido* en la Decisión, y así sucede precisamente en este caso» (punto 24 de las conclusiones).

48 — En realidad, el término «requesting» («solicitar») fue omitido por inadvertencia en la versión publicada en inglés del artículo 2 de la Decisión. Sin embargo, de los textos publicados de las demás versiones lingüísticas auténticas de la Decisión se desprende claramente que el texto inglés debe leerse como si dicho término estuviera presente. Además, en la versión en inglés de la Decisión notificada a las recurrentes [véase el documento de la Comisión C(92) 3253 final, de 23 de diciembre de 1992] anexo a las observaciones que éstas presentaron ante el Tribunal de Primera Instancia, el término «requesting» aparece en el artículo 2.

49 — Se refiere a la sentencia Hoffmann-La Roche, citada en la nota 17 *supra*.

mente en la aplicación del Acuerdo OGEFREM y exigir reiteradamente a OGEFREM que respetara el artículo 1 de dicho Acuerdo, todo ello con objeto de conseguir «eliminar a su principal competidor en el sector». Tras observar que la posición dominante preexistente de CEWAL se vio «incrementada» por el Acuerdo OGEFREM (punto 65), la Comisión afirmó, en el punto 66, que CEWAL «ejerció presiones permanentemente sobre OGEFREM para obligarle a respetar dicho acuerdo con objeto de eliminar a su único competidor».

50. La Comisión desestimó las alegaciones formuladas por CEWAL en el sentido de que estaba obligada a aplicar dichas prácticas como consecuencia de obligaciones impuestas por los poderes públicos. También desestimó la alegación formulada por CEWAL en el sentido de que el comportamiento censurado no estaba comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 86, ya que el Acuerdo OGEFREM debía considerarse el resultado de obligaciones impuestas por los poderes públicos o, en realidad, por una disposición estatal. A juicio de la Comisión, el Acuerdo constituía un acuerdo consensual «en cuanto al control del tráfico», que podía ser cancelado por las partes «siempre que se haya dado un aviso previo» (punto 70). Por último, la Comisión subrayó «que la normativa zaireña vigente tampoco impone a los armadores miembros de conferencias la creación de sistemas que tengan por objeto garantizar que los cargamentos se dirijan hacia sus propios navíos, excluyendo al mismo tiempo a las compañías independientes», para concluir, a continuación, que «la celebración del acuerdo y los recordatorios de CEWAL para respetar el mismo no son consecuencia de obligaciones impuestas por los poderes públicos» (puntos 71 y 72).

51. En su recurso ante el Tribunal de Primera Instancia, las demandantes sostuvieron que el comportamiento que les imputaba la Comisión no podía constituir una infracción del artículo 86 del Tratado. Entre otras cosas, sostuvieron que el Acuerdo OGEFREM era un acuerdo de concesión en virtud del cual las autoridades de Zaire les habían otorgado un derecho exclusivo, que el artículo 86 del Tratado no les impedía adoptar medidas para garantizar el respeto de dicho derecho y que, en todo caso, el mero hecho de inducir al Gobierno a la acción no podía constituir una explotación abusiva a efectos del artículo 86. En su réplica, argumentaron, asimismo, que la Decisión vulneraba su derecho a un proceso equitativo, ya que la Comisión también les había acusado inicialmente, en su pliego de cargos, de una explotación abusiva de su posición dominante por el hecho de haber obtenido, mediante la celebración del Acuerdo OGEFREM, el derecho exclusivo de que se trata, una imputación que no mantuvo en la Decisión.

52. En su escrito de contestación ante el Tribunal de Primera Instancia, la Comisión alegó que el Acuerdo OGEFREM era un acuerdo sinalagmático, es decir, de naturaleza consensual, y subrayó que el único abuso que comprobó que había cometido CEWAL se refería a sus esfuerzos deliberados para mantener el derecho exclusivo que se le había otorgado en virtud de dicho Acuerdo. En su dúplica, la Comisión sostuvo que procedía declarar la inadmisibilidad de las alegaciones de las demandantes relativas a la supuesta denegación del derecho a un proceso equitativo, por tratarse de un nuevo motivo a efectos del artículo 48, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, carente además de fundamento,

ya que no existía ninguna diferencia sustantiva entre el pliego de cargos y la Decisión, al haber sido las demandantes declaradas culpables, en esta última, de sólo una parte de las imputaciones formuladas en el primero.

53. En la sentencia impugnada, el Tribunal de Primera Instancia observó, en primer lugar, que el caso de autos se refería a la supuesta explotación abusiva de una posición dominante por los miembros de CEWAL y que, «como sólo [era] objeto de controversia un comportamiento unilateral de CEWAL, la naturaleza exacta del acuerdo celebrado entre CEWAL y OGEFREM no [era] determinante para la aplicación del artículo 86 del Tratado» (apartado 103). Remitiéndose a la sentencia Bodson, [50] el Tribunal de Primera Instancia afirmó que, aun suponiendo que el Acuerdo OGEFREM se considerara un acuerdo que otorgaba a CEWAL una concesión, «ello no bastaría para excluir la existencia de un comportamiento abusivo por parte [de CEWAL]». Ello se debía a que el Tribunal de Primera Instancia estaba convencido, sobre la base de los párrafos primero y segundo del Acuerdo OGEFREM, de que CEWAL podía haber accedido a establecer excepciones al derecho exclusivo que se le había otorgado en virtud de dicho Acuerdo. De este modo, aun cuando debiera considerarse que el acuerdo era una concesión de Derecho público, desde el momento en que «incluía un dispositivo de apertura a la competencia», de forma que los miembros de CEWAL podían «adaptar la aplicación del mencionado acuerdo a las exigencias del artículo 86», no existía conflicto alguno «entre el Tratado» y la «estructura» del Acuerdo (apartado 104).

54. En consecuencia, el Tribunal de Primera Instancia declaró que «es acertado que la Decisión se dedique a analizar la actitud de CEWAL en la ejecución del acuerdo» (apartado 105). Tras observar que no se había discutido la apreciación según la cual se habían hecho «gestiones ante OGEFREM con el fin de obtener que G & C fueran eliminadas del mercado», procedió a considerar cómo debían calificarse dichas gestiones. Para empezar, se refirió a la «responsabilidad particular» de una empresa que ocupa una posición dominante «de que su comportamiento no distorsione una competencia efectiva y no falseada en el mercado común», [51] antes de observar que, si bien dichas empresas puede «en una medida razonable, realizar los actos que considere[n] adecuados» para «proteger sus propios intereses comerciales cuando éstos se vean amenazados», [52] no pueden pretender con ello reforzar su posición dominante. Aplicando dichos principios al comportamiento de CEWAL, el Tribunal de Primera Instancia declaró que «una empresa en situación de posición dominante que disfruta de un derecho exclusivo, acompañado de la posibilidad de establecer excepciones supeditada a su conformidad, está obligada a hacer un uso razonable del derecho de veto al acceso de terceros al mercado que le reconoce el acuerdo»; habida cuenta de los elementos de hecho aportados, el Tribunal de Primera Instancia estaba convencido de que «los miembros de CEWAL no han actuado de esta forma» (apartado 108). Por ello, el Tribunal de Primera Instancia declaró que «la Comisión ha podido considerar acertadamente que los miembros de CEWAL, al participar activamente en la aplicación del acuerdo con OGEFREM y al solicitar reiteradamente el estricto cumplimiento de dicho acuerdo, en el marco de un plan

50 — Citada en la nota 26 *supra*.

51 — Apartado 106, en el que se cita su sentencia de 6 de octubre de 1994, Tetra Pak/Comisión (T-83/91, Rec. p. II-755), apartado 114.

52 — Apartado 107, en el que se refiere a su sentencia British Gypsum, citada en la nota 47 *supra*, apartado 69.

destinado a eliminar al único armador independiente cuyo acceso al mercado había sido autorizado por OGEFREM, infringieron el artículo 86 del Tratado» (apartado 109). Asimismo, el Tribunal de Primera Instancia calificó de «irrelevante» la alegación de las demandantes según la cual el hecho de incitar a un Gobierno a actuar no puede constituir un abuso, «dado que en el presente caso no se denuncia tal práctica» (apartado 110). Por último, el Tribunal de Primera Instancia declaró la inadmisibilidad del motivo, formulado por las demandantes, basado en la diferencia entre el pliego de cargos y la Decisión con respecto al supuesto carácter abusivo de la celebración del Acuerdo OGEFREM, estimando asimismo que dicha diferencia no podía afectar a los derechos de las demandantes (apartado 113).

ii) *Síntesis de las observaciones formuladas en el recurso de casación*

55. En el marco de este motivo de casación, las recurrentes formulan cuatro alegaciones principales. En primer lugar, sostienen, con carácter principal, que el Tribunal de Primera Instancia vulneró su derecho a un proceso equitativo al sustituir la imputación relativa a OGEFREM formulada en la Decisión por una acusación enteramente nueva según la cual no actuaron razonablemente en el ejercicio de su derecho de veto. En su opinión, existe una diferencia fundamental entre solicitar a una autoridad pública que actúe y «vetar» formalmente la actuación de dicha autoridad, ya que la existencia de un derecho de veto se refiere a una situación en la que la persona que lo posee dispone de un «poder de bloqueo». En segundo lugar, las recurrentes afirman que esa reformulación de la acusación permitió al Tribunal de Primera Instancia, por un lado, ignorar la doble naturaleza de la imputación inicialmente formulada contra ellas en el pliego de cargos y mantenida en la Decisión (aunque bajo una forma diferente) y, por otro, considerar erróneamente como irrelevante su afirmación según la cual el mero hecho de incitar a un Gobierno a actuar no puede constituir un abuso de posición dominante. En tercer lugar, las recurrentes afirman que, puesto que el Tribunal de Primera Instancia estimó que los miembros de CEWAL no habían sido acusados de no haber resuelto el Acuerdo ni de haber incitado a un Gobierno a actuar, no podía, sin contradecirse, llegar a la conclusión de que la Comisión podía considerar acertadamente que su participación activa en la aplicación del Acuerdo constituía una explotación abusiva. En cuarto lugar, las recurrentes sostienen que el hecho de no renunciar al ejercicio de derechos exclusivos no puede constituir una explotación abusiva a efectos del artículo 86.

56. La Comisión niega que hubiera vulneración alguna del derecho de las recurrentes a un proceso equitativo. Afirma que la referencia del Tribunal de Primera Instancia al «uso del derecho de veto» tan sólo constituye otra explicación de la apreciación efectuada en la Decisión según la cual el abuso consistía en los esfuerzos activos realizados por CEWAL para asegurarse de que OGEFREM cumplía lo establecido en el Acuerdo OGEFREM. La Comisión alega que ni la celebración del Acuerdo ni el hecho de que CEWAL no lo resolviera formaba parte del abuso imputado. A su juicio, la doctrina del «acto de Estado» invocada por las recurrentes no es pertinente, ya que, tal y como declaró el Tribunal de Primera Instancia, el Acuerdo permitía a los miembros de CEWAL cumplir las normas comunitarias sobre la competencia, como tampoco lo es la doctrina «Noerr-Pennington», [53] ya que no se ha reprochado a CEWAL que incitara a un Gobierno a actuar.

53 — Otra doctrina existente en Estados Unidos que protege la mera comunicación de información a las autoridades públicas con el fin de influir en la acción legislativa o ejecutiva.

iii) *Análisis de los motivos de las recurrentes*

a) Derecho a un proceso equitativo

57. Considero que las recurrentes han interpretado incorrectamente la sentencia impugnada en el sentido de que formulaba una nueva imputación por no haber actuado razonablemente en el ejercicio de un derecho de veto. En el apartado 109 (citado en el punto 54 *supra*), el Tribunal de Primera Instancia confirmó expresamente las apreciaciones fundamentales de la Comisión sobre la existencia de actos abusivos en relación con el Acuerdo OGEFREM. En el análisis precedente, especialmente en el apartado 105, el Tribunal de Primera Instancia sintetizó el comportamiento de CEWAL en relación con la aplicación del Acuerdo OGEFREM tal como estaba descrito en la Decisión, para a continuación recordar los principios indiscutibles que deben limitar el comportamiento de las empresas que ocupan una posición dominante.

58. Las referencias efectuadas por el Tribunal de Primera Instancia a un «derecho de veto» no afectan a la calificación del abuso, que sigue consistiendo en la insistencia activa en la estricta observancia de la exclusividad en favor de CEWAL. Con todo, el Tribunal de Primera Instancia se mostró dispuesto a suponer, sin declararlo expresamente, que el Acuerdo OGEFREM constituía una concesión de Derecho público y, partiendo de dicho supuesto, a señalar que contenía un mecanismo capaz de resolver cualquier conflicto entre el Tratado y el Acuerdo, considerado como una concesión de Derecho público. Por tanto, la referencia al «derecho de veto» no constituye la descripción de un abuso, sino más bien una respuesta al argumento aducido por las demandantes en el sentido de que su comportamiento les venía en cierta medida impuesto por las condiciones de la supuesta concesión de Derecho público.

59. Por tanto, propongo que se desestime la primera alegación de las recurrentes, a saber, que el Tribunal de Primera Instancia les privó del derecho a un proceso equitativo al introducir una acusación consistente en no haber actuado razonablemente en el ejercicio de un derecho de veto.

b) El motivo relativo a la incitación a un Gobierno a actuar

— Introducción

60. El mero hecho de que no se produjera ninguna vulneración del derecho de las recurrentes a un proceso equitativo no basta, sin embargo, para desestimar su recurso, ya que también discutieron el carácter jurídicamente correcto de la calificación de su comportamiento como abusivo. El planteamiento del Tribunal de Primera Instancia suscita, en relación con el segundo motivo, la cuestión de si era correcto considerar irrelevante la naturaleza exacta del Acuerdo y, por ende, si era correcto descartar la posibilidad de que el comportamiento censurado equivaliera tan

sólo a un intento de CEWAL de presionar al Gobierno.

61. La sentencia impugnada prescindió por completo de la naturaleza del Acuerdo OGEFREM. El Tribunal de Primera Instancia estaba convencido de que, independientemente de su naturaleza jurídica exacta, los miembros de CEWAL disponían de una cierta discrecionalidad y autonomía por lo que respecta a su aplicación.

62. Es jurisprudencia reiterada que las empresas que ocupan una posición dominante no pueden adoptar determinados comportamientos que tal vez no fueran censurables en el caso de empresas no dominantes, puesto que su mera presencia en un mercado origina un debilitamiento de la competencia. [54] Esto sucede en mayor medida cuando, como en el caso de autos, las recurrentes disfrutaban de una posición de cuasimonopolio. [55] No obstante, el alcance efectivo de esa especial responsabilidad «debe apreciarse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso, que demuestren que la competencia está debilitada». [56]

54 — Sentencias Hoffmann-La Roche, citada en la nota 17 *supra*, apartado 120, y Michelin, citada en la nota 41 *supra*, apartado 57.

55 — Sentencia Hoffmann-La Roche, citada en la nota 17 *supra*, apartado 39.

56 — Sentencia de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión (C-333/94, Rec. p. I-5951; en lo sucesivo, «sentencia Tetra Pak II»), apartado 24.

— Pertinencia de la doctrina del «acto de Estado»

63. Las recurrentes sostienen que su comportamiento debe calificarse nada más que como un intento de presionar a las autoridades zaireñas en relación con el cumplimiento de las condiciones de una concesión de Derecho público. Durante la fase oral del procedimiento, la Comisión no discutió que un comportamiento consistente en la mera incitación al Gobierno de un Estado no miembro a actuar de un modo concreto no podía considerarse una explotación abusiva de posición dominante. Sin embargo, en la vista la Comisión insistió en que, en el caso de autos, las recurrentes eran partes de un contrato comercial que establecía obligaciones y ventajas mutuas, y que la insistencia en el cumplimiento de sus condiciones excedió las simples presiones.

64. El Tribunal de Primera Instancia declaró, en el apartado 110 de la sentencia impugnada, que:

«La circunstancia de que, según las demandantes, el hecho de incitar a un Gobierno a actuar no puede constituir un abuso, es irrelevante, dado que en el presente caso no se denuncia tal práctica.»

No creo que esta cuestión pueda resolverse de manera tan simple. El abuso del que se

declaró culpable a CEWAL consistió en intentar que se cumpliera el Acuerdo OGEFREM. Las recurrentes (anteriormente demandantes) replican que dichos intentos no pueden constituir un abuso, ya que consisten tan sólo en una incitación a un Gobierno a actuar. El hecho de que la Comisión no lo calificara como tal no puede afectar a su carácter sustantivo.

65. En consecuencia, propongo, en la medida en que sea necesario, examinar la imputación de las recurrentes según la cual el Tribunal de Primera Instancia no tuvo en cuenta su motivo basado en que el Acuerdo OGEFREM era, por emplear la inusual expresión utilizada por la Comisión, un acuerdo sinalagmático, es decir, un acuerdo consensual. Las apreciaciones cruciales se encuentran en los puntos 70 a 72 de la Decisión, cuyo tenor es el siguiente:

«70. El acuerdo entre OGEFREM y CEWAL citado en el punto 24 no puede ser considerado como una reglamentación nacional que obligue a los miembros de CEWAL a actuar como lo hicieron. Al revés, el acuerdo, tal y como su denominación y contenido indican, no es en sí una disposición estatal, ya que se trata de un acuerdo que impone a sus dos partes firmantes distintas obligaciones en cuanto al control del tráfico y les permite cancelarlo siempre que se haya dado un aviso previo. En cualquier caso, el acuerdo ha sido aceptado por CEWAL que presionó a OGEFREM con insistencia para que lo respetara con objeto de obtener la eliminación de su principal competidor.

71. Además, hay que destacar que la normativa zaireña vigente tampoco impone a los armadores miembros de conferencias la creación de sistemas que tengan por objeto garantizar que los cargamentos se dirijan hacia sus propios navíos, excluyendo al mismo tiempo a las compañías independientes.

72. En consecuencia, la celebración del acuerdo y los recordatorios de CEWAL para respetar el mismo no son consecuencia de obligaciones impuestas por los poderes públicos.»

66. Las recurrentes invocan, en particular, determinados principios desarrollados en la jurisprudencia antitrust de Estados Unidos. Aceptan que ninguno de dichos principios ha sido admitido en Derecho comunitario. En esencia, esta parte de las alegaciones de las recurrentes depende de que éstas demuestren que el Acuerdo OGEFREM es un acto derivado del ejercicio del poder soberano del Gobierno de Zaire.

