CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GIUSEPPE TESAURO

presentadas el 16 de junio de 1994 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. Una cláusula inserta en los Estatutos de una cooperativa de adquisición de productos agrícolas, en cuya virtud la sociedad puede *expulsar* a los socios que participen en organizaciones de la competencia contra la misma sociedad, ¿es compatible con las normas del Tratado sobre competencia? Esta es, en sustancia, la cuestión central del presente procedimiento.

Hechos

2. Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA (en lo sucesivo, «DLG») es una sociedad cooperativa danesa que actúa en el sector agrícola. Constituida en 1969, como resultado de la fusión de tres asociaciones de agricultores distintas, DLG, en una primera fase, se limitó a distribuir productos de base para la agricultura a asociaciones de carácter local (que también tenían naturaleza de mutuas), quienes a su vez ejercitaban una actividad de reventa al por menor abasteciendo a los agricultores individualmente. Al paso de los años, la actuación de DLG se fue diversificando progresivamente: la actividad comercial, para responder también a iniciativas análogas tomadas por sociedades de la competencia que no tenían naturaleza de mutuas, se extendió a la venta al por menor. Además, poco a poco se fue abriendo el abanico de prestaciones que DLG procuraba a sus propios miembros; actualmente éstas abarcan, además del suministro de varios productos de base (piensos para el ganado, fertilizantes, pesticidas, semillas, etc.), también la prestación de una extensa gama de servicios accesorios: servicios de transformación y comercialización de algunos productos agrícolas (cereales), servicios financieros y de seguros, actividades de investigación relativas a los alimentos para el ganado, a la calidad y resistencia de las especies vegetales.

DLG está actualmente integrada por cuatro categorías de socios:

— los miembros A: agricultores individuales (unos 21.000);

— los miembros B: asociaciones locales de agricultores (hasta 1988, es decir, hasta las modificaciones de los Estatutos que se discuten, las asociaciones locales miembros eran cincuenta; como resultado de

* Lengua original: italiano.

los hechos que son objeto del procedimiento principal, treinta y siete de estas asociaciones —como se explicará con más detalle a continuación— fueron excluidas de DLG);

— miembros C y D: otras organizaciones agrícolas de varia naturaleza y objeto (cooperativas de consumo, sociedades de capitales, organismos, asociaciones), distintas de las que forman parte de los miembros B.

3. La Landsforeningen af Andels Grovvareforeninger (Unión nacional de sociedades cooperativas especializadas en la distribución de productos base para la agricultura, que desde 1991 se llama «Landsforeningen af lokale andel»; en lo sucesivo, la «LAG»), constituida en 1975 por obra de algunos miembros B de DLG, es una asociación nacional formada por cooperativas locales de agricultores, especializadas en la distribución de productos de base para la agricultura.

4. Para mejor comprender las razones de la creación de la LAG, así como de los hechos que son objeto del presente procedimiento, es oportuno precisar algunos datos relativos a la evolución estructural del sistema cooperativo agrícola danés. En efecto, a lo largo de los años setenta, se han manifestado dos tendencias distintas. Por una parte, algunas de las asociaciones locales de agricultores, miembros anteriormente de DLG en calidad de miembros B, se fusionaron por incorporación a la cooperativa. Por ello, el número de las asociaciones locales se ha reducido progresivamente a poco más o menos la mitad; además, como ya se ha dicho, la incorporación a DLG de parte de las asociaciones que actuaban localmente ha permitido a DLG comenzar a actuar directamente en la distribución al por menor de productos de base para la agricultura.

Por otra parte, también ha tenido lugar, en el mismo período de tiempo, un proceso de fusión de asociaciones locales entre sí, con la consecuencia de que, a causa del crecimiento de sus dimensiones, las asociaciones locales han tenido poco a poco menos necesidad (o conveniencia) de que DLG actuara como intermediario en la adquisición de productos de base.

Por ello se perfila una situación de divergencia sustancial de intereses en el interior del sector cooperativo agrícola danés: por una parte se ha manifestado la propensión de DLG a una integración completa del proceso de distribución, a través de la absorción directa de las asociaciones locales; por otra, la tendencia de una parte importante de las asociaciones locales, que son lo bastante grandes actualmente para poder operar de modo independiente en los mercados dejando a salvo su propia autonomía comercial, aun conservando su calidad de miembros B de DLG.

