CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. WALTER VAN GERVEN presentadas el 16 de octubre de 1991 *

Indice

A. El contexto del asunto ..... I - 590

1. La prestación del servicio de mensajería o correo rápido en los Países Bajos ..... I - 590

2. La Decisión impugnada ..... I - 592

B. Admisibilidad del recurso en el asunto C-66/90 ..... I - 593

C. Examen de los motivos de anulación «formales» articulados contra la Decisión ..... I - 593

1. Uso abusivo de las facultades que atribuye el apartado 3 del artículo 90 ..... I - 594

2. Vulneración de los derechos de la defensa ..... I - 599

3. Las imputaciones relativas a la motivación de la Decisión impugnada ..... I - 604

a) La terminología utilizada en la Decisión y en las rectificaciones ..... I - 604

b) ¿Inadecuada comprensión de las disposiciones y servicios de que se trata? ..... I - 607

c) ¿Está la Decisión desprovista de fundamento fáctico? ..... I - 608

d) La parte dispositiva de la Decisión ..... I - 611

D. Examen de los motivos de fondo ..... I - 614

1. Inexistencia de comportamiento de una empresa ..... I - 614

2. Inexistencia de explotación abusiva de una posición dominante ..... I - 619

a) Ampliación de una posición dominante ..... I - 619

b) La imposición de precios y de condiciones no equitativas; la limitación de la oferta ... I - 622

c) Conclusión ..... I - 623

3. Aplicación del apartado 2 del artículo 90 ..... I - 624

E. Resumen y conclusión ..... I - 626

* Lengua original: neerlandés.

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. El Gobierno neerlandés, la sociedad Koninklijke PTT Nederland NV y la sociedad PTT Post BV (en lo sucesivo estas últimas partes serán designadas como «las empresas públicas de Correos» o «PTT Post BV») solicitan al Tribunal de Justicia que anule la Decisión de la Comisión, de 20 de diciembre de 1989, relativa a la prestación en los Países Bajos de servicios de correo rápido [1] (en lo sucesivo, «Decisión impugnada»). En esta Decisión, dirigida a los Países Bajos, las disposiciones de los artículos 2 y 12 de la Ley neerlandesa de 26 de octubre de 1988, que modificó la legislación sobre funcionamiento del servicio postal (en lo sucesivo, «Ley postal de 1988»), [2] junto con las del Decreto de aplicación de 19 de diciembre de 1988, por las que se reserva a las empresas públicas de Correos el servicio rápido de recogida, transporte y distribución de cartas de hasta 500 g a un precio inferior a 11,90 HFL para destinos dentro de la Comunidad y a 17,50 HFL para los de fuera de la Comunidad, así como la obligación de registrar las tarifas con antelación, que impone el Decreto de 12 de mayo de 1989, [3] se declararon incompatibles con el apartado 1 del artículo 90 del Tratado CEE, en relación con el artículo 86 del mencionado Tratado (véase el artículo 1 de la Decisión).

Mediante auto de 4 de junio de 1991, el Tribunal de Justicia transmitió el asunto C-66/90 al Tribunal de Primera Instancia, con arreglo al párrafo primero del artículo 47 del Estatuto. Mediante auto de 21 de junio de 1991, el Tribunal de Primera Instancia, con arreglo a la última frase del párrafo tercero del artículo 47 del Estatuto, declinó su competencia basándose en que tanto el asunto C-48/90 como el asunto C-66/90 tienen por objeto la anulación del mismo acto. En vista de lo cual, el Tribunal de Justicia acordó la acumulación de ambos asuntos, de manera que yo, por mi parte, voy a tratarlos conjuntamente en las mismas conclusiones.

A. El contexto del asunto

1. *La prestación del servicio de mensajería o correo rápido en los Países Bajos*

2. Con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley postal de 1988, los Servicios públicos de correos y telecomunicaciones (de la época) disfrutaban, en virtud de la Ley postal de 1954, de un monopolio legal para el transporte de todas las cartas de hasta 500 g inclusive. Tradicionalmente los Servicios de correos y telecomunicaciones llevaban a cabo dicho transporte (recogida, clasificación y transporte y reparto) de una manera estandarizada. A finales de los años sesenta, sin embargo, se puso claramente de relieve que existía una demanda de servicios de transporte con mayor valor añadido, y, más concretamente, de un transporte más rápido y más individualizado. Un número creciente de empresas privadas de mensajería se puso en acción para satisfacer esa demanda; Correos y Telecomunicaciones, por su parte, no parecía dispuesto a prestar tales servicios ni en condiciones de hacerlo, cosa que ambas partes están de acuerdo en reconocer. La demanda que querían satisfacer las empresas privadas de mensajería consistía principalmente en el transporte de documentos importantes y/o urgentes. Cuando se trataba de cartas de un peso inferior a 500 g, tales empresas operaban, si nos ceñimos al tenor literal de la Ley postal de 1954, vulnerando el monopolio postal de Correos y Telecomunicaciones. Sin embargo —y las partes también están de acuerdo en este punto—, ni los poderes públicos neerlande-

1 — DO 1990 L 10, p. 47.
2 — *Staatsblad*, 1988, nº 522.
3 — Regeling registratie koeriersdiensten, *Staatscourant*, 1989, nº 109.

ses ni el propio Correos y Telecomunicaciones adoptaron medida alguna, al menos significativa, contra las actividades de mensajería, si bien se abrieron expedientes —esporádicamente— contra los servicios postales urbanos privados. Las partes explican estas intervenciones de modo contradictorio. El Gobierno neerlandés afirma que las mismas se inscribían en el marco de una política destinada a tolerar únicamente, al amparo del régimen de la Ley antigua, los servicios de mensajería «en el sentido genuino del término», es decir, el servicio consistente en transportar un documento, de manera plenamente individualizada, directamente del remitente al destinatario, sin que dicho documento pase por un centro de clasificación y, por consiguiente, sin que sea transportado junto con otros documentos.[4] En cambio, la Comisión explica las intervenciones contra los servicios postales urbanos privados por el hecho de que las referidas empresas prestaban un servicio que no ofrecía ninguna o muy pocas ventajas adicionales en relación con el servicio postal básico. Sea como fuere, consta en autos que la demanda de un servicio de transporte de cartas rápido e individualizado aumentó de una manera considerable y que las empresas privadas de mensajería han podido satisfacer dicha demanda sin que los poderes públicos hayan sometido nunca sus actividades a condiciones restrictivas. Esta es la razón de que tales actividades hayan experimentado un crecimiento notable.

3. Sin embargo, la Ley postal de 1988 vino a modificar la situación. Confirmó expresamente el monopolio para el transporte de todos los envíos postales cuyo peso no exceda de 500 g con origen y con destino en el territorio neerlandés (incluidas las Antillas neerlandesas y Aruba). Este servicio tan sólo puede ser prestado por el titular de la concesión exclusiva atribuida por el Estado, a saber, PTT Post BV.[5] El artículo 17 de la nueva Ley postal sanciona penalmente toda infracción que afecte a dicha concesión. La Ley postal establece, sin embargo, una excepción a este monopolio de principio:[6] las cartas cuyo peso no exceda de 500 g podrán ser recogidas, transportadas y distribuidas por empresas distintas del titular de la concesión cuando tales empresas reúnan tres requisitos de carácter acumulativo: i) con respecto a las cartas transportadas dentro de los Países Bajos o con origen en los Países Bajos y destino al extranjero o con origen en el extranjero y destino a los Países Bajos, las referidas empresas deberán prestar un servicio de una calidad sensiblemente superior a la que el titular de la concesión ofrece en el territorio nacional a cualquier interesado en el ámbito del transporte rápido normal (es decir, el servicio de entrega rápida), tanto en lo relativo a la velocidad de entrega, a la garantía de ésta y a la posibilidad de localizar el envío durante el transporte (en lo sucesivo designaré este requisito como el «requisito de calidad»); ii) las referidas empresas deberán prestar dicho servicio con arreglo a una tarifa que no podrá ser inferior a un mínimo fijado por los poderes públicos, a saber, 11,90 HFL para el transporte dentro de los Países Bajos o con destino a los restantes Estados miembros de la Comunidad, y 17,50 HFL para el transporte internacional con destino a los países situados fuera de la Comunidad (en lo sucesivo me referiré al «requisito del precio mínimo»); e iii) las referidas empresas deberán inscribirse previamente en un registro y notificar anualmente las tarifas y condiciones de entrega que aplican (en lo sucesivo me referiré al «requisito de registro»).[7] En la Decisión impugnada, la Comisión partió de la premisa (sobre cuyo carácter fundado

4 — Para una descripción de los servicios de mensajería «en sentido genuino», véase especialmente el escrito de réplica de las empresas públicas de Correos en el asunto C-66/90, apartado 50.

5 — Véase el artículo 2 en relación con el apartado 1 del artículo 12 de la Ley postal de 1988.

6 — Véase el apartado 2 del artículo 12 de la Ley postal de 1988.

7 — La obligación de proceder anualmente a notificar las tarifas aplicadas fue establecida por la «Regelin registratie Koeriersdiensten» (Reglamento sobre registro de los servicios de mensajería), de 12 de mayo de 1989, *Staatscourant*, 1989, 109.

volveré más adelante) de que esos tres requisitos acumulativos no le resultarían aplicables a PTT Post BV en el supuesto de que también esta empresa comenzase a dedicarse a actividades de mensajería, cosa, por lo demás, que desde el 1 de junio de 1990 hace efectivamente.

Tanto en la vía administrativa previa como en el proceso ante el Tribunal de Justicia, el Gobierno neerlandés declaró que los tres requisitos mencionados resultan necesarios para garantizar la calidad y la continuidad del servicio de correo, obligación que la ley impone a PTT Post BV y cuya amplitud es mayor que la de la concesión exclusiva. En efecto, PTT Post BV tiene la obligación de llevar a cabo, en todo el territorio, el transporte de cartas y pequeños paquetes cuyo peso no exceda de 10 kg y cuyas dimensiones no rebasen determinados límites (ya se trate de un transporte normal o de un transporte efectuado en el marco del servicio de entrega rápida). El Gobierno neerlandés mantiene que, sin esos tres requisitos, no podría protegerse de una manera eficaz la concesión exclusiva de PTT Post BV, y, en particular, que las empresas privadas de mensajería podrían vaciar de contenido a dicha concesión extendiendo sus actividades a los destinos rentables (por ejemplo, en las grandes ciudades) y dejando los destinos deficitarios en manos de Correos y Telecomunicaciones (destinos que Correos, debido a su obligación de transporte, no puede dejar sin atender).

2. *La Decisión impugnada*

4. Como ya dije, la Decisión impugnada declaró incompatibles con el artículo 90 del Tratado CEE, en relación con el artículo 86 de ese mismo Tratado, los requisitos a los que en los Países Bajos se supedita la prestación de servicios de mensajería y que acabo de esbozar en el apartado anterior.[8] La Decisión es objeto de impugnación desde muchos puntos de vista y el examen de los motivos invocados por las partes demandantes nos brindará la posibilidad de analizar con mayor detalle los aspectos pertinentes de los mismos. A guisa de introducción al análisis, voy a limitarme aquí a un bosquejo general de la Decisión.

La Decisión impugnada parte de la premisa de que existen dos mercados próximos pero distintos: el mercado de los servicios postales básicos y el mercado de los servicios de mensajería o correo rápido.[9] La Decisión declara a continuación que, debido a la concesión de un derecho exclusivo de recogida, transporte y distribución de todas las cartas de hasta 500 g, la empresa PTT Post BV ocupa una posición dominante en el mercado relativo al servicio postal básico.[10] Al imponer a las empresas privadas de mensajería, para el transporte de cartas de hasta 500 g, tres requisitos de los que, en cambio, exime a PTT Post BV, la Ley postal de 1988 da lugar, según la Comisión, a que se produzca una explotación abusiva de dicha posición dominante, que se manifiesta en tres aspectos. En primer lugar, porque el requisito del precio mínimo tiene como efecto el que una parte del mercado de los servicios de mensajería o correo rápido quede reservado a PTT Post BV, con el riesgo de suprimir por completo la competencia en ese segmento del mercado;[11] en segundo lugar,

8 — Según resulta de la parte dispositiva de la Decisión impugnada, es verdad que la declaración de incompatibilidad se refiere únicamente al requisito del precio mínimo y a la obligación de registro pero no al requisito de calidad, por más que, como se afirma en la Exposición de motivos de la Decisión (véase el decimocuarto considerando), este último requisito suponga asimismo una infracción del artículo 90, en relación con el artículo 86. Al parecer, aquí se trata de un olvido que, si bien tiene consecuencias con respecto a las obligaciones que para el Gobierno neerlandés se derivan de la Decisión impugnada, carece de incidencia a la hora de apreciar las imputaciones relativas a la motivación y a la legalidad de la Decisión.

9 — Véase el tercer considerando de la Decisión impugnada.

10 — Véase el décimo considerando de la Decisión impugnada.

11 — Véase el undécimo considerando de la Decisión impugnada.

porque el requisito del precio mínimo tiene como efecto imponer a los servicios de mensajería precios y condiciones no equitativos;[12] en tercer lugar, porque el requisito del precio mínimo y el requisito de calidad tienen como efecto restringir la oferta en el mercado de los servicios de mensajería o correo rápido.[13] De lo anterior deduce la Comisión que se ha infringido el apartado 1 del artículo 90 del Tratado, en relación con el artículo 86, y considera, además, que tal infracción no puede justificarse con base en el apartado 2 del artículo 90 del Tratado, es decir, en otros términos, que el mantenimiento del régimen de competencia que existía en el mercado de los servicios de mensajería o correo rápido en el momento de la entrada en vigor de la nueva Ley postal no supone obstáculo alguno para las obligaciones de interés general que los Países Bajos han impuesto a PTT Post BV.[14]

B. Admisibilidad del recurso en el asunto C-66/90

5. Las partes están de acuerdo en admitir que, aun no siendo PTT Post BV destinataria de la Decisión impugnada, dicha Decisión le afecta directa e individualmente. No obstante, la Comisión pone en duda la admisibilidad del recurso de PTT Post BV, basándose en que esta misma declara que no obtiene ventaja alguna de la legislación que la Decisión impugnada[15] declara incompatible con el Tratado, de manera que no tiene ningún interés en el procedimiento.

No creo que la Comisión se encuentre en el buen camino, puesto que precisamente se opone con insistencia a la alegación de que PTT Post BV no obtiene ventaja alguna de la legislación neerlandesa. Las ventajas que, según la Comisión, la Ley neerlandesa atribuye a PTT Post BV es uno de los elementos fundamentales en que se basa la afirmación que hace la Decisión impugnada en el sentido de que la nueva legislación neerlandesa da lugar a que se produzca una explotación abusiva de posición dominante por parte de PTT Post BV. Por otra parte, y sobre todo, PTT Post BV mantuvo que la Decisión impugnada (que declara una parte de la Ley postal incompatible con las disposiciones directamente aplicables del Tratado) coloca a las empresas privadas de mensajería, que a diferencia de PTT Post BV no están sujetas a una obligación de transportar determinado correo, en una posición competitiva tal, con respecto a PTT Post BV, que el equilibrio financiero de ésta puede quedar destruido, con el resultado de que dejaría de estar en condiciones de cumplir la obligación de transportar determinado correo que le impone la Ley. Por consiguiente, no puede discutirse seriamente el interés de PTT Post BV en el procedimiento.

C. Examen de los motivos de anulación «formales» articulados contra la Decisión

6. Los motivos invocados por las partes demandantes son idénticos en su mayor parte, aun cuando no estén estructurados siempre de la misma manera. Así pues, a efectos de su análisis, los he reagrupado en dos capítulos. Voy a consagrar esta parte de mis conclusiones al examen de los motivos de anulación «formales», que versan, respectivamente, sobre las facultades de la Comisión para adoptar la Decisión impugnada (Capítulo C.1 *infra*), sobre la violación de los derechos de la defensa (Capítulo C.2 *infra*) y sobre la motivación de la Decisión impugnada (Capítulo C.3 *infra*). En la parte siguiente de mis conclusiones (Capítulo D),

12 — Véase el duodécimo considerando de la Decisión impugnada.

13 — Véanse los considerandos trece y catorce de la Decisión impugnada.

14 — Véanse los considerandos dieciséis, diecisiete y dieciocho de la Decisión impugnada.

15 — En los puntos 28 a 31 *infra* volveré sobre este aspecto, que está relacionado con la aplicabilidad a PTT Post BV de los tres requisitos con sujeción a los cuales pueden prestarse servicios de mensajería o correo rápido en el supuesto de cartas de un peso inferior a 500 g (véase el punto 3, *supra*).

examinaré el carácter fundado de la Decisión impugnada.