67. Las demandantes sostuvieron ante el Tribunal de Primera Instancia que el mero hecho de inducir a un Gobierno a actuar no podía constituir un abuso de posición

dominante. Con arreglo a la doctrina del «acto de Estado», asociada con el principio de cortesía entre los Estados, parece ser que los órganos jurisdiccionales de Estados Unidos han declarado que los actos de inducción o persuasión (aun cuando sean ilegales) de un poder soberano extranjero no están comprendidos dentro del ámbito de aplicación de las normas antitrust.[57] Habida cuenta de mi opinión sobre la naturaleza del Acuerdo OGEFREM, no es necesario que siga analizando esta doctrina. Por supuesto, está claro que el mero hecho de que un Estado miembro establezca un monopolio legal mediante la concesión de derechos exclusivos no infringe el artículo 86.[58] Sin lugar a dudas, esto tiene como corolario que actuar con objeto de persuadir a un Estado miembro para que cree un monopolio de este tipo tampoco está comprendido dentro del ámbito de aplicación del artículo 86. Sin embargo, el Tribunal de Justicia también ha dejado claro que «tales empresas siguen estando sujetas a las normas sobre la competencia del Tratado y, en particular, a las contenidas en el artículo 86».[59] Cabe suponer que, por extensión, estos principios también se aplican a la creación de monopolios legales por parte de Gobiernos extranjeros. En ese caso, el artículo 9 del Reglamento de 1986 podría ser pertinente para resolver cualquier conflicto con las normas comunitarias sobre la competencia.

68. No obstante, el principio del «acto de Estado» no se aplicará si el Acuerdo OGEFREM no es un acto unilateral de un poder soberano sino en realidad, tal como concluyó la Comisión, un acuerdo esencialmente consensual. A estos efectos, no me parece que importe, como sin duda correctamente subrayaron las recurrentes, que OGEFREM no sea una empresa en el sentido de los artículos 85 y 86. En primer lugar, el abuso imputado consiste en la insistencia en la aplicación de la exclusividad otorgada por el Acuerdo, y no en la celebración de éste. En segundo lugar, la aplicación del artículo 86 a una empresa que se encuentre en una posición como la de CEWAL no depende de que el Acuerdo OGEFREM sea un acuerdo a efectos del artículo 85.

69. Sobre esta base, resumiré las alegaciones de las recurrentes con respecto al carácter de «acto de Estado» del Acuerdo, formuladas en las extensísimas observaciones que presentaron ante el Tribunal de Primera Instancia y ante este Tribunal de Justicia.

70. En primer lugar, las recurrentes atribuyen gran importancia al Código UNCTAD de 1974, que entró en vigor en 1983, al que me he referido en el punto 5 *supra*. El Reglamento (CEE) nº 954/79[60] reguló su ratificación por los Estados miembros. En su artículo 2, el Código establecía el reparto de las cargas transportadas por

57 — Las demandantes citaron, por ejemplo, el asunto American Banana v United Fruit Co 213 US 347, 358 (1909), y una resolución de la Federal Court of California en el asunto Occidental Petroleum Corp. v Battes Gas & Oil Co 331 F Supp. 92, 109-13 (C.D. CAL. 1971), confirmada *per curiam*, 461 F.2d1261 (9ª CIR), avocación denegada, 409 US 950 (1972).

58 — Véanse, entre otras, las sentencias de 3 de octubre de 1985, CBEM (311/84, Rec. p. 3261; en lo sucesivo, «sentencia Télémarketing»), apartado 17, y de 18 de junio de 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Rec. I-3949), apartado 40.

59 — Sentencia Télémarketing, citada en la nota 58 *supra*, apartado 17.

60 — Reglamento del Consejo, de 15 de mayo de 1979, relativo a la ratificación por los Estados miembros del Convenio de las Naciones Unidas relativo a un código de conducta para las conferencias marítimas, o a la adhesión de dichos Estados al Convenio (DO L 121, p. 1; EE 07/02, p. 183).

una conferencia marítima entre dos Estados cualesquiera cubiertos por dicha conferencia de acuerdo con una regla 40: 40: 20. Dichos cargamentos debían repartirse en una proporción del 40 % para cada uno de los armadores nacionales de los dos Estados entre los que se transportara el cargamento, asignándose el 20 % a cualquier armador miembro de la conferencia de un país tercero. No se discute que, desde una fecha muy temprana, hubo opiniones profundamente divergentes sobre la interpretación correcta del Código entre los Estados signatarios miembros de la OCDE y una serie de Estados africanos, entre ellos Zaire. Los primeros sostenían que tanto el tenor inequívoco del Código como su contexto ponen de manifiesto que sólo se aplica a los transportes efectuados por conferencias marítimas. Los últimos sostenían que se extendía a todos los transportes marítimos regulares.

71. Las demandantes relataron *in extenso* las medidas adoptadas por una serie de Estados africanos y, en particular, Zaire, para imponer su interpretación con el fin de proteger a sus compañías marítimas nacionales. Zaire constituyó OGEFREM como organismo público en 1980. OGEFREM empezó a operar en 1983, de conformidad con el Decreto Presidencial nº 80-256. Entre sus tareas, se encontraba el control de los cargamentos y la negociación de las tarifas de flete, la protección de la rentabilidad de la compañía marítima nacional, Compagnie Maritime Zaïroise (en lo sucesivo, «CMZ») y la defensa de los intereses marítimos de Zaire.

72. Un nuevo acto legislativo, el Decreto de desarrollo nº 001-83 de 17 de enero de 1983, aplicó la regla 40: 40: 20 de la UNCTAD al reparto de todos los cargamentos. CEWAL y otros representantes de los intereses marítimos europeos, los Estados miembros y la Comisión hicieron grandes pero infructuosos esfuerzos, políticos y de otro tipo, para conseguir la revocación o modificación de esta política.

73. A partir de 1984, OGEFREM impuso a CEWAL una serie de cargas financieras y administrativas adicionales, entre ellas el pago por cada uno de los miembros de CEWAL de una fianza de 10.000 USD a OGEFREM, y el pago de una comisión del 3 % sobre las tarifas de flete, supuestamente destinada a garantizar la participación de CMZ en el 40 % de los cargamentos.

74. En estas circunstancias, CEWAL afirma que el Acuerdo OGEFREM le fue «impuesto». Cita las condiciones del Acuerdo para demostrar, en particular, que, así «se desprende», entre otros, del Decreto nº 80-256, y sostiene que no podía oponerse a la imposición, por parte de un Gobierno cuya política era vital para su negocio, de un acuerdo que aplicaba dicha política.

75. La Comisión, pese a no discutir la mayoría de los hechos expuestos, sostiene que el Acuerdo OGEFREM no tiene el

carácter de un «acto de Estado» impuesto, sino que constituye un acuerdo que impone obligaciones mutuas y otorga ventajas recíprocas.

76. En primer lugar, afirma que las recurrentes cometen un error fundamental de lógica con respecto al Código. Observa que la aplicación de la regla 40: 40: 20 de la UNCTAD a todo el transporte marítimo regular y la proporción de los cargamentos transportados por conferencias son cuestiones completamente distintas entre sí, de modo que no existe ningún nexo lógico entre la participación de las compañías nacionales africanas en la totalidad de la cuota de mercado que les corresponde y cualesquiera derechos exclusivos de las conferencias. En síntesis, la garantía del 40 % de todos los cargamentos de que disfrutan dichas compañías no significa que la totalidad del restante 60 % deba estar destinada a los miembros de conferencias marítimas.

77. Por lo que respecta a las condiciones del Acuerdo OGEFREM, la Comisión se remite a la disposición relativa a la resolución unilateral del mismo por cualquiera de las partes con un año de preaviso, la disposición relativa al sometimiento a arbitraje de las controversias y al aparente éxito de CEWAL en la negociación de una reducción del tipo de la comisión del 3 % al 0,5 %. Además, la Comisión rechaza la descripción del Acuerdo como una concesión de Derecho público. Ello presupondría, a su entender, la existencia de una legislación que establezca la concesión de un derecho exclusivo y su concesión mediante un procedimiento administrativo.

— La verdadera naturaleza del Acuerdo OGEFREM

78. Hay que partir de la base de que el Gobierno de Zaire tenía la política, común a varios Estados africanos, de aplicar la regla 40: 40: 20 de la UNCTAD, por Ley si fuere necesario, a todos los cargamentos y no sólo a los cargamentos de conferencia. A tal fin, creó OGEFREM, otorgándole amplias facultades para regular y supervisar el tráfico marítimo de entrada y de salida de Zaire. Con todo, estoy de acuerdo con la Comisión en que el planteamiento de Zaire por lo que respecta a la regla 40: 40: 20 de la UNCTAD no justifica el intento de CEWAL de excluir del mercado a las compañías que no eran miembros de una conferencia. Las alegaciones de las recurrentes a este respecto son sumamente incoherentes. Insisten en el error cometido por el Gobierno de Zaire al intentar aplicar dicha regla a todos los cargamentos. Sin embargo, insisten asimismo en aplicar en su propio beneficio dicha interpretación. De hecho, sus acciones eran un intento, por su parte, de excluir del mercado de Zaire a las compañías que no eran miembros de conferencias.

79. Tampoco las dificultades descritas por las recurrentes en sus relaciones con OGEFREM sirven para otra cosa que para demostrar un cierto desequilibrio en la capacidad de negociación. Pese a los muchos problemas descritos, CEWAL deseaba continuar explotando la línea marítima, sobre la cual, tal como admite, tenía

un monopolio de hecho. Aunque con reticencia, ya había aceptado otorgar un 40 % de los cargamentos a CMZ, que se convirtió en miembro de la Conferencia - CEWAL.

80. A continuación, es necesario analizar el texto del Acuerdo OGEFREM, redactado en francés. No estoy de acuerdo con que la remisión que se hace en el preámbulo del Acuerdo a diversos actos e instrumentos jurídicos zaireños sea suficiente para otorgarle el carácter de un acto soberano del Estado de Zaire. Así, por ejemplo, se remite a una resolución de la Conferencia Ministerial de Estados de África Occidental y Central en la que se invitaba a los armadores de los Estados miembros de dicha conferencia a emprender acciones concertadas con las conferencias marítimas que cubrieran África Central y Occidental con objeto de estabilizar los fletes y adaptar sus estatutos de conformidad con el Código de Conducta de las Conferencias Marítimas. Tampoco el hecho de que se remita a los objetivos principales de la propia OGEFREM limita el carácter del Acuerdo. En el preámbulo se explican el estatuto y los objetivos de OGEFREM. De ellos no se desprende que el contenido del acuerdo de «cooperación» sea un acto de Estado con el carácter de un acto legal por el que se confiere un derecho de monopolio.

81. En su parte dispositiva, el Acuerdo OGEFREM es sólo eso, es decir, un acuerdo. La cláusula de exclusividad que figura en el artículo 1 es el elemento central del mismo. Dicha disposición no tiene por objeto el ejercicio de un poder legal o administrativo. Estoy de acuerdo con la Comisión en que no ofrece ninguna base concreta para el otorgamiento, mediante una concesión de Derecho público, de un derecho legal. De hecho, está redactado en los términos de una simple obligación conjunta o mutua. El resto de la parte dispositiva del Acuerdo impone obligaciones recíprocas de carácter general por lo que respecta a la recopilación e intercambio de estadísticas (artículo 6), la deducción de un porcentaje previamente acordado de los fletes para su pago a OGEFREM (artículo 7), la llevanza de registros contables (artículos 8 y 9) y el mantenimiento de las tarifas negociadas (artículo 10). Mediante el artículo 11, el Acuerdo se celebró por un período de un solo año, aunque con renovación automática en caso de que ninguna de las partes notificara su resolución con un año de preaviso. Por último, el artículo 12 contiene disposiciones relativas al sometimiento obligatorio de los litigios a un órgano de arbitraje integrado por tres personas, una de ellas elegida por cada parte y la tercera por las personas así elegidas.

82. En mi opinión, ni los términos del Acuerdo OGEFREM, ni el marco jurídico descrito por las recurrentes ni las circunstancias en las que se produjo su celebración le confieren el carácter de un acto de un poder soberano mediante el que se otorgue una concesión cualquiera de Derecho público, tal como aseguran las recurrentes. En consecuencia, es innecesario, a efectos del presente recurso de casación, determinar el papel que debe atribuirse en el Derecho comunitario a la doctrina de la acción de Estado.

83. Por consiguiente, propongo desestimar la segunda parte del motivo de casación relativo al Acuerdo OGEFREM.

c) La supuesta contradicción existente en la sentencia impugnada

84. Habida cuenta de la opinión que he expresado en relación con la naturaleza del Acuerdo OGEFREM, ni la tercera ni la cuarta alegación de las recurrentes pueden prosperar en modo alguno. Las recurrentes reprochan al Tribunal de Primera Instancia haber incurrido en una contradicción en su razonamiento, en la medida en que afirma, simultáneamente, que CEWAL no fue acusada de incitar a un Gobierno a actuar (apartado 110 de la sentencia) y que la Comisión podía «considerar acertadamente que los miembros de CEWAL, al participar activamente en la aplicación del acuerdo con OGEFREM y al solicitar reiteradamente el estricto cumplimiento de dicho acuerdo [...] infringieron el artículo 86 del Tratado» (apartado 109 de la sentencia). No existe ninguna contradicción en la sentencia. En este último apartado, el Tribunal de Primera Instancia no presentaba el comportamiento eliminatorio de CEWAL como una «incitación a un Gobierno a actuar» en el sentido en que lo hacen las recurrentes. Además, mi propio análisis de la naturaleza del Acuerdo OGEFREM demuestra, según creo, que, en realidad, dicho Acuerdo no tenía el carácter de una acción de Estado, con lo que desaparece cualquier eventual incoherencia.

d) La licitud del comportamiento de OGEFREM con arreglo al artículo 86

85. Lo mismo debe suceder con la cuarta alegación de las recurrentes, a saber, que el artículo 86 no prohíbe a una empresa a la que se ha concedido legalmente un derecho exclusivo que insista en que se respete el mismo. Las recurrentes invocan la reiterada jurisprudencia del Tribunal de Justicia en el sentido de que «no es compatible con el artículo 86 que una empresa a la que un Estado miembro ha concedido derechos exclusivos con arreglo al artículo 90 del Tratado disfrute de un monopolio, en cuanto tal». [61] Puesto que no se trata de un monopolio, simplemente la cuestión no se plantea. Además, procede recordar aquí la tesis del Tribunal de Primera Instancia (apartados 104 y 108) según la cual los miembros de CEWAL disponían, incluso con arreglo a las condiciones del Acuerdo OGEFREM, de un mecanismo para abrir el mercado a la competencia. Sin embargo, optaron por insistir en no hacer uso de dicha posibilidad.

86. En consecuencia, propongo desestimar asimismo la cuarta alegación y, por consiguiente, la totalidad del motivo de casación relativo a la apreciación de la existencia de una explotación abusiva en relación con el Acuerdo OGEFREM.

B. *La utilización de «buques de lucha»*

i) *Introducción*

87. En relación con la apreciación de la existencia de una explotación abusiva rela-

61 — Sentencia Télémarketing, citada en la nota 58 *supra*, apartado 17. Las recurrentes citan asimismo la sentencia de 30 de abril de 1974, Sacchi (155/73, Rec. p. 409).

cionada con la práctica de los «buques de lucha», el recurso de casación tiene un aspecto procesal y otro sustantivo.

88. El motivo de carácter procesal tiene dos aspectos alternativos. En primer lugar, las recurrentes afirman que, en el procedimiento administrativo, se vulneró su derecho a un proceso equitativo por el hecho de que, en su Decisión, la Comisión realizó una apreciación relativa a la práctica de fijación de precios denominada de «buques de lucha» que difería de la notificada en el pliego de cargos, y que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de Derecho al no aceptar dicho motivo.

89. La Comisión replica que debía y debe declararse la inadmisibilidad de dicho motivo, ya que no fue formulado en el escrito inicial de interposición de recurso ante el Tribunal de Primera Instancia, sino sólo en la réplica de las demandantes.

90. La respuesta de las recurrentes a esta objeción consiste en afirmar, invocando la excepción admitida en el artículo 48, apartado 2, párrafo primero, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, que sólo en el escrito de contestación presentado por la Comisión ante el Tribunal de Primera Instancia se puso de manifiesto que *había* una diferencia sustantiva entre el pliego de cargos y la Decisión. Por tanto, se trata de una razón que apareció durante el procedimiento.

91. No obstante, el Tribunal de Primera Instancia declaró (apartado 140) que el escrito de contestación no introdujo ningún elemento nuevo y era plenamente conforme con la Decisión.

92. Con carácter subsidiario, las recurrentes sostienen que el Tribunal de Primera Instancia vulneró su derecho a un proceso equitativo por el hecho de que, con su apreciación según la cual no había ninguna diferencia entre la Decisión y el escrito de contestación de la Comisión, introdujo un nuevo elemento de imputación que no habían considerado incluido en el pliego de cargos. De este modo, afirman que tenían razones para formular dicha crítica por vez primera en su réplica.

ii) *Los motivos de casación en materia de procedimiento*

a) Antecedentes

93. En el punto 12 del pliego de cargos, la Comisión describió la práctica de los «buques de lucha» que, según alegaba, CEWAL aplicó a partir de la primavera de 1988, afirmando que estaba destinada a eliminar la competencia de la compañía

independiente (a saber, G & C) en las rutas consideradas. Las principales características de la práctica así descrita eran las siguientes:

— la secretaría de CEWAL comunicaba a los miembros de CEWAL las fechas de las próximas salidas previstas de G & C;

— aproximadamente cada dos meses, se celebraba una reunión del «Special Fighting Committee» para designar a los buques de CEWAL que debían realizar su salida en la misma fecha o en fechas próximas a las previstas para las salidas de los buques de G & C y para determinar las «tarifas de lucha» que debían ofrecerse, distintas de las establecidas en el baremo normal de tarifas de la conferencia y fijadas en función de las tarifas que ofrecía G & C;

— las pérdidas derivadas de la aplicación de dichas tarifas se repartían entre los miembros de la conferencia.

En el punto 23 del pliego de cargos, la Comisión se refirió a la utilización de un método de «buques de lucha» que consistía en programar salidas de buques de CEWAL en torno a las fechas de salida de los buques de G & C, y al establecimiento de un sistema de rotación con el fin de asegurar «el reparto de las pérdidas derivadas de la operación»;[62] sostuvo que los «precios de lucha» no se fijaban en función de criterios económicos (es decir, en relación con los costes), sino única y exclusivamente con el fin de que fueran *inferiores* a los anunciados por G & C, y describió este comportamiento como «la fijación de *precios predatorios* con objeto de eliminar a un competidor del mercado».[63]

94. En el punto 73 de la Decisión, la Comisión afirma que CEWAL utilizaba el método de los buques de lucha con el fin de eliminar a su principal competidor de la ruta de que se trataba. La práctica utilizada consistía en:

«[...] designar como "buques de lucha" o "fighting ships" aquellos buques de CEWAL cuyo punto de partida estaba más cercano al punto de partida de los buques de G & C, y en establecer "precios de lucha" especiales para dichos buques. Estos precios "de lucha" establecidos conjuntamente constituían una excepción a las tarifas que aplicaba normalmente CEWAL y se determinaban no ya en función de criterios económicos (es decir, en relación con los costes) sino únicamente con objeto de ser *iguales o inferiores* a los precios anunciados por G & C, en tanto que la *disminución de los ingresos* resul-

62 — La descripción que se hace en la versión original del texto en lengua francesa tiene el siguiente tenor: «un partage des pertes liées à l'opération».