A partir de 1975 (fecha en que se suprimió la obligación que pesaba sobre los miembros B

de DLG de abastecerse exclusivamente en esta última), las asociaciones locales han empezado a realizar adquisiciones independientes de productos de base procedentes de proveedores distintos de DLG. Con ello se ha reducido también el peso de los miembros B en la gestión de DLG, dado que el número de votos reconocido a estos miembros por los Estatutos de DLG (apartado 3 del artículo 6) es proporcional al valor de las transacciones realizadas con la sociedad.

5. Precisamente en este marco se sitúa la creación de la LAG, que tuvo lugar en 1975, por parte de algunas asociaciones locales, antiguos miembros B de DLG, que se habían negado a la incorporación completa a DLG. Al principio, la LAG era una asociación profesional que no ejercía actividades de tipo comercial.

Sin embargo, a partir de mediados de los años ochenta, la LAG empezó a efectuar, por cuenta de sus socios, adquisiciones colectivas de productos de base para la agricultura y, especialmente, de fertilizantes y pesticidas. Los miembros de la LAG han motivado estas adquisiciones paralelas con arreglo a dos consideraciones: los elevados precios de venta aplicados por DLG a las asociaciones locales y la competencia, cada vez más viva, que DLG les hacía en el sector de las ventas al por menor (es decir, en el sector en el que actúan las asociaciones locales).

6. Las adquisiciones realizadas por miembros B de DLG por intermedio de la LAG han producido el efecto de debilitar la situación financiera y comercial de DLG. Por una parte, la reducción del volumen y del valor de las transacciones realizadas por DLG con una parte de sus propios afiliados ha influido negativamente en la estructura patrimonial de la sociedad; por otra, como los precios de los fertilizantes y los pesticidas varían considerablemente en función de las cantidades demandadas, la reducción del volumen de adquisiciones realizadas por DLG ha supuesto un empeoramiento de las cuentas de resultados, con perjuicio de la sociedad y de los demás socios.

7. A causa de lo cual, en junio de 1988, DLG decidió introducir algunas modificaciones en sus propios Estatutos. En particular se estableció que:

— es incompatible con la calidad de miembro, de categoría B o D, la participación, a cualquier título, en asociaciones, sociedades u otras formas organizadas de cooperación que hagan la competencia a DLG en el comercio al por mayor de fertilizantes y de pesticidas;

— los miembros que se encuentren en esta situación de incompatibilidad deben decidir, antes del 31 de diciembre de 1988, si ponen fin a su participación en organismos que hacen la competencia a DLG o si se dan de baja en ésta;

— los miembros que, después de la entrada en vigor de las citadas disposiciones (1 de enero de 1989), se encuentren en situación de incompatibilidad pueden ser expulsados de DLG mediante deliberación del Consejo de Administración de la sociedad;

— los socios de categoría B y D conservan la facultad de efectuar adquisiciones de fertilizantes y pesticidas fuera de DLG, a condición sin embargo de que estas adquisiciones se realicen por vía directa y no mediante la participación en organizaciones que hacen la competencia a DLG.

En el mismo texto se modificaban también las disposiciones relativas al derecho a darse de baja de DLG, a efectos de permitir hacerlo con un preaviso de cinco años y ya no de diez.

8. Las citadas modificaciones de los Estatutos fueron sujetas al examen tanto de la Comisión como de las autoridades nacionales sobre la competencia. La Comisión, después de haber pedido a DLG algunas precisiones sobre el alcance de las nuevas prescripciones estatutarias, no ha adoptado ninguna decisión sobre el fondo (en respuesta a un requerimiento del Tribunal de Justicia, la Comisión comunicó que esperaba la terminación del presente procedimiento para adoptar, en su caso, una declaración negativa).

La autoridades nacionales sobre la competencia —la Inspección danesa de los monopolios (Monopoltilsyn) y el Consejo danés de los monopolios (Monopolråd)—, aun señalando que las modificaciones estatutarias de que se trata pueden tener consecuencias sobre la competencia entre DLG y otros operadores independientes, como la LAG, y aun reservándose el derecho a seguir la evolución de los mercados interesados, no han considerado que existieran infracciones de la normativa nacional sobre la competencia. Se ha de subrayar también que, desde el 31 de diciembre de 1989, con ocasión de una modificación de la legislación nacional, DLG ha dejado de figurar en el Registro de empresas de posición dominante en el sentido y a los efectos de las normas danesas antimonopolio.