El análisis de los Capítulos C.1 y C.2 nos llevará a la conclusión de que el apartado 3 del artículo 90 del Tratado atribuye efectivamente facultades de decisión a la Comisión, pero que, en el caso de autos, esa Institución no ejercitó dichas facultades respetando debidamente los derechos de la defensa. Por consiguiente, el examen efectuado en los Capítulos C.3 y D lo presentaré únicamente con carácter subsidiario, para el supuesto de que este Tribunal de Justicia no comparta mi criterio sobre los extremos tratados en los Capítulos C.1 y C.2.

1. *Uso abusivo de las facultades que atribuye el apartado 3 del artículo 90*

7. Las partes demandantes mantienen que, al adoptar la Decisión impugnada, la Comisión hizo un uso abusivo de las facultades que le atribuye el apartado 3 del artículo 90 del Tratado. Mantienen, en efecto, que cuando la Comisión quiere actuar contra las infracciones del Tratado por parte de los Estados miembros debe utilizar el procedimiento previsto en el artículo 169 del Tratado CEE, salvo en los casos en que el propio Tratado establece una excepción expresa, como sucede, por ejemplo, con los artículos 93, apartado 2, 100 A, apartado 4, y 225. En otros términos, se alega que, al adoptar la Decisión impugnada, la Comisión utilizó para fines no previstos la facultad de adoptar Decisiones que le atribuye expresamente el apartado 3 del artículo 90, y ello —para emplear los términos del Gobierno neerlandés— con objeto de ejercer un control represivo sobre un Estado miembro (en este caso, los Países Bajos). Según las partes demandantes, utilizar el procedimiento «normal» previsto en el artículo 169 resultaba tanto más procedente cuanto que la Decisión impugnada versa sobre disposiciones legales en sentido formal. En efecto, una Decisión adoptada con base en el apartado 3 del artículo 90 tiene un efecto jurídico inmediato, y un recurso dirigido contra tal Decisión carece de efecto suspensivo; en cambio, el procedimiento incoado basándose en el artículo 169 no produce efectos tan graves: la legislación cuestionada continúa surtiendo sus efectos jurídicos tanto en la vía administrativa previa como durante el proceso ante el Tribunal de Justicia.

8. Esta afirmación no puede convencerme. Si examinamos en primer lugar la segunda parte de la misma, que se refiere al *efecto jurídico* inmediato *y* a los *graves efectos* que produce una Decisión adoptada con base en el apartado 3 del artículo 90, procede relativizar la diferencia entre ese procedimiento y el procedimiento basado en el artículo 169. Este último puede eventualmente dar lugar a una sentencia del Tribunal de Justicia que no puede cuestionarse porque no es susceptible de recurso alguno (véase el artículo 171). En cambio, una actuación de la Comisión basada en el apartado 3 del artículo 90 tiene consecuencias jurídicas muy distintas: da lugar a una Decisión, es decir, a un acto obligatorio pero que puede ser impugnado. En efecto, cuando el Estado miembro al que vaya dirigida la Decisión considere que resulta incompatible con las normas formales o materiales del Derecho comunitario, podrá interponer ante el Tribunal de Justicia un recurso de anulación basándose en el artículo 173 del Tratado CEE y, si así lo desea, solicitar la suspensión de la ejecución del acto de que se trate basándose en el artículo 185 del Tratado.

Por otra parte, es verdad que la facultad de adoptar Decisiones que el apartado 3 del artículo 90 atribuye a la Comisión hace posible una acción más eficaz que el procedimiento previsto en el artículo 169, puesto que, a diferencia de lo que sucede con un «dictamen motivado» en el sentido del apartado 1 del artículo 169, una Decisión adoptada con base en el apartado 3 del artículo 90 produce efectos jurídicos inmediatos, aun cuando sea objeto de un recurso de anulación (sin perjuicio de la resolución del Tribunal de Justicia que acuerde la suspensión de la ejecución). Esta es la consecuencia lógica e inevitable de la facultad de control, válida para un ámbito específico, que el apartado 3 del artículo 90 atribuye a la Comisión, así como también una consecuencia del hecho de que la referida facultad que atribuye el apartado 3 del artículo 90 pueda ejercitarse, en particular, por medio de Decisiones. Ahora bien, en la sentencia dictada recientemente en el asunto 226/87,[16] el Tribunal de Justicia confirmó expresamente que una Decisión basada en el apartado 3 del artículo 90 se incluye en la categoría general de las «Decisiones» a que se refiere el artículo 189 y, por consiguiente, es obligatoria en todos los elementos para el Estado miembro al que vaya dirigida. Según el Gobierno neerlandés, tales Decisiones no pueden contener sino meras «indicaciones» mediante las que se exponga a los Estados miembros la manera como deben concebir las obligaciones que les incumben en virtud del apartado 1 del artículo 90. Esta interpretación del Gobierno neerlandés es indefendible, pues reduciría tales Decisiones a meras «recomendaciones» o «dictámenes», que con arreglo al artículo 189 no son vinculantes. Por lo demás, esa afirmación no es nueva. En el asunto 226/87[17] y también en el asunto C-202/88,[18] el Tribunal de Justicia rechazó el argumento según el cual el apartado 3 del artículo 90 únicamente faculta a la Comisión para adoptar «dictámenes» o «recomendaciones».[19] (Vamos a examinar de nuevo inmediatamente el asunto C-202/88, en el que se trataba de la facultad de la Comisión para adoptar *Directivas* basándose en el apartado 3 del artículo 90.)

9. ¿Qué debe pensarse del argumento principal del Gobierno neerlandés, a saber, que al utilizar Decisiones basadas en el apartado 3 del artículo 90 para declarar incompatibles con el Tratado varias normas del Derecho nacional, es decir, si se emplean los términos del Gobierno neerlandés, al hacer un uso «represivo» de su facultad de adoptar tales Decisiones, la Comisión incurrió en un *uso abusivo* de su competencia? Creo que el Gobierno neerlandés se equivoca y para ello me baso en una indicación significativa que figura en el antes citado asunto 226/87.[20] El objeto de ese asunto era un procedimiento basado en el artículo 169 que la Comisión había incoado contra la República Helénica debido al incumplimiento de una Decisión de la Comisión adoptada con base en el apartado 3 del artículo 90 y que declaraba la incompatibilidad de una ley griega con los artículos 52, 54, 5, apartado 2, y 3, letra f), del Tratado. El Gobierno griego impugnó la legalidad de dicha Decisión ante el Tribunal de Justicia, pero éste se negó a examinar tal motivo de defensa basándose en que el Gobierno griego no había instado la anulación de la referida Decisión dentro del plazo que establece el artículo 173. El

16 — Véase la sentencia de 30 de junio de 1988, Comisión/Grecia (226/87, Rec. p. 3611), apartados 11 y 12.

17 — Citada en la nota anterior.

18 — Sentencia de 19 de marzo de 1991, Francia/Comisión (Rec. p. I-1223).

19 — Véanse los apartados 10 a 12 de la citada sentencia de 30 de junio de 1988, 226/87, en la que el Tribunal de Justicia rechaza la argumentación del Gobierno griego según la cual una Decisión de la Comisión basada en el apartado 3 del artículo 90 debe considerarse, en realidad, como un mero «dictamen». Véase también el apartado 16 de la sentencia de 19 de marzo de 1991, antes citada, C-202/88, en donde se reproduce la afirmación del Gobierno francés según la cual el apartado 3 del artículo 90 autoriza únicamente a la Comisión a «indicar a los Estados miembros, en aquellos supuestos en que no son evidentes las condiciones para lograr la conformidad con el Tratado, los medios que deben utilizarse para garantizar a pesar de todo dicha conformidad». El Tribunal de Justicia rechazó este argumento en el apartado 17.

20 — Véase la nota 16, *supra*, y la parte del texto a la que la misma se refiere.

Gobierno griego se opuso a esa excepción argumentando

«[...] que, en el caso de autos y para responder a una exigencia fundamental del orden jurídico comunitario, el Tribunal de Justicia debe ejercer en todo caso su control, por vía de excepción, sobre la Decisión de 24 de abril de 1985. Añade que, en efecto, ésta desconoce el principio fundamental de distribución de competencias entre la Comunidad y los Estados miembros y carece por tanto de todo fundamento jurídico en el plano comunitario» (apartado 15 de la sentencia).

El Tribunal de Justicia, sin embargo, rechazó este argumento, poniendo de relieve que la referida objeción del Gobierno griego

«[...] sólo podría estimarse si el acto en cuestión adoleciera de vicios especialmente graves y evidentes hasta el extremo de ser calificado de acto inexistente (sentencia de 26 de febrero de 1987, Consorzio Cooperative d'Abbruzzo, 15/85, Rec. p. 1005). Ahora bien, la alegación expuesta por la República Helénica no aporta ningún dato preciso que pueda atribuir semejante calificación a la Decisión de la Comisión. Por otra parte, la propia República Helénica, consideró que la Decisión de 24 de abril de 1985 no era inexistente ya que anunció a lo largo de todo el procedimiento administrativo previo su intención de atenerse a la Directiva» (apartado 16 de la sentencia).

Parece que entre los vicios de los que puede adolecer un acto hasta el extremo de convertirlo en inexistente, en el sentido de la cita anterior, se incluye también la incompetencia de la Comisión para adoptar una Decisión basándose en el apartado 3 del artículo 90. De este modo, el Tribunal de Justicia admitió implícitamente, aunque sin ningún género de dudas, que dicha disposición atribuye a la Comisión la facultad de declarar, mediante una Decisión, la incompatibilidad de una ley nacional con el Tratado.

10. No obstante lo anterior, el Gobierno neerlandés mantiene que su afirmación encuentra confirmación en la sentencia de 19 de marzo de 1991, C-202/88.[21] En ese asunto, el Gobierno francés había cuestionado la competencia de la Comisión para, basándose en el apartado 3 del artículo 90, declarar la incompatibilidad con el Tratado de varias disposiciones nacionales por medio de una *Directiva;* según el Gobierno francés, tal declaración únicamente puede efectuarse con arreglo al procedimiento que regula el artículo 169. El Tribunal de Justicia rechazó dicha tesis en los siguientes apartados:

«[...] el apartado 3 del artículo 90 del Tratado atribuye a la Comisión la facultad de precisar, con carácter general y por medio de Directivas, las obligaciones derivadas del apartado 1 de dicho artículo. La Comisión ejercita esta facultad cuando, sin tomar en consideración la situación particular que existe en los diferentes Estados miembros, concreta las obligaciones que incumben a éstos en virtud del Tratado. Por su propia naturaleza, semejante facultad no puede servir para hacer constar que un Estado miembro ha incumplido una obligación determinada que le incumbe en virtud del Tratado.

Ahora bien, del contenido de la Directiva impugnada en el caso de autos se desprende que la Comisión se limitó a determinar con carácter general las obligaciones que, conforme al Tratado, incumben a los Estados miembros. Por consiguiente, la referida Directiva no puede interpretarse en el sentido de que hace constar incumplimientos con-

21 — Antes citada en la nota 18.

cretos de las obligaciones derivadas del Tratado por parte de Estados miembros determinados [...]» (apartados 17 y 18 de la sentencia).

Este pasaje me inspira dos observaciones. *En primer lugar,* observo que el Tribunal de Justicia se pronunció únicamente sobre la adopción de *Directivas* y que el motivo alegado por el Gobierno francés fue desestimado debido al carácter de aplicabilidad general de la Directiva impugnada en ese asunto, de manera que no podía tratarse de un uso «represivo» de las facultades de la Comisión. En cambio, la sentencia no se pronuncia sobre la cuestión de si la Comisión tiene facultades para declarar la incompatibilidad con el Tratado de una disposición de Derecho nacional *por medio de una Decisión.* Por lo tanto, no se puede afirmar que esa sentencia sirva de apoyo para el argumento del Gobierno neerlandés. Además, el mencionado pasaje de la sentencia no puede interpretarse en el sentido de que el apartado 3 del artículo 90 autoriza a que la Comisión declare la incompatibilidad de las disposiciones de Derecho nacional únicamente por medio de Directivas *debido a la aplicabilidad general que caracteriza a una Directiva.* En efecto, lo mismo que una Decisión, una Directiva puede dirigirse a un único Estado miembro.[22] En otros términos, la característica esencial de una Directiva *no* es la validez general *sino* el hecho de que obliga al Estado miembro o a los Estados miembros destinatario(s) en cuanto al «resultado que deba conseguirse», dejándoles la elección de la forma y de los medios necesarios para alcanzar dicho resultado.

En segundo lugar, observo que en el pasaje precedente el Tribunal de Justicia circunscribe el alcance de las facultades que el apartado 3 del artículo 90 atribuye a la Comisión mediante una referencia al apartado 1 del artículo 90: corresponde a la Comisión precisar o concretar las obligaciones que el apartado 1 del artículo 90 impone a los Estados miembros. El propio apartado 1 del artículo 90 es una disposición que se refiere a otras y que dispone que los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del Tratado. Ahora bien, no veo por qué no podrían precisarse por medio de una Decisión las obligaciones que incumben a un Estado miembro determinado en virtud del Tratado, cuando el apartado 3 del artículo 90 autoriza *explícitamente* a la Comisión a ejercitar sus facultades de vigilancia por medio de Decisiones.

11. En cualquier caso, creo que nada se puede objetar a que se utilice una Decisión cuando, como ocurre con la Decisión que hoy nos ocupa, la Comisión declara la incompatibilidad de una norma de Derecho nacional con una disposición del Tratado *directamente aplicable,* como lo es el apartado 1 del artículo 90 en relación con el artículo 86,[23] es decir, con una disposición del Tratado que atribuye a los particulares de-

22 — Esta solución se desprende ya del texto del artículo 189, que dispone que, a diferencia de un Reglamento, que «tendrá alcance general» y será «directamente aplicable en cada Estado miembro», la Directiva obligará «al Estado miembro destinatario» en cuanto al resultado que deba conseguirse. Se ha suscitado en la doctrina la cuestión de si la Directiva tiene alcance general *überhaupt.* Véase Von der Groeben, H.; Von Boeckh, H.; Thiesing, J., y Ehlermann, C.-D.: *Kommentar zum EWG-Vertrag,* Baden-Baden, 1983, p. 562, apartado 39. Por lo demás, el Consejo y la Comisión dirigen regularmente Directivas a un único Estado miembro, en particular cuando se trata de un problema específico que tan solo afecta a ese Estado miembro. Véanse, por ejemplo, la Directiva 79/174/CEE del Consejo, de 6 de febrero de 1979, relativa al programa de protección contra las inundaciones en el Valle del Herault (DO L 38, p. 18), cuyo único destinatario era la República Francesa; la Directiva 81/6/CEE del Consejo, de 1 de enero de 1981, por la que se autoriza a la República Helénica a comunicar y ejecutar sus planes nacionales de erradicacion acelarada de la brucelosis y de la tuberculosis de los bovinos (DO L 14, p. 22), y la Directiva 81/1060/CEE del Consejo, de 14 de diciembre de 1981, por la que se establece, en favor del Reino de los Países Bajos, una excepción a la Directiva 73/403/CEE, relativa a la sincronización de los censos generales de población (DO L 385, p. 34).

23 — En la sentencia de 30 de abril de 1974, Sacchi (155/73, Rec. p. 409), apartado 17, el Tribunal de Justicia ya confirmó que la obligación que impone el apartado 1 del artículo 90 en relación con el artículo 86 tiene efecto directo.

rechos que éstos pueden invocar directamente ante el Estado miembro de que se trate sin que sea necesaria la intervención de una Institución comunitaria o de una autoridad nacional. En tal supuesto, la Decisión de la Comisión es meramente declarativa y no presenta ningún carácter constitutivo, es decir, que perfila una obligación ya existente sin imponer una nueva. Después de la lectura del texto del apartado 3 del artículo 90, no veo muy bien cómo se le podría negar a la Comisión la referida facultad. Tampoco se puede mantener que una Decisión de este tipo tenga carácter «represivo», cuando lo cierto es que la incompatibilidad de las disposiciones del Derecho nacional no resulta de la Decisión, sino que se deriva *directamente de la disposición del Tratado de que se trata.* [24] El hecho de que la norma nacional que se discute tenga naturaleza legislativa carece de incidencia, puesto que la primacía de las disposiciones de Derecho comunitario dotadas de efecto directo es también válida con respecto a las normas nacionales con rango de ley.

12. Para fundamentar su interpretación restrictiva de la facultad de decisión a que se refiere el apartado 3 del artículo 90, el Gobierno neerlandés se basa también en el hecho de que, a diferencia del apartado 2 del artículo 93 (que faculta a la Comisión para recurrir directamente al Tribunal de Justicia contra un Estado miembro que no cumpla una Decisión que ordene la supresión o modificación de una ayuda otorgada por el Estado), el apartado 3 del artículo 90 no establece ninguna excepción al artículo 169 del Tratado.