63 — La descripción que se hace en la versión original del texto en lengua francesa tiene el siguiente tenor: «fixation des prix prédatoires en vue d'éliminer un concurrent du marché»; el subrayado es mío.

tante de este sistema de determinación de los precios en relación con las tarifas de la competencia era absorbida por todos los miembros de CEWAL. Los miembros de CEWAL aceptaban claramente que el sistema de "fighting ships" podía producir, en principio, *pérdidas de ingresos* que tendrían que asumir» (el subrayado es mío).

En el punto 74 de la Decisión se hace referencia a una de las principales definiciones académicas de la práctica de los «buques de lucha» que, entre otras cosas, se refiere a la programación específica de la salida de buques de lucha en las mismas fechas de salida de los buques intrusos. Sin embargo, la Comisión observa que, en este caso, dada la elevada frecuencia de salidas de los buques de CEWAL, ésta podía designar los buques de lucha sin necesidad de alterar sus horarios programados.

95. Así pues, no se hace ninguna referencia a «precios predatorios», [64] distinguiendo la Comisión la práctica de que se trataba de la fijación unilateral de «precios abusivamente bajos». Ésta es asimismo la fórmula reproducida en la conclusión formal que figura en el artículo 2, según la cual CEWAL modificó «sus fletes apartándose de las tarifas en vigor con el fin de ofrecer fletes idénticos o inferiores a los del principal competidor independiente en los buques que salieran en la misma fecha o en fechas próximas (práctica llamada de "buques de lucha" o "fighting ships") [...]».

64 — La Decisión cita la sentencia de 3 de julio de 1991, AKZO/Comisión (62/86, Rec. p. I-3359; en lo sucesivo, «sentencia AKZO»).

96. En su réplica ante el Tribunal de Primera Instancia, las demandantes afirmaron inicialmente que no había ninguna diferencia entre el pliego de cargos y la Decisión, pero sostenían que el escrito de contestación de la Comisión redefinía su supuesto comportamiento abusivo al referirse a la *designación* en lugar de a la *programación* de salidas de «buques de lucha», así como a las «pérdidas de ingresos» en lugar de a las pérdidas, y al no invocar el concepto, perfectamente definido, de «precios predatorios». Dos son los argumentos jurídicos que formularon en relación con estas supuestas diferencias. En primer lugar, sostuvieron que si la Decisión hubiera estado basada, como debía estarlo, en la que consideraban la «nueva» definición de los «buques de lucha», las partes correspondientes de la misma debían ser anuladas por haber condenado a CEWAL por una práctica de la que no había sido acusada en el pliego de cargos. Con carácter subsidiario, sostuvieron que si efectivamente la Decisión estaba basada en la «nueva» definición, también debía ser anulada, puesto que se habría vulnerado la exigencia de motivación con arreglo al artículo 190 del Tratado.

97. En su dúplica, la Comisión cuestionó en primer lugar la admisibilidad de la supuesta discrepancia entre el pliego de cargos y la Decisión, por haber sido planteada por vez primera en la réplica (en contra de lo establecido en el artículo 48 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia). Además, afirmó que la programación de salidas de buques especialmente fijadas para que coincidan con las del competidor independiente, el cobro de tarifas inferiores y el hecho de incurrir en pérdidas son características esenciales bien de la práctica de los «buques de lucha», bien de un

comportamiento constitutivo de un abuso contrario al artículo 86 del Tratado. Por lo que respecta a la falta de correlación entre la práctica de los buques de lucha y las prácticas de fijación de precios condenadas en la sentencia AKZO, la Comisión se remitió al punto 80 de su Decisión, en el que se establece expresamente una distinción entre la aplicación de aquella sentencia y el presente caso.

b) La sentencia impugnada

98. El Tribunal de Primera Instancia analizó el contenido de la Decisión y el escrito de contestación de la Comisión (apartados 138 a 140) y declaró que la Comisión «lejos de introducir una nueva definición de la práctica de los buques de lucha respecto de la recogida en la Decisión, [se mostró] estrictamente [conforme] con ésta» (apartado 140). A continuación, concluyó que «al ser infundada la premisa del razonamiento de las demandantes, deben desestimarse *ambos* motivos invocados contra el concepto de buques de lucha» (apartado 140; el subrayado es mío).

c) Alegaciones formuladas en el presente recurso de casación

99. El primer motivo de casación ante este Tribunal de Justicia se refiere a la existencia de una supuesta diferencia entre el pliego de cargos y la Decisión. Por tanto, es preciso examinar en primer lugar la admisibilidad de este motivo de casación.

100. En su escrito de contestación, la Comisión, apoyada por la parte coadyuvante, observa que el Tribunal de Primera Instancia desestimó claramente el motivo expreso de las demandantes según el cual la definición del comportamiento censurado que invocó en su escrito de contestación ante el Tribunal de Primera Instancia difería de la expuesta en la Decisión. A continuación, la Comisión cuestiona la admisibilidad ante el Tribunal de Primera Instancia y, en consecuencia, en el presente recurso de casación, de cualquier motivo basado en una supuesta incoherencia entre la Decisión y el pliego de cargos. Sostiene que, a la luz del artículo 48, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, no había ninguna justificación para formular un motivo de este tipo en el escrito de réplica ante el Tribunal de Primera Instancia, ya que difícilmente puede afirmarse que una supuesta discrepancia entre el pliego de cargos y la Decisión sólo apareció durante el procedimiento seguido ante el Tribunal de Primera Instancia. En consecuencia, la Comisión sostiene que, de conformidad con el artículo 113, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, con arreglo al cual «el recurso de casación no podrá modificar el objeto del litigio planteado ante el Tribunal de Primera Instancia», procede declarar asimismo su inadmisibilidad ante este Tribunal de Justicia.

101. Las recurrentes sostienen que *sólo tras la lectura del escrito de contestación de la Comisión presentado ante el Tribunal de Primera Instancia se dieron cuenta de que la Comisión había alterado la imputación inicial de aplicar tarifas inferiores a los costes formulada en el pliego de cargos.*

Voy a aclarar por qué subrayo esta alegación. Las recurrentes se refieren, en primer lugar, a su escrito inicial de recurso ante el Tribunal de Primera Instancia, en el cual, para demostrar que no habían sufrido pérdidas, afirmaron que la Comisión había desistido, en la Decisión, de la imputación formulada en el punto 23 del pliego de cargos, según la cual los miembros de CEWAL habían sufrido pérdidas. También se refieren al argumento que formularon con carácter subsidiario en su réplica ante el Tribunal de Primera Instancia, según el cual si la Decisión debía interpretarse en el sentido de que estaba basada en lo que calificaban de «nueva» definición, debía ser anulada, en la parte que correspondiera, por condenar a los miembros de CEWAL - por una práctica de la que no se les había acusado en el pliego de cargos. En consecuencia, sostienen que, puesto que en su motivo subsidiario alegaban que la Comisión incurrió en un vicio sustancial de forma, el Tribunal de Primera Instancia debería haberlo examinado de oficio, por tratarse de un motivo de orden público. [65] Afirman que, sin embargo, el Tribunal de Primera Instancia ni siquiera abordó la admisibilidad de dicho motivo.

d) Análisis

102. Considero que debo examinar en primer lugar la crítica relativa a la desestimación, por parte del Tribunal de Primera Instancia, de la alegación principal de las demandantes en materia de procedimiento, referida a la supuesta reinterpretación de la Decisión que, según sostienen, hizo la Comisión en su escrito de contestación. En síntesis, ¿difiere la mención de las pérdidas de ingresos que se hace en la Decisión de la imputación de pérdidas que se hace en el pliego de cargos en una medida suficiente como para perjudicar de manera significativa los intereses de las demandantes?

103. En mi opinión, no cabe duda de que el Tribunal de Primera Instancia obró correctamente, en el apartado 141 de la sentencia impugnada, al interpretar la Decisión en el sentido de que se refería a pérdidas de ingresos y no a pérdidas netas. Así se desprende de los puntos 73 y 74 de la Decisión, en los que la Comisión se refiere, respectivamente, a la «disminución de los ingresos» y a la aceptación por parte de los miembros de CEWAL de la probabilidad de «pérdidas de ingresos» y de «financial losses of the "fighting vessel"» (pérdidas financieras del «buque de lucha»). En su escrito de contestación ante el Tribunal de Primera Instancia, la Comisión tenía buenas razones para negar que la Decisión estuviera basada en el hecho de que las tarifas de lucha de que se trataba generaran pérdidas reales.

104. Sin embargo, ahora las recurrentes dirigen esta crítica contra una supuesta diferencia significativa entre el pliego de cargos y el escrito de contestación, que era el motivo que formularon con carácter subsidiario ante el Tribunal de Primera Instancia, ya que su postura inicial era que no había tal diferencia. Estoy de acuerdo con las alegaciones formuladas por la Comisión en su dúplica ante el Tribunal de Primera Instancia, reiteradas en su escrito de contestación ante este Tribunal de Justicia, según las cuales, en la medida en que las demandantes habían alegado en

65 — Las recurrentes citan, entre otras, la sentencia de 20 de febrero de 1997, Comisión/Daffix (C-166/95 P, Rec. p. I-983).

su réplica ante el Tribunal de Primera Instancia una vulneración de su derecho a un proceso equitativo derivada de una supuesta diferencia entre el pliego de cargos y el escrito de contestación, dicho motivo constituía un «motivo nuevo» inadmisible que, con arreglo al artículo 48, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Primera Instancia, no puede invocarse «en el curso del proceso [...] a menos que se [funde] en razones de hecho y de derecho que hayan aparecido durante el procedimiento». En consecuencia, estoy de acuerdo con la Comisión en que debe declararse asimismo su inadmisibilidad ante este Tribunal de Justicia en virtud del artículo 113, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia. Ahora bien, habida cuenta de que, no obstante lo dispuesto en el artículo 48, apartado 2, párrafo tercero, de su Reglamento de Procedimiento, en el que se establece que «la decisión sobre la admisibilidad del motivo se adoptará en la sentencia que ponga fin al proceso», el Tribunal de Primera Instancia no examinó la admisibilidad del motivo, incumbe a este Tribunal de Justicia, en mi opinión, explicar las razones que justifican dicha inadmisibilidad.

105. También coincido con la Comisión en que las recurrentes no pueden sostener que sólo se dieron cuenta de la supuesta diferencia entre el pliego de cargos y la Decisión al leer su escrito de contestación ante el Tribunal de Primera Instancia.

106. Con todo, incumbe a este Tribunal de Justicia examinar si, durante el procedimiento, aparecieron «razones de hecho y de derecho» que justificaran que las recurrentes sólo plantearán la diferencia de que se trata en su réplica ante el Tribunal de Primera Instancia. Estoy convencido de que no las hubo. Del punto 80 se desprende con meridiana claridad que la Comisión basó la Decisión en una calificación jurídica del comportamiento de las demandantes distinta de la situación examinada por el Tribunal de Justicia en la sentencia AKZO. Las demandantes tenían todo el derecho de impugnar, en su recurso inicial ante el Tribunal de Primera Instancia, dicha Decisión, así como cualquier menoscabo de su derecho a un proceso equitativo en la fase del procedimiento administrativo ante la Comisión.

107. A mi entender, las alegaciones de las demandantes resultan poco convincentes y carecen de lógica. Las alegaciones relativas a la vulneración de los derechos de defensa aparecen por primera vez en la réplica ante el Tribunal de Primera Instancia, por lo que, a primera vista, procede declarar su inadmisibilidad. A esto, las recurrentes responden que con anterioridad al escrito de contestación de la Comisión no habían apreciado la naturaleza del abuso que se les imputaba debido a las diferencias entre el escrito de contestación y la Decisión. El Tribunal de Primera Instancia declaró, a mi juicio correctamente, que no había tal diferencia. Por tanto, las recurrentes no pueden seguir invocando una supuesta diferencia de ese tipo para justificar la extemporaneidad de un motivo formulado por vez primera en la réplica, según el cual la diferencia se encuentra no entre la Decisión y el escrito de contestación, como habían sostenido, sino entre el pliego de

cargos y la Decisión. Está claro que procede declarar la inadmisibilidad de ese motivo.

108. En su réplica ante este Tribunal de Justicia, las recurrentes sostienen, en respuesta a la afirmación de la Comisión de que procede declarar la inadmisibilidad de su motivo relativo a la posible discrepancia entre el pliego de cargos y la Decisión, que un motivo relativo a una supuesta vulneración del derecho a un proceso equitativo derivada de una motivación insuficiente constituye un motivo «de orden público que [puede], e incluso [debe], ser [examinado] de oficio por el Juez comunitario». [66] Además, el Tribunal de Justicia ha declarado que «el examen de los citados motivos puede tener lugar en cualquier fase del proceso» y que «el derecho del recurrente a alegarlos no puede haber caducado por el mero hecho de no haberlos invocado en la reclamación». [67]

109. Por otro lado, en el presente caso el perjuicio supuestamente sufrido por las recurrentes durante el procedimiento administrativo se deriva del hecho de que la Decisión no estaba basaba en la que consideran la única interpretación jurídica correcta del concepto de «precios predatorios», una expresión utilizada en el pliego de cargos. En el mejor de los casos, dicho perjuicio podría derivarse del hecho de que las recurrentes consideraron que la utilización de la expresión «precios predatorios» en el pliego de cargos se refería únicamente a la fijación de precios inferiores a los costes y de que, al preparar su respuesta a dicho documento, se concentraron únicamente en la formulación de argumentos jurídicos basados en su afirmación de que sus tarifas de lucha no eran inferiores a los costes. Sin embargo, en ningún momento afirman que la Comisión introdujera ningún nuevo elemento perjudicial para las recurrentes que éstas no pudieran discutir. Por el contrario, todas las discrepancias alegadas (la designación en lugar de la programación de las salidas; precios iguales o inferiores, en lugar de simplemente inferiores; pérdida de ingresos en lugar de pérdidas, y la omisión del término «predatorios») implican una menor gravedad del supuesto comportamiento abusivo. Sobre esta base, en el procedimiento administrativo las recurrentes alegaron que no podía declarárseles culpables de una explotación abusiva. El hecho de que, pese a todo, lo fueran, no constituye una vulneración de los derechos de defensa. En realidad, las recurrentes no han demostrado que resultaran perjudicadas al formular, de forma sumamente detallada, su argumentación jurídica principal tanto ante el Tribunal de Primera Instancia como ante este Tribunal de Justicia, en la que afirmaba que su comportamiento no debería haber sido calificado de abusivo, ya que no implicaba la fijación de tarifas inferiores a los costes.

110. En estas circunstancias, no estamos ante un caso en el que estaría justificado que el Tribunal de Justicia examinara de oficio el supuesto perjuicio que la utilización de la expresión «precios predatorios» podría haber causado a las recurrentes en la fase de preparación de su contestación inicial al pliego de cargos de la Comisión.

66 — Sentencia Comisión/Daffix, citada en la nota 65 *supra*, apartado 24.

67 — *Ibidem*, apartado 25.

iii) *Carácter abusivo del comportamiento imputado*

a) Cuestiones suscitadas

111. De acuerdo con la sentencia impugnada (apartado 139), «la Comisión incluyó tres elementos constitutivos de la práctica de los buques de lucha seguida por los miembros de CEWAL con el fin de eliminar al competidor G & C, a saber: la designación como buques de lucha de aquellos buques de los miembros de la conferencia cuyo punto de partida estaba más cercano al punto de partida de los buques de G & C, sin alteración de los horarios previstos; el establecimiento conjunto de precios de lucha que se apartaban de las tarifas que aplicaban normalmente los miembros de CEWAL con el objeto de que fueran iguales o inferiores a los precios anunciados por G & C; la disminución de los ingresos resultante de dicho sistema, que era absorbida por los miembros de CEWAL.»

112. Seguramente, la cuestión de mayor trascendencia general planteada por el presente recurso de casación se refiere a la corrección de la tesis de la Comisión, confirmada por el Tribunal de Primera Instancia, según la cual el método de los «buques de lucha» aplicado por los miembros de CEWAL, pese a no ocasionar pérdidas netas, constituía un abuso contrario al artículo 86 del Tratado y no, como alegaron las recurrentes, una reacción razonable por parte de una empresa dominante ante la competencia que representaba la entrada en su mercado de un nuevo competidor. La Comisión basó la Decisión (véanse los puntos 72 y 73) no en las pérdidas, sino en la disminución de los ingresos sufrida por los miembros de CEWAL como consecuencia del comportamiento imputado. De este modo, el aspecto sustantivo del presente recurso de casación puede abordarse partiendo de la base de que, a diferencia de lo que sucedía con la venta a precios inferiores a los costes de que se trataba en el asunto AKZO, las tarifas de lucha aplicadas por CEWAL eran superiores a los costes, pero implicaban una «disminución de los ingresos» para los miembros de la conferencia. [68]

113. Los apartados pertinentes de la sentencia impugnada son los siguientes:

«146. Como ya se ha recordado, es jurisprudencia reiterada que si bien la existencia de una posición dominante no priva a una empresa que se encuentra en dicha posición del derecho a proteger sus propios intereses comerciales cuando éstos se ven amenazados, y si bien dicha empresa puede, en una medida razonable, realizar los actos que considere adecuados para proteger sus intereses, no cabe admitir tales comportamientos cuando su objeto es precisamente reforzar dicha posición dominante y abusar de ella (en particular, sentencia BPB Industries y British Gypsum/Comisión, antes citada, apartado 69). [69]

68 — Véase el apartado 139 de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia.

69 — El Tribunal de Primera Instancia se refería a su propia sentencia British Gypsum, citada en la nota 47 *supra*.

147. El Tribunal de Primera Instancia considera a este respecto que, habida cuenta en particular de las actas del Special Fighting Committee citadas en la nota a pie de página 2 recogida en el punto 32 de la Decisión y, en especial, del acta de 18 de mayo de 1989 en la que se habla de "desembarazarse" del armador independiente, la Comisión ha probado de modo suficiente en Derecho que se había seguido dicha práctica con el objetivo de eliminar al único competidor de CEWAL en el mercado considerado. Además, este Tribunal estima que, si bien la mera denominación de la práctica seguida por los miembros de CEWAL no puede bastar para calificar una infracción del artículo 86, con razón ha podido considerar la Comisión que la utilización por profesionales del transporte marítimo internacional de una denominación muy conocida en dicho sector de actividad y la creación en la conferencia de un Special Fighting Committee son reveladoras de la intención de seguir una práctica destinada a alterar el mecanismo de la competencia.