9. En marzo de 1989, poco tiempo después de la comunicación a DLG de las decisiones adoptadas por las autoridades nacionales sobre la competencia, treinta y siete asociaciones locales (de cincuenta), miembros B de DLG, que se habían negado a adaptarse a las nuevas prescripciones estatutarias y que, por otra parte, no habían ejercitado la facultad de darse de baja que les estaba reconocida, fueron expulsadas de DLG.

Por decisión del Consejo de Administración de DLG, la medida adoptada frente a ellas se tomó no en las condiciones, más gravosas (pérdida del derecho a la devolución de la cuota social), propias de la expulsión, sino en las condiciones propias de la baja voluntaria en la sociedad.

Las cuestiones prejudiciales

10. La conformidad a Derecho de las citadas modificaciones de los Estatutos ha sido puesta en cuestión ante los tribunales por las asociaciones expulsadas. Las demandantes han pedido también que se condene a DLG a la indemnización de los daños sufridos como consecuencia de la expulsión de la cooperativa.

El órgano jurisdiccional al que se acudió decidió suspender el procedimiento y someter al Tribunal de Justicia diecisiete cuestiones prejudiciales. Siguiendo la exposición sistemática hecha por el Juez Ponente en el informe para la vista, las preguntas se pueden articular en cinco puntos.

1) La excepción al régimen general de la competencia, a que se refiere el artículo 2 del Reglamento 26/62, [1] ¿se aplica a los pesticidas, teniendo en cuenta la circunstancia de que estos últimos están contemplados por la Directiva 91/414/CEE? [2]

2) Las modificaciones de los Estatutos de DLG, antes descritas, ¿constituyen una importante restricción de la competencia, prohibida por el apartado 1 del artículo 85 del Tratado, cuando:

a) traten de prevenir el riesgo de divulgación de informaciones confidenciales;

b) se aprueben contra el parecer de los miembros B de la cooperativa;

c) los miembros B excluidos hayan sido equiparados a miembros que han ejercitado su derecho a darse de baja;

d) los miembros B expulsados hayan estado en condiciones de continuar su actividad en el sector de los fertilizantes y de los pesticidas y, en 1990, han adquirido entre todos una cuota del mercado danés de los productos de base análoga a la de DLG;

e) en el asunto principal, las demandantes hayan afirmado entre otras cosas que tienen derecho a obtener una cuota del

1 — Reglamento (CEE) del Consejo de 4 de abril de 1962, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas (DO 1962, 30, p. 993; EE 08/01, p. 29).

2 — Directiva del Consejo de 15 de julio de 1991, relativa a la comercialización de productos fitosanitarios (DO L 230, p. 1).

patrimonio indiviso de DLG, sin pedir no obstante su readmisión en DLG;

h) las modificaciones de los Estatutos de las que se trata prevean la facultad que tienen los miembros B de adquirir los fertilizantes y los pesticidas ya por cuenta propia, ya como comunidad de compra formada *ad hoc* respecto a una determinada partida de mercancías;

i) las modificaciones de los Estatutos de las que se trata prevean la facultad de los miembros B de adquirir fertilizantes y pesticidas valiéndose de DLG como mandatario para la adquisición y sin la percepción de ningún beneficio por parte de esta última;

j) las modificaciones de los Estatutos de las que se trata no se opongan a que asociaciones locales, no afiliadas a DLG, adquieran de DLG toda la gama de productos de base para la agricultura tratados por ella en las condiciones normales del comercio al por mayor;

k) las modificaciones de los Estatutos de las que se trata se limiten únicamente a fertilizantes y pesticidas, que representan aproximadamente el 15 % de la facturación total de DLG;

l) se hayan presentado o no al órgano jurisdiccional nacional que conoce de este asunto datos de hecho relativos en particular a la existencia y a las ventas de productos sustitutivos así como a la facturación y a la cuota de mercado de DLG, de la LAG y de los otros demandantes en competencia?

3) Las modificaciones de los Estatutos que se discuten, ¿pueden perjudicar al comercio entre los Estados miembros, a efectos del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86, teniendo en cuenta la circunstancia de que las adquisiciones de fertilizantes y pesticidas efectuadas por LAG procedían en parte de países no comunitarios?