Tampoco puede admitirse este argumento. En efecto, el hecho de que el apartado 3 del artículo 90 no contenga ninguna referencia al artículo 169 no puede constituir un argumento para restringir el *alcance* de la facultad de actuar mediante Decisiones que el apartado 3 del artículo 90 atribuye a la Comisión. El que no exista ninguna referencia de este tipo significa únicamente que —a diferencia de lo que puede hacer para garantizar la aplicación de las Decisiones adoptadas con base en el apartado 2 del artículo 93— la Comisión no puede, para garantizar la *aplicación* de las Decisiones o Directivas adoptadas con base en el apartado 3 del artículo 90, acudir directamente al Tribunal de Justicia para recurrir contra el incumplimiento de una medida por ella adoptada, si no es utilizando el procedimiento administrativo previo que establece el artículo 169. [25]

13. Las partes demandantes invocan también un último argumento. Según ellas, el apartado 3 del artículo 90 no puede autorizar a la Comisión a disponer de la facultad de actuar por medio de Decisiones porque dicha disposición no articula ninguna garantía procesal en beneficio del Estado miembro de que se trate. Contra este argumento, la Comisión arguye que la inexistencia de garantías procesales escritas en ningún caso puede ser decisiva para resolver la cuestión de si un artículo del Tratado puede constituir el fundamento jurídico del acto de una Institución comunitaria (es decir, el fundamento jurídico de la *competencia* de dicha Institución).

24 — Aun cuando el Tribunal de Justicia no tenga que pronunciarse sobre este extremo en el asunto que hoy nos ocupa, me parece lógico que la Comisión pueda también, basándose en el apartado 3 del artículo 90, obligar a un Estado miembro a adaptar una norma de Derecho nacional para hacerla compatible con una disposición del Tratado desprovista de efecto directo [como, por ejemplo, los artículos 3, letra f), y 5, los cuales, por lo demás, fueron citados en la Decisión a la que se refería el asunto 226/87]. En este caso, la mencionada medida *no* tiene como efecto excluir de pleno derecho la aplicación obligatoria de la norma nacional de que se trate, sino únicamente obligar al Estado miembro a modificarla. Al parecer, el instrumento más adecuado para ello es una Directiva dirigida al Estado miembro de que se trate.

25 — Véase también la nota 27 *infra*.

En principio, comparto el punto de vista de la Comisión. En efecto, la inexistencia de garantías escritas no significa que la actuación de la Comisión no esté sujeta a los principios generales del Derecho comunitario, entre los que se incluyen el respeto de los derechos de la defensa (y, en particular, el principio contradictorio) y la observancia del principio de administración eficaz. Por lo demás, el Tribunal de Justicia nunca ha dudado en obligar a la Comisión a respetar dichos principios, incluso cuando no existía un texto escrito en que basarse. Ese fue el caso, por ejemplo, de la protección de la correspondencia confidencial entre un Abogado y su cliente, derecho que no figura entre los derechos que atribuye el Reglamento nº 17. [26]

Así pues, aunque la inexistencia de garantías procesales escritas normalmente no supone ningún obstáculo para las facultades de la Comisión, quisiera poner de relieve que, habida cuenta del efecto jurídico, en principio inmediato, de las medidas que la Comisión puede adoptar cuando comprueba la infracción de una disposición del Tratado (y sin perjuicio de que, en cualquier caso, tales medidas sigan siendo susceptibles de recurso), dicha Institución debe ejercer sus facultades poniendo especial cuidado en respetar los derechos de la defensa y en observar el principio de administración eficaz, al menos cuando (como sucede en el caso de autos) su decisión tenga también como efecto modificar directa e individualmente la situación jurídica de las empresas (públicas). Ello es así con tanta mayor razón cuanto que la Comisión, para fundamentar el derecho que reivindica de poder actuar con gran amplitud mediante Decisiones basándose en el apartado 3 del artículo 90, se remite a las facultades de decisión de que ya dispone en el ámbito de los artículos 85 y 86, por una parte, y del artículo 92, por otra, afirmando al respecto que su poder de control no puede tener ningún hueco en lo relativo a las medidas estatales que afectan a las empresas públicas y a aquellas empresas que disponen de derechos especiales o exclusivos. Si se admite este argumento, cosa que yo hago en principio, [27] lógicamente habrá de admitirse también que, en el ejercicio de las referidas facultades, la Comisión estará vinculada por normas de procedimiento que hagan posible un respeto idéntico de los derechos de la defensa. En el ámbito del examen del motivo siguiente, habremos de extraer las consecuencias derivadas necesariamente de lo anterior.

26 — Véase la sentencia de 18 de mayo de 1988, AM & S/Comisión (155/79, Rec. p. 1575.

2. *Vulneración de los derechos de la defensa*

14. Las dos partes demandantes acusan a la Comisión de haber vulnerado los derechos de la defensa durante la tramitación del procedimiento que precedió a la adopción de la Decisión impugnada. Es verdad que sus argumentos adolecen de algunas divergencias. El Gobierno neerlandés, a quien la Decisión iba dirigida, se queja de que, durante el procedimiento administrativo previo, no fue oído de un modo suficiente en lo relativo a las objeciones levantadas por la Comisión contra las nuevas normas relativas a los servicios de mensajería. PTT Post BV, que no era el destinatario de la Decisión, pero a quien la misma afectaba directa e individualmente (véase el punto 5, *supra*), mantiene que ella tenía su *propio* derecho a ser oída por la Comisión a propósito de las referidas objeciones.

27 — A este respecto, sin embargo, quisiera observar que la facultad de actuar mediante Decisiones de que la Comisión dispone para garantizar la observancia de los artículos 85 y 92 es más amplia que la facultad de decisión que le atribuye el apartado 3 del artículo 90, sobre la que versa el caso de autos. Como ya dije más arriba (en el punto 10), aquí se trata de una Decisión que declara la incompatibilidad de unas normas nacionales con las disposiciones directamente aplicables del Tratado. En el supuesto del apartado 3 del artículo 92 y del apartado 3 del artículo 85 (a diferencia del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86), se trata de Decisiones que tienen por objeto garantizar la aplicación de disposiciones no directamente aplicables del Tratado, y que, de este modo, atribuyen a las disposiciones del Tratado un efecto directo con respecto a determinadas medidas de ayudas estatales o a ciertos acuerdos entre empresas.

Voy a examinar, en primer lugar, la argumentación de *PTT Post BV,* que no me parece fundada. Las Decisiones basadas en el artículo 90 del Tratado son adoptadas por la Comisión en el ejercicio de sus facultades de control sobre los *Estados miembros* y van dirigidas contra las medidas de los *Estados miembros* relativas a las empresas públicas y a aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos. El artículo 90 únicamente impone obligaciones a los Estados miembros, de manera que las Decisiones adoptadas con base en dicho artículo tan sólo pueden precisar obligaciones que incumban a los Estados miembros, pero no obligaciones que otras disposiciones del Tratado impongan a las empresas. [28] Es evidente que las referidas Decisiones pueden tener incidencia sobre los intereses de dichas empresas, de manera que, en algunos casos, las Decisiones afectarán directa e individualmente a tales empresas (como sucede con PTT Post BV en el caso de autos). Lo anterior no significa, sin embargo, que la Comisión tenga la obligación formal de oír a dichas empresas antes de adoptar su Decisión. Esta solución se deduce, *a contrario,* del texto del apartado 2 del artículo 93, que efectivamente impone a la Comisión la obligación de emplazar a los «interesados» para que presenten sus observaciones, antes de adoptar una Decisión en materia de ayudas otorgadas por los Estados. Esta diferencia entre las garantías de procedimiento puede explicarse, en mi opinión, a causa de la distinta naturaleza de las relaciones de los poderes públicos con las empresas públicas y las empresas titulares de derechos especiales o exclusivos, por una parte, y con las empresas beneficiarias de una ayuda otorgada por el Estado, por otra. Es legítimo suponer que las empresas de la primera categoría se encuentran vinculadas estrechamente al Estado, al menos en lo relativo al cumplimiento de la misión que se les haya confiado. [29] Es legítimo, pues, suponer que habrán sido informadas de todo procedimiento pendiente, lo que convierte en superflua la obligación de oírlas también a ellas. En cambio, no es necesariamente ése el caso de las empresas que reciben una ayuda del Estado.

Aunque la Comisión no tenga la obligación formal de oír a las referidas empresas, debe tener especialmente en cuenta sus intereses al examinar las observaciones del Estado miembro de que se trate, sobre todo cuando sepa o deba saber que la Decisión que va a adoptarse puede afectar directa e individualmente a esos intereses. En lo relativo concretamente al caso de autos, la Comisión ha indicado, sin haber sido contradicha, los siguientes hechos: i) que PTT Post BV tenía conocimiento de los contactos entre el Gobierno neerlandés y los Servicios de la Comisión; ii) que el 5 de octubre de 1988 tuvo lugar una concertación (informal) entre funcionarios de PTT Post BV y funcionarios de la Comisión a propósito de la nueva Ley postal; e iii) que el 7 de noviembre la Comisión había enviado a las empresas públicas de Correos una carta en la que ponía en duda la compatibilidad del Proyecto de Ley con el Tratado y anunciaba al Gobierno neerlandés que le enviaría una carta distinta en la que precisaría sus objeciones. [30] Por consiguiente, las empresas públicas de Correos tuvieron la posibilidad de expresarse independientemente del Gobierno neerlandés y de exponer a la Comisión su propio punto de vista, que la Comisión se habría visto obligada a tener debidamente en

28 — Lo anterior fue expresamente confirmado por la sentencia de 19 de marzo de 1991, antes citada (nota 18), apartados 24 y 55, en los que el Tribunal de Justicia declaró que el artículo 90 tan sólo atribuye facultades de control a la Comisión en lo relativo a las medidas estatales, y que los comportamientos contrarios a la competencia que las empresas hayan adoptado por propia iniciativa únicamente pueden ser combatidos mediante Decisiones individuales adoptadas con arreglo a los artículos 85 y 86 del Tratado.

29 — Si ello es evidente en lo relativo a las empresas públicas, también es válido en lo relativo a las empresas dotadas de derechos especiales o exclusivos, que el artículo 90 equipara a las empresas públicas, habida cuenta de que la situación privilegiada que los poderes públicos les han atribuido (pero que, por definición, también les puede ser retirada) les hace especialmente dependientes de los mismos. Véase la sentencia de 6 de julio de 1982, Francia, Italia y Reino Unido/Comisión (asuntos acumulados 188/80 a 190/80, Rec. p. 2545), apartado 12.

30 — Se trata aquí del télex de 29 de noviembre de 1988, al que volveré a referirme inmediatamente.

cuenta. Pero en el estado actual del Derecho comunitario, no se puede reprochar a la Comisión el no haber ofrecido, por propia iniciativa, a las empresas públicas de Correos la posibilidad de dar a conocer dicho punto de vista.

15. El *Gobierno neerlandés* estima que sus derechos procesales fueron conculcados porque no fue oído suficientemente por la Comisión. Más concretamente, imputa a la Comisión el haber adoptado su Decisión sin haberse puesto en contacto con él otra vez, a pesar de una carta que él le había enviado el 16 de enero de 1989; mantiene que nunca hubo verdadero intercambio de puntos de vista (ni oral ni escrito) entre él y la Comisión. Considera cuestionable asimismo el que, después de haber recibido su carta de 16 de enero de 1989, la Comisión hubiese mantenido contactos con cierto número de organizaciones de mensajería sin comunicarle los resultados de tales reuniones.

16. Para apreciar este motivo debe tenerse en cuenta muy especialmente el desarrollo del procedimiento que dio lugar a la adopción de la Decisión impugnada. Basándose en los documentos que constan en autos, este desarrollo puede esbozarse de la siguiente manera.

El 5 de octubre de 1988, la Comisión mantuvo reuniones informales con los representantes de las empresas públicas de Correos a propósito del Proyecto de la nueva Ley postal; nadie discute que tales reuniones versaron asimismo sobre la situación jurídica de las empresas de mensajería en los Países Bajos. Como consecuencia de dichas reuniones, el 7 de noviembre de 1988 la Comisión envió a las empresas públicas de Correos una carta en la que, con respecto al apartado 2 del artículo 12 del Proyecto de ley (y, más concretamente, en lo relativo al requisito de un precio mínimo para los servicios de mensajería), declaraba que dicha disposición «[parece] incompatible con el Tratado CEE».[31] En esa misma carta, se hacía saber que la Comisión «comunicará oficialmente al Gobierno neerlandés en una carta distinta sus objeciones sobre dichas disposiciones». Esa carta distinta tomó la forma de un télex fechado el 29 de noviembre de 1988.[32] Mediante ese télex se comunicó al Gobierno neerlandés que «al término de una primera investigación» los Servicios de la Comisión consideran que los artículos 2 y 12 del Proyecto de nueva Ley postal resultan incompatibles con el artículo 90 del Tratado CEE, en relación con los artículos 30, 59, 85 y 86 del mismo Tratado, debido al hecho de que la nueva Ley postal supeditará la prestación de servicios de mensajería o correo rápido

«a requisitos restrictivos que perjudican considerablemente a las empresas [de mensajería] interesadas en relación con el servicio de mensajería de las empresas públicas de Correos [servicio EMS] y les impedirá continuar prestando algunos de sus servicios, concretamente los que se prestaban por un precio inferior al mínimo fijado por Decreto.

El requisito que figura en la letra a) del apartado 2 del artículo 12 no ofrece la menor seguridad jurídica a los servicios de mensajería internacionales.

El requisito enunciado en la letra b)[33] de esa misma disposición implica que en numerosos casos resultará imposible la competen-

31 — Véase el anexo 6 de la demanda del Gobierno neerlandés en el asunto C-48/90.

32 — Véase el anexo 3 de la demanda del Gobierno neerlandés en el asunto C-48/90.

33 — En la versión definitiva de la Ley postal, el requisito del precio mínimo figura en el punto 2 de la letra a) del apartado 2 del artículo 12.

cia sobre los precios y tiene el mismo efecto que un acuerdo sobre precios prohibido por las normas del Tratado».

En su télex, la Comisión se define asimismo sobre la eventual aplicación del apartado 2 del artículo 90. Basándose en los elementos de hecho de que disponía, la Comisión afirmó que los ingresos que las empresas públicas de Correos obtienen de los envíos entregados por el servicio rápido tienen tan sólo una importancia secundaria para ellas y que, por consiguiente, la aplicación de las normas sobre competencia no les impide cumplir la misión que se les ha confiado. El télex finaliza con una invitación al Gobierno neerlandés para que dé a conocer su punto de vista y comunicando que, en el supuesto de que los elementos enunciados en el télex recibiesen confirmación, la Comisión podría considerarse obligada a adoptar una Decisión con base en el apartado 3 del artículo 90.

El Gobierno neerlandés contestó al referido télex mediante una carta fechada el 16 de enero de 1989. Una vez recibida dicha carta, la Comisión inició negociaciones con cierto número de empresas de mensajería en lo relativo a la respuesta del Gobierno neerlandés y a los «efectos previsibles de las disposiciones [...] de la nueva Ley postal sobre las actividades [de mensajería] directamente afectadas».[34] Posteriormente, el 20 de diciembre de 1989 se adoptó la Decisión impugnada, sin ulterior concertación con el Gobierno neerlandés.

17. Teniendo en cuenta los elementos que acabo de exponer y, más concretamente, el contenido del télex de la Comisión y los contactos ulteriores que tuvieron lugar entre la Comisión y las organizaciones de mensajería, considero fundado el motivo del Gobierno neerlandés.

El télex de la Comisión me parece insuficientemente fundado desde el punto de vista jurídico para poder ser considerado como un documento idóneo para informar correctamente al Gobierno neerlandés sobre las consideraciones que condujeron finalmente a la Comisión a declarar, mediante la Decisión impugnada, la incompatibilidad de la Ley postal con el Derecho comunitario. A este respecto, quisiera llamar la atención sobre el hecho de que, *en la Decisión impugnada,* dicha declaración de incompatibilidad de la Ley postal se basa exclusivamente en el argumento de que la Ley postal infringe el apartado 1 del artículo 90 en relación con el artículo 86 (y ya no en relación con los artículos 30, 59 y 85, que se citaban también en el télex). La Comisión indica al respecto, en la Decisión adoptada, que las empresas públicas de Correos ocupan una posición dominante en el mercado de los servicios postales básicos y que la Ley postal tiene las siguientes consecuencias: i) que dicha posición dominante se ha extendido al mercado de los servicios de mensajería o correo rápido, generando el riesgo de que la competencia quede totalmente eliminada en ese mercado; ii) que a los consumidores de servicios de mensajería o correo rápido se les imponen precios y condiciones no equitativas; e iii) que la oferta se encuentra limitada en el mercado de los servicios de mensajería o correo rápido. En el *télex de 29 de noviembre de 1988* no se encuentra la menor huella del referido razonamiento. Es verdad que el télex sugiere que el Proyecto de Ley postal infringiría el artículo 90 en relación con el artículo 86, pero tal afirmación no se fundamenta en ningún argumento jurídico. La única consideración de carácter jurídico relativa a la aplicación de las normas sobre competencia del Tratado (a saber, que la tarifa mínima «tiene el mismo efecto que un acuerdo sobre precios prohibido por las normas del Tratado») se refiere a la aplicabilidad del artículo 85 y no a la del artículo 86.