148. Dado que la práctica tenía por objeto eliminar al único competidor, el Tribunal de Primera Instancia considera que las demandantes no pueden alegar eficazmente que se limitaron a reaccionar frente a una infracción por parte de G & C del monopolio concedido legalmente a CEWAL, a compensar una discriminación de la que fueron objeto por parte de OGEFREM, a seguir una guerra de precios iniciada por el competidor o incluso a responder a un deseo de su clientela. Estas circunstancias, suponiendo que hubieran quedado acreditadas, no pueden, en efecto, hacer que resulte razonable y proporcionada la respuesta dada por los miembros de CEWAL.»

114. Las recurrentes alegan, fundamentalmente, que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de Derecho al no reconocer que una empresa dominante puede, como reacción a la competencia de precios que supone la entrada de un nuevo competidor en su mercado, concebir un plan para eliminar a dicho competidor mediante reducciones selectivas de precios, siempre y cuando los precios que aplica no sean abusivos en el sentido definido por el Tribunal de Justicia en la sentencia AKZO. En su opinión, el Tribunal de Primera Instancia se equivocó al confirmar la Decisión sobre la única base de documentos de cargo encontrados por la Comisión que mostraban que los miembros de CEWAL deseaban eliminar a su competidor, algo que, en sí mismo, no es contrario a la competencia.

115. La Comisión considera que la práctica de los «buques de lucha» que comprobó que habían aplicado las recurrentes difiere de la modalidad «tradicional» de precios predatorios, una expresión que, en realidad, no utiliza el Tribunal de Justicia, y que la Comisión considera que implica incurrir en pérdidas, tal como sucedía en el asunto AKZO. En efecto, la Comisión afirma que una empresa dominante que establece excepciones a su lista de tarifas publicada mediante la reducción selectiva de las mismas como parte de una estrategia destinada a eliminar a un competidor del mercado no ejerce una competencia normal. El hecho de que las tarifas de lucha ofrecidas por CEWAL fueran simplemente una reacción ante la competencia de precios de un nuevo competidor no las justifica, especialmente si las empresas dominantes, como CEWAL, disfrutan de un virtual monopolio en el mercado. En opinión de la Comisión, una competencia normal de precios hubiera consistido en que los miembros de CEWAL hubieran reducido con carácter general sus tarifas de conferencia publicadas.

b) Análisis

— El carácter multilateral del abuso

116. En el punto 80 de la Decisión, la Comisión afirmó que «el carácter multilateral e intencionado refleja la naturaleza abusiva de una conducta consistente en fijar un precio excepcional concertado con objeto de eliminar un competidor». Sin embargo, en este caso la pertinencia del comportamiento concertado se limita a su papel para acreditar la existencia de la posición dominante colectiva, que permite a CEWAL actuar unilateralmente. El carácter «multilateral» del comportamiento en la fijación de precios de que se trata no afecta en modo alguno a la apreciación de la existencia de un abuso. De ello se desprende, en mi opinión, que el Tribunal de Primera Instancia obró correctamente al ignorar la referencia efectuada por la Comisión en el punto 80 de la Decisión.

117. El presente recurso de casación presenta algunas características novedosas desde el punto de vista de las normas sobre la competencia. Es la primera vez que se solicita al Tribunal de Justicia que examine la práctica de los «buques de lucha», pero también, más concretamente, las circunstancias en que puede declararse que una estrategia de fijación de precios que no resultan ser inferiores a los costes constituye, sin embargo, un abuso de posición dominante. Naturalmente, este último problema debe abordarse con prudencia. La competencia de precios es la quintaesencia de la competencia libre y abierta que la política comunitaria pretende establecer en el mercado interior. Favorece a las empresas más eficientes y beneficia a los consumidores tanto a corto como a largo plazo. Las empresas dominantes no sólo tienen el derecho a competir en los precios, sino que deben ser incentivadas a hacerlo. Con mayor frecuencia, su poder de mercado tiende a permitirles mantener los precios por encima de los niveles competitivos. Por ello, es preciso examinar primero los hechos que dieron lugar a la apreciación de la existencia de un abuso y, después, la aplicación que se hizo de los principios jurídicos pertinentes.

118. Es necesario examinar atentamente la estructura y las características jurídicas y económicas del mercado concreto de que se trata, teniendo presente, por supuesto, que la apreciación de la existencia de una posición dominante no es en sí misma objeto de examen. Tal como declaró el Agente de la Comisión en la vista, se trata en el presente caso de una conferencia marítima y, de modo absolutamente excepcional, se ha concedido una exención por categoría (contenida en un Reglamento del Consejo) a la prohibición impuesta en el artículo 85, apartado 1, en favor de las prácticas de fijación de precios acordadas en este ámbito entre las diferentes compañías individuales. Por definición, las conferencias marítimas implican un cierto grado de concertación entre una serie de empresas navieras. Así pues, la Comisión podía referirse a reuniones de comités creados por la conferencia para demostrar el objetivo perseguido con una determinada pauta de conducta, o a un acuerdo de puesta en común de los ingresos para ilustrar que había subsidios cruzados entre las tarifas. Por otro lado, las recurrentes invocan el efecto estabilizador desde el punto de vista de los cargadores, generalmente aceptado, que tiene la presencia de las conferencias marítimas en el transporte marítimo internacional, y la necesidad de tener en cuenta

las desventajas que deben afrontar al competir con compañías marítimas que no pertenecen a conferencias, como es la exigencia de prestar servicios de línea. Paso ahora a examinar los elementos de la práctica de los «buques de lucha», tal como fueron descritos por la Comisión y sintetizados por el Tribunal de Primera Instancia. No se discuten los hechos, sino sólo las conclusiones jurídicas.

— La intención de eliminar la competencia

119. La esencia del comportamiento abusivo comprobado en el caso de los miembros de CEWAL radica en una estrategia de aplicación selectiva y dirigida de tarifas reducidas en respuesta a la nueva amenaza competitiva planteada por G & C, cuyo *objeto declarado consistía en eliminar a dicho competidor.* Aunque las recurrentes critican tanto la Decisión como la sentencia impugnada por haber basado la apreciación relativa a la intención de eliminar la competencia en las descripciones de su comportamiento efectuadas por los miembros de CEWAL en diversas reuniones del «Special Fighting Committee», encargado de supervisar la aplicación de la práctica de los «buques de lucha» de CEWAL, no han intentado discutir la existencia de la intención de eliminar la competencia que se les ha atribuido. En efecto, hacerlo sería contradictorio con el derecho que alegan tener para invocar el Acuerdo OGEFREM con dicha finalidad de eliminación. En cambio, sostienen que, habida cuenta de la inexistencia de precios predatorios, tal como fueron definidos en la sentencia AKZO, dicha intención no debe considerarse suficiente para constituir una explotación abusiva de posición dominante, sino más bien una respuesta competitiva normal a una guerra de precios iniciada por un nuevo competidor.

120. Las recurrentes critican el apartado 147 de la sentencia impugnada por concluir que el acta de la reunión del «Special Fighting Committee» de 18 de mayo de 1989, a la que se refiere la Decisión y en la que se habla de «desembarazarse» de G & C, unida a la mera utilización de la expresión «buque de lucha», un término muy conocido en el sector del transporte marítimo internacional, eran suficientes para justificar la apreciación de la Comisión según la cual el objetivo perseguido por los miembros de CEWAL era la eliminación de G & C. La existencia de una explotación abusiva sólo puede apreciarse si los hechos han sido debidamente acreditados.[70] Sin embargo, ni la sentencia impugnada ni la Decisión que dio lugar a la misma se basaron exclusivamente en la denominación del comportamiento. Tal como declaró el Tribunal de Primera Instancia, las recurrentes no discutieron los tres criterios invocados por la Comisión en la Decisión para demostrar la existencia de la práctica de los «buques de lucha»: la designación de buques de lucha, la fijación de tarifas de lucha inferiores a las tarifas normales de CEWAL y el reparto de las pérdidas de ingresos resultantes. En consecuencia, el cuestionamiento que hacen las recurrentes de la apreciación efectuada en el apar-

70 — Las recurrentes se refieren a la sentencia de 5 de diciembre de 1963, Usines Émile Henricot y otros/Alta Autoridad (asuntos acumulados 23/63, 24/63 y 52/63, Rec. p. 439) y a la sentencia Suiker Unie, citada en la nota 28 *supra,* apartados 203, 482 y 541.

tado 147 de la sentencia impugnada con respecto a su «intención de seguir una práctica destinada a alterar el mecanismo de la competencia» carece de fundamento.

— Aplicación de tarifas distintas de las establecidas en la tarifa de conferencia

121. El carácter selectivo de las reducciones de precios es un elemento importante de la apreciación de la existencia de un abuso. Unido a la intención de CEWAL de excluir la competencia, suponía que las reducciones *sólo* se aplicaban a aquellas salidas de buques que tenían que competir con G & C. En el punto 81 de la Decisión, la Comisión, refiriéndose al carácter abusivo del «recurso» por parte de las empresas dominantes «a comportamientos que impliquen medios distintos de los empleados en una competencia normal por méritos», afirmó que «así sucede con los buques de lucha, tanto más cuanto que los miembros de CEWAL, como conferencia marítima, deben respetar la tarifa común». Violando las obligaciones que le impone el artículo 5, punto 4, del Reglamento de 1986, CEWAL no puso a disposición del público sus tarifas. Ahora bien, la Comisión, al llamar la atención sobre este particular, se limitó a reiterar un elemento central de la práctica que consideraba abusiva, a saber, la aplicación de reducciones de precios selectivas y no generales. Si se hubiera aplicado una política de reducciones de precios generales y no selectivas, suponiendo que las tarifas reducidas siguieran sin situarse por debajo de los costes, hubiera resultado mucho más difícil apreciar la existencia de un abuso. En ese caso, el plan o la intención de la empresa dominante hubieran ido acompañados de unos precios reducidos pero no inferiores a los costes, y no hubiera sido necesario un plan especial para repartir las pérdidas de ingresos. A falta de algún elemento adicional, como la existencia de considerables barreras a la entrada en el mercado, no resultaría evidente por qué razón dicha reacción a la entrada de un nuevo competidor habría de tratarse de manera distinta que la competencia por méritos.

— El reparto de las pérdidas de ingresos

122. La apreciación de la Comisión según la cual la «disminución de los ingresos resultantes» de las tarifas de lucha «era absorbida por todos los miembros de CEWAL» (punto 73 de la Decisión) nunca ha sido discutida por las recurrentes, que se limitaron a afirmar que esta puesta en común de los riesgos estaba cubierta por la exención. Obviamente, no puede haber ninguna exención para el reparto de los costes derivados de un comportamiento abusivo. En opinión de la Comisión, el carácter abusivo del comportamiento de los miembros de CEWAL no sólo se derivaba de la intención de eliminar la amenaza competitiva que suponía G & C sino, en particular, del hecho de que los miembros de CEWAL estuvieran en condiciones de subvencionar «el coste de las "tarifas de lucha" con las "tarifas normales" de la conferencia percibidas por los otros trayectos en los que la conferencia no recurre a buques de lucha» y que, aun en el caso de que G & C fuera tan eficiente como CEWAL, semejante comportamiento contrario a la competencia podía tener por efecto la eliminación «del mercado de una empresa que quizás sea tan eficaz como la

conferencia dominante pero que, teniendo en cuenta su menor capacidad financiera, es incapaz de resistir la competencia que le hace de forma concertada y abusiva un poderoso grupo de armadores reunidos en una conferencia marítima». [71]

— La jurisprudencia en materia de precios «predatorios»

123. Aun cuando la Comisión ha intentado distinguir por completo el presente asunto de los casos típicos de precios «predatorios» inferiores a los costes, como el asunto AKZO, es preciso determinar si el Tribunal de Primera Instancia obró correctamente al confirmar la apreciación de la Comisión según la cual la práctica de los «buques de lucha» era abusiva, pese a no realizarse ventas a precios inferiores a los costes. Obviamente, el término habitualmente utilizado de precios «predatorios» no tiene un estatuto jurídico propio. El único criterio que justifica el artículo 86 consiste en examinar si existe un abuso.

124. El punto de partida del examen de la existencia de un abuso de posición dominante es la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Hoffmann-La Roche: [72]

«[...] el concepto de explotación abusiva es un concepto objetivo que se refiere a las actividades de una empresa en posición dominante que [...] producen el efecto de obstaculizar [...] el mantenimiento del nivel de competencia que aún exista en el mercado o el desarrollo de esa competencia».

125. En el asunto AKZO, [73] la Comisión sostuvo que el artículo 86 «no erige los costes en el criterio decisivo para determinar el carácter abusivo de las reducciones de precios efectuadas por una empresa dominante», ya que también debía tenerse en cuenta «la necesidad de impedir que se atente contra una estructura efectiva de la competencia en el mercado común». [74] Las reducciones de precios podían ser contrarias a la competencia «con independencia de si el agresor fija sus precios por encima o por debajo de sus costes, sea cual fuere la manera en que se entienden éstos». [75] Además, según la Comisión, «el análisis detallado de los costes de la empresa dominante» sólo podía desempeñar «una función destacada» cuando no fuera evidente que su práctica en materia de fijación de precios tiene por objeto eliminar la competencia. [76]

126. Resulta significativo, como subrayan las recurrentes, que, en la sentencia AKZO, el Tribunal de Justicia no se adhiriera a la tesis de la Comisión; ahora bien, hay que decir que tampoco la desestimó expresa-

71 — Véase el punto 82 de la Decisión.

72 — Citada en la nota 17 *supra*, apartado 91.

73 — Decisión 85/609/CEE de la Comisión, de 14 de diciembre de 1985, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 86 del Tratado CEE (IV/30.698 — ECS/AKZO Chemie) (DO L 374, p. 1).

74 — Véanse el punto 77 de la Decisión 85/609 y el apartado 64 de la sentencia AKZO.

75 — Véanse el punto 79 de la Decisión 85/609 y el apartado 64 de la sentencia AKZO.

76 — Véanse el punto 80 de la Decisión 85/609 y el apartado 65 de la sentencia AKZO.

mente. Remitiéndose a la sentencia Hoffmann-La Roche, el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 86 del Tratado prohíbe que una empresa que ocupa una posición dominante elimine a un competidor, y refuerce de ese modo su posición, recurriendo a medios distintos de los que rigen una competencia basada en la calidad y, en consecuencia, que «toda competencia por los precios no puede considerarse [...] legítima». [77] En los dos siguientes apartados (apartados 71 y 72), el Tribunal de Justicia enunció los siguientes principios relativos a la fijación de precios *inferiores a los costes* por parte de empresas dominantes:

«71. Los precios inferiores a la media de los costes variables (es decir, de aquellos que varían en función de las cantidades producidas), mediante los cuales una empresa dominante pretende eliminar a un competidor, deben considerarse abusivos. En efecto, una empresa dominante no tiene ningún interés en aplicar tales precios, de no ser el de eliminar a sus competidores para poder después subir sus precios aprovechándose de su situación monopolística, dado que cada venta le ocasiona una pérdida, a saber, la totalidad de los costes fijos (es decir, de aquellos que permanecen constantes con independencia de las cantidades producidas) y una parte al menos de los costes variables correspondientes a la unidad producida.

72. Por otra parte, los precios inferiores a la media de los costes totales, que comprenden los costes fijos y los costes variables, pero superiores a la media de los costes variables, deben considerarse abusivos cuando se fijan de acuerdo con un plan que tiene por objeto eliminar a un competidor. Dichos precios pueden, en efecto, eliminar del mercado a empresas que quizás sean tan eficaces como la empresa dominante pero que, debido a su inferior capacidad económica, son incapaces de resistir de la competencia que se les hace.»

127. Por tanto, las ventas a precios inferiores a la media de los costes variables (o marginales a corto plazo; sentencia AKZO, apartado 70) se consideran efectivamente abusivas. Aunque resulta razonable vender a precios superiores a los costes variables medios, ya que esto permite obtener una determinada rentabilidad del capital, cuando el mercado no permite obtener un precio más elevado, no es normalmente razonable vender a precios inferiores a la media de los costes variables. Los costes marginales no son costes necesarios, por lo que una empresa no tiene ningún interés en soportarlos si con ello incurre en una pérdida. Con todo, una empresa dominante podría refutar esta presunción demostrando que tales precios no formaban parte de un plan para eliminar a su competidor.

128. Además, incluso los precios superiores a la media de los costes variables (pero sin embargo inferiores a la media de los costes totales o de los costes marginales a largo plazo; sentencia AKZO, apartado 72), pese a no ser considerados en principio predatorios, «deben» considerarse abusivos cuando se haya demostrado que forman parte de un plan para eliminar a un

77 — Apartado 70 de la sentencia AKZO.

competidor. En relación con los hechos, el Tribunal de Justicia consideró, más adelante en su sentencia, que la reducción de los precios era mayor de la necesaria para conseguir pedidos, y que su aplicación selectiva únicamente a los clientes del competidor, que permitía compensar las pérdidas con ventas rentables, demostraba la intención exigida.[78] Aunque una empresa dominante puede hacer frente a la competencia mediante «alineamientos defensivos, incluso sobre los precios de [el competidor], para conservar a los clientes que han sido suyos desde el principio»,[79] no sería lícito que intentara mantener, mediante ofertas selectivas de reducciones de precios, a los clientes que ha quitado a sus competidores mediante la fijación de precios inferiores a los costes, a no ser que haga «extensivos los beneficios de los mismos a su propia clientela».[80]

129. En la sentencia Tetra Pak II, el Tribunal de Justicia confirmó la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en la que éste había aplicado el planteamiento enunciado en la sentencia AKZO en unas circunstancias en que los abusos declarados se habían producido en un mercado distinto de aquel en el que Tetra Pak era la empresa dominante, pero en el cual ocupaba una posición preeminente.[81] En aquel asunto, las recurrentes cuestionaron —remitiéndose, fundamentalmente, a la jurisprudencia de la Supreme Court de Estados Unidos—[82] la negativa del Tribunal de Primera Instancia a exigir a la Comisión que demostrara «[...] que Tetra Pak podía esperar razonablemente recuperar las pérdidas sufridas deliberadamente».[83] El Tribunal de Justicia confirmó la apreciación según la cual la recurrente había fijado precios predatorios inferiores a los costes, pero declaró que «*en las circunstancias del presente asunto,* no sería oportuno exigir además, como prueba adicional, una demostración de que Tetra Pak tenía una oportunidad real de recuperar sus pérdidas».[84] Volveré a referirme más adelante (punto 136 *infra)* a la relevancia de dicha expresión en las circunstancias del presente recurso de casación.

130. En la sentencia AKZO, no se definieron exhaustivamente las categorías de prácticas abusivas de fijación de precios dirigidos a eliminar la competencia. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia no descartó definitivamente la aplicación del artículo 86 a aquellos casos en los que una empresa dominante aplique reducciones de precios de forma selectiva y dirigida, pese a mantener sus precios por encima de sus costes totales. Estoy de acuerdo con la opinión expresada por el Abogado General Sr. Ruiz-Jarabo Colomer en sus conclusiones en el asunto Tetra Pak II en el sentido de que, en la sentencia AKZO, «el Tribunal considera que la competencia basada en los precios no es siempre legítima e identifica, a continuación, *dos supuestos* de precios eliminatorios, que son contrarios al artículo 86».[85] En efecto, con anterioridad a su sentencia en el asunto AKZO, el Tribunal de Justicia había declarado, por

78 — Sentencia AKZO, apartados 102 y 115.