4) El órgano jurisdiccional nacional, ¿puede, y en qué condiciones, interpretar y aplicar el apartado 3 del artículo 85, en un supuesto en que la propuesta de que se trata haya sido notificada a la Comisión con intención de obtener una declaración negativa o bien un procedimiento de exención?

5) DLG, que tiene el 36 % del mercado de los fertilizantes y el 32 % del mercado de

los pesticidas, ¿se puede considerar que ocupa una posición dominante en estos mercados y, en caso afirmativo, que ha abusado de dicha posición, teniendo en cuenta la circunstancia de que DLG figuraba en el Registro de empresas dominantes, a efectos de la legislación nacional danesa, hasta las modificaciones legislativas introducidas en enero de 1990 y que el Consejo danés de los monopolios, después de haber examinado en 1989 la compatibilidad de las modificaciones estatutarias de que se trata con la normativa nacional sobre los monopolios, no ha apreciado ninguna infracción de dicha normativa?

11. Se subraya que ni la resolución de remisión ni los otros documentos de los autos proporcionan un cuadro preciso y exhaustivo de la situación de los mercados interesados. A los fines del presente análisis —y dejando a salvo las ulteriores comprobaciones que incumbe efectuar al órgano jurisdiccional nacional— aquí me limitaré a recordar los siguientes datos.

La comercialización de fertilizantes y pesticidas representa el 15 % aproximadamente de la facturación total de DLG y de la LAG.

En el momento en que se modificaron los Estatutos (1988), DLG tenía una cuota del mercado de distribución de fertilizantes del 36 % aproximadamente. La LAG ostentaba una cuota del 10 % aproximadamente. Por lo demás, el mercado estaba subdividido entre operadores comerciales, que no tenían carácter de mutua, en las proporciones siguientes: KFK, 23 %; Superfos, 14 %; otros, 17 %. Parece que no eran muy distintas las cuotas de mercado en el subsector de los fertilizantes NPK (de alto contenido de nitrógeno), particularmente adecuados a las exigencias de la agricultura danesa (40 % del consumo total de fertilizantes).

Por lo que se refiere a la distribución de los pesticidas, sólo se sabe que DLG disponía, en 1988, de una cuota de mercado del 32 % aproximadamente.

Por último, se recuerda que, en 1990, la LAG consiguió alcanzar, en la distribución de productos de base para la agricultura, una cuota sustancialmente igual a la de DLG.

1) *Los fertilizantes y pesticidas, ¿entran en el ámbito de la excepción prevista por el Reglamento n° 26/62?*

12. Con arreglo al artículo 42 del Tratado, las disposiciones del Capítulo relativo a las

normas sobre la competencia serán aplicables a la producción y al comercio de los *productos agrícolas* sólo en la medida determinada por el Consejo. El apartado 1 del artículo 38 dispone que por *productos agrícolas* se entienden los productos de la tierra, de la ganadería y de la pesca, así como los productos de la primera transformación directamente relacionados con aquéllos; el apartado 3 del artículo 38 precisa, además, que los productos a los que serán de aplicación los artículos 39 a 46, ambos inclusive, son los que figuran en la lista del Anexo II del Tratado.

Con arreglo al artículo 42, el Consejo promulgó el Reglamento nº 26/62 que limita, en determinadas condiciones, la aplicación del apartado 1 del artículo 85 (no del artículo 86) a los acuerdos relativos a «la producción o al comercio de los productos enumerados en el Anexo II del Tratado».

En relación con el alcance de la excepción prevista en el Reglamento nº 26/62, el Tribunal de Justicia ha establecido que no entra en el ámbito de tal excepción «un producto que no figure en el Anexo II, ni siquiera si se trata de un producto auxiliar para la fabricación de otro producto que, por su parte, se incluye en dicho Anexo». [3]

El Reglamento se aplica, pues, taxativamente *sólo* a los productos mencionados en el Anexo II, productos entre los que no se discute que *no* entran los fertilizantes ni los pesticidas.