34 — Véase el escrito de dúplica de la Comisión en el asunto C-48/90, apartado 32, p. 19.

El que no exista ninguna argumentación sobre este punto me parece de tanta mayor gravedad cuanto que la Decisión impugnada (como lo admite sin reservas la propia Comisión) no se limita a una aplicación rutinaria de las normas sobre competencia, sino que constituye, por el contrario, una nueva etapa en la aplicación del artículo 90 en relación con el artículo 86, etapa que se basa en una aplicación por analogía de la sentencia Telemarketing, [35] que ni siquiera se menciona en el télex. Si se consideran debidamente las cosas, por consiguiente, es preciso hacer constar que la argumentación jurídica en la que se basa la Decisión impugnada fue elaborada *después* de haberse enviado el télex de que se trata, es decir, con otras palabras, que no se ofreció verdaderamente al Gobierno neerlandés la posibilidad de definirse sobre dicha argumentación. Por lo tanto, considero que la Comisión carecía de justificación para afirmar, en la Exposición de motivos de la Decisión, que había ofrecido a las autoridades neerlandesas la posibilidad de dar a conocer su punto de vista sobre la comunicación de los cargos imputados por la Comisión en lo relativo a los artículos 2 y 12 del Proyecto de nueva Ley postal. Resulta sintomático, por otra parte, el que en su escrito de dúplica la Comisión niegue haber calificado a su télex de 29 de noviembre como la comunicación de los cargos. [36] Al hacer esto, sin embargo, omite indicar mediante qué documento llevó a cabo entonces la comunicación de los cargos.

18. También dan que pensar los contactos que tuvieron lugar entre la Comisión y las organizaciones de mensajería después de que el Gobierno neerlandés hubiese enviado su carta de 16 de enero de 1989. La propia Comisión reconoce que esta concertación se refería fundamentalmente a los efectos de la nueva Ley postal sobre la prestación de servicios de mensajería en los Países Bajos y que se ofreció entonces a las organizaciones de mensajería la posibilidad de hacer comentarios a la carta del Gobierno neerlandés. En estas circunstancias, no se puede negar seriamente que el principio *audi alteram partem* imponía a la Comisión la obligación, o bien de asociar al Gobierno neerlandés a la referida concertación, o bien de informarle al menos de las conclusiones que había deducido de dicha concertación en cuanto a la compatibilidad de la nueva Ley postal con el Tratado. Entre la fecha de la reacción del Gobierno neerlandés al télex de 29 de noviembre de 1988 (16 de enero de 1989) y la fecha de la Decisión impugnada (20 de diciembre de 1989), la Comisión dispuso del tiempo suficiente para organizar tal concertación. A este respecto, carece de incidencia el hecho de que, según afirma la Comisión, dicha concertación únicamente podía versar sobre documentos accesibles al público.

19. Los elementos que acabo de exponer conducen a las siguientes conclusiones: i) que los derechos del Gobierno neerlandés fueron vulnerados de dos maneras: por no existir una comunicación en la que la Comisión haya expuesto sus cargos con suficientes argumentos jurídicos y por no haberse observado el principio *audi alteram partem;* e ii) que dicha vulneración de sus derechos privó al Gobierno neerlandés de la posibilidad de definir y defender su punto de vista con conocimiento de causa. Por consiguiente, creo que nos encontramos ante un vicio sustancial de forma, de manera que la Decisión de la Comisión debe ser anulada por este motivo. Para el supuesto de que el Tribunal de Justicia estime, sin embargo, que la Comisión ha respetado escrupulosamente los derechos de defensa del Gobierno neerlandés, debo examinar ahora los restantes motivos alegados por las partes demandantes.

35 — Sentencia de 3 de octubre de 1985, CBEM (311/84, Rec. p. 3261).

36 — Véase el apartado 32 *in fine* de su escrito de dúplica en el asunto C-48/90.

3. *Las imputaciones relativas a la motivación de la Decisión impugnada*

20. Las imputaciones que el Gobierno neerlandés y PTT Post BV articulan en el marco de este motivo pueden clasificarse en cuatro grupos:

i) *Terminología:* La Decisión no está suficientemente motivada, resultando incluso incomprensible, porque la Comisión confunde conceptos esenciales; las «rectificaciones» de 2 de febrero de 1990 no aportaron ninguna solución, pues constituyen modificaciones de fondo de la Decisión impugnada.

ii) La Decisión es *incomprensible* porque adolece de inadecuada comprensión de las disposiciones y servicios de que se trata.

iii) La Decisión está desprovista de *fundamento fáctico* porque se basa en datos de hecho inexactos.

iv) La *parte dispositiva* de la Decisión es demasiado amplia porque no se fundamenta en los considerandos de la misma; por otra parte, es demasiado vaga, porque no precisa de qué manera debe cumplir el Gobierno neerlandés las obligaciones que le incumben en virtud del Tratado.

Estas imputaciones deben valorarse a la luz de la jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, según la cual la obligación de motivar los actos que el artículo 190 del Tratado impone al Consejo y a la Comisión tiene como finalidad, por una parte, permitir que los interesados comprueben si el acto adolece de algún vicio que pueda servir de fundamento para impugnar su legalidad, y, por otra parte, hacer posible el control judicial. Esta es la razón de que el razonamiento de la Institución que adopta el acto deba expresarse de un modo claro y sin ambigüedades, de manera que los interesados y el Tribunal de Justicia puedan valorar los motivos que fundamentaron la adopción de la medida.[37]

Voy a tener que dedicar a este punto explicaciones bastante largas porque los motivos invocados hacen necesario un análisis detallado y a veces muy matizado. En lo relativo a una gran parte de las explicaciones que voy a desarrollar hasta el punto 34 inclusive, me podría limitar, si existiese esta costumbre en el Tribunal de Justicia, a una exposición reproducida en pequeños (o incluso muy pequeños) caracteres.

a) La terminología utilizada en la Decisión y en las rectificaciones

21. Según el Gobierno neerlandés y PTT Post BV, la Exposición de motivos de la Decisión impugnada resulta incomprensible porque utiliza de manera incorrecta y/o ambigua conceptos esenciales, como son el servicio postal básico, el correo expreso o urgente (o servicio de entrega rápida) y el servicio de mensajería. Según ellos, lo anterior viene corroborado, principal aunque no exclusivamente, por el hecho de que la Comisión consideró necesario publicar cierto número de «rectificaciones» a dicha Decisión algún tiempo después de haberla adoptado.[38] Tales «rectificaciones», que únicamente se publicaron en la versión neerlan-

37 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 30 de septiembre de 1982, Amylum/Consejo (108/81, Rec. p. 3107), apartado 19, y de 14 de julio de 1983, Nebe/Comisión (176/82, Rec. p. 2475), apartado 21.

38 — Las rectificaciones se publicaron en la versión neerlandesa del *Diario Oficial de las Comunidades Europeas* de 2.2.1990, p. 46.

desa del Diario Oficial de las Comunidades Europeas, no adoptaron la forma de una Decisión (cosa que, por lo demás, no era la intención de la Comisión). Así pues, si tales rectificaciones contienen modificaciones de fondo con respecto a la Decisión impugnada (como afirman el Gobierno neerlandés y PTT Post BV), no podrán ser tenidas en cuenta para resolver la cuestión de si la Decisión se motivó correctamente.[39] El Gobierno neerlandés llegó incluso a solicitar expresamente la anulación de dichas rectificaciones, basándose en que, según él, se trataba de una nueva Decisión de la Comisión, que fue adoptada sin haberse observado los requisitos formales del procedimiento.

22. Debo declarar, de entrada, que no me convence en su totalidad la argumentación de las partes demandantes sobre el impacto de las rectificaciones en el contenido de la Decisión impugnada. En mi opinión, en el caso de autos debe distinguirse entre tres tipos de rectificaciones. Un *primer* tipo de rectificaciones consiste en precisiones o correcciones de errores manifiestos de lenguaje, como sucede con las dos últimas rectificaciones, a saber, la sustitución de la expresión «De artikelen 2 en 12» («los artículos 2 y 12»)[40] por la expresión «De bepalingen van de artikelen 2 en 12» («las disposiciones de los artículos 2 y 12»), así como la corrección de «opgelegt» por «opgelegd». Es evidente que tales errores de lenguaje no constituyen lagunas de la motivación de la Decisión.

23. Un *segundo* tipo de rectificaciones tiene por objeto dotar de una mayor uniformidad a la terminología empleada en la Decisión [en particular, la sustitución de la expresión «expressepost» («correo expreso o urgente») por la expresión «koeriersdiensten» o «koeriersdienst» [«servicio(s) de mensajería»] en los considerandos once y diecisiete], o corregir la terminología utilizada [véase el tercer considerando, en el que la expresión «expressepost» («correo rápido») fue sustituida por la expresión «koeriersdienst» («servicio de mensajería»), así como el noveno considerando, en el que la expresión «de verzending van expressebrieven» («el envío rápido de cartas») fue sustituida por la expresión «de versnelde verzending van brieven door koeriersdiensten» («el envío urgente de cartas utilizando los servicios de mensajería»)].

Contrariamente a lo que piensa el Gobierno neerlandés, tales rectificaciones tampoco introducen modificaciones en el contenido de la Decisión impugnada. Las precisiones o correcciones terminológicas que efectúan esas rectificaciones se limitan a confirmar algo que ya se desprendía del contexto de la Decisión. A este respecto, por lo demás, conviene no perder de vista que no están muy claros el significado y la delimitación recíproca de los conceptos de «expressepost» («correo expreso o urgente») o «expressevervoer» («transporte expreso o rápido»), ni de los conceptos de «expressedienst» («servicio expreso o rápido»), «spoedbesteldienst» («servicio de entrega rápida») y «koeriersdienst» («servicio de mensajería»), y que estaban todavía mucho menos claros en el momento en que se adoptó la Decisión impugnada. La razón de ello radica en que se trata de conceptos que se refieren a servicios que en gran medida se han implantado recientemente y que a menudo se caracterizan por experimentar una evolución continua y rápida, de manera que no siempre resulta sencillo distinguir unos de otros. Así pues, las denominaciones que se

39 — Véase la sentencia de 23 de febrero de 1988, Reino Unido/Consejo (131/86, Rec. p. 905), apartados 31-39.

40 — Nadie discute que esta modificación fue introducida a petición del Gobierno neerlandés, que deseaba que se precisase que la declaración de incompatibilidad *no* afectaba a *todas* las disposiciones de los artículos 2 y 12 de la Ley postal de 1988.

utilizan para designar esos servicios distan mucho de tener aceptación general. Esto es especialmente válido en lo relativo a las expresiones «expressepost», «expressevervoer» y «expressedienst», por una parte, y «koeriersdienst», por otra. Las primeras expresiones, en efecto, son ambiguas porque se utilizan como sinónimos tanto para designar el «spoedbesteldienst» (es decir, el servicio de entrega rápida ofrecido en el marco del servicio postal básico) como para designar el «koeriersdienst» (es decir, los servicios —múltiples y variados— de transporte rápido e individualizado de cartas que al principio ofrecían únicamente las empresas privadas y que más tarde también fueron ofrecidos por Correos). Debido precisamente a esta ambigüedad, PTT Post BV decidió no utilizar nunca la expresión «expressepost» en los escritos que presentó. En la práctica, sin embargo, utilizó dicho término, a saber, para designar su propio servicio de entrega rápida, como se desprende de la fotocopia del sobre que la Comisión incluyó como anexo II del escrito de contestación que presentó en el asunto C-66/90.[41] La Comisión observó también,[42] sin haber sido contradicha en este punto por las empresas públicas de Correos, que en diciembre de 1989 (es decir, justo antes de que se adoptase la Decisión) tales empresas anunciaron que iban a prestar servicios de mensajería, tanto bajo la denominación «EMS Express» como bajo la denominación «EMS Courier».[43] En consecuencia, creo que la ambigüedad que resulta de la confusión en el uso de las expresiones «expressepost», «spoedbesteldienst» y «koeriersdienst» no se le puede imputar a la Comisión en este asunto y que las rectificaciones destinadas a establecer una distinción más clara entre la expresión «expressepost» (en el sentido de «spoedbesteldienst») y la expresión «koeriersdienst» no introducen ninguna modificación de fondo en la Decisión impugnada.

Por lo demás —y a fin de cuentas aquí se trata precisamente de eso—, ninguna de las expresiones corregidas mediante el segundo tipo de rectificaciones se caracteriza por hacer incomprensible la Exposición de Motivos de la Decisión. En efecto, en todos los casos se deduce claramente del contexto que el término «expressepost» se refiere a los «koeriersdiensten» («servicios de mensajería») y no a los «spoedbesteldiensten» («servicios de entrega rápida»). En otras palabras, las rectificaciones no hicieron sino clarificar lo que ya podía deducirse del contexto de la propia Decisión.

24. Queda aún un *tercer* tipo de rectificaciones, a saber, la rectificación de la segunda línea del cuarto considerando, en donde la expresión «spoedbestelling» («entrega rápida») es sustituida por la expresión «koeriersdienst» («servicio de mensajería»). Es evidente que el texto original de la Decisión contenía un error terminológico, que esta vez no puede ampararse en la circunstancia atenuante de la confusión que existe entre las expresiones «expressepost» y «koeriersdienst». Creo, sin embargo, que no puede afirmarse seriamente que ese error terminológico haga incomprensible la Exposición de motivos de la Decisión. En efecto, el discutido error aparece en la primera frase del *cuarto* considerando de la Decisión, que no hace sino desarrollar [véase la

41 — Como ha observado PTT Post BV en el escrito de réplica que presentó en el asunto C-66/90, en la terminología «oficial» de la Unión Postal Mundial también se utilizan indistintamente los conceptos de servicio de entrega rápida y de correo expreso o urgente.

42 — Véase el final del apartado 30 del escrito de contestación en el asunto C-66/90.

43 — Es verdad que en la nota 24 del escrito de réplica que presentaron en el asunto C-66/90, las empresas públicas de Correos mantienen que la *implantación* efectiva de los referidos «servicios rápidos» no tuvo lugar hasta el 1 de junio de 1990, es decir, con posterioridad a la adopción de la Decisión. Pero no niegan que la campaña de publicidad mediante la que se anunciaba dicha implantación se había lanzado en el mes de diciembre de 1989.

utilización de la palabra «eveneens» («asimismo»)] la distinción, que se acababa de hacer inmediatamente antes en el *tercer* considerando, entre el servicio postal básico y el servicio de mensajería o correo rápido. Aunque indiscutiblemente sea de lamentar el error terminológico de la Comisión, si se tiene en cuenta el contexto dicho error no constituye un obstáculo para comprender en este punto la Exposición de motivos de la Decisión impugnada.

Las consideraciones precedentes nos llevan a la conclusión de que, contrariamente a lo que afirman el Gobierno neerlandés y PTT Post BV, las rectificaciones no indican que la Exposición de motivos de la Decisión impugnada sea insuficientemente clara o incluso incomprensible. Hemos deducido, por el contrario, que las rectificaciones que se discuten deben ser consideradas, *bien* como correcciones gramaticales o estilísticas evidentes, *bien* como precisiones terminológicas que eliminan ambigüedades conceptuales que no pueden ser imputadas a la Comisión, o *bien* como correcciones de errores terminológicos, y que ninguna de tales rectificaciones obstaculiza la comprensión de la Exposición de motivos de la Decisión impugnada. Así pues, para valorar la Decisión impugnada no tiene mucha importancia saber si se pueden tener en cuanta tales rectificaciones. En lo relativo a la pretensión distinta del Gobierno neerlandés destinada a la anulación de las rectificaciones, la considero fundada únicamente en la medida en que versa sobre el tercer tipo de rectificaciones, a saber, la sustitución, en el cuarto considerando, de la expresión «spoedbestelling» por la expresión «koeriersdienst». En lo que atañe a todas las demás rectificaciones, creo que no se puede considerar que impliquen una modificación material del contenido de la Decisión.

25. Por último, las partes demandantes afirman que la Exposición de motivos de la Decisión resulta incomprensible debido a cierto número de confusiones de conceptos que la Comisión *no* ha corregido.