79 — Sentencia AKZO, apartado 156.

80 — Sentencia AKZO, apartado 155.

81 — Sentencia citada en la nota 56 *supra.*

82 — Brooke Group v Brown & Williamson Tobacco 509 US 209 (1993).

83 — Sentencia Tetra Pak II, citada en la nota 56 *supra,* apartado 39.

84 — Sentencia Tetra Pak II, citada en la nota 56 *supra,* apartado 44 (el subrayado es mío). El Tribunal de Justicia no parece haber ido tan lejos como el Abogado General Sr. Ruiz-Jarabo Colomer, que había propuesto (apartado 78 de sus conclusiones) que el Tribunal de Justicia «no [...] establezca la expectativa de recuperación de las pérdidas como un nuevo requisito para la determinación de los precios eliminatorios, incompatibles con el artículo 86», entre otras razones porque, en su opinión, «la recuperación de las pérdidas es el resultado buscado por la empresa dominante, pero los precios predatorios constituyen en sí mismos una práctica anticompetitiva con independencia de que alcancen o no su objetivo».

85 — Punto 73 de las conclusiones (el subrayado es mío).

ejemplo, en la sentencia Ahmed Saeed, que la imposición, por parte de una compañía aérea dominante en una ruta concreta, a las restantes compañías aéreas que operan en la misma ruta «[...] ya de una cuantía de las tarifas [...] que sea excesivamente elevada, ya de una cuantía *excesivamente reducida* que tenga por objeto eliminar del mercado [a los competidores ajenos] al acuerdo [de fijación de precios]» constituiría una explotación abusiva de su posición dominante. [86] Entre los criterios mencionados para apreciar si las tarifas aplicadas tenían un carácter excesivo, se encontraban si dichas tarifas estaban «[...] razonablemente vinculadas a los costes globales a largo plazo de la compañía aérea, considerando al mismo tiempo las necesidades de los consumidores, la necesidad de obtener un rendimiento satisfactorio del capital, la situación de competencia en el mercado, incluyendo las tarifas de las otras compañías aéreas que operen en esa ruta, y la necesidad de impedir el "dumping"». [87] En el presente asunto, la Comisión sostiene expresamente (véase, en particular, el punto 73 de la Decisión) que las tarifas de lucha de CEWAL no se fijaban en función de sus costes, sino, en realidad, únicamente en función de las tarifas ofrecidas por G & C. En consecuencia, es necesario examinar si las circunstancias del presente caso, en el que no se ha comprobado la existencia de ventas a precios inferiores a los costes y en el que, además, las tarifas reducidas aplicadas selectivamente se fijaron (excepto en un caso) de modo que fueran iguales, pero no inferiores, a las del competidor, pueden llevar a apreciar correctamente la existencia de una explotación abusiva.

86 — Sentencia citada en la nota 20 *supra*, apartado 43 (el subrayado es mío).

87 — *Ibidem*, apartado 43. Sin embargo, en el asunto Ahmed Saeed, el Tribunal de Justicia podía fundarse, a este respecto, en la Directiva 87/601/CEE del Consejo, de 14 de diciembre de 1987, sobre tarifas para el transporte aéreo regular entre Estados miembros (DO L 374, p. 12). No existe una legislación comparable por lo que respecta a las tarifas de conferencia en el transporte marítimo internacional.

— El carácter abusivo de la práctica de los «buques de lucha»

131. Está claro que el abuso del que se ha declarado culpable a las recurrentes no figura en la lista no exhaustiva contenida en el artículo 86, letras a) a d). [88] En la sentencia Continental Can, el Tribunal de Justicia confirmó (en relación con la adquisición de un competidor) que las prácticas prohibidas por el artículo 86 eran no sólo aquellas «que pueden causar un perjuicio inmediato a los consumidores [...] atacando una estructura de competencia efectiva», sino también aquellas que tengan como consecuencia reforzar la posición dominante de la empresa de que se trate «hasta el punto de que el grado de dominación así alcanzado obstaculice sustancialmente la competencia, es decir, deje subsistir únicamente a las empresas cuyo comportamiento dependa de la empresa dominante». [89] En la sentencia AKZO, el Tribunal de Justicia observó (apartado 70) que «toda competencia por los precios no puede considerarse [...] legítima», habida cuenta de las especiales obligaciones de las empresas dominantes. Ahora bien, en mi opinión, el hecho de que el Tribunal de Justicia considerara una determinada magnitud, como por ejemplo la media de los costes totales (o costes marginales a largo plazo) como referencia absoluta para apreciar cualquier posible práctica de fijación de precios abusivos o eliminatorios podría dificultar significativamente la consecución del objetivo enunciado en el artículo 3, letra g), del Tratado, consistente en garantizar el establecimiento de un mercado interior en el que la competencia no sea falseada. En la sentencia Tetra Pak II, el Tribunal de Justicia aprobó la opinión expresada por el Tribunal de Primera Instancia en aquel asunto según la cual «[...] el ámbito de

88 — Sentencia Continental Can, citada en la nota 16 *supra*, apartado 26.

89 — *Ibidem*.

aplicación material de la especial responsabilidad que pesa sobre una empresa dominante debe apreciarse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso, que demuestren que la competencia está debilitada». [90]

132. Por otra parte, me inclino a aceptar que, normalmente, las reducciones de precios no discriminatorias aplicadas por una empresa dominante que no impliquen ventas a precios inferiores a los costes no deben considerarse contrarias a la competencia. [91] En primer lugar, aun cuando su duración sea limitada, benefician a los consumidores y, en segundo lugar, si los competidores de la empresa dominante son igual de eficientes o más que ésta, deberían ser capaces de competir en las mismas condiciones. Así pues, el Derecho comunitario de la competencia no debe ofrecer a las empresas menos eficientes protección contra una competencia vigorosa, ni siquiera cuando proceda de empresas dominantes. [92] No obstante, tal vez deban tenerse en cuenta otras consideraciones cuando una empresa que ocupa una posición dominante de cuasimonopolio, especialmente en un mercado en el que pueden aplicarse reducciones de precios con una relativa autonomía respecto de los costes, aplica una política de reducción selectiva de los precios con el objetivo demostrable de eliminar toda la competencia. En esas circunstancias, aceptar que cualquier venta a precios superiores a los costes es automáticamente lícita podría permitir a dicha empresa eliminar toda la competencia mediante la aplicación de una política selectiva de fijación de precios que, a largo plazo, le permitiría incrementar los precios y disuadir a los nuevos competidores potenciales de entrar en el mercado por temor a recibir el mismo trato dirigido en su contra. [93]

90 — Sentencia citada en la nota 56 *supra*, apartado 24.

91 — Existe un considerable debate académico sobre la exigencia de que los precios predatorios sean inferiores a los costes, una buena parte del cual está sintetizado en Mastromanolis: «Predatory Pricing Strategies in the European Union: A Case for Legal Reform», *E.C.L.R.*, 1998, pp. 211 y ss., especialmente, pp. 216 a 218. Así, por ejemplo, Areeda y Turner: «Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act», *Harv. L. Rev.*, 1975, Vol. 88, p. 697, en un artículo que suscitó un amplio debate académico e influyó en el desarrollo de la jurisprudencia en Estados Unidos, expresó la opinión según la cual «la eliminación de un competidor mediante la aplicación de precios iguales a los costes medios también es competencia en función de los méritos: sólo aquellos competidores que no pueden sobrevivir a los precios derivados de la eficiencia se ven excluidos del mercado» (p. 706). Esta tesis ha sido reiterada más recientemente en Areeda y Hovenkamp: *Antitrust Law*, Vol. III, punto 748: «Ni siquiera las reducciones de precios de gran magnitud que no los sitúen a niveles predatorios son en principio ilegales» (p. 462). Dicha tesis ha sido discutida; véase, en particular, Scherer: «Predatory Pricing and the Sherman Act: A Comment», *Harv. L. Rev.*, 1976, Vol. 89, p. 868, que propugnaba que «[...] la fijación de precios superiores a los costes pero demasiado bajos como para permitir a los pequeños competidores incrementar su presencia en el mercado y, por ende, obtener economías de escala» debe considerarse «potencialmente eliminatoria» (pp. 880 y 881). En el Reino Unido, la Monopolies and Mergers Commission ha manifestado la opinión de que cuando una empresa dominante está «[...] en condiciones de impedir —a un coste relativamente bajo— la entrada en el mercado de nuevos competidores y la consiguiente competencia en precios, mediante la aplicación de descuentos selectivos», se pone de manifiesto cómo «la aplicación de descuentos selectivos de gran magnitud puede ser utilizada por las empresas consolidadas como un medio para conservar su posición dominante» y, en su opinión, dicho comportamiento puede constituir una «barrera a la entrada» contraria al interés público [véase *Report of the Monopolies and Mergers Commission on the Supply of Concrete and Roofing Tiles* (1981-1982) H.C., punto 10.57].

92 — Korah: *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 5.ª ed., Londres, 1994, p. 106, advierte contra la utilización de las normas sobre la competencia «[...] para proteger a las pequeñas y medianas empresas en detrimento de las empresas eficientes o de mayores dimensiones».

93 — Véase, a este respecto, el análisis de los riesgos que entrañan las reducciones selectivas de precios en Andrews: «Is Meeting Competition a Defence to Predatory Pricing? — The Irish Sugar Decision Suggests a New Approach», *E.C.L.R.*, 1998, p. 49.

133. Algunos mercados, como el del transporte marítimo, presentan características peculiares que hacen que los costes sean un criterio poco fiable para determinar el carácter razonable de las estrategias competitivas adoptadas por las empresas dominantes. En primer lugar, una vez que se ha designado un buque para salir en una determinada fecha, mientras exista capacidad disponible, el coste de transportar un contenedor adicional como resultado de una oferta de tarifa reducida puede acercarse a cero. [94] Más en general, las tarifas de flete estarán determinadas en buena medida no por el coste marginal para la compañía naviera de prestar el servicio, sino por la elasticidad precio de la demanda del producto transportado. [95]

134. La cuestión fundamental que se plantea en el presente caso es la de si, en el momento de autos, los efectos potencialmente adversos sobre la estructura de la competencia en el mercado considerado del comportamiento seguido por los miembros de CEWAL en respuesta a la amenaza competitiva planteada por la entrada de G & C eran de tal magnitud, habida cuenta del alcance del poder de mercado de que aquéllos disponían colectivamente, como para constituir una explotación abusiva.

135. Cabe recordar algunas características específicas de la práctica de los «buques de lucha» y de su aplicación concreta en el presente caso. CEWAL no sólo ocupaba una posición dominante, sino que, según afirma, ejercía un monopolio de hecho. Dicha práctica tenía su origen en la injustificada exigencia de CEWAL de mantener un monopolio en el mercado considerado, que había pretendido asegurar mediante el Acuerdo OGEFREM, e indiscutiblemente tenía por objeto no sólo superar a la competencia, sino también eliminar al competidor. Simultáneamente, CEWAL estaba en condiciones de diseñar un plan de salidas selectivas para la aplicación de tarifas reducidas. La pérdida de ingresos resultante se repartía entre los miembros de la conferencia. Debido tanto al carácter selectivo de las reducciones como al gran tamaño de su cuota de mercado, los miembros podían distribuir y absorber las pérdidas de ingresos. Además, tal como sugiere la Comisión (punto 82 de la Decisión), el mero hecho de que CEWAL estu-

94 — Temple Lang: «European Community Antitrust Law: Innovation Markets and High Technology Industries», *Fordham Corporate Law Institute*, 1996, p. 519. Este autor ha observado que «si no se añade ningún elemento a los criterios enunciados en la sentencia AKZO, las empresas dominantes que venden productos o servicios cuyo coste variable está cercano a cero, algo que sucede con relativa frecuencia en los sectores de alta tecnología, tienen un amplio margen para eliminar a los competidores mediante prácticas que, en general, se considerarían predatorias» (véase la nota 117, p. 575). El autor sugiere el siguiente criterio: «En los sectores en los que el coste marginal de la producción adicional esté cercano a cero, se propone aplicar el criterio consistente en determinar, aun cuando no se haya acreditado la existencia de una intención de eliminar a un competidor, si una empresa cobra un precio por sus bienes o servicios que, aunque sea superior a la media del coste variable de los bienes o servicios concretos por los que se pague dicho precio, es tan bajo que sus ingresos totales por todos los bienes o servicios de que se trate son inferiores a la media de los costes variables de suministrarlos si vendiera la misma proporción de su producción a este mismo precio de manera permanente».

95 — Véanse, por ejemplo, Rakovsky: «Sea Transport under EEC Competition Law», *Fordham Corp. Law Institute*, 1992, pp. 845 y ss., especialmente p. 847, y Pirrong: «An Application of Core Theory to the Analysis of Ocean Shipping Markets», *J. Law and Econ.*, Vol. 35, 1992, pp. 89 y ss., especialmente p. 107.

viera en condiciones de fijar las tarifas de lucha al nivel de sus costes o por encima de ellos tal vez indique, por sí sólo, que las tarifas normales eran muy superiores a los costes o, añadiría, que el coste marginal era, en todo caso, muy bajo.

136. El reparto de las pérdidas de ingresos me lleva a volver a ocuparme brevemente de la posible necesidad de demostrar una intención o una posibilidad de recuperación de las mismas. El proceso de reparto de las pérdidas de ingresos es, en esencia, una forma de recuperación de éstas. El objetivo estratégico de las tarifas de lucha tiene como consecuencia implícita el que las tarifas no se reduzcan para aquellas salidas, actuales o futuras, en las que no sea necesario hacer frente a la competencia. Además, está claro que, una vez eliminado el competidor, ya no estarían justificadas. Así, en la medida en que sea necesario, considero que el caso de autos cumple el criterio de la recuperación. Simultáneamente, en mi opinión, alguna exigencia de este tipo debería formar parte del criterio utilizado para determinar la fijación de precios abusivamente bajos por parte de empresas dominantes. Dicha exigencia está implícita en el primero de los apartados de la sentencia AKZO antes citados (véase el punto 126 *supra)*. Es inherente al criterio aplicado en la sentencia Hoffmann-La Roche (véase el punto 124 *supra)*. La razón para prohibir a las empresas dominantes que intenten obstaculizar el mantenimiento de la competencia, en particular, mediante la eliminación de un competidor, es que, con ello, se les permitiría aplicar precios abusivamente *altos*. De este modo, se volvería a establecer un monopolio ineficiente y los consumidores sólo se beneficiarían a corto plazo. Si ese resultado no forma parte de la estrategia de la empresa dominante, lo más probable es que ésta se encuentre en una situación de competencia normal.

137. En todas estas circunstancias, el Tribunal de Primera Instancia no cometió ningún error de Derecho al considerar que la respuesta de los miembros de CEWAL a la entrada de G & C no fue «razonable y proporcionada».[96] A mi entender, el artículo 86 no puede interpretarse en el sentido de que permite a las empresas en posición de monopolio o cuasimonopolio explotar el muy considerable poder de mercado que su preeminencia les confiere para impedir la aparición de un nuevo competidor o de un competidor adicional. Cuando una empresa o un grupo de empresas cuyo comportamiento debe apreciarse de forma colectiva ocupa una posición tan dominante que raya en el monopolio, comparable al que existía en el caso de autos en el momento en que G & C entró en el mercado considerado, no estaría en consonancia con la obligación especial particularmente onerosa que tiene dicha empresa dominante de no menoscabar en mayor medida la estructura de la escasa competencia existente el que reaccionara, incluso en el caso de que un nuevo competidor planteara una agresiva competencia en cuanto a los precios, con una política de reducciones de precios selectivas y dirigidas destinada a eliminar a dicho competidor. En contra de lo afirmado por las recurrentes, el mero hecho de que dichos precios no se establezcan en un nivel efectivamente inferior (o que pueda demostrarse que es inferior) a la media de los costes totales (o

96 — Apartado 148.

costes marginales a largo plazo) no legitima, a mi entender, la aplicación de semejante política de precios.

138. En este caso, el Tribunal de Primera Instancia confirmó, en mi opinión acertadamente, la apreciación de la Comisión según la cual los miembros de CEWAL diseñaron una estrategia destinada única y exclusivamente a eliminar a G & C, su único competidor. La Comisión ha demostrado que, al centrar sus ataques en las salidas de G & C con tarifas de lucha iguales o inferiores a las ofrecidas por G & C en relación con dichas salidas, las recurrentes pretendían infligir el máximo daño posible a G & C, a la vez que minimizaban las pérdidas de ingresos en que incurrían como consecuencia del funcionamiento de su sistema de puesta en común de los ingresos. A mi entender, resulta manifiesto que la Comisión obró acertadamente al considerar que, aun cuando G & C fuera una compañía naviera tan eficiente como los miembros de CEWAL, no cabía esperar que pudiera «resistir» «la competencia que le hace de forma concertada y abusiva un poderoso grupo de armadores reunidos en una conferencia marítima» (punto 82). En otras palabras, la práctica de los «buques de lucha» estaba destinada a expulsar a G & C del mercado con el mínimo coste posible para los miembros de CEWAL, para restablecer así su anterior situación de virtual monopolio y, por ende, permitirles volver a establecer sus tarifas al nivel de la tarifa publicada de la conferencia.

139. En consecuencia, propongo que se desestime en su totalidad el recurso de casación contra la decisión del Tribunal de Primera Instancia de confirmar la calificación de abusiva de la práctica de los «buques de lucha» seguida por los miembros de CEWAL que efectuó la Comisión.

C. *La imposición de contratos de fidelidad al 100 %*

i) *Introducción*

140. La argumentación de las recurrentes en contra de la decisión del Tribunal de Primera Instancia de confirmar la apreciación de la Comisión en relación con este tercer abuso tiene dos partes. En primer lugar, las recurrentes afirman que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de Derecho, ya que, al concluir que los acuerdos de fidelidad fueron impuestos, interpretó erróneamente el artículo 5, punto 2, del Reglamento de 1986, que concede una exención a dichos acuerdos. En segundo lugar, afirman que el Reglamento de 1986, en particular su artículo 8, impedía a la Comisión imponer multas por explotación abusiva sin retirar antes el beneficio de la exención.

ii) *Contenido*

141. Antes de examinar estos motivos de casación con mayor detalle, es necesario recordar los elementos pertinentes de la Decisión de la Comisión.