Por otra parte, en cuanto a la circunstancia —destacada por DLG— de que el Consejo haya adoptado, con arreglo al artículo 43 (norma que constituye el fundamento jurídico de los actos de la política agrícola), una Directiva en materia de pesticidas, se trata evidentemente de una circunstancia que no tiene ninguna influencia. Es decir: por una parte, una Directiva del Consejo no puede tener el efecto de extender —y además presuntamente— el contenido de un régimen excepcional que es de interpretación restrictiva y cuyos límites de aplicación están definidos taxativamente por el artículo 42 del Tratado y por las disposiciones aplicables y específicas del Reglamento nº 26/62. Por otra parte, nada excluye que pueda reconocerse al artículo 43 un alcance material diverso y más amplio que el del artículo 42; mientras que el artículo 42 es una norma excepcional, de interpretación restrictiva, que prevé la posibilidad de sustraer la producción y el comercio de los productos agrícolas a las normas comunes sobre la competencia, el artículo 43 es la norma general que atribuye al Consejo el poder de adoptar los oportunos actos de política agrícola para alcanzar los objetivos enunciados por el artículo 39; nada prohíbe pues que el Consejo, para alcanzar las finalidades a que se refiere el artículo 39, adopte (como por lo demás ha sucedido) [4] medidas relativas *ratione materiae* a productos meramente auxiliares o instrumentales respecto a la producción y al comercio de los productos agrícolas contemplados en el Anexo II.

3 — Sentencia de 25 de marzo de 1981, Coöperatieve Stremsel- en Kleurselfabriek/Comisión (61/80, Rec. p. 851).

4 — Véase la sentencia de 23 de febrero de 1988, Reino Unido/Consejo (131/86, Rec. p. 905), en la que el Tribunal de Justicia decidió que la Directiva 86/113/CEE del Consejo, que regulaba las dimensiones y otros requisitos de las jaulas de las gallinas ponedoras en batería (producto no comprendido obviamente en el Anexo II), fuese sometida a la esfera de competencia diseñada por el artículo 43.

2) *Las modificaciones estatutarias controvertidas, ¿tienen por objeto o efecto falsear el juego de la competencia?*

Las tesis contrapuestas y esquema de las observaciones presentadas

13. La compatibilidad de las cláusulas discutidas con el apartado 1 del artículo 85 es, como se ha dicho, la cuestión central planteada en el presente procedimiento. En síntesis, las tesis sostenidas pueden describirse así. Según DLG, la «fidelidad» del socio frente a la cooperativa es un elemento característico de esta forma de organización social y constituye la contrapartida natural de las ventajas que el socio obtiene de la participación en una sociedad con finalidad de mutua. La previsión de una causa específica de expulsión del socio que efectúe adquisiciones fuera de la cooperativa, tomando parte en organizaciones de la competencia de la misma cooperativa, se considera pues como una reacción lógica de la sociedad frente a actos que corren el riesgo de socavar su solidez financiera y eficacia comercial y se configura, por ello, como enteramente irrelevante desde el punto de vista del apartado 1 del artículo 85.

Las demandantes en el asunto principal señalan, por el contrario, que las cláusulas en discusión suponen una limitación importante y arbitraria de la libertad de acción comercial del socio. Tal restricción, que estaría claramente encaminada a consolidar la posición ya fuerte que ocupa DLG en el mercado de la distribución de los productos de que se trata, reduciría posteriormente la competencia entre DLG y terceros. Las demandantes subrayan también que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y la práctica de la Comisión han reconocido constantemente y tutelado la libertad de los miembros de una organización de compras colectivas, tenga o no carácter de sociedad cooperativa, de actuar en el mercado de manera independiente, entrando en competencia con la propia organización. En particular, según la jurisprudencia y la práctica, alegan las demandantes que las organizaciones de adquisiciones colectivas se consideran compatibles con las normas sobre la competencia, a efectos de que no se sujetan al apartado 1 del artículo 85, sólo a condición de que se garantice a los afiliados una plena libertad de acción comercial; [5] una restricción convencional limitada de dicha libertad puede, en su caso, acogerse a una exención fundada en el apartado 3 del artículo 85, pero la línea de principio relevante sigue siendo el apartado 1 del artículo 85; [6] por el contrario, los pactos que supriman la facultad de realizar adquisiciones independientes, como las cláusulas de «fidelidad» del tipo de las discutidas, se han de considerar prohibidas sin más. [7]

5 — Véase, por ejemplo, la Decisión SOCEMAS de 17 de julio de 1968 (DO L 201, p. 4), y la Decisión Intergroup de 14 de julio de 1975 (DO L 212, p. 23).