Creo, sin embargo, que en todos los casos se trata de la utilización de los términos «expressepost» o «expressedienst» para designar, *bien* los servicios de mensajería (véanse los considerandos cuatro, catorce y quince, así como el artículo 1 de la Decisión), o *bien* el servicio «EMS», que las empresas públicas de Correos ofrecían en el momento en que se adoptó la Decisión y que (en su día) podía compararse, en cierta medida aunque no completamente, a los servicios de mensajería que ofrecían las empresas privadas (véanse los considerandos quinto, sexto, decimocuarto y decimoséptimo de la Decisión). Por lo tanto, me bastará con repetir lo que ya he afirmado anteriormente (en el punto 23): teniendo en cuenta que las expresiones «expressepost» o «expressedienst» se utilizan indistintamente para designar los servicios de mensajería, la utilización de dichos términos no puede calificarse de error terminológico. Me parece asimismo que la utilización de tales términos tampoco puede hacer incomprensible la Exposición de motivos de la Decisión impugnada. Por consiguiente, la primera parte del tercer motivo debe ser desestimada.

b) ¿Inadecuada comprensión de las disposiciones y servicios de que se trata?

26. Ha sido fundamentalmente PTT Post BV quien ha expresado críticas en este punto sobre la Decisión impugnada. Sin embargo, la exposición de sus imputaciones no me parece demasiado convincente. De este modo, reprocha a la Comisión el que en la

Decisión impugnada la designó a ella, a PTT Post BV, como titular de la concesión exclusiva del transporte de cartas (en lugar de designar a su sociedad matriz, Koninklijke PTT Nederland NV), así como el haber afirmado equivocadamente que la tarifa máxima para los servicios obligatorios de transporte de cartas que aplicaban los PTT ascendía a 4,50 HFL en lugar de a 14 HFL, que constituye la tarifa máxima para la entrega rápida de una carta con destino a otro Estado miembro de la Comunidad. No creo que tales errores, relativos a meros detalles, hagan incorrecta o incomprensible la Exposición de motivos de la Decisión impugnada.

27. En un plano más importante, las empresas públicas de Correos afirman también que la Decisión está incorrectamente motivada: i) porque la Comisión entendió mal la *ratio legis* del requisito del precio mínimo de los servicios de mensajería, e ii) porque, en su análisis, la Comisión no tuvo en cuenta el hecho de que las empresas de mensajería han ido implantando cada vez más servicios que compiten directamente con los servicios que Correos ofrece en el marco de su obligación legal de garantizar el transporte de cartas.

En lo que atañe a la aplicación del artículo 190 del Tratado, esta crítica no me parece muy pertinente. En efecto, no tiene por objeto demostrar que la Exposición de motivos del acto impugnado sea ambigua, imprecisa o incomprensible. La imputación basada en la incomprensión de la *ratio legis* del requisito del precio mínimo está de hecho relacionada estrechamente con el fondo del asunto. Se trata de la cuestión de determinar si, en la Decisión impugnada, la Comisión estimó fundadamente que el requisito del precio mínimo no era necesario para el mantenimiento del servicio postal básico. [44]

Examinaré esta cuestión posteriormente (en los puntos 48 a 52). La imputación basada en la ampliación del abanico de servicios ofrecidos por las empresas de mensajería equivale, en realidad, a afirmar que la Comisión no tuvo en cuenta en su apreciación un elemento de hecho esencial, cosa que convierte en incorrecta dicha apreciación. Si se consideran debidamente las cosas, también aquí se trata, no tanto de una irregularidad de procedimiento como de un motivo de fondo basado en las presuntas lagunas en el examen de los hechos (a saber, la relación de competencia entre PTT Post BV y las empresas privadas de mensajería) y en las conclusiones jurídicas fundadas en tal examen. Esta imputación debe ser examinada en el marco de los motivos de fondo articulados por las demandantes. [45]

c) ¿Está la Decisión desprovista de fundamento fáctico?

28. En esta parte del tercer motivo, los demandantes mantienen que la Decisión impugnada está desprovista de fundamento fáctico porque admite equivocadamente que los requisitos que la Ley postal de 1988 exige para poder prestar servicios de mensajería con origen o con destino en el territorio neerlandés (véase el punto 3 *supra)* no resultan aplicables a PTT Post BV cuando dicha empresa ofrece servicios de esa naturaleza.

Es preciso subrayar, de entrada, que se trata aquí de un punto de esencial importancia para resolver los asuntos que hoy nos ocupan. La exención de la que se benefician las empresas públicas de Correos (y, desde el punto de vista opuesto, la discriminación de la que son víctimas las empresas privadas de

44 — Véanse los considerandos decimoséptimo y decimoctavo de la Decisión.

45 — Véase la sentencia de 3 de julio de 1991, AKZO/Comisión (C-62/86, Rec. p. I-3359), apartados 25 y 26.

mensajería) constituye, en efecto, el elemento fundamental en el que la Comisión basó su juicio cuando declaró que nos encontrábamos ante tres tipos de prácticas abusivas en el sentido del artículo 86 del Tratado.[46] En otros términos, si el Tribunal de Justicia entiende que la Comisión cometió un error al considerar como premisa la exención de las empresas públicas de Correos, desaparecerá al mismo tiempo un elemento de hecho indispensable para la apreciación jurídica de la Decisión, con la consecuencia de que procederá estimar el recurso de anulación.

29. Recuérdese también que aquí *no* se trata de la interpretación (objetivamente) correcta de la legislación neerlandesa que se discute, interpretación que tan sólo puede realizar con autoridad un Juez nacional. Lo que el Tribunal de Justicia debe examinar es más bien la cuestión de si, en el momento de adoptar la Decisión impugnada, la Comisión *podía razonablemente suponer* que los tres requisitos exigidos por la Ley no eran aplicables a las empresas públicas de Correos.[47]

Ahora bien, habida cuenta de la formulación de la Ley postal de 1988 y de la situación de hecho que existía en el momento en que se adoptó la Decisión impugnada, me parece que el punto de vista de la Comisión era plausible.

A este respecto, la principal indicación es que, tal como muestran su sistemática y los términos en que está redactada, la Ley postal pretende establecer *dos* regímenes jurídicos distintos, a saber, un régimen para «el titular de la concesión» (es decir, PTT Nederland NV, y, más tarde, PTT Post BV),[48] por una parte, y un régimen para «los demás que no sean titulares de la concesión», por otra. Esta diferencia de «situación jurídica» se manifiesta, en particular, en la letra a) del apartado 2 del artículo 12 de la Ley postal, que prohíbe «a todas las personas que no sean el concesionnario» transportar cartas de hasta 500 g si no cumplen los tres requisitos que ya he mencionado (requisito de calidad, requisito de precio mínimo y requisito de registro).[49]

La referida diferencia se manifiesta también en las letras b) y d) del apartado 2 del artículo 12, que establecen otras excepciones al monopolio postal con respecto a las cartas que «sean transportadas por cuenta del concesionario» o que «estén destinadas manifiestamente a ser transportadas por el concesionario o a ser entregadas una vez transportadas por el concesionario» [parece ser que la expresión «vervoer» («transporte») se refiere tanto al transporte normal como al transporte rápido].

La interpretación de los demandantes supone que la expresión «los demás que no

46 — Véase el resumen de la Decisión impugnada que figura en el punto 4 *supra*. En los puntos 41 a 46 *infra* volveré a examinar detalladamente la cuestión de si la discriminación de la que son víctimas las empresas privadas de mensajería supone efectivamente una explotación abusiva de posición dominante por parte de PTT Post BV.

47 — Véase la sentencia de 7 de febrero de 1979, Francia/Comisión (asuntos acumulados 15/76 y 16/76, Rec. p. 321). Evidentemente no puede descartarse que, si la Comisión hubiese ofrecido al Gobierno neerlandés, como habría debido hacer, la posibilidad de manifestar su punto de vista tanto sobre las imputaciones relativas a la Ley postal de 1988 que posteriormente ella consideró fundadas como sobre las observaciones que los servicios privados de mensajería habían formulado con respecto a la carta de respuesta del Gobierno neerlandés de 16 de enero de 1989, al final la Comisión habría llegado a una conclusión distinta sobre la cuestión de si PTT Post BV estaba sujeta a los requisitos enunciados por la Ley postal de 1988. Ahora bien, como anteriormente (en el punto 19) llegué a la conclusión de que la vulneración de los derechos de la defensa del Gobierno neerlandés equivalía a un vicio sustancial de forma, no es necesario que examine si dicha vulneración tuvo concretamente consecuencias perjudiciales para la situación jurídica del Gobierno neerlandés. En esta parte de las conclusiones (que, como ya dije, se presenta con carácter subsidiario) voy a examinar los argumentos relativos a la sumisión efectiva de PTT Post BV a los requisitos exigidos por la Ley postal de 1988, suponiendo al mismo tiempo que la Comisión no incurrió en vicio sustancial de forma *y que, por consiguiente, no estaba obligada* a mantener con el Gobierno neerlandés más amplias conversaciones. En otras palabras, la apreciación, evocada en el texto, del carácter razonable de la actitud de la Comisión debe efectuarse teniendo en cuenta las informaciones de las que ella efectivamente disponía.

48 — La concesión exclusiva se atribuyó a PTT Nederland NV; para desempeñar el servicio postal público, dicha sociedad creó una filial específica, a saber, PTT Post BV.

49 — El incumplimiento del requisito del precio mínimo es sancionado por el apartado 1 del artículo 17 de la Ley postal.

sean titulares de la concesión» designa también a PTT Post BV cuando esa empresa lleva a cabo servicios de mensajería. Tal interpretación, sin embargo, puede difícilmente conciliarse con la sistemática y los términos de la Ley postal, habida cuenta de que en el momento en que se adoptó la Ley (26 de octubre de 1988) las empresas públicas de Correos no ofrecían servicios de mensajería por medio de otra empresa claramente distinta de ellas mismas (por ejemplo, una persona jurídica constituida en sociedad distinta y administrada como tal): los servicios de transporte rápido que las empresas públicas de Correos ofrecían a finales del año 1988 estaban totalmente integrados en el propio sistema de Correos, cuya infraestructura utilizaban (oficinas de correos, vehículos postales, etc.), así como sus ventajas (exención del Impuesto sobre el Valor Añadido sobre envíos postales dentro del territorio neerlandés) y su nombre comercial.

30. El punto de vista de la Comisión lo corrobora también la formulación del requisito de calidad enunciado en el punto 1 de la letra a) del apartado 2 del artículo 12 de la Ley postal, que impone a las empresas de mensajería la obligación de prestar un servicio «de una calidad sensiblemente superior a la que el titular de la concesión ofrece en el territorio nacional a cualquier interesado en el ámbito del transporte rápido normal». Incluso si se admite, contrariamente a lo que he afirmado en el apartado precedente, que este requisito se aplica también a los servicios de mensajería que ofrece PTT Post BV, semejante interpretación plantearía problemas de aplicación prácticamente insolubles. En efecto, con respecto a todo servicio de transporte «rápido» prestado por las empresas públicas de Correos (y existían por lo menos tres de ellos en el momento de adoptarse la Decisión, que o bien ya habían sido anunciados o bien eran incluso operativos, a saber, el servicio EMS express, EMS Time-Net y EMS Courier), habría que determinar en cada caso si tal servicio debe considerarse como un servicio de entrega rápida (incluido en el ámbito de la concesión exclusiva y que, por lo tanto, no está sometido al requisito) o como un servicio de mensajería en el sentido genuino del término. Voy a proponer un solo ejemplo para ilustrar mi aseveración: nadie niega que hasta el mes de junio de 1990 las empresas públicas de Correos proponían un servicio de entrega rápida *con recogida a domicilio*. Habida cuenta de esta prestación adicional, parece lógico equiparar tal servicio a un servicio de mensajería. Pero resulta que dicho servicio no se ajusta al requisito de calidad, especialmente a la exigencia de «localización durante el transporte», debido a que el servicio de entrega rápida con recogida a domicilio no se efectuaba valiéndose de lo que comunmente se denomina un sistema de «tracking and tracing». Como indican las propias empresas públicas de Correos,[50] dicho sistema de «tracking and tracing» no entró en funcionamiento sino a partir del 1 de junio de 1990, de manera que tampoco cumplían el requisito de calidad los restantes servicios rápidos que las empresas públicas de Correos prestaban en el momento en que se adoptó la Decisión (y, en particular, el servicio EMS «a la manera antigua»).[51] Así pues, era lógico que en diciembre de 1989 la Comisión dedujese de dicha situación que los servicios rápidos de PTT Post BV sencillamente no se ajustaban al requisito de calidad.

50 — Véase la nota 24 del escrito de réplica presentado por las empresas públicas de Correos en el asunto C-66/90, así como la parte del texto a la que se refiere.

51 — Por otra parte, los coadyuvantes NVIK y NOB presentaron cierto número de documentos de los que parece deducirse que, en el momento de adoptarse la Decisión, las empresas públicas de Correos no se atenían al requisito del precio mínimo en lo relativo a los servicios rápidos que prestaban (véanse especialmente los anexos 21 y 24 de sus observaciones). Las empresas públicas de Correos negaron con vehemencia esta afirmación. No creo que resulte necesario aclarar este punto (que es una cuestión de hecho), habida cuenta de que la no sujeción de las empresas públicas de Correos a los mencionados requisitos se deduce ya con la suficiente claridad del (in)cumplimiento del requisito de calidad por parte de los servicios rápidos de las empresas públicas de Correos.

31. El único elemento que corrobora la afirmación de los demandantes es una «nota van toelichting» («nota explicativa») del besluit minimumtarieven koeriersdiensten,[52] así como un pasaje de los trabajos preparatorios de la Ley.[53] No obstante, los trabajos preparatorios distan mucho de estar exentos de toda ambigüedad. De este modo, el mandatario *ad litem* de las partes coadyuvantes NOB y NVIK puso de relieve en la vista que el Ministro neerlandés de Transportes, Agua y Obras Públicas había propuesto, durante la tramitación parlamentaria, que se estableciese en el artículo 13 de la Ley un sistema de excepciones individuales a la concesión exclusiva en beneficio de los servicios privados de mensajería. Tan sólo al final de la tramitación parlamentaria dicho sistema fue convertido en la excepción genérica incluida en el apartado 2 del artículo 12, lo que significa que la génesis del texto del apartado 2 del artículo 12 no pone ciertamente de relieve que las referidas excepciones se hubiesen establecido también para los servicios de mensajería que eventualmente presten las propias empresas públicas de Correos. Por otra parte y sobre todo, la Comisión podía legítimamente partir del principio de que los trabajos preparatorios no pueden en modo alguno fundamentar una interpretación *contra legem*. Por lo demás, resulta significativo el hecho de que el Gobierno neerlandés, como así lo indica en el escrito de réplica que presentó en el asunto C-48/90, enviará a los Estados Generales neerlandeses, «debido a las cuestiones que se han suscitado», un Proyecto de Ley para modificar la Ley postal, «a fin de excluir cualquier otro malentendido acerca de las obligaciones de las empresas públicas de Correos en la materia».

Se llega, pues, a la conclusión de que la Comisión podía razonablemente suponer, en la Decisión impugnada, que PTT Post BV no estaba sujeta a los requisitos que la Ley postal de 1988 exige para prestar servicios de mensajería con origen o con destino en el territorio neerlandés. Esto significa que, en las observaciones que se harán a continuación (puntos 25 y ss.), vamos a tener que analizar *la adecuada fundamentación* de la Decisión partiendo de la hipótesis de que los servicios privados de mensajería sufrieron efectivamente una discriminación con respecto a las empresas públicas de Correos.

d) La parte dispositiva de la Decisión

32. En primer lugar, el Gobierno neerlandés y PTT Post BV alegan que la parte dispositiva de la Decisión es demasiado vaga porque no contiene ninguna indicación que pueda dar a conocer al Gobierno neerlandés las medidas que ha de adoptar para poner fin a la alegada infracción del Tratado.

Esta imputación no me parece fundada. El apartado 3 del artículo 90 del Tratado confiere a la Comisión la facultad de adoptar Decisiones con la finalidad y la misión de precisar la compatibilidad con el Tratado de las medidas estatales relativas a las empresas públicas y a aquellas empresas a las que los Estados concedan derechos especiales o exclusivos. Se trata, pues, de valorar tales medidas a la luz de las disposiciones del Derecho comunitario, que en su mayor parte[54] son directamente aplicables. En cambio, no forma parte de la misión de la Comisión determinar qué tipo de intervención resultará

52 — Véase el anexo 2 de la demanda presentada por el Gobierno neerlandés en el asunto C-48/90.

53 — Se trata de la «nota naar aanleiding van het eindverslag» (nota presentada con ocasión del informe definitivo), incorporada como anexo 2 a la demanda presentada por PTT Post BV en el asunto C-66/90.

54 — Véase el punto 10 y la nota 24 *supra*.

necesaria, adecuada o posible, según el Derecho interno, para poner fin a las infracciones comprobadas.