142. En el artículo 2 de la Decisión se declaraba que los miembros de CEWAL habían abusado «de su posición dominante conjunta al [...] establecer acuerdos de fidelidad impuestos al 100 % (incluyendo las mercancías vendidas FOB) sobrepasando lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 5 del Reglamento [de 1986], con la utilización específica descrita en la presente Decisión de "listas negras" de cargadores desleales». Dos son las observaciones generales importantes que deben hacerse en torno a esta apreciación. En primer lugar, no se acusa a los miembros de CEWAL de tres tipos de explotación abusiva independientes entre sí; por el contrario, se considera que los elementos consistentes en «establecer» los acuerdos, en incluir las mercancías vendidas FOB y en utilizar listas negras equivalen, conjuntamente, a «imponer unilateralmente un acuerdo de fidelidad» (punto 85 de la Decisión). En segundo lugar, y más importante, el elemento esencial del abuso radica, al igual que en los otros dos casos de comportamiento abusivo, en la apreciación de que se adoptó «con objeto de llegar a eliminar al principal competidor independiente en el tráfico referido» (artículo 2 de la Decisión). Los hechos y el razonamiento que subyacen a esta conclusión se encuentran en los puntos 28, 29 y 84 a 88 de la Decisión.

143. Según la Decisión, los cargadores de mercancías entre Europa y Zaire sólo ocasionalmente podían utilizar servicios de compañías no pertenecientes a la conferencia. Puesto que no tenían otra posibilidad real que utilizar los servicios de CEWAL para la mayor parte de sus operaciones, ofrecer descuentos sobre la base únicamente de una fidelidad al 100 % (que incluyera incluso las ventas FOB) equivalía a imponer tales contratos (puntos 84 a 86 de la Decisión). La Comisión comprobó asimismo que CEWAL agravó las condiciones impuestas mediante la utilización de listas negras destinadas a imponer sanciones a los cargadores «según la oferta o la calidad del servicio» (punto 86). La Comisión invocó a este respecto extractos de las actas del Zaïre Pool Committee que demostraban que CEWAL utilizaba listas negras como parte de una estrategia defensiva para asegurarse de que los cargadores que utilizaban los servicios de su único competidor no podían acogerse a las ventajas que ofrecía el contrato de fidelidad ni contar con un servicio adecuado normal por parte de CEWAL (punto 29). La Comisión declaró que el comportamiento general de CEWAL era abusivo, de modo que la invocación de una exención con arreglo al Reglamento de 1986 no «impediría la aplicabilidad del artículo 86» (punto 87).

144. El Tribunal de Primera Instancia explicó que la Comisión había considerado que el abuso consistía en «el hecho de haber impuesto contratos de fidelidad al 100 %, haber incluido las mercancías vendidas FOB y haber utilizado listas negras de cargadores infieles, con el fin de sancionar a éstos». [97] El Tribunal de Primera Instancia se mostró de acuerdo con la Comisión

97 — Apartado 173.

en que «el hecho de que los miembros de CEWAL, que poseían en el momento en que ocurrieron los hechos más del 90 % del mercado, tan sólo propusieran a los cargadores contratos de fidelidad al 100 %, no dejaba ninguna posibilidad de elección entre la obtención de una rebaja, si el cargador aceptaba que CEWAL transportase la totalidad de las mercancías, o ninguna rebaja, en todos los demás casos, lo que equivalía, en realidad, a imponer dichos contratos».[98] De este modo, declaró que la práctica de CEWAL no podía considerarse exenta con arreglo al artículo 85 del Tratado, ya que el artículo 5, punto 2, letra b), inciso i), del Reglamento de 1986 permitía ofrecer acuerdos de fidelidad al 100 %, pero no imponerlos. También confirmó la apreciación de la Comisión según la cual los contratos incluían las ventas FOB, lo que implica que «el vendedor haya de soportar una obligación de fidelidad, cuando no tenga la responsabilidad de expedir las mercancías».[99] Por último, declaró que CEWAL tenía listas negras de cargadores infieles que no «se elaboraban tan sólo a efectos estadísticos», y que la elaboración de tales listas no estaba exenta «por ninguna de las disposiciones del [Reglamento de 1986]».[100] En consecuencia, el Tribunal de Primera Instancia estimó, remitiéndose a la sentencia Hoffmann-La Roche, que la Comisión había afirmado acertadamente «que dicha práctica, considerada en su conjunto, tenía como consecuencia restringir la libertad de los usuarios y, por ende, afectar a la posición competitiva del único competidor de CEWAL en el mercado».[101]

98 — Apartado 183.
99 — Apartado 184.
100 — Apartado 185.
101 — Apartado 186.

iii) *Primera parte: interpretación incorrecta del Reglamento de 1986 — «imposición» de la fidelidad*

145. Las recurrentes interpretan la sentencia impugnada en el sentido de que en ella se concluye, sin haber probado la existencia de amenazas o de otras presiones similares sobre los cargadores, que los acuerdos de fidelidad fueron impuestos únicamente como consecuencia de la posición dominante colectiva que ocupaba CEWAL. Puesto que casi todas las conferencias marítimas ocupan invariablemente una posición dominante, el Reglamento de 1986 debe interpretarse, a su entender, en el sentido de que permite y fomenta la utilización de contratos de fidelidad al 100 % en las circunstancias específicas del sector del transporte marítimo, incluso hasta el punto de permitir la aplicación de sanciones por el incumplimiento de la obligación de fidelidad, como se indica en el décimo considerando del Reglamento de 1986, lo que requiere el intercambio de información sobre los cargadores, es decir, la elaboración de listas negras. Además, las recurrentes cuestionan la apreciación según la cual estas condiciones fueron impuestas en el caso de los transportes de mercancías FOB.

146. No me parece que sirva de mucho examinar esta argumentación con detalle. En mi opinión, se basa en un error fundamental de interpretación de la Decisión de la Comisión y de la sentencia impugnada. Ignora los dos elementos cruciales de la Decisión que he explicado en el punto 142 *supra*. Las recurrentes subrayan, inútilmente, que las interpretaciones literal, teleológica y sistemática del artículo 5, punto 2, del Reglamento de 1986 muestran que los acuerdos de fidelidad al 100 %

están permitidos incluso en el caso de una conferencia marítima dominante, pero esto es algo que nadie duda. La apreciación según la cual los acuerdos fueron impuestos, confirmada por el Tribunal de Primera Instancia en el pasaje citado en el punto 144 *supra*, no se deriva, tal como sostienen las recurrentes, del hecho de que CEWAL ocupara una posición dominante. La clave no está en la posición dominante, sino en el hecho de ofrecer descuentos en caso de fidelidad al 100 % sin *ninguna alternativa,* de modo que un cargador perdería la totalidad de su descuento por un solo acto de «infidelidad». Las recurrentes no abordaron este aspecto del razonamiento. Esta interpretación incorrecta de la sentencia impugnada es suficiente para desestimar la primera parte de este motivo de casación; un motivo de casación fundado en una interpretación errónea de la sentencia impugnada debe ser desestimado. No obstante, examinaré dos argumentos formulados con carácter subsidiario en el marco de esta parte del motivo.

a) Primer argumento subsidiario: ventas - FOB

147. Como primer argumento subsidiario en contra de la afirmación de que los acuerdos de fidelidad fueron impuestos, las recurrentes cuestionan la apreciación del Tribunal de Justicia (apartado 184) según la cual el vendedor tiene que soportar una obligación de fidelidad incluso si no es responsable de la expedición de las mercancías. Sostienen que, cuando se transportan mercancías FOB, el cargador no es el vendedor o el exportador, sino el importador, y que no habían entendido que la extensión de los acuerdos a las ventas FOB era parte de la acusación formulada en su contra. Este argumento debe desestimarse por varias razones.

148. En primer lugar, en contra de lo afirmado por las recurrentes, la inclusión de las mercancías vendidas FOB no sólo se mencionó en la Decisión una vez en el punto 85, como sostienen, sino tres veces, incluido el artículo 2 de la parte dispositiva. Además, las recurrentes (en aquella fase, demandantes) no pudieron por menos que entender la frase «que, por lo tanto, no pueden ser controladas por los exportadores» en el sentido de que dicha extensión tenía por objeto privar del descuento a los cargadores si no aseguraban que también los importadores eran fieles a la conferencia. Ahora bien, ante el Tribunal de Primera Instancia alegaron que dichos acuerdos eran inevitables, y no que no existieran. Por tanto, tal como observa la Comisión, debe declararse la inadmisibilidad de este argumento, por haber sido formulado por vez primera en casación. En segundo lugar, el argumento no tiene en cuenta el contenido sustantivo de la apreciación de la Comisión confirmada por el Tribunal de Primera Instancia. No se trata, como sostienen las recurrentes, de un abuso autónomo. Se trata de un elemento más de la conclusión general según la cual los acuerdos de fidelidad fueron impuestos y, ade-

más, de la apreciación según la cual dicha práctica, «considerada en su conjunto» (apartado 186 de la sentencia impugnada), tenía por efecto restringir la libertad de los usuarios y afectar al único competidor de CEWAL. En tercer lugar, estas conclusiones del Tribunal de Primera Instancia se basan en los efectos competitivos de dichas prácticas en el mercado, y no en la exigibilidad jurídica de cualquier interpretación concreta de los contratos de fidelidad. Por ello, en principio, la apreciación del Tribunal de Primera Instancia es una apreciación de hecho, y no de Derecho, y no puede ser objeto de impugnación en el marco del presente recurso de casación. Por estas razones, propongo que se declare la inadmisibilidad de este argumento.

b) Segundo argumento subsidiario: listas negras

149. Como segundo argumento subsidiario, las recurrentes discuten las apreciaciones del Tribunal de Primera Instancia según las cuales el hecho de que CEWAL mantuviera listas negras de cargadores infieles no podía beneficiarse de la exención establecida mediante el Reglamento de 1986.

150. Las recurrentes sostienen asimismo que el Tribunal de Primera Instancia ignoró las alegaciones que formularon ante él en el sentido de que todos los clientes que habían celebrado contratos de fidelidad, pese a transportar mercancías con G & C, obtuvieron el descuento. Esta alegación fue formulada en respuesta a la tesis de la Comisión (punto 88 de la Decisión) según la cual el mantenimiento en vigor de las listas negras se contradecía directamente con lo afirmado por CEWAL. En su escrito de contestación, la Comisión sostiene que, al referirse en el apartado 185 de la sentencia impugnada a las actas del Zaïre Pool Committee en las que se indicaba que «dicho sistema de listas negras funciona[ba]», en la práctica el Tribunal de Primera Instancia confirmó el punto de vista que dicha Institución había expresado en la Decisión. Coincido con esta interpretación de la sentencia impugnada. Estoy convencido de que el Tribunal de Primera Instancia no sólo tenía presente la contradicción señalada por la Comisión en el punto 88 de la Decisión, sino también la apreciación de hecho efectuada por ésta en el punto 29 de la misma basada en las actas antes citadas y según la cual los cargadores que utilizaban los servicios de G & C ya no podían «acogerse a las ventajas que ofrece el contrato de fidelidad» ni «contar con un servicio adecuado normal por parte de CEWAL». Considero que esta opinión se ve sustentada por la frase inmediatamente posterior del apartado 185 de la sentencia impugnada, en la que el Tribunal de Primera Instancia declaró que las listas negras no se utilizaban únicamente «a efectos estadísticos». Se trata de una conclusión de hecho. Además, carece de pertinencia el hecho de que CEWAL acabara ofreciendo el descuento a todos los cargadores que utilizaron los servicios de G & C, una vez que se ha demostrado que se elaboraron las listas negras como parte de una estrategia para disuadirles de hacerlo.

151. Las recurrentes sostienen asimismo que la utilización de este tipo de listas no

puede considerarse como un comportamiento abusivo. Se remiten al décimo considerando del Reglamento de 1986, que permite expresamente a las conferencias marítimas «sancionar a aquellos de sus componentes que eludan de forma abusiva la obligación de fidelidad, que supone la contrapartida de las devoluciones». En su opinión, aceptar una cláusula de fidelidad al 100 % con una conferencia marítima para obtener un descuento mientras que simultáneamente se envían algunos cargamentos a través de compañías independientes constituye un comportamiento abusivo de ese tipo. En consecuencia, no hay nada abusivo en el intento de controlar la observancia de una obligación de fidelidad, aun cuando sea al 100 %. A mi entender, esta alegación ignora algunos elementos claves de las listas negras señalados tanto en la Decisión como en la sentencia impugnada. Claramente, en el punto 86 de la Decisión la Comisión consideró que, en la práctica, el efecto sobre los cargadores de exigir una fidelidad al 100 % se vería «agrava[do]» por la utilización de listas negras, «llegando incluso a imponerles sanciones según la oferta o la calidad del servicio». En una nota a pie de página al punto 29 de la Decisión, la Comisión aportó pruebas de que las listas negras tenían por función directa eliminar la competencia. El Tribunal de Primera Instancia confirmó expresamente la apreciación de la Comisión (sintetizada en el apartado 182 de la sentencia impugnada), llegando incluso a citar esa nota a pie de página (apartado 185).

152. Las recurrentes sostienen que el Tribunal de Primera Instancia se equivocó al apreciar (apartado 185 de la sentencia impugnada) que la elaboración de listas negras no podía «considerarse exenta por ninguna de las disposiciones del Reglamento [de 1986]». Sin embargo, como acertadamente observa la Comisión en su escrito de contestación, en el mejor de los casos la elaboración de listas de cargadores infieles puede considerarse comprendida dentro de la exención de los acuerdos de fidelidad al 100 % con arreglo al Reglamento de 1986, siempre y cuando, según la expresión utilizada en el décimo considerando del mismo, «no [sean] unilateralmente restrictivas de la libertad de los usuarios y, por tanto, de la competencia en el sector del transporte». Dado que comparto la opinión de la Comisión, a la que se adhirió el Tribunal de Primera Instancia, según la cual los acuerdos de fidelidad de CEWAL fueron efectivamente impuestos a los cargadores, estoy convencido de que el Tribunal de Primera Instancia no cometió ningún error de Derecho al declarar que la elaboración de dichas listas no estaba exenta con arreglo a ninguna de las disposiciones del Reglamento de 1986. A mi entender, está claro que los efectos derivados del hecho de que una conferencia marítima imponga de forma abusiva acuerdos de fidelidad pueden verse reforzados por el mantenimiento de listas negras de clientes infieles, ya que, de no existir tales listas, dichos clientes podrían beneficiarse efectivamente, de hecho si no de Derecho, de la posibilidad de utilizar, al menos ocasionalmente, los servicios de compañías independientes. De ello se desprende, en mi opinión, que la Comisión y el Tribunal de Primera Instancia obraron acertadamente al considerar que el efecto general de la elaboración de listas negras era contribuir a la explotación abusiva derivada de la imposición efectiva de los contratos de fidelidad por parte de los miembros de CEWAL.

153. Por último, en la medida en que las recurrentes sostienen por vez primera en su

réplica ante este Tribunal de Justicia que la Comisión vulneró su derecho a ser oídas en relación con la eventual función de las listas negras como instrumento para facilitar la imposición de sanciones no financieras, debido a que dicha posibilidad no fue mencionada en el pliego de cargos, dicha alegación es inadmisible con arreglo al artículo 42, apartado 2, del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, ya que claramente constituye un motivo nuevo que podía haberse formulado ante el Tribunal de Primera Instancia.

154. En conclusión, propongo que se confirme la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en la medida en que en ella declaró que los contratos de fidelidad al 100 % fueron impuestos (apartado 183). Asimismo, estimo que tanto la Comisión como el Tribunal de Primera Instancia obraron acertadamente al considerar que dicha práctica «considerada en su conjunto» (apartado 186) no podía estar exenta «con arreglo al artículo 85 del Tratado» (apartado 183).

155. A estas alturas, es importante distinguir entre las diversas vulneraciones individuales de la «obligación» asociada a la exención por categoría objeto de la recomendación dirigida por la Comisión (artículo 5 de la Decisión) de conformidad con el artículo 7 del Reglamento de 1986, que fue confirmada por el Tribunal de Primera Instancia y que no ha sido impugnada en el presente recurso de casación.

156. Tal como la Comisión declaró en el artículo 2 de la Decisión, la imposición de los contratos de fidelidad al 100 % sobrepasó lo dispuesto en el artículo 5, punto 2, del Reglamento de 1986. Los acuerdos de fidelidad se permiten en el marco de un sistema de devoluciones inmediatas o diferidas. Tal como se desprende claramente del décimo considerando del Reglamento de 1986, sólo se permiten en la medida en que «se ajusten a modalidades no unilateralmente restrictivas de la libertad de los usuarios y, por tanto, de la competencia en el sector del transporte». En la medida en que ese mismo considerando contempla la imposición de sanciones «a aquellos de sus componentes que eludan de forma abusiva la obligación de fidelidad», está claro que esto último constituye la contrapartida «de las devoluciones, las reducciones de los fletes o las comisiones que la conferencia les concede». Se hace hincapié en que no está permitido utilizar los descuentos con el fin de eliminar competidores del mercado, un objetivo primordial que, como ya he señalado, constituye el eje de todas las apreciaciones de la Comisión sobre la existencia de los tres tipos de comportamiento abusivo. Dicha finalidad queda atestiguada de la manera más elocuente por el extracto de las actas del Zaïre Pool Committee citado en la segunda nota a pie de página del punto 29 de la Decisión, en el que se hablaba de «[...] la estrategia defensiva [que] debía consistir en disuadir a los clientes mediante la elaboración de una lista negra de cargadores/consignatarios infieles cuyos demás cargamentos enviados hacia el norte mediante buques de conferencias dejarían de beneficiarse del trato adecuado normal por parte de la conferencia». De este modo, la imposición de los acuerdos de fidelidad no podía acogerse a ninguna exención al amparo del Reglamento de 1986.

iv) *Segunda parte: la Comisión no puede imponer multas sin retirar antes la exención*

157. Las recurrentes sostienen que, en el supuesto de que los acuerdos de fidelidad fueran «impuestos» en el sentido del artículo 5, punto 2, letra b), inciso i), del Reglamento de 1986, dicho comportamiento constituyó únicamente el incumplimiento de una «obligación que acompaña [...] la exención prevista en el artículo 3». En ese caso, la Comisión debería seguir, a su juicio, el procedimiento establecido en el artículo 7, apartado 1. De este modo, estaría obligada a retirar el beneficio de la exención por categoría con arreglo al artículo 3 antes de imponer multa alguna. A juicio de las recurrentes, el Tribunal de Primera Instancia ignoró la diferencia entre el incumplimiento de un «requisito», que hace automáticamente inaplicable el beneficio de dicha exención por categoría, y el incumplimiento de una «obligación». Sostienen que el Reglamento de 1986 fue un acto adoptado con arreglo al artículo 87, apartado 2, letra c), del Tratado para definir el ámbito de aplicación tanto del artículo 85 como del artículo 86 en el sector del transporte marítimo, y que en él se contemplan en realidad dos tipos de explotación abusiva: aquellos abusos derivados de comportamientos para los cuales las conferencias marítimas disfrutan de la exención por categoría y otros abusos. En el primer caso, el artículo 8, apartado 2, del Reglamento obliga a la Comisión a retirar dicha exención antes de imponer multa alguna.