6 — Véase en especial la Decisión National Sulphuric Acid Association de 9 de julio de 1980 (DO L 260, p. 24), donde la Comisión concedió una exención a un consorcio para la adquisición de azufre, formado por los principales productores británicos de ácido sulfúrico (consorcio sin finalidad lucrativa y del que era posible separarse con preaviso de un año), tras haber valorado su impacto sobre los distintos mercados interesados y tenido en cuenta el hecho de que los miembros del consorcio habían suscrito un compromiso de abastecimiento exclusivo sólo por el 25 % de sus necesidades.

7 — Véase la Decisión Coöperatieve Stremsel- en Kleurselfabriek de 5 de diciembre de 1979 (DO 1980, L 51, p. 19), confirmada por el Tribunal de Justicia en la sentencia correspondiente, citada *supra*, y la Decisión Hudson's Bay de 28 de octubre de 1988 (DO L 316, p. 43), confirmada por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia de 2 de julio de 1992, Dansk Pelsdyravlerforening (T-61/89, Rec. p. II-1931). Ambos casos tenían por objeto cláusulas de «fidelidad» suscritas por miembros de sociedades cooperativas agrícolas.

La Comisión por su parte, reconoce que las cláusulas controvertidas se encaminan a disuadir a los socios de la cooperativa a participar en organizaciones de la competencia y, por lo tanto, pueden restringir la competencia entre DLG y terceros. Afirma, de todos modos, que esta restricción no tendría carácter apreciable y por ello no sería incompatible con el apartado 1 del artículo 85. Por otra parte la Comisión, en sus observaciones, que son muy sucintas, no indica en función de qué criterios sería posible llegar a esta conclusión.

Los razonamientos formulados por las partes ponen en evidencia, en el presente asunto, cómo se oponen dos intereses contrapuestos: por un lado, el interés de la sociedad y de los socios «fieles» a ella en defenderse de los miembros cuyos actos están objetivamente en contradicción con las finalidades mismas para las que se constituyó la sociedad; por otra parte, el interés de los socios en dejar a salvo cuanto más posible su propia autonomía y a reservarse así la posibilidad de dirigirse, o de participar, en organizaciones que hacen la competencia a la cooperativa.

Diré de inmediato que la práctica administrativa y la jurisprudencia, de las que las demandantes proporcionan una síntesis precisa y exhaustiva, parecen, por lo menos a primera vista, conceder preferencia al segundo interés sobre el primero. Sin embargo, tras una reflexión más atenta, parece justificada una conclusión diferente. A mi parecer, en verdad, es posible sostener que, en los casos en que la organización de adquisiciones colectivas sea de por sí coherente con las exigencias de protección de la competencia, se debe reconocer a la propia organización la facultad de defenderse, y de cómo hacerlo, de comportamientos de los miembros que se consideren incompatibles con el interés común; y ello por el simple motivo de que una cierta limitación de la autonomía del particular se puede considerar *inherente* al hecho mismo de su participación en cualquier forma de entidad económica organizada. La tutela del interés común, por lo demás, no puede revestir carácter absoluto: en presencia de *determinadas circunstancias* de hecho o de Derecho, la tutela de la autonomía del particular se podrá mostrar indispensable para evitar que surjan situaciones que comprometan el buen funcionamiento del mercado.

Desde esta perspectiva, el análisis que voy a realizar aquí se referirá a los siguientes puntos:

— a los criterios orientadores elaborados por el Tribunal de Justicia respecto a la aplicación del apartado 1 del artículo 85;

— a la compatibilidad de una cooperativa agrícola de compra, como DLG, con las exigencias de tutela de la competencia;

— a las razones por las que las cláusulas discutidas no tienen *objeto* contrario a la competencia, a efectos del apartado 1 del artículo 85;

— a las circunstancias en cuya presencia las cláusulas discutidas podrían producir *efectos* contrarios a la competencia, a efectos del apartado 1 del artículo 85.