Unicamente podría prosperar la imputación de las partes demandantes si lograsen demostrar que el análisis jurídico que la Comisión hace de las medidas estatales discutidas es hasta tal punto vago y/o confuso que impide por completo que el Estado miembro de que se trate descubra de qué manera puede ponerse fin a las infracciones comprobadas. Sin embargo, en el caso de autos, las partes no han demostrado nada parecido. En efecto, la Decisión impugnada se dirige efectivamente contra el régimen legal preferencial del que se beneficia PTT-Post BV cuando esta empresa ofrece servicios de mensajería, habida cuenta de las consecuencias que tal discriminación tiene para la competencia en el mercado de los servicios de mensajería (véanse las detalladas explicaciones que figuran en los considerandos undécimo a decimoctavo con respecto a la explotación abusiva de una posición dominante, a las consecuencias de la misma para los intercambios comerciales entre los Estados miembros y a la no aplicabilidad de la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 90). Al Gobierno neerlandés es a quien incumbe adoptar las medidas necesarias para poner fin a la referida infracción del Tratado en el supuesto de que el Tribunal de Justicia desestime el presente recurso. Naturalmente, la medida más evidente consiste en suprimir la discriminación existente y reemplazarla por otras normas que no supongan la infracción del artículo 90 del Tratado en relación con el artículo 86. Como ya dije, no incumbe a la Comisión sino al Gobierno neerlandés determinar con precisión en qué han de consistir esas nuevas normas. Es evidente que lo anterior no impide que el Gobierno neerlandés, si así lo desea, pueda dirigirse a la Comisión y consultarla sobre la licitud de las medidas que proyecta adoptar, o incluso interrogarla acerca de las dificultades suscitadas por la aplicación de la Decisión, así como proponerle modificaciones adecuadas de la misma. [55] El artículo 5 del Tratado exige, en efecto, que la Comisión y los Estados miembros colaboren de buena fe para solucionar los posibles problemas vinculados al cumplimiento de las obligaciones derivadas del Derecho comunitario. [56]

33. Por otra parte, los demandantes mantienen que la parte dispositiva de la Decisión impugnada es demasiado amplia porque, en dos de sus aspectos, no se fundamenta en la Exposición de motivos. En primer lugar, los demandantes se quejan de que la parte dispositiva no se dirige sólo contra el precio mínimo (de 11,90 HFL) para los destinos situados dentro de la Comunidad, sino también contra el precio mínimo (de 17,50 HFL) para los destinos situados fuera de la Comunidad.

Creo que esta imputación sí tiene fundamento. La parte de la Exposición de motivos de la Decisión impugnada que se refiere a la incompatibilidad del requisito del precio mínimo con lo dispuesto en el artículo 90 en relación con el artículo 86 se aplica específicamente a la tarifa mínima vigente para los destinos situados en el territorio de los Países Bajos o en otros Estados miembros de la Comunidad (véase, en particular, el decimoquinto considerando). Aunque no puede excluirse que tales consideraciones valgan asimismo para la tarifa mínima de los servicios

55 — También es posible que dichas dificultades se originen como consecuencia del *plazo* que la Decisión de que se trate conceda para la aplicación de la misma. De este modo, el Gobierno neerlandés afirma que el plazo fijado por la Decisión impugnada es «excesivamente breve».

56 — En materia de ayudas, el Tribunal de Justicia ha confirmado este principio en varias ocasiones. Véanse, por ejemplo, las sentencias de 2 de febrero de 1989, Comisión/Alemania (94/87, Rec. p. 175), apartado 9, y de 15 de enero de 1986, Comisión/Bélgica (52/84, Rec. p. 89), apartado 16.

de mensajería entre los Países Bajos y los países situados fuera de la Comunidad, ello no exime a la Comisión del deber de motivar su Decisión en este punto. Lo anterior resulta especialmente cierto cuando tal aplicación por analogía no parece evidente. De este modo, es posible preguntarse, por ejemplo, si la tarifa mínima aplicable a los servicios de mensajería entre los Países Bajos y los países situados fuera de la Comunidad puede afectar al comercio *entre los Estados miembros*. La Decisión impugnada, y especialmente el decimoquinto considerando de su Exposición de motivos, no contienen la más mínima indicación a este respecto, de manera que no puede considerarse que la Decisión impugnada esté suficientemente motivada en este punto.

34. Según los demandantes, la parte dispositiva de la Decisión impugnada también es demasiado amplia en un segundo aspecto, a saber, en la medida en que, sin motivar debidamente tal afirmación, declara incompatible con el Tratado la obligación impuesta a las empresas de mensajería de registrar sus tarifas con antelación.

Considero que esta imputación también es pertinente. En la Exposición de motivos de la Decisión impugnada, únicamente se hace referencia a la obligación de registrar en el último párrafo del primer considerando. En dicho considerando, la Comisión afirma que la finalidad de la obligación de registrar las tarifas es

«evitar cualquier posible flexibilidad en la negociación de las tarifas con clientes importantes, viéndose afectadas principalmente por dicha medida las empresas establecidas fuera de los Países Bajos, que estarán obligadas a registrar cada año todas sus tarifas en La Haya, con independencia del número de envíos recogidos en los Países Bajos».

En otros términos, la Decisión se limita a describir con carácter general el impacto de la obligación de registro sobre las actividades de las empresas privadas de mensajería. Aunque es verdad que la Exposición de motivos de la Decisión impugnada describe el referido impacto como desfavorable, no da ninguna interpretación jurídica del mismo. En efecto, la parte de la Exposición de motivos que se refiere a la infracción del artículo 90 del Tratado en relación con el artículo 86 habla exclusivamente de las tarifas mínimas y del requisito de calidad, sin dedicar ni una sola palabra a la obligación de registrar las tarifas. Contrariamente a lo que afirma la Comisión, el mencionado análisis jurídico no puede, sin más, aplicarse por analogía a la obligación de registrar las tarifas. De este modo, por ejemplo, no se acierta a comprender, si no se nos explican las razones, por qué la referida obligación tiene como consecuencia el que una parte del mercado de los servicios de mensajería quede reservado a PTT Post BV,[57] ni por qué tal obligación impone a los usuarios de servicios de mensajería el tener que recurrir a los servicios de correo rápido de PTT Post BV,[58] ni tampoco por qué dicha medida impide que las empresas privadas de mensajería ofrezcan una gama completa de servicios de mensajería.[59]

Por esta razón, en lo relativo al requisito del precio mínimo para los destinos situados fuera de la Comunidad y en lo relativo a la obligación de registrar las tarifas que la Ley postal de 1988 impone a las empresas priva-

57 — Véase el párrafo primero del undécimo considerando de la Decisión impugnada.

58 — Véase el duodécimo considerando de la Decisión impugnada.

59 — Véase el párrafo primero del decimocuarto considerando de la Decisión impugnada.

das de mensajería, la Decisión impugnada debe anularse por motivación insuficiente.[60]

D. Examen de los motivos de fondo

1. *Inexistencia de comportamiento de una empresa*

35. Según las partes demandantes, en la Decisión impugnada la Comisión incurre en aplicación indebida del artículo 90 en relación con el artículo 86. En efecto, los demandantes niegan que esas dos disposiciones puedan aplicarse a una restricción de la competencia que no sea el resultado del comportamiento de una empresa sino tan sólo de una medida de los poderes públicos.

Para una adecuada comprensión de este motivo, es necesario examinar con mayor detenimiento la parte correspondiente de la Exposición de motivos de la Decisión (a saber, los considerandos sexto a decimoctavo). Según la Comisión, las disposiciones de la Ley postal de 1988 mencionadas anteriormente infringen el artículo 90 en relación con el artículo 86, porque tienen como efecto crear una posición dominante de PTT Post BV en el mercado de los servicios de mensajería. El punto de partida de dicha afirmación es que PTT Post BV dispone de una posición dominante en el mercado de los servicios postales básicos en virtud de la concesión exclusiva que la Ley le atribuye para transportar cartas de hasta 500 g.[61] El abuso consiste, según la Comisión, en que la Ley postal amplía esa posición dominante al mercado de los servicios de mensajería, lo que implica el riesgo de eliminar por completo la competencia en dicho mercado.[62] La Decisión impugnada afirma, además, que la posición dominante recientemente adquirida por PTT Post BV en el mercado de los servicios de mensajería da lugar a dos abusos adicionales. En primer lugar, a las empresas que quieren seguir utilizando los servicios de las empresas privadas de mensajería se les imponen precios y condiciones no equitativos, bien porque deben pagar una tarifa mínima para obtener tales servicios, o bien porque tan sólo pueden procurarse dichos servicios por debajo de la tarifa mínima si acuden a PTT Post BV.[63] En segundo lugar, la oferta de servicios de mensajería en el mercado resulta limitada como consecuencia del hecho de que los servicios de elevado valor añadido de las empresas privadas de mensajería ya sólo pueden prestarse con sujeción a la tarifa mínima y debido al hecho de que el requisito de calidad impide a las empresas privadas de mensajería ofrecer una gama completa de servicios de correo rápido.[64] Las partes están de acuerdo en que las restricciones de la competencia que la Decisión impugnada identifica no resultan principalmente del comportamiento de PTT Post BV; la Decisión impugnada considera, más bien, que tales restricciones de la competencia obedecen al hecho de que, a diferencia de las empresas privadas de mensajería, PTT Post BV no está sujeta a los tres requisitos que la Ley postal exige para prestar servicios de mensajería. Dicho de otra manera, las aludidas restricciones de la competencia resultan de la intervención directa del legislador neerlandés en la estructura de la competencia, que so-

60 — En otros términos, no creo que los dos defectos de motivación que han sido comprobados afecten a la validez de la Decisión en su conjunto. En efecto, la tarifa mínima aplicable a los destinos situados dentro de la Comunidad y la tarifa mínima aplicable a los destinos situados en terceros países pueden ser objeto de distinta consideración y ser aplicadas con independencia una de la otra. Por lo que se refiere a la obligación de registrar las tarifas, de la Exposición de motivos de la Decisión (véanse los considerandos undécimo a decimocuarto) se desprende que las consecuencias de la Ley postal de 1988 que tienen por efecto restringir la competencia se derivan del requisito del precio mínimo y del requisito de calidad, de manera que se producirían incluso aunque no existiese ninguna obligación de registrar las tarifas. Si se sigue el razonamiento de la Comisión, esta obligación de registro constituye, de alguna manera, un «factor agravante».

61 — Véase el décimo considerando de la Decisión impugnada.

62 — Véase el undécimo considerando de la Decisión impugnada.

63 — Véase el duodécimo considerando de la Decisión impugnada.

64 — Véanse los considerandos decimotercero y decimocuarto de la Decisión impugnada.

mete la actividad de una empresa determinada (PTT Post BV) a un régimen más favorable que el de sus competidoras. Según la Comisión, esta intervención en la estructura de la competencia tiene el mismo efecto sobre el mercado comunitario que un comportamiento de una empresa prohibido por el artículo 86, lo que constituye suficiente elemento para justificar la aplicación del artículo 90. En las consideraciones que vienen a continuación (puntos 36 a 46), voy a examinar primero esa cuestión de principio que es determinar si el artículo 90 autoriza asimismo a la Comisión a actuar contra las distorsiones de la competencia que sean consecuencia principalmente de la intervención de un Estado miembro.

36. Antes de pasar revista a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia pertinente en la materia, quisiera, en primer lugar, delimitar la cuestión que nos ha sido planteada. Ninguna de las partes pone en duda que las disposiciones del artículo 90 se dirigen *a los Estados miembros* (aunque se refieran a medidas que los Estados miembros adoptan *con respecto a las empresas).* Nadie podría poner en duda tampoco que el artículo 90 atribuye a la Comisión la facultad de actuar contra aquellas medidas estatales que falseen el juego de la competencia dentro del mercado común, aun cuando no exista ningún comportamiento de una empresa. Así sucede cuando las medidas estatales relativas a las empresas públicas o a aquellas empresas a las que se concedan derechos especiales o exclusivos infringen las normas del Tratado en materia de libre circulación de personas, mercancías y capitales. En la sentencia recaída recientemente, el 19 de marzo de 1991, en el asunto C-202/88,[65] por ejemplo, el Tribunal de Justicia declaró que el apartado 3 del artículo 90 atribuye a la Comisión facultades para exigir a los Estados miembros (en su caso, mediante una Directiva) la supresión de los derechos especiales o exclusivos de comercializar o mantener aparatos terminales de comunicaciones que dichos Estados hubiesen concedido a las empresas, y ello basándose en que tales derechos constituyen una infracción del artículo 30 del Tratado. De la misma manera, la Comisión habría estado legitimada para declarar, en la Decisión impugnada, que el requisito de registro exigido por la Ley postal resultaba incompatible con el artículo 90, en relación con el artículo 59, habida cuenta de las graves restricciones que dicho requisito impone a las empresas de mensajería establecidas en otros Estados miembros que desean ofrecer sus servicios en el territorio de los Países Bajos. Sin embargo, la Comisión optó por hacer pasar a la Ley postal por el tamiz de una disposición del Tratado (a saber, el artículo 86) que, si nos ceñimos a su texto y a su alcance, se refiere al comportamiento de las empresas y no a las medidas legales o administrativas adoptadas por los Estados miembros, declarando, una vez finalizada tal confrontación, la Ley postal incompatible con el referido artículo 86. ¿Le atribuía el artículo 90 facultades para ello? Esa es la cuestión más limitada a la que ahora debemos responder.

37. La jurisprudencia de este Tribunal de Justicia admite desde hace mucho tiempo que los artículos 85 y 86 pueden aplicarse también a las disposiciones legales o administrativas adoptadas por los Estados miembros. En la sentencia de 16 de noviembre de 1977, GB Inno,[66] más concretamente, el Tribunal de Justicia declaró que, si bien es verdad que los artículos 85 y siguientes se dirigen a las empresas, no es menos verdad que el Tratado obliga a los Estados miembros a no adoptar ni mantener en vigor medidas que puedan suprimir la eficacia de tales disposiciones.[67] El Tribunal de Justicia relaciona esta obligación con la que resulta

65 — Antes citada en la nota 18.

66 — 13/77, Rec. p. 2115.

67 — Véanse los apartados 30 y 31 de la sentencia.

del párrafo segundo del artículo 5 del Tratado, el cual prevé que los Estados miembros se abstendrán de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización del fin enunciado en la letra f) del artículo 3 del Tratado, a saber, el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común.[68] Esta es la razón de que se prohíba a los Estados miembros adoptar o mantener en vigor medidas, incluso de carácter legal o reglamentario, que puedan suprimir la eficacia de las normas sobre competencia aplicables a las empresas.[69] En relación con esta regla general, el artículo 90 del Tratado constituye una regla particular, específicamente referida a las empresas públicas y a aquellas empresas a las que los Estados miembros concedan derechos especiales o exclusivos.[70] Basándose en lo anterior, y contrariamente a lo que afirma el Gobierno neerlandés, el Tribunal de Justicia declaró que el monopolio concedido por un Estado miembro a una empresa (o la ampliación de tal monopolio) puede resultar incompatible con el artículo 90 del Tratado cuando las modalidades de la organización y del funcionamiento de dicho monopolio infrinjan las disposiciones del Tratado, incluidas las normas en materia de competencia.[71]

38. La jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha delimitado progresivamente, con mayor precisión, las categorías de medidas estatales que pueden suprimir la eficacia de las normas sobre competencia aplicables a las empresas. Creo que puede distinguirse entre cuatro categorías de intervenciones de los poderes públicos.

En primer lugar, un Estado miembro puede *contribuir* a un comportamiento de una empresa prohibido por el artículo 85 o por el artículo 86. Se trata en este caso de medidas estatales que *favorecen* o *acentúan* los efectos de comportamientos específicos de empresas (prácticas concertadas o abusivas). El Tribunal de Justicia hubo de resolver un supuesto similar en la sentencia de 11 de abril de 1989, Ahmed Saeed,[72] sentencia en la que declaró que la aprobación, por parte de las autoridades nacionales, de acuerdos sobre tarifas celebrados entre compañías aéreas y contrarios al apartado 1 del artículo 85 constituye una infracción del artículo 5 y, en su caso, del artículo 90 del Tratado.

En segundo lugar, un Estado miembro puede delegar en empresas privadas la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica y renunciar a su propio poder reglamentario. Al hacer esto, atribuye a las empresas la *facultad de intervenir con carácter normativo* y, por lo tanto, les da la posibilidad de que falseen el juego de la competencia.[73] En el asunto Van Eycke, la parte demandante en el litigio principal había alegado, en particular, que así sucedía con una normativa belga que establecía una exención fiscal en beneficio de las retribuciones de los depósitos de ahorro, pero sometiendo tal exención al requisito de que el interés acreedor de base no superase un límite máximo correspondiente al tipo medio más bajo aplicable en el mercado de referencia, tipo que, según el demandante, había sido determinado de hecho previa concertación con los representantes de las instituciones financieras y con su colaboración.[74]

En tercer lugar, un Estado miembro puede *imponer* a las empresas un comportamiento incompatible con los artículos 85 y 86. El

68 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 10 de enero de 1985, Leclerc (229/83, Rec. p. 1), apartados 13 y 14.

69 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 21 de septiembre de 1988, Van Eycke (267/86, Rec. p. 4769), apartado 16.

70 — Véase el apartado 32 de la citada sentencia GB Inno.