158. La Comisión observa que el artículo 8, apartado 1, del Reglamento de 1986 prohíbe «la explotación abusiva de una posición dominante con arreglo al artículo 86 del Tratado [...] sin que sea necesaria ninguna decisión previa para ello». De ello se desprende que el artículo 8, apartado 2, del Reglamento de 1986 debe interpretarse en el sentido de que otorga a la Comisión una potestad discrecional sobre qué medidas han de adoptarse cuando se compruebe que un comportamiento en principio exento es abusivo.[102] Con carácter subsidiario, la Comisión reitera la opinión expresada en el punto 87 de la Decisión, según la cual aun cuando el comportamiento de los miembros de CEWAL por lo que respecta a sus contratos de fidelidad estuviera comprendido, no obstante el incumplimiento de diversas «obligaciones» impuestas por el artículo 5, punto 2, del Reglamento de 1986, «en la exención de grupo del artículo 6 del Reglamento [de 1986]»,[103] dicho Reglamento «no impediría la aplicabilidad del artículo 86 a unos acuerdos y prácticas autorizados por una exención por categorías», de modo que pudiera «evitar la aplicación del artículo 86». Por tanto, invoca el principio consolidado, confirmado por el Tribunal de Primera Instancia, de que no puede haber una exención con arreglo simultáneamente al artículo 85 y al artículo 86.

159. La opinión adoptada por el Tribunal de Primera Instancia según la cual no puede considerarse que el Reglamento de 1986 confiera una exención a los comportamien-

102 — A este respecto, el Agente de la Comisión subrayó en la vista que la Comisión consideraba la retirada del beneficio de una exención por categoría como la «opción nuclear» y la imposición de multas como una sanción menos grave.

103 — En los escritos presentados tanto ante el Tribunal de Primera Instancia como ante este Tribunal de Justicia, se partió de la base de que, aunque la Comisión se refirió a la «exención de grupo del *artículo 6* del Reglamento [de 1986]» (el subrayado es mío), no podía efectuarse ninguna distinción entre la exención con arreglo al artículo 3 y la del artículo 6 del Reglamento por lo que respecta a las facultades conferidas a la Comisión por el artículo 8, apartado 2, del Reglamento.

tos que infringen el artículo 86 del Tratado o el artículo 8, apartado 1, del Reglamento de 1986 es manifiestamente correcta. En la sentencia Ahmed Saeed, el Tribunal de Justicia declaró que «a las explotaciones abusivas de una posición dominante no se les puede aplicar ninguna exención, sea del tipo que sea». [104] Tal como acertadamente observó la Comisión en su dúplica, este principio ha sido confirmado recientemente de manera inequívoca en la sentencia British Gypsum, [105] en la que el Tribunal de Justicia asumió como propia la opinión expresada por el Abogado General según la cual el artículo 85, apartado 3, del Tratado no equivale a una «exención de la prohibición de explotar abusivamente una posición dominante». Así pues, aun cuando los acuerdos de fidelidad de CEWAL pudieran acogerse a la exención por categoría, no estarían protegidos contra la aplicación inmediata del artículo 86 del Tratado. [106]

160. En la medida en que las recurrentes sostienen que el hecho de que la exención controvertida en el presente caso fuera conferida por un Reglamento del Consejo adoptado de conformidad con el artículo 87, apartado 2, letra c), del Tratado puede afectar a la aplicación del referido principio, su opinión es inexacta. El Reglamento de 1986 se basa tanto en el artículo 84, apartado 2, como en el artículo 87 del Tratado. Por lo que respecta al primero de ellos, en la sentencia Comisión/Francia, [107] el Tribunal de Justicia declaró que lejos de excluir la aplicación del Tratado a los transportes marítimos (y aéreos), dicha disposición se limita a establecer que las disposiciones especiales del Tratado en materia de transporte no se aplicarían automáticamente en dichos ámbitos y, en consecuencia, que aquéllos «quedan sometidos a las reglas generales del Tratado, de igual modo que los demás medios de transporte», [108] normas en las que, por supuesto, se incluyen las relativas a la competencia. [109] De la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Ahmed Saeed, en la que declaró, pese a que no se había adoptado ningún Reglamento con arreglo al artículo 87, que «la prohibición prevista en el artículo 86 del Tratado se aplica plenamente al sector de la navegación aérea en su totalidad», [110] se desprende claramente que la finalidad del artículo 87 y, en particular, de la facultad conferida al Consejo, con arreglo a su apartado 2, letra c), de «precisar, eventualmente, respecto de los distintos sectores económicos, el ámbito de aplicación de los artículos 85 y 86», no consiste en permitir al Consejo determinar el ámbito de aplicación material del artículo 86, sino, más bien, en permitirle definir las modalidades de aplicación procesal de dichas normas sobre la competencia. En mi opinión, del análisis del Reglamento de 1986 se desprende claramente que éste es precisamente el objetivo que persiguió el Consejo.

161. Paso a considerar ahora si, como sostienen las recurrentes, efectivamente la Comisión no podía imponer multas por explotación abusiva de una posición domi-

104 — Citada en la nota 20 *supra*, apartado 32.

105 — Citada en la nota 47 *supra*.

106 — Véase el punto 67 de las conclusiones del Abogado General Sr. Léger, cuyo razonamiento a este respecto, entre otros, fue expresamente acogido por el Tribunal de Justicia en el apartado 11 de su sentencia. El Abogado General basó su opinión en el apartado 25 de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de julio de 1990, Tetra Pak Rausing/Comisión (T-51/89, Rec. p. II-309; en lo sucesivo, «sentencia Tetra Pak I»).

107 — Sentencia de 4 de abril de 1974 (167/73, Rec. p. 359).

108 — *Ibidem*, apartado 32. Posteriormente, esta opinión fue confirmada por el Tribunal de Justicia en la sentencia de 30 de abril de 1986, Asjes y otros (asuntos acumulados 209/84 a 213/84, Rec. p. 1425; en lo sucesivo, «sentencia Nouvelles Frontières»), apartado 42.

109 — Sentencia Nouvelles Frontières, apartado 45.

110 — Sentencia citada en la nota 20 *supra*, apartado 33.

nante sin proceder antes a retirar la exención a CEWAL con arreglo al artículo 3.

162. Es importante recordar el carácter de la explotación abusiva imputada a las recurrentes, a saber, la imposición de descuentos de fidelidad al 100 % (aplicados incluso a las ventas FOB) sin ninguna alternativa a este porcentaje, que se hacían cumplir mediante el mantenimiento de listas negras «*con objeto de llegar a eliminar al principal competidor independiente*» (el subrayado es mío) de CEWAL.

163. En mi opinión, dicho comportamiento no estaba ni podía estar exento de la aplicación del artículo 86. Además, en la medida en que sea pertinente, no podía describirse como un incumplimiento de una simple obligación establecida en el artículo 5 del Reglamento del mismo orden que los incumplimientos a que se hace referencia en el apartado 178 de la sentencia impugnada. Decir que la prohibición de la imposición unilateral de acuerdos de fidelidad al 100 % describe una obligación es forzar el lenguaje. Se trata de una descripción de lo que no permite el artículo 5, punto 2, letra b), inciso i).

164. Ahora bien, el artículo 8 proporciona, a la luz tanto de su formulación directa e inequívoca como de su estructura, su propia respuesta a la afirmación de las recurrentes. El artículo 8, apartado 1, es tan explícito al afirmar que no es «necesaria ninguna decisión previa» para la prohibición de la explotación abusiva de una posición dominante que se requeriría un lenguaje meridianamente claro para contradecirlo. Además, esta formulación inequívoca está en plena consonancia con los principios relativos a la eficacia del artículo 86 y a la imposibilidad de exención.

165. Tampoco el artículo 8, apartado 2, del Reglamento de 1986 contradice ni matiza en modo alguno el artículo 8, apartado 1. En él se permite a la Comisión, «por propia iniciativa o a instancia de un Estado miembro o de una persona física o jurídica [...]», adoptar la medida concreta de retirar el beneficio de una exención expresamente prevista en el artículo 3. No impone ninguna restricción a las facultades de la Comisión para imponer multas en las circunstancias descritas, en particular, en el artículo 19, apartado 2, del Reglamento de 1986. La explotación abusiva imputada a las recurrentes consiste en la *imposición* abusiva de contratos de fidelidad al 100 %, y no en haberse acogido a la exención conferida por el artículo 3. No veo ninguna razón para concluir que la sanción de la primera haya de estar supeditada a la medida extrema de retirar la segunda.

166. Propongo desestimar en su totalidad el motivo de casación referido a la imposición de contratos de fidelidad al 100 %.

VI. Las multas

A. *Introducción*

167. Con carácter subsidiario, las recurrentes formulan un gran número de motivos diferentes relativos a la decisión del Tribunal de Primera Instancia de confirmar sustancialmente las multas que les fueron impuestas. Dado que la mayor de las multas, con mucho, le fue impuesta a CMB (véanse los puntos 3 y 4 *supra*), no todos los motivos formulados por dicha recurrente lo fueron también Dafra.

B. *Competencia del Tribunal de Justicia*

168. Las recurrentes sostienen que, al anular la sentencia impugnada, el Tribunal de Justicia puede, de conformidad con la facultad que le confiere el artículo 54, párrafo primero, del Estatuto para «resolver él mismo definitivamente el litigio, cuando su estado así lo permita», ejercer la competencia jurisdiccional plena respecto de las multas de que se trata que le otorgan el artículo 172 del Tratado y el artículo 21 del Reglamento de 1986. Aun cuando el Tribunal de Justicia acoja mi propuesta y desestime todos los motivos de casación relativos a la existencia de abusos, considero, sin embargo, que asimismo debería anular la totalidad de la multa fundándose en uno de los motivos formulados.

169. Por lo que respecta a los motivos relativos a las multas formulados por las recurrentes con carácter subsidiario, procede subrayar, en primer lugar, que ahora es el Tribunal de Primera Instancia el que disfruta de la «competencia jurisdiccional plena» a que se hace referencia en el artículo 172 del Tratado e inicialmente conferida al Tribunal de Justicia por el artículo 21 del Reglamento de 1986, respecto de las multas impuestas con arreglo a dicho Reglamento. Dicha competencia ha sido otorgada al Tribunal de Primera Instancia de conformidad con el artículo 168 A del Tratado y el artículo 3, apartado 1, letra c), de la Decisión 88/591/CECA, CEE, Euratom del Consejo, de 24 de octubre de 1988, por la que se crea un Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas.[111] A continuación, debe recordarse que la competencia de este Tribunal de Justicia para revisar las apreciaciones efectuadas por el Tribunal de Primera Instancia en el ejercicio de dicha competencia está claramente limitada, tanto por el artículo 168 A del Tratado como por el artículo 51 del Estatuto, a examinar cualesquiera errores de Derecho en que pueda haber incurrido al confirmar o anular las apreciaciones de la Comisión en materia de multas. Así, en la sentencia Ferriere Nord/Comisión, el Tribunal de Justicia declaró, en respuesta a un motivo basado en el supuesto carácter injusto de la multa impuesta en aquel caso, que, cuando se pronuncia sobre cuestiones de Derecho, no le corresponde «sustituir, por razones de equidad, la apreciación del Tribunal de Primera Instancia por la suya propia, cuando este último resuelve, en el ejercicio

111 — DO L 319, p. 1.

de su plena jurisdicción, sobre el importe de las multas impuestas a empresas por haber infringido, éstas, el Derecho comunitario». [112] Además, declaró que su competencia se limitaba a examinar «si el Tribunal de Primera Instancia ha contestado de modo suficiente con arreglo a Derecho a todas las alegaciones formuladas por la recurrente sobre la supresión o la reducción de la multa». [113]

170. Ahora bien, en el caso de que el Tribunal de Justicia estime que hubo un error de Derecho que afecta sólo en parte a la sentencia impugnada, se plantearía la cuestión adicional del alcance o la naturaleza de la competencia residual de este Tribunal de Justicia. Con arreglo al artículo 54, párrafo primero, del Estatuto, si se estimase el recurso de casación el Tribunal de Justicia debe anular la decisión del Tribunal de Primera Instancia, pero, además, «podrá [...] resolver él mismo definitivamente el litigio, cuando su estado así lo permita». En mi opinión, de ello se desprende que, cuando concurren dichas circunstancias, se restablece la competencia jurisdiccional plena contemplada en el artículo 172 del Tratado respecto de las multas, inicialmente otorgada al Tribunal de Justicia, pero transferida después al Tribunal de Primera Instancia. De este modo, si el Tribunal de Primera Instancia comete un error de Derecho en el ejercicio de la competencia jurisdiccional que le confiere el artículo 172 del Tratado, es fundamental que, si este Tribunal de Justicia está convencido de que procede que resuelva él mismo el asunto, esté facultado, en interés tanto de la economía procesal como de los derechos de las recurrentes, para ejercer una competencia jurisdiccional plena en materia de multas.

112 — Sentencia de 17 de julio de 1997 (C-219/95 P, Rec. p. I-4411; en lo sucesivo, «sentencia Ferriere Nord»), apartado 31.

113 — *Ibidem.*

C. *Motivos formulados por las recurrentes*

171. Las recurrentes invocan conjuntamente los siguientes motivos:

i) alegan que la naturaleza (o la gravedad) de las infracciones no permitía calificarlas de graves o incluso de deliberadas;

ii) alegan que, al imponerles la multa a ellas en lugar de a CEWAL, la Comisión vulneró su derecho a un proceso equitativo;

iii) por diversas razones, afirman que las multas estaban basadas en una apreciación errónea de su grado de participación en el tráfico de la ruta CEWAL;

iv) alegan que su cooperación con la Comisión no fue tenida en cuenta como una circunstancia atenuante;

v) afirman que la duración relativamente corta de las infracciones no fue debidamente considerada;

vi) sostienen que, en contra de lo que opina la Comisión, el comportamiento impugnado no les permitió mantener una elevada cuota de mercado;

vii) alegan que no se consideró suficientemente como circunstancia atenuante la novedad de las infracciones;

viii) por último, aseguran que también debería haberse tenido en cuenta el marco normativo de OGEFREM.

Además, CMB afirma asimismo que la cuantía de la multa que le fue impuesta no tenía precedentes por su magnitud, y que le fue impuesta indebidamente con el fin de asegurar un equilibrio político con respecto a la multa impuesta mediante otra Decisión de la Comisión a otra conferencia marítima diferente. Por último, en lo que de hecho es un motivo autónomo, las recurrentes sostienen que el tipo de interés (13,25 %) impuesto en el artículo 7 de la Decisión en caso de que las multas no fueran pagadas en el plazo de tres meses a partir de la notificación de la Decisión era excesivamente alto.

D. *Análisis*

172. En la medida en que estoy de acuerdo con la Comisión en que muchas de las alegaciones formuladas por las recurrentes en relación con los distintos motivos relativos a las multas pretenden en el fondo revisar apreciaciones de hecho realizadas por el Tribunal de Primera Instancia o son manifiestamente infundadas, no examinaré todas ellas en profundidad.

i) Vulneración del derecho a un proceso equitativo

173. Las recurrentes afirman que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de Derecho al confirmar la facultad de la Comisión para imponerles multas, pese a que en el pliego de cargos sólo se amenazaba con imponer multas a CEWAL, pero no a ninguno de sus miembros. En el apartado 232 de su sentencia, el Tribunal de Primera Instancia declaró lo siguiente:

«En segundo lugar, por lo que respecta al cálculo de la multa, el Tribunal de Primera Instancia considera que, al carecer la conferencia de personalidad jurídica, la Comisión pudo imponer una multa a los miembros de CEWAL, en lugar de a la propia conferencia. Procede señalar a este respecto

que, aparte de CEWAL, cada uno de los miembros de la conferencia fue destinatario del pliego de cargos. En estas circunstancias, y habida cuenta de la falta de personalidad jurídica de CEWAL, este Tribunal considera que, aun cuando el pliego de cargos sólo hacía alusión a la posibilidad de imponer una multa a CEWAL con respecto a las prácticas abusivas, las demandantes no podían ignorar que ellas, y no la conferencia, corrían el riesgo de que pudiera imponérseles una multa.»

174. Las recurrentes sostienen que si la Comisión no pretendía imponer multas a CEWAL por carecer de personalidad jurídica, debería haberles advertido de que las multas les serían impuestas a ellas. Mencionan los siguientes perjuicios que, en su opinión, les causó dicha omisión:

— si la multa hubiera sido impuesta a CEWAL, habría tenido que basarse en el volumen de negocios de CEWAL, y no en el de sus miembros; el primero, al referirse tan sólo a las rutas zaireñas, era inferior al segundo;

— aunque en última instancia la multa hubiera sido pagada por los miembros de CEWAL individualmente, sus aportaciones hubieran sido proporcionales a su participación en el consorcio; [114]

— CMB no fue advertida de que se le impondría individualmente un porcentaje desproporcionadamente alto de la multa en razón de su papel particularmente activo en los abusos.

Las recurrentes concluyen que la Comisión no respetó la exigencia básica de un pliego de cargos, consistente en informar a las partes de las imputaciones formuladas en su contra y, en particular, de cuáles de ellas habrán de soportar la carga financiera de la multa impuesta. [115]

175. La Comisión no afirma que los miembros de CEWAL fueran advertidos de las multas, pero sostiene que las recurrentes deberían haber sabido «que, a lo largo de todo el pliego de cargos, "CEWAL" designaba al grupo de empresas que integraban la conferencia», ya que se adjuntaba al mismo una lista de sus miembros. Sostiene asimismo que el Tribunal de Primera Instancia obró correctamente al declarar que no hubiera tenido sentido imponer una multa a CEWAL, ya que ésta no tenía personalidad jurídica. La Comisión sostiene que es «poco plausible» que las recurrentes fueran «tan ingenuas como para verse sorprendidas por la imposición de una multa [...]». Además, la Comisión

114 — En su recurso de casación, CMB observa que, por esta razón, la multa que le fue impuesta no hubiera podido ascender al 95 % del total.

115 — Las recurrentes citan, entre otras, las sentencias de 24 de febrero de 1994, CB y Europay/Comisión (asuntos acumulados T-39/92 y T-40/92, Rec. p. II-49), y de 28 de abril de 1994, AWS Benelux/Comisión (T-38/92, Rec. p. II-211).

mantiene que, puesto que en el pliego de cargos se contemplaba la imposición de multas a los miembros de CEWAL por las infracciones del artículo 85, los miembros de CEWAL estaban advertidos de que se les impondrían multas individuales.

176. En mi opinión, el Tribunal de Primera Instancia se equivocó al considerar que la Comisión estaba facultada para imponer una multa a los miembros de CEWAL por el hecho de que ésta careciera de personalidad jurídica y porque todos ellos fueran destinatarios del pliego de cargos. Este error de Derecho se deriva de su equivocación al considerar que las recurrentes no podían ignorar que corrían el riesgo de que se les impusieran multas.