Los criterios orientadores elaborados por el Tribunal de Justicia respecto a la aplicación del apartado 1 del artículo 85

14. El apartado 1 del artículo 85 prohíbe los acuerdos que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia.

15. En relación con la *ratio* de esta disposición, el Tribunal de Justicia ha precisado que las exigencias de protección de la competencia que la norma trata de satisfacer no pueden definirse en términos abstractos, sino en función del contexto concreto en que se ha producido el comportamiento de las empresas. La competencia no falseada a que se refieren los artículos 3 y 85 del Tratado supone efectivamente la existencia en el mercado de una competencia eficaz (workable competition), es decir, de una actividad de competencia suficiente para hacer considerar que se han respetado las exigencias fundamentales y alcanzadas las finalidades del Tratado y —en particular— la creación de un mercado único que ofrezca condiciones análogas a las de un mercado interno; esta exigencia permite que la naturaleza e intensidad de la competencia varíen según los productos y servicios y la correspondiente estructura de los mercados del sector. [8]

16. Además, según jurisprudencia reiterada, para determinar si un determinado acuerdo entra en el ámbito sancionado por el apartado 1 del artículo 85, es menester proceder a una investigación que consta de dos fases sucesivas. [9]

En una primera fase, deberá comprobarse si el acuerdo supone por su *objeto* una restricción de la competencia. A tal efecto será indispensable valorar las finalidades perseguidas mediante el propio acuerdo en el contexto económico en que debe aplicarse. [10] Si el acuerdo tiene por objeto restringir la competencia a efectos del apartado 1 del artículo 85, debe considerarse prohibido sin más, sin que sea necesario examinar sus efectos. [11]

8 — Sentencia de 25 de octubre de 1977, Metro/Comisión (26/76, Rec. p. 1875).

9 — Sentencias de 30 de junio de 1966, Technique Minière (56/65, Rec. p. 337), y de 28 de febrero de 1991, Delimitis (C-234/89, Rec. p. I-935).

10 — Sentencia de 28 de marzo de 1984, CRAM y Rheinzink/Comisión (asuntos acumulados 29/83 y 30/83, Rec. p. 1679).

11 — Sentencia de 27 de enero de 1987, Verband der Sachversicherer/Comisión (45/85, Rec. p. 405).

Cuando el objeto no sea contrario a la competencia, deberá procederse a una segunda fase del análisis, teniendo en cuenta los *efectos* que el acuerdo puede producir *in concreto* sobre el juego de la competencia. En tal supuesto, se considerará que el acuerdo está prohibido cuando aparezca que puede restringir la competencia de manera *sensible*. [12] Hay que recordar también que el criterio general para apreciar si un acuerdo tiene por objeto o efecto restringir la competencia es el que consiste en comprobar cómo habría actuado la competencia en el ámbito del mercado de que se trata de no existir el mencionado acuerdo. [13]

En razón de este esquema de análisis, se considerarán prohibidos, por su objeto, los acuerdos que, considerados en términos objetivos y abstractos, no tienen más función que la de restringir la libertad de competencia entre las partes, o bien entre las partes y los terceros en competencia, de manera que se estime incompatible con el mercado común. Piénsese por ejemplo en una práctica colusoria que dé lugar a una segmentación de los mercados, que contingente la producción o que defina los precios de venta, o bien en una cláusula, inserta en un contrato de distribución, que prohíba las importaciones o exportaciones del producto objeto del contrato en el interior del mercado común o que imponga precios para la reventa del mismo producto.

Por el contrario, deberá considerarse que no tienen objeto contrario a la competencia los acuerdos que son adecuados para desarrollar una función más compleja. Cabe decir esto de las cláusulas que forman parte integrante del contenido de un contrato determinado y que de esta manera contribuyen a determinar la disposición y el equilibrio de las relaciones jurídicas entre las partes. Ciertamente, según una orientación jurisprudencial bastante bien delineada, para establecer si una cláusula determinada tiene objeto contrario a la competencia, a efectos del apartado 1 del artículo 85, es necesario considerar su función en el contexto de las relaciones contractuales en que se inserta. Desde esta perspectiva, el Tribunal de Justicia considera normalmente que no tienen objeto contrario a la competencia las cláusulas que en abstracto resulten *necesarias* para que un contrato, que por sí no es contrario a la competencia, pueda alcanzar completamente la función jurídico-económica que lo caracteriza. El Tribunal de Justicia, por ejemplo, ha considerado que no violan el apartado 1 del artículo 85 por su objeto (a menos que, bien entendido, produzcan efectos contrarios a la competencia, en función de circunstancias concretas):

— el pacto de no competir, inserto en un contrato de cesión de empresa (contrato que, de por sí, según el Tribunal de Justicia, dinamiza el funcionamiento del mercado), en cuanto dicho pacto, siempre que no sea de duración desproporcionada, puede considerarse necesario para la efectividad de la cesión; [14]

12 — Sentencia Technique Minière, antes citada.