71 — Este principio, que ya había sido afirmado con carácter general en la sentencia de 30 de abril de 1974, Sacchi, antes citada, ha sido recientemente confirmado por la sentencia C-202/88, antes citada, (nota 18), apartados 22 y 34 a 44, y por la sentencia de 18 de junio de 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I-2925), apartados 24 y 31.

72 — 66/86 Rec. p. 803.

73 — Véase la sentencia Van Eycke, antes citada (nota 69), apartado 16.

74 — Véanse los apartados 5 a 8 y 17 a 19 de la sentencia.

Tribunal de Justicia resolvió un caso similar en la sentencia de 4 de mayo de 1988, Bodson,[75] sentencia en la que declaró que las autoridades municipales que obliguen a empresas que disfrutan de una posición dominante a aplicar precios particularmente elevados por sus servicios contravendrán el apartado 1 del artículo 90 del Tratado.[76] Mientras que en el segundo supuesto los poderes públicos permiten que una empresa adopte medidas reglamentarias *en su lugar,* en este tercer supuesto los poderes públicos utilizan a una empresa como un «instrumento desprovisto de voluntad» por medio del cual *ellos mismos* influyen en la estructura de la competencia del mercado común.

En cuarto lugar, una medida estatal puede influir en la estructura de la competencia de tal manera que *haga inevitable* un comportamiento prohibido por los artículos 85 y 86, lo que significa, en otros términos, que una empresa se ve obligada a adoptar el referido comportamiento. Sobre una medida de este tipo versaba el asunto Höfner y Elser,[77] en el que este Tribunal de Justicia hubo de pronunciarse sobre una Ley alemana que atribuía a una Oficina Federal de Empleo el derecho exclusivo de poner en contacto a los que buscan trabajo con los empresarios (puesta en contacto que puede contribuir, en particular, a la colocación de los cuadros y directivos de empresas). El Tribunal de Justicia declaró que tal legislación resulta incompatible con el artículo 90 en relación con el artículo 86 si la Oficina Federal de Empleo manifiestamente no está en condiciones de satisfacer la demanda de servicios de mediación en el mercado para cubrir puestos de cuadros o de directivos y si, al mismo tiempo, dicha legislación impide que las empresas privadas satisfagan esa demanda (por ejemplo, si dispone que los contratos celebrados por las referidas empresas privadas se considerarán nulos de pleno derecho). En este supuesto, ha afirmado el Tribunal de Justicia, el legislador provoca una situación en la que resulta inevitable *que la Oficina Federal de Empleo* actúe contraviniendo el artículo 86. La sentencia de 18 de junio de 1991, ERT, más reciente todavía,[78] también versaba sobre esta categoría de medidas. En dicha sentencia, el Tribunal de Justicia sentó el principio de que un Estado miembro infringe el artículo 90 del Tratado en relación con el artículo 86 cuando atribuya un derecho exclusivo a una empresa y genere, así, una situación en la que dicha empresa se vea obligada a infringir el artículo 86 del Tratado.[79]

39. De la mencionada jurisprudencia se desprende, en mi opinión, que según el Tribunal de Justicia el artículo 90, en relación con los artículos 85 y 86, se refiere a aquellas medidas estatales (relativas a las empresas públicas y a aquellas empresas a las que los Estados miembros concedan derechos especiales o exclusivos) que favorezcan, impongan o hagan inevitable un comportamiento de empresa prohibido por los artículos 85 y 86, sea cual sea, o que deleguen en empresas la misión de regular la competencia, que incumbe a los poderes públicos. Esta jurisprudencia se articula en torno a la idea central de que tales medidas estatales, combinadas con alguna forma de comportamiento de empresa, tienen, para la estructura de la competencia en el mercado común, las *mismas consecuencias* que un comportamiento de empresa que no esté relacionado con una intervención de los poderes públicos. De la referida jurisprudencia se desprende también que el comportamiento de empresa que resulta necesario, en tanto que «factor de conexión», para permitir que se aplique el

75 — 30/87, Rec. p. 2507.

76 — Véanse, en particular, los apartados 30, 33 y 34 de la sentencia.

77 — Sentencia de 23 de abril de 1991 (C-41/90, Rec. p. I-1979).

78 — Antes citada, nota 71.

79 — Apartado 37 de la sentencia.

apartado 1 del artículo 90, *en relación con el artículo 85 o con el artículo 86,* no debe preceder necesariamente a la intervención de los poderes públicos, sino que también puede ser posterior a dicha intervención, derivarse de la misma o incluso ser su consecuencia inevitable. Tampoco es necesario que la propia empresa haya cometido una infracción dolosa de las normas sobre la competencia (dicho de otro modo, es suficiente con que la empresa se encuentre en una situación en la que para actuar no le quede otro remedio que restringir la competencia). De este modo, en las conclusiones que presentó en el asunto Höfner y Elser, [80] el Abogado General Sr. Jacobs puso de relieve que a la propia Oficina Federal de Empleo alemana no se le podía hacer ningún reproche. En efecto, nada indicaba que no hubiese hecho todo lo posible para responder a la demanda de servicios de colocación de cuadros y de directivos que se manifestaba en el mercado; había intentado incluso, reduciendo parcialmente su monopolio por voluntad propia, abrir el mercado en la medida de lo posible para que otras empresas pudiesen introducirse en él. Ahora bien, tal como puso de relieve el Abogado General, eso no impidió que el monopolio instaurado por los poderes públicos, combinado con la imposibilidad de satisfacer la demanda existente por parte de la Oficina Federal de Empleo, tuviese como *efecto* el que los consumidores no pudiesen obtener los mismos servicios que habrían estado disponibles en un mercado competitivo. En semejante supuesto, según el Abogado General, existe una infracción del artículo 90 en relación con el artículo 86. [81] En su sentencia, el Tribunal de Justicia hizo suyo este punto de vista (que supone una interpretación muy amplia del concepto de «eficacia» del artículo 86). [82]

Por lo demás, la sentencia Höfner y Elser pone también de relieve que la intervención de los poderes públicos y el comportamiento de la empresa pueden estar hasta tal punto ligados entre sí que lleguen a confundirse, puesto que la sentencia admite que la intervención de una institución pública como el Bundesanstalf für Arbeit alemán debe ser considerada como el comportamiento de una empresa en el sentido de los artículos 85 y 86, porque es obra de una entidad que ejerce una actividad económica, por más que normalmente esa actividad esté encomendada a las instituciones públicas y no a las empresas. [83]

40. Teniendo en cuenta todos los elementos que acabo de exponer, creo que el argumento de los demandantes no puede prosperar, en la medida en que tiene por objeto excluir que el artículo 90 se aplique a aquellos comportamientos de empresas que, a semejanza de las actividades de PTT Post BV, sean para la empresa de que se trate la consecuencia inevitable de medidas estatales y que (en combinación con tales medidas) tengan para la competencia en el mercado común exactamente las mismas consecuencias que el comportamiento de una empresa prohibido por los artículos 85 y 86 y ajeno por completo a toda intervención de los poderes públicos. A la vista de esta conclusión, debemos examinar ahora el extremo de si la Comisión acertó cuando, en la Decisión impugnada, estimó que la Ley postal de 1988, combinada con el comportamiento de PTT Post BV derivado inevitablemente de la misma —comportamiento cuya existencia es indiscutible puesto que PTT Post BV se esforzó efectivamente y sigue esforzándose todavía en poner a punto un servicio de mensajería completo en el marco de la Ley postal—, tiene para la competencia en el mercado de los servicios de mensajería las mismas consecuencias que una explotación abusiva de posición dominante prohibida por el artículo 86. Como ya he declarado anteriormente (en el punto 31), voy a basar

80 — Véanse las conclusiones que presentó el 15 de enero de 1991 (Rec. 1991, p. I-1994), punto 45.

81 — Véanse los puntos 46 y 47 de las conclusiones.

82 — Apartado 31 de la sentencia.

83 — Apartados 20 a 23.

este examen en la premisa de que PTT Post BV no está sujeta a los requisitos enunciados por la Ley postal de 1988 en lo que atañe a la prestación de servicios de mensajería.

2. *Inexistencia de explotación abusiva de una posición dominante*

a) Ampliación de una posición dominante

41. Nadie puede negar seriamente que la concesión exclusiva atribuida a las empresas públicas de Correos y a PTT Post BV las sitúa en una posición dominante en el mercado de los servicios postales básicos en los Países Bajos.[84] Creo que la Comisión tiene también razón cuando considera el mercado de los servicios postales básicos y el mercado de los servicios de mensajería como dos mercados distintos (aunque se trate de dos mercados próximos entre sí). Los servicios de mensajería tienen un mayor valor añadido que los servicios postales básicos y satisfacen necesidades distintas; así pues, ambos tipos de servicios no pueden sustituirse uno por otro.[85]

Con arreglo a la Decisión impugnada, el primer elemento constitutivo de explotación abusiva radica en que la Ley postal de 1988 da lugar a que esa posición dominante que tiene PTT Post BV en el mercado de los servicios postales básicos se amplíe al mercado de los servicios de mensajería. Esta ampliación consiste en que una «gran parte» del mercado de los servicios de mensajería, a saber, el mercado de los envíos de menos de 11,90 HFL, queda reservado a PTT Post BV, siendo así que con anterioridad Correos competía con las empresas privadas de mensajería en ese segmento del mercado. Con arreglo a la Decisión impugnada, el hecho de que la competencia siga desempeñando su papel en la parte residual del mercado de los servicios de mensajería no tiene ninguna relevancia, habida cuenta de que, en el segmento del mercado de los envíos de un precio inferior a 11,90 HFL, Correos puede definir su estrategia sin tener que soportar la presión de ningún competidor, puesto que, si bien los eventuales competidores pueden ejercer efectivamente su actividad en dicho segmento del mercado, no pueden conceder, en cambio, ningún descuento por debajo de la tarifa legal mínima de 11,90 HFL.[86]

42. Este razonamiento no me convence, aunque, digámoslo enseguida, reconozco el carácter fundado de la argumentación jurídica en la que se basa. La Comisión extrae sus argumentos jurídicos de la sentencia CBEM (en lo sucesivo, «sentencia Telemarketing»)[87] y declara que constituye explotación abusiva de una posición dominante «el hecho de que una empresa que ocupe una posición dominante en un mercado determinado se reserve, o reserve a una empresa perteneciente al mismo grupo, una actividad auxiliar que podría ser desempeñada por una tercera empresa en el marco de sus actividades en un mercado próximo pero distinto, con el consiguiente riesgo de suprimir toda competencia por parte de esta tercera empresa». Según la Comisión, ése es exactamente el efecto de la Ley postal.[88]

En principio, estoy de acuerdo con este razonamiento. En efecto, de la sentencia Telemarketing se desprende que para el Tribunal de Justicia existe explotación abusiva de una posición dominante cuando una empresa que ocupa tal posición en el mercado de un

84 — Véase el décimo considerando de la Decisión impugnada.

85 — Véanse los considerandos tercero y cuarto de la Decisión impugnada.

86 — Véase el undécimo considerando de la Decisión.

87 — Antes citada, nota 35.

88 — Véase el párrafo primero del undécimo considerando de la Decisión impugnada.

servicio (a saber, el mercado de la emisión televisada de anuncios publicitarios) que *resulta indispensable* para las actividades de otra empresa en un mercado próximo pero distinto (a saber, el mercado del marketing por teléfono a través de la televisión),[89] utiliza efectivamente dicha posición dominante en el primer mercado para reservarse a sí misma los servicios del segundo mercado también, con el riesgo de suprimir por completo la competencia en ese segundo mercado.[90] En otros términos, la ampliación de la posición dominante fue hecha *posible* por el hecho de que el segundo mercado sólo podía funcionar a través del primer mercado (en el cual la empresa ocupaba una posición dominante). Al adoptar este punto de vista, la sentencia Telemarketing se sitúa expresamente en la misma línea de la sentencia Commercial Solvents/Comisión,[91] que versaba sobre una situación análoga, aunque esta vez no se trataba de mercados de servicios sino de mercados de productos. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que una empresa que dispone de una posición dominante en un mercado de materias primas y que se niega a suministrar tales materias a una empresa que ejerce su actividad en un mercado situado en una fase posterior de la actividad económica (un mercado de productos derivados), con objeto de reservar esas materias primas para su propia producción de productos derivados, explota de un *modo abusivo* su posición dominante en el mercado de las materias primas si tal comportamiento entraña el riesgo de suprimir toda competencia en el mercado de productos derivados por parte de potenciales compradores de las materias primas. Lo más característico de esas dos sentencias es que tanto una como la otra consideran que el «refusal to deal» (negativa a efectuar transacciones) por parte de una empresa que disfruta de una posición dominante no sólo debe considerarse abusivo cuando tal negativa tenga como finalidad obtener de dicha posición dominante ventajas no equitativas (por ejemplo, precios de venta desmesuradamente elevados), sino también cuando tenga como finalidad reforzar esa posición dominante mediante su ampliación a un mercado próximo pero distinto y, por lo tanto, adquirir también una posición dominante en este mercado. En este sentido, la referida jurisprudencia se sitúa en la misma línea que la sentencia Continental Can/Comisión,[92] en la que el Tribunal de Justicia admitió por primera vez que una explotación abusiva en el sentido del artículo 86 no sólo puede consistir en un comportamiento en el mercado sino también en un comportamiento que modifique la estructura del mercado, haciéndola menos competitiva. En el caso de autos no se trataba de otro mercado de productos, sino de otro mercado en el ámbito geográfico.[93]

No me parece pertinente para la aplicación del artículo 86 el hecho de que el mercado al que, según se alega, se amplió la posición dominante en el caso presente sea un mercado «próximo pero distinto» y no (como sucedía en los asuntos Telemarketing o Commercial Solvents) un mercado «derivado», de manera que la posición dominante de PTT Post BV en el mercado de los servicios postales básicos no se encuentra en una relación de causalidad con la adquisición de una posición dominante en el mercado de los servicios de mensajería. Ya en la sentencia Continental Can/Comisión, el Tribunal de Justicia había declarado que no es necesario que exista una relación de causalidad entre la posición dominante de una empresa y la explotación abusiva de la misma, dado que el fortalecimiento de la posición dominante de una empresa puede constituir, con independencia de los medios utilizados o de los comportamientos desarrollados al efecto, una explotación abusiva

89 — Véase la primera frase del apartado 26 de la sentencia.

90 — Véanse las frases segunda y tercera del apartado 26 de la sentencia.

91 — Sentencia de 6 de marzo de 1974 (asuntos acumulados 6/73 y 7/73, Rec. p. 223).

92 — Sentencia de 21 de febrero de 1973 (6/72, Rec. p. 215).

93 — En el asunto Continental Can/Comisión, una empresa que ocupaba una posición dominante en una parte sustancial del mercado común había ampliado dicha posición dominante mediante la adquisición de participaciones que le conferían un poder de control sobre una sociedad competidora que operaba en otra parte del mercado común.

en sí misma (y, por lo tanto, estar prohibida por el artículo 86), a saber, cuando el mencionado fortalecimiento obstaculiza de tal manera la competencia que tan sólo pueden subsistir en el mercado aquellas empresas cuyo comportamiento dependa de la empresa dominante.[94] Ahora bien, ése es precisamente el efecto de la Ley postal neerlandesa que la Decisión impugnada declaró incompatible con el apartado 1 del artículo 90 en relación con el artículo 86.

43. Así pues, si los considerandos de la Decisión impugnada relativos a la existencia de una explotación abusiva no logran convencerme, ello no es debido a la argumentación jurídica, sino a la apreciación fáctica en la que aquélla se basa. En efecto, dicha apreciación fáctica parte de la idea de que el mercado de los servicios de mensajería a una tarifa inferior a 11,90 HFL para la expedición de cartas cuyo peso no puede exceder de 500 g constituye una parte importante del mercado de los servicios de mensajería. Según dicha apreciación, la explotación abusiva consiste en que el monopolio de que Correos disfruta en el mercado de los servicios postales básicos se amplía a esa parte importante del mercado de los servicios de mensajería, de manera que Correos adquiere también una posición dominante en este último mercado. Creo que esta apreciación fáctica deja mucho que desear. Según la Decisión impugnada, el mercado de los servicios de mensajería está constituido por tres submercados: el mercado de los envíos cuyo peso excede de 500 g, el mercado de los envíos cuyo peso es inferior o igual a 500 g y que se expiden por un precio superior a 11,90 HFL, y el mercado de los envíos cuyo peso es de 500 g como máximo y que se expiden por un precio inferior a 11,90 HFL. El primer submercado no está reglamentado; el segundo sí, pero está abierto a la competencia, y únicamente el tercero (que no difiere del segundo sino debido a la tarifa mínima fijada) está cerrado a la competencia. La explotación abusiva que alega la Comisión se refiere exclusivamente a este tercer submercado. La Decisión impugnada afirma que al reservar este último (sub)mercado a PTT Post BV, la Ley postal ha dado lugar a que la posición dominante que PTT Post BV ocupa en el mercado de los servicios postales básicos se amplíe a «toda una parte» del mercado de los servicios de mensajería. Sin embargo, para fundamentar tal afirmación no se facilita cifra alguna. El Gobierno neerlandés indica acertadamente que la tarifa mínima de 11,90 HFL se estableció a un nivel muy bajo. Aunque existen indicios fundados que ponen de relieve que es *posible* prestar servicios de mensajería cobrando un precio inferior a la tarifa mínima (por ejemplo, por medio de descuentos de cantidad), resulta difícil negar que tales servicios constituyen tan sólo una pequeña parte del mercado, al menos durante el período sobre el que versa el litigio;[95] nada indica, por lo demás, que esta situación vaya a cambiar en un futuro próximo. Habida cuenta del carácter módico de la tarifa mínima, tampoco se puede suponer razonablemente que el submercado reservado a PTT Post BV le garantice unos ingresos de una magnitud tan grande como para que pueda definir su comportamiento en los restantes submercados sin necesidad de tener en cuenta a sus competidores.