177. No se discute que se envió a las recurrentes una copia del pliego de cargos, aunque sólo tres meses después de enviársela a CEWAL. Sin embargo, la verdadera cuestión es la de si las recurrentes fueron debidamente advertidas, mediante la copia del pliego de cargos que finalmente recibieron junto con una carta de acompañamiento que no añadía nada al contenido de dicho pliego, de que podían imponérseles multas individuales que el pliego de cargos tan sólo contemplaba expresamente imponer a CEWAL, con todas las consecuencias que de ello se derivarían por lo que respecta al cálculo de la cuantía de las multas.

178. En primer lugar, no me parece aceptable que la Comisión haga suposiciones en relación con una cuestión tan importante. El Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que «el pliego de cargos debe enunciar claramente todos los elementos esenciales sobre los que se basa la Comisión en esta fase del procedimiento».[116] La garantía procesal fundamental que constituye el pliego de cargos es la aplicación de «un principio fundamental del Derecho comunitario que exige el respeto del derecho de defensa en todo el procedimiento».[117] Aunque no tengan carácter penal,[118] las multas tienen una función sancionadora. De ello se desprende que la Comisión tiene la obligación estricta de notificar claramente a las empresas que pueden imponérseles multas.

179. En segundo lugar, debe recordarse que el artículo 19, apartado 2, del Reglamento de 1986, al igual que la disposición equivalente del artículo 15, apartado 2, del Reglamento nº 17, faculta a la Comisión para imponer multas tanto a las empresas como a las «asociaciones de empresas». Está claro que una conferencia marítima, como CEWAL, es una asociación de este tipo. Asimismo, está claro que los artículos del Tratado en materia de competencia se aplican, con carácter general, a las asociaciones de empresas[119] y que estas últimas están expresamente sujetas a la facultad de

116 — Sentencia de 7 de junio de 1983, Musique Diffusion française y otros/Comisión (asuntos acumulados 100/80 a 103/80, Rec. p. 1825), apartado 14.

117 — *Ibidem*, apartado 10.

118 — Véase, a este respecto, el artículo 19, apartado 4, del Reglamento de 1986.

119 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 8 de noviembre de 1983, IAZ y otros/Comisión (asuntos acumulados 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. p. 3369), apartado 20.

investigación de la Comisión, incluida la imposición de multas. [120] Una de las razones que dio la Comisión para imponer multas a los miembros de CEWAL fue que esta última no tenía personalidad jurídica. Ni ella ni el Tribunal de Primera Instancia afirmaron que no pudieran imponerse multas a agrupaciones sin personalidad jurídica, como evidentemente puede hacerse. [121] Desde el punto de vista de los miembros de CEWAL, basta con decir que no había ninguna razón para no tomar el pliego de cargos al pie de la letra, en el sentido de que expresaba la intención de imponer una multa a CEWAL, y no veo ninguna razón para dispensar a la Comisión de lo que considero una obligación estricta. En la sentencia AWS Benelux/Comisión, el Tribunal de Primera Instancia anuló unas multas por el hecho de que «a pesar de la impugnación formulada ante ella [durante el procedimiento administrativo], la Comisión no aclaró su postura sobre la cuestión de la imputabilidad de la referida infracción», [122] aun cuando su sentencia se basaba en la apreciación de la existencia de una motivación insuficiente de la Decisión y no en la vulneración de los derechos de defensa.

180. En tercer lugar, el hecho de no haber notificado a los miembros individuales de CEWAL el riesgo que corrían de que se les impusieran multas no es un mero vicio de forma. CMB, en particular, puede invocar un perjuicio concreto. En su réplica, las recurrentes observaron, sin que la Comisión contradijera este particular, que si se hubiera tomado el volumen de negocios de los miembros de CEWAL en las rutas de que se trata (22.171 millones de ECU en 1991) como volumen de negocios pertinente a efectos del cálculo del importe máximo de la multa (10 %) que podía imponerse de conformidad con el artículo 19, apartado 2, del Reglamento de 1986, el importe total de la multa hubiera sido mucho menor. De hecho, apenas habría superado una cuarta parte del importe de la multa efectivamente impuesta. En la medida en que la Comisión pretendía distribuir las multas en función de la responsabilidad individual de cada miembro, como mínimo habría tenido que notificar a dichas empresas que podían ser destinatarias, como entidades distintas de CEWAL, de sendas multas.

181. Dado que la Comisión incumplió una exigencia fundamental, propongo al Tribunal de Justicia que anule la sentencia del Tribunal de Primera Instancia mediante la que se confirma la Decisión por lo que

120 — Véase el artículo 18, apartado 1, del Reglamento de 1986 y, por ejemplo, la sentencia de 22 de octubre de 1997, SCK y FNK/Comisión (asuntos acumulados T-213/95 y T-18/96, Rec. p. II-1739), apartados 253 y 254. A este respecto, véase también la reciente Comunicación de la Comisión «Directrices para el cálculo de las multas impuestas en aplicación del apartado 2 del artículo 15 del Reglamento nº 17 y del apartado 5 del artículo 65 del Tratado CECA» [DO 1998, C 9, p. 3, especialmente el punto 5, letra c)].

121 — En la sentencia IAZ y otros/Comisión, citada en la nota 119 *supra*, el Tribunal de Justicia declaró que, efectivamente, una asociación sin ánimo de lucro (ANSEAU), integrada por 31 empresas belgas de suministro de agua y cuya función consistía en «defender los intereses comunes de dichas empresas» (apartado 3), podía ser destinataria de una multa impuesta en relación con las recomendaciones que había formulado para asegurar que sus empresas miembros sólo conectaban a la red de distribución de agua los lavavajillas «homologados». De hecho, la multa principal le fue impuesta a la asociación. En la sentencia de 11 de julio de 1989, Belasco y otros/Comisión (246/86, Rec. p. 2117), Belasco, una asociación de productores belgas de revestimientos asfálticos y siete de sus miembros fueron destinatarios de sendas multas por haber aplicado un acuerdo en materia de listas de precios y condiciones de venta. La multa impuesta a Belasco fue de 15.000 ECU, calculada en función de su volumen de negocios anual (véanse los apartados 65 y 66).

122 — Citada en la nota 115 *supra*, apartado 27.

respecta a las multas impuestas a las recurrentes y, asimismo, que anule la Decisión por lo que respecta a dichas multas.

ii) Otros motivos

182. Además de las anteriores, las recurrentes formularon, bajo diversos epígrafes, un gran número de alegaciones referidas a las multas impuestas. En su mayor parte se trata de la reiteración de alegaciones formuladas ante el Tribunal de Primera Instancia y de detalladas alegaciones sobre los hechos. Abordar todas estas cuestiones de forma exhaustiva alargaría enormemente estas conclusiones ya de por sí extensas. Tras haber aceptado el peso de los argumentos de las recurrentes en relación con el segundo de esos epígrafes, creo que puedo prescindir de un análisis punto por punto de cada una de las restantes alegaciones, sobre todo en la medida en que, tras haberlas examinado, estoy convencido de que, sin excepción alguna, carecen de fundamento.

183. En mi opinión, el planteamiento correcto consiste en examinar cualquier posible error de Derecho identificable en la sentencia impugnada. Por lo demás, el Tribunal de Justicia debe aplicar el criterio establecido en la sentencia Ferriere Nord. [123] No es necesario repetir la apreciación de cada una de sus observaciones en detalle.

123 — Citada en la nota 112 *supra*.

184. Debería limitarse a comprobar que el Tribunal de Primera Instancia ejerció la función de control jurisdiccional pleno que le atribuye el Tratado y consideró adecuadamente todos los elementos de hecho y de Derecho invocados para impugnar las multas. Me parece claro, a la luz de los apartados 208 a 251 de la sentencia impugnada, que el Tribunal de Primera Instancia examinó cuidadosamente de modo suficiente la imposición, la cuantía y la distribución de las multas. Me propongo abordar con suma brevedad tan sólo dos cuestiones, la gravedad y la novedad, a las que se ha reconocido, respectivamente, efectos agravantes o atenuantes en relación con la imposición de multas. En todo lo demás, las alegaciones se refieren en gran medida a la imposición discrecional de multas en función de la evaluación de los hechos (por ejemplo, la supuesta discriminación en la distribución de las multas entre los diversos miembros de CEWAL).

185. En primer lugar, las recurrentes cuestionan la apreciación según la cual las infracciones tenían un carácter particularmente grave. La sentencia impugnada desestimó acertadamente esta alegación (apartado 231) «al haberse ejecutado dichas prácticas con el fin de eliminar al único competidor presente en el mercado». Las recurrentes no discuten el carácter deliberado de su comportamiento, pero invocan una vez más el supuesto carácter no abusivo de la presión ejercida sobre OGEFREM, de la práctica de los buques de lucha y de los descuentos por fidelidad. En mi opinión, este motivo de casación carece de fundamento.

186. En segundo lugar, las recurrentes sostienen que el Tribunal de Primera Instancia no atribuyó la debida importancia a la supuesta novedad de cada uno de los abusos en aquellos aspectos que junto con

los argumentos sustantivos se examinan en cada epígrafe. Entre dichos aspectos se encuentran, en particular: el hecho de que el abuso de OGEFREM fuera el primer caso de explotación abusiva consistente en ejercer presiones sobre un Gobierno extranjero; el hecho de que el abuso relacionado con la práctica de los «buques de lucha» supusiera una extensión de la interpretación del concepto de precios predatorios; y el hecho de que los descuentos por fidelidad plantearan un problema novedoso de interpretación del Reglamento de 1986.

187. Por lo que respecta a la cuestión de la novedad, el Tribunal de Primera Instancia subrayó correctamente que «el objetivo de las prácticas abusivas imputadas, a saber, eliminar del mercado al único competidor, no presenta ningún carácter nuevo con arreglo al Derecho de la competencia» (apartado 248). No se ha demostrado que dicha conclusión constituya un error de Derecho. Pienso que el Tribunal de Primera Instancia, tras haber afirmado su propia «competencia jurisdiccional plena», respondió a las alegaciones de modo suficiente con arreglo a Derecho. Es más, creo que el Tribunal de Primera Instancia obró correctamente al descartar cualquier elemento de novedad en relación con los diferentes abusos, habida cuenta de su objetivo manifiestamente eliminatorio y contrario a la competencia. [124]

188. He tenido algunas dudas en relación con la conclusión adicional del Tribunal de Primera Instancia (apartado 248) según la cual el concepto de posición dominante colectiva no presentaba ningún carácter nuevo. La Decisión de la Comisión en el asunto en el que recayó la «sentencia sobre el vidrio plano italiano», [125] citada para descartar su carácter novedoso, fue publicada mucho después de que se produjeran la mayor parte de las prácticas abusivas de que se trata en el caso de autos. Por otra parte, la esperanza o la suposición de un grupo de empresas que siguen un comportamiento predatorio y eliminatorio de que tal vez no se les aplique conjuntamente el Derecho comunitario tiene escaso peso frente al carácter patente de la actividad abusiva de que se trata. En consecuencia, no creo que el Tribunal de Primera Instancia cometiera un error de Derecho a este respecto, y propongo desestimar este motivo de casación.

iii) El tipo de interés

189. Las recurrentes impugnan la desestimación, por parte del Tribunal de Primera Instancia, de su alegación según la cual, en el artículo 7 de la Decisión, la Comisión se equivocó al fijar el tipo de interés aplicable en caso de demora en el pago de las multas impuestas en la Decisión por referencia al «tipo aplicado por el Fondo Europeo de Cooperación Monetaria en sus operaciones en ECU el primer día hábil del mes en el que se haya adoptado la presente Decisión, incrementado en tres puntos y medio, es decir 13,25 %». En su opinión, ese tipo es anormalmente alto. Ante el Tribunal de

124 — Considero que esta conclusión se ve sustentada, en particular, por la sentencia Tetra Pak II, citada en la nota 56 *supra*. Dicha sentencia se refería a la aplicación del artículo 86 a abusos cometidos por una empresa dominante en un mercado relacionado en el que ocupaba una posición preeminente pero no dominante. Tetra Pak sostuvo que la novedad de dicha aplicación constituía una circunstancia atenuante. En cambio, el Tribunal de Justicia confirmó la desestimación de esta alegación por parte del Tribunal de Primera Instancia, declarando que este último había basado correctamente su decisión en el hecho de que Tetra Pak «no podía ignorar [...] que las prácticas cuestionadas infringían las disposiciones del Tratado», por «el carácter manifiesto y la especial gravedad de las restricciones de la competencia causadas por los abusos de que se trataba» (sentencia Tetra Pak II, apartado 48).

125 — Decisión 89/93/CEE de la Comisión, de 7 de diciembre de 1988, relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE (IV/31.906 — Vidrio plano) (DO 1989, L 33, p. 44).

Primera Instancia, alegaron que, habida cuenta de los tipos de interés que podían obtenerse (cabe presumir que por los depósitos) por el ECU en la época de autos, el tipo de interés aplicado por el Tribunal de Justicia hubiera sido más adecuado. El Tribunal de Primera Instancia estimó (apartado 250) que «las demandantes no han aportado ningún elemento que demuestre que [...] la Comisión haya incurrido en error alguno [...]».

190. No estoy convencido de que este planeamiento responda de modo suficiente con arreglo a Derecho a las alegaciones formuladas por las demandantes por lo que respecta a los tres puntos y medio adicionales. Está claro que la Comisión disfruta de un cierto margen de apreciación al fijar el tipo de interés apropiado. Un tipo de interés apropiado asegura que las empresas no incurran en más tácticas dilatorias. Por otra parte, el tipo fijado no debe ser tan alto que, en la práctica, obligue a las empresas a pagar las multas incluso si consideran que tienen motivos jurídicos fundados para impugnar la validez de la Decisión de la Comisión. [126] Considero que la Comisión está facultada para adoptar, en la fijación del tipo de interés de demora, una referencia más elevada que el tipo medio de la deuda aplicable en el mercado, en la medida en que ello sea necesario para desincentivar las conductas dilatorias. Sin embargo, la suma de tres puntos porcentuales y medio a un tipo de interés ya de por sí elevado, sin explicación alguna, no es aceptable.

191. Estoy convencido de que, al confirmar la Decisión de la Comisión a este respecto, sin examinar si esta última tenía alguna razón jurídica o de otro tipo convincente para aplicar este incremento, el Tribunal de Primera Instancia cometió un error de Derecho, y de que su decisión debe ser anulada a este respecto.

E. *Síntesis de las recomendaciones al Tribunal de Justicia*

192. Por las razones que he expuesto (puntos 173 a 181 *supra),* opino que las multas impuestas a CMB y Dafra de conformidad con el artículo 6 de la Decisión deben ser anuladas, ya que el Tribunal de Primera Instancia cometió un error al desestimar el motivo según el cual la Comisión había vulnerado el derecho de las recurrentes a un proceso equitativo por lo que respecta a la imposición de dichas multas. Además, aunque propongo desestimar la totalidad de los restantes motivos formulados en relación con las multas, estoy convencido de que el Tribunal de Primera Instancia también cometió un error de Derecho al confirmar el nivel del tipo de interés impuesto por el artículo 7 de la Decisión en caso de demora en el pago de las multas impuestas.

126 — En la sentencia de 25 de octubre de 1983, AEG/Comisión (107/82, Rec. p. 3151), apartado 141, el Tribunal de Justicia desestimó la alegación de la demandante según la cual «la obligación de pagar intereses de demora no tiene ninguna base jurídica en Derecho comunitario» y estimó que dichos intereses eran necesarios para evitar «la presentación de recursos manifiestamente infundados sin otro objetivo que retrasar el pago de la multa». Véase asimismo la sentencia de 14 de julio de 1995, CB/Comisión (T-275/94, Rec. p. II-2169), apartados 48 y 49.

VII. El CEDH

193. Las recurrentes sostienen asimismo, en el marco de dos motivos de casación autónomos, que las «numerosas incertidumbres y modificaciones de las imputaciones» formuladas en su contra de las que, según afirman, son responsables en el presente caso tanto el Tribunal de Primera Instancia como la Comisión, así como el hecho de que el primero de ellos invocara lo que consideran abusos nuevos, constituyen una violación por parte del Tribunal de Primera Instancia de los principios consagrados en los artículos 6, apartado 3, y 7, apartado 1, del CEDH. [127]

194. Por las razones que ya expuse en las Secciones V y VI *supra,* en las que rechacé las alegaciones de las recurrentes relativas a diversas vulneraciones del derecho a un proceso equitativo, no considero (salvo por lo que respecta al hecho de que la Comisión no notificara su intención de imponer multas a los miembros de CEWAL) que ni la Comisión ni el Tribunal de Primera Instancia incumplieran la obligación —que estoy dispuesto a reconocer que se deriva tanto de los principios generales del Derecho comunitario como del artículo 6, apartado 3, del CEDH— de que una persona acusada de un comportamiento que, aun sin tener carácter penal, pueda exponerle a sanciones, sea informada claramente de la naturaleza de la acusación (o acusaciones) dirigidas en su contra.

195. Por lo que respecta al principio de *nullum crimen, nulla poena sine lege,* estoy convencido, por las razones que he expuesto en la Sección VI *supra* para desestimar las diversas afirmaciones de las recurrentes según las cuales la calificación de su comportamiento como abusivo era novedosa y, por tanto, no podían haberla anticipado razonablemente, de que el Tribunal de Primera Instancia no cometió ninguna violación de dicho principio ni, por ende, del artículo 7, apartado 1, del CEDH.

VIII. Costas

196. En el presente caso, dado que, en mi opinión, deben desestimarse la totalidad de las alegaciones de las recurrentes referidas al fundamento de la decisión del Tribunal de Primera Instancia de confirmar la Decisión, así como la mayoría de los restantes motivos que formularon en relación con las multas, propongo considerarlas, a efectos de los artículos 69 y 122 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia, como las partes que efectivamente han perdido el proceso y, en consecuencia, recomiendo al Tribunal de Justicia que les condene al pago de las costas de la parte recurrida y de la parte coadyuvante.

127 — En el artículo 6, apartado 3, se establece que «todo acusado» tiene derecho a «ser informado en el más breve plazo [...] de la naturaleza y de la causa de la acusación contra él dirigida», mientras que, en virtud del artículo 7, apartado 1, «nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el Derecho nacional o internacional».

IX. Conclusión

197. A la luz de las consideraciones precedentes, propongo al Tribunal de Justicia, en primer lugar, que:

— Anule la sentencia del Tribunal de Primera Instancia en la medida en que confirmó las multas impuestas a las recurrentes, así como el tipo de interés de demora fijado en relación con las mismas.

— Anule los artículos 6 y 7 de la Decisión 93/82/CEE de la Comisión, de 23 de diciembre de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación de los artículos 85 del Tratado CEE (IV/32.448 — IV/32.450: CEWAL, COWAC, UKWAL) y 86 del Tratado CEE (IV/32.448 — IV/32.450: CEWAL), en la medida en que dichos artículos afectan a las recurrentes.

Por lo demás, propongo al Tribunal de Justicia que:

— Desestime los recursos de casación en su totalidad.

— Condene a las recurrentes al pago de las costas de la parte recurrida y de Grimaldi y Cobelfret, parte coadyuvante.