Estos elementos ponen de relieve lo siguiente: i) que la ampliación, alegada por la Comisión, del monopolio de PTT Post BV al mercado de los servicios de mensajería *no* afecta a los principales submercados (el de los envíos cuyo peso excede de 500 g y el de

94 — Véanse los apartados 26 y 27 de la sentencia.

95 — El anexo I del escrito de demanda presentado por PTT Post BV en el asunto C-66/90 resulta interesante a este respecto. Se trata de un cuadro en el que se recogen cierto número de precios practicados por empresas privadas de mensajería. En dicho cuadro consta que la tarifa más baja para enviar una carta de Amsterdam a Rotterdam es de 30 HFL.

los envíos cuyo peso es inferior a 500 g y que se expiden por un precio superior a 11,90 HFL); e ii) que la Comisión no ha demostrado suficientemente que el tercer submercado, al que *efectivamente* afecta dicha ampliación, constituya una parte del mercado de servicios de mensajería hasta tal punto importante como para dar a PTT Post BV la posibilidad de eludir en amplia medida la presión de sus competidores presentes y futuros. A la vista de estas circunstancias, considero que la Comisión no ha aportado pruebas suficientes de que se haya producido la primera forma de explotación abusiva.

b) La imposición de precios y de condiciones no equitativas; la limitación de la oferta

44. Otras tres formas de explotación abusiva, que en la Decisión impugnada se designan bajo el título arriba indicado, se pueden considerar conjuntamente. Según la Comisión, la discriminación consistente en el hecho de imponer a las empresas privadas de mensajería la tarifa mínima tiene como consecuencia i) el que aquellas empresas que antes decidían utilizar los servicios de esas empresas privadas de mensajería (porque consideraban que los servicios de Correos, debido a su precio o calidad, correspondían en menor medida a sus necesidades) se ven obligadas, después de la entrada en vigor de la Ley postal de 1988, a acudir a los servicios de mensajería de PTT Post BV para los envíos de hasta 500 g de la categoría de precios por debajo de 11,90 HFL, en las condiciones fijadas por PTT Post BV, correspondan o no a sus necesidades.[96] La referida discriminación tiene también como consecuencia ii) que el número de empresas que prestan servicios dentro de esa categoría de precios se limite a una sola y que la calidad de los servicios ofrecidos dentro de esta categoría haya empeorado, habida cuenta de que, en el momento en que se adoptó la Decisión, PTT Post BV no ofrecía todavía, en el marco de su servicio EMS, ningún servicio de mensajería propiamente dicho. Si los consumidores desean obtener una calidad superior, tendrán que estar dispuestos a pagar la tarifa mínima, en lugar de la tarifa inferior anteriormente aplicada.[97] Por otra parte, la Ley postal de 1988 impide iii) a los competidores de Correos en el servicio de mensajería o correo rápido de más de 500 g ofrecer una gama completa de servicios de mensajería (al menos así es como yo lo he entendido, con respecto a los tres segmentos del mercado, a saber, los envíos de hasta 500 g de peso que se expiden por un precio inferior a 11,90 HFL, los envíos de hasta 500 g que se expiden por un precio superior a 11,90 HFL, y los envíos de un peso superior a 500 g que se expiden a precios reales). En efecto, a diferencia de Correos, sus competidores se ven obligados a imputar «únicamente a aquellos servicios que quedan fuera del monopolio» *(sic)* la totalidad de los gastos de recogida y transporte de las cartas cuyo peso excede de 500 g (es decir, de la parte no regulada del mercado).[98]

45. El efecto de la medida cuestionada sobre la competencia, tal como lo describe la Decisión impugnada, a primera vista parece análogo al efecto de la legislación alemana que el Tribunal de Justicia declaró abusivo en la sentencia Höfner y Elser (antes citada, apartados 38 y 39). En efecto, también la Ley postal establece un monopolio sobre una parte del mercado de los servicios de mensajería y sanciona las infracciones de dicho monopolio. Consecuencia de lo anterior es que aquellos consumidores que desean utilizar servicios de mensajería se ven obligados, *bien* a recurrir a una empresa que, en

96 — Véase el duodécimo considerando de la Decisión impugnada.

97 — Véase el decimotercer considerando de la Decisión impugnada.

98 — Véase el primer párrafo del decimocuarto considerando de la Decisión impugnada.

cuanto a la calidad, corresponde en menor medida a sus necesidades, *bien* (cuando desean una calidad superior) a pagar por tales servicios un precio superior al que resultaría del juego normal de la oferta y de la demanda. Sin embargo, la situación actual difiere de la relativa al asunto Höfner y Elser en el sentido de que, como ya hemos visto, la legislación neerlandesa no atribuye a las empresas públicas de Correos una posición dominante en todo el mercado de los servicios de mensajería (ni tampoco en un submercado importante de éste; en cualquier caso, no se ha demostrado suficientemente), sino tan sólo en el mercado de los servicios postales básicos. Ahora bien, al no existir una posición dominante en el mercado de los servicios de mensajería, tampoco puede tratarse, por analogía con la situación que se presentaba en el asunto Höfner y Elser, de una explotación abusiva de la posición dominante sobre *dicho* mercado en el sentido del artículo 86.

46. Debemos examinar, por último, una cuarta forma de explotación abusiva denunciada en la Decisión impugnada, a saber, que el requisito relativo a la calidad de los servicios coloca a las empresas de mensajería en una situación de inseguridad jurídica: si se toma la Ley al pie de la letra, tan pronto como los «servicios rápidos» de PTT Post BV (es decir, los servicios «EMS») alcancen en el futuro un nivel de calidad comparable, quedarán prohibidas las actividades de las empresas privadas de mensajería, excepto en lo relativo a los envíos cuyo peso exceda de 500 g.[99]

El razonamiento que aquí se ha seguido consiste al parecer en que la Ley postal de 1988 brinda a PTT Post BV la posibilidad de confinar a sus competidores en la ilegalidad mejorando la calidad de sus servicios rápidos *en el marco del servicio EMS*, en lo que atañe a los envíos urgentes de cartas de hasta 500 g. Aunque el hecho de eliminar a los competidores pueda ser considerado, en principio, como un comportamiento abusivo, la Decisión pierde de vista el hecho de que lo único que el requisito de calidad exige a las empresas privadas de mensajería es que presten un servicio de mayor calidad que el «transporte rápido normal» que ofrece PTT Post BV, es decir, un servicio de mayor calidad que el *servicio de entrega rápida*. Al hacer esto, la Decisión denuncia un peligro para la competencia que en realidad no existe.

c) Conclusión

47. Aunque la Decisión impugnada parte de premisas correctas, incurre de hecho en aplicación errónea del artículo 86 porque no demuestra en grado suficiente que la Ley postal de 1988 da lugar o puede dar lugar a que la posición dominante que tiene PTT Post BV en el mercado de los servicios postales básicos se amplíe a todo el mercado de los servicios de mensajería. Si no se da esa ampliación de la posición dominante, no podrá calificarse de explotación abusiva el mero hecho de que la Ley postal de 1988 reserve a las empresas públicas de Correos una parte del mercado de los servicios de mensajería, como tampoco podrán calificarse de explotación abusiva de una posición dominante en el mercado de los servicios de mensajería los restantes efectos, denunciados por la Comisión, del requisito del precio mínimo y del requisito de calidad. Podría concluir mi análisis mediante esta comprobación, pero, sin embargo, voy a examinar brevemente —por si el Tribunal de Justicia así lo precisare para su argumentación— la cuestión de si una hipotética explotación abusiva podría justificarse con arreglo al apartado 2 del artículo 90 del Tratado.

99 — Véase el párrafo segundo del decimocuarto considerando de la Decisión impugnada.

3. *Aplicación del apartado 2 del artículo 90*

48. En la Decisión impugnada, la Comisión consideró que es al Estado miembro interesado a quien incumbe demostrar que se cumplen efectivamente los requisitos de la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 90.[100] El Gobierno neerlandés se opone enérgicamente a esta distribución de la carga de la prueba, pero a mi juicio se equivoca. Aunque es verdad que la Comisión tiene la obligación de *examinar* si procede aplicar o no el apartado 2 del artículo 90,[101] no se puede razonablemente exigir de ella que estudie por propia iniciativa todas las circunstancias que eventualmente pudieran dar lugar a la aplicación de la excepción prevista en el apartado 2 del artículo 90.

49. El decimoséptimo considerando de la Decisión impugnada se refiere a la circunstancia que, según el Gobierno neerlandés, excluye la aplicación de las normas sobre la competencia. En efecto, los Países Bajos habían invocado el hecho de que la competencia entre las empresas privadas de mensajería y las empresas públicas de Correos en el ámbito de los servicios de mensajería tendría como consecuencia el que las empresas públicas de Correos habrían de contentarse con los destinos menos interesantes económicamente, lo que daría lugar a la imposibilidad de que Correos obtuviese los ingresos necesarios para garantizar debidamente la obligación de transporte que le incumbe.

La Decisión impugnada rechaza la afirmación del Gobierno neerlandés basándose en tres razones que voy a examinar brevemente a continuación.

50. En primer lugar, la Decisión hace constar la favorable evolución del volumen de negocios y de los beneficios durante los años que precedieron a la adopción de la Decisión. De tales datos numéricos la Comisión deduce que no está demostrado que «el mantenimiento de la situación de competencia existente hasta la entrada en vigor de la nueva Ley perjudique al servicio postal básico ni que la referida medida sea decisiva para el equilibrio financiero del servicio de Correos».[102]

El Gobierno neerlandés objeta a lo anterior, en primer lugar, que «el mero hecho de obtener beneficios no elimina necesariamente la posibilidad de invocar el apartado 2 del artículo 90».[103] Esta objeción pasa por alto el elemento esencial de la argumentación de la Comisión, la cual, en efecto, deduce la no aplicabilidad del apartado 2 del artículo 90 en este contexto de la *importancia* de los beneficios obtenidos por Correos, cosa que indica, según la Comisión, que una situación competitiva como la que existía en el momento de la entrada en vigor de la nueva Ley no ponía en peligro el funcionamiento del servicio postal básico ni tampoco el equilibrio financiero de Correos.

El Gobierno neerlandés mantiene, además, que la Comisión se basó erróneamente en cifras relativas al período anterior a la entrada en vigor de la Ley postal. Esta crítica también carece de fundamento. En efecto,

100 — Véase el decimosexto considerando *in fine* de la Decisión impugnada.

101 — Para un desarrollo más amplio, véanse los puntos 26 a 28 de las conclusiones que presenté el 19 de septiembre de 1991 en el asunto Merci Convenzionali Porto di Genova, C-179/90.

102 — Véase el párrafo segundo del decimoséptimo considerando de la Decisión impugnada.

103 — Véase el escrito de demanda del asunto C-48/90, p. 21.

era evidente que, para apreciar la aplicabilidad del apartado 2 del artículo 90, la Comisión había de basar su atención en cifras que pudiesen suministrar indicaciones acerca del dinamismo competitivo de las empresas públicas de Correos en el momento de la entrada en vigor de la nueva Ley. El hecho de que antes de dicha Ley las empresas públicas de Correos disfrutasen de un monopolio teórico sobre los servicios de mensajería en lo relativo a las cartas de hasta 500 g no excluye el que, con anterioridad a la entrada en vigor de la nueva Ley, en ese segmento del mercado existiese de hecho una intensa competencia. Por lo tanto, las cifras utilizadas por la Comisión eran de todo punto pertinentes.

51. En segundo lugar, la Comisión estimó en la Decisión impugnada que el apartado 2 del artículo 90 no resultaba aplicable porque, debido a circunstancias de hecho o al efecto de la ley, Correos cuenta con ventajas considerables en el ejercicio de su misión, de manera que la ampliación de su posición dominante al mercado de servicios de mensajería no puede constituir una necesidad objetiva para el cumplimiento de dicha misión. Las partes están en total desacuerdo en cuanto al verdadero impacto de tales ventajas, pero no parece que esa discusión revista una gran importancia. En efecto, consta en autos que ya las exenciones y economías de escala de las que se benefician las empresas públicas de Correos (concretamente, las exenciones de las obligaciones derivadas de la Ley de transporte por carretera y del Decreto sobre la duración de los trayectos; las economías de escala que resultan de la utilización del mismo personal y de la misma infraestructura para un variado conjunto de servicios postales) tienen como efecto fortalecer su posición competitiva con respecto a sus competidores privados, así como su situación financiera. Teniendo en cuenta el factor evocado más arriba, a saber, el hecho de que Correos obtenga beneficios, no parece que el cumplimiento de la misión de interés general confiada a PTT Post BV haga necesario atribuir ninguna ventaja competitiva adicional.

52. En tercero y último lugar, el hecho de que Correos no esté obligado a prestar sus servicios con sujeción a una tarifa idéntica en todo el territorio neerlandés, cosa que por lo demás no hace, puesto que concede a determinados clientes descuentos importantes (denominados «descuentos contractuales»), pone de relieve, según la Decisión impugnada, que PTT Post BV está perfectamente en condiciones de hacer frente a la competencia de las empresas privadas. Sin negar la existencia de tales descuentos, las partes discrepan, una vez más, sobre la importancia de los mismos.[104] En mi opinión, la Comisión acierta cuando, en la Decisión impugnada, deduce de la existencia de los referidos descuentos que las empresas públicas de Correos están en condiciones de tener en cuenta las diferencias de costes a la hora de fijar sus tarifas, exactamente igual que sus competidores. Lo anterior indica también que el cumplimiento de la obligación de transportar el correo que incumbe a PTT Post BV no impide que las empresas públicas de Correos puedan reaccionar con discernimientoo a la evolución del mercado.

En consecuencia, comparto el punto de vista de la Comisión en cuanto a la no aplicabilidad del apartado 2 del artículo 90, así como su juicio de que el monopolio de PTT Post BV en una parte del servicio postal básico es suficiente para garantizar el mantenimiento de las obligaciones de servicio público de interés general (véase el decimoctavo considerando de la Decisión impugnada).

104 — Véase, por ejemplo, el escrito de demanda presentado por el Gobierno neerlandés en el asunto C-48/90, p. 21.

E. Resumen y conclusión

53. El análisis precedente nos ha conducido a la conclusión de que la Decisión impugnada podía basarse en la facultad, que el apartado 3 del artículo 90 del Tratado atribuye a la Comisión, de declarar la incompatibilidad de una ley nacional con una disposición del Tratado dotada de efecto directo. En el caso de autos, sin embargo, la Comisión no ha hecho uso de dicha facultad con el respeto debido a los derechos de la defensa. Por esta razón propongo al Tribunal de Justicia, con carácter principal, que anule la Decisión 90/16/CEE de la Comisión, relativa a la prestación en los Países Bajos de servicios de correo rápido, y que condene en costas a la Comisión.

Con carácter subsidiario, considero fundados algunos de los demás motivos de anulación alegados por las partes demandantes. En este sentido, más arriba se ha puesto de manifiesto que la Comisión declaró indebidamente la infracción del artículo 90 del Tratado, en relación con el artículo 86, porque no demostró suficientemente que PTT Post BV, por efecto de la Ley postal de 1988, hubiese adquirido una posición dominante en el mercado de los servicios de mensajería, o que existiese el peligro de que la adquiriese, de manera que no puede llegarse a la conclusión de que se ha producido una ampliación de una posición dominante o un abuso de posición dominante en el mercado de los servicios de mensajería. Por otra parte, considero que la Decisión impugnada está insuficientemente motivada en la medida en que declara incompatible con el artículo 90, en relación con el artículo 86, i) el requisito del precio mínimo para los destinos situados fuera de la Comunidad, e ii) la obligación de que las empresas de mensajería registren sus tarifas con antelación. No resulta necesario pronunciarse por separado sobre la pretensión de anulación de las rectificaciones, habida cuenta de que la propia Decisión debe ser anulada.