13 — Sentencia Technique Minière, antes citada.

14 — Sentencia de 11 de julio de 1985, Remia/Comisión (42/84, Rec. p. 2545).

— la cláusula de abastecimiento exclusivo y la cláusula que excluye la competencia, insertas en un contrato de franquicia comercial, en cuanto sean necesarias para conseguir que tal contrato pueda realizar plenamente su función típica; [15]

— la cláusula que excluye la impugnación, inserta en un contrato de licencia de patente (a título gratuito), en cuanto —como se indica en las conclusiones del Abogado General— sea determinante para «el equilibrio de un acuerdo que no tiene por objeto ni por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia»; [16]

— la cláusula de aprovisionamiento exclusivo inserta en un contrato de «brasserie», en cuanto es inherente a esta forma de cooperación entre revendedor y suministrador, fundada en una convergencia de intereses para la promoción de las ventas del producto, que caracteriza este específico tipo contractual. [17]

Por otra parte, como se ha dicho, la circunstancia de que un acuerdo no tenga carácter contrario a la competencia, no significa que aquél, teniendo en cuenta el contexto económico concreto en que está destinado a actuar, no pueda producir *efectos* inconciliables con el funcionamiento correcto de la competencia en el mercado común. Nada excluye, por lo tanto, que un acuerdo que no tenga objeto contrario a la competencia pueda, ante una determinada situación de mercado, considerarse incompatible con el mercado común, cuando el mismo acuerdo, actuando en una situación de mercado diferente, sería considerado conforme a las exigencias de tutela de la competencia. En el ámbito de este análisis, se deberá tener en cuenta, en particular, [18] el nivel de competencia, actual o potencial, en el mercado o en los mercados interesados, con independencia del acuerdo de que se trate, así como de la circunstancia de que el mismo acuerdo contribuya o no de modo significativo a restringir ulteriormente la competencia sobre este o estos mercados.

En síntesis, pues, el análisis del objeto y el análisis del efecto se distinguen claramente. [19] El primer análisis se dirige a valorar, en abstracto, la función objetiva de un determinado pacto en el contexto contractual en que se inserta. El segundo, por el contrario, trata de determinar si, en concreto, un acuerdo cuyo objeto no sea contrario a la competencia puede de todos modos, por la situación específica del mercado en el que va a actuar, res-

15 — Sentencia de 28 de enero de 1986, Pronuptia de Paris (161/84, Rec. p. 353).

16 — Sentencia de 27 de septiembre de 1988, Bayer (65/86, Rec. p. 5249).

17 — Sentencia Delimitis, antes citada.

18 — Véase especialmente la sentencia Delimitis, antes citada.

19 — Hay que subrayar por otra parte que semejante distinción no es aplicada normalmente por la Comisión, que, en sus decisiones, procede de ordinario a una valoración de carácter global, al final de la cual se limita a afirmar que un determinado acuerdo infringe o no el apartado 1 del artículo 85. Por el contrario, la distinción se afirma netamente en la jurisprudencia, al menos como regla general. Sin embargo resulta menos precisa la aplicación del principio. Un ejemplo claro — quizá el más claro— de aplicación del esquema de análisis fundado en la distinción entre objeto y efecto se encuentra en la sentencia Delimitis, antes citada.

tringir de manera sensible la competencia en el mercado común.

Recuérdese por último que las restricciones de la competencia que posiblemente sean consecuencia de las disposiciones que rigen las relaciones entre una sociedad cooperativa y sus socios están sujetas a las normas de los artículos 85 y siguientes. [20]

La compatibilidad de una cooperativa agrícola de compra, como DLG, con las exigencias de tutela de la competencia

17. En cuanto a la aplicación al caso de autos del modelo de análisis que acabo de dibujar, se ha de subrayar ante todo que las cláusulas de los Estatutos discutidas forman parte del Estatuto de una cooperativa agrícola que, entre otras, tiene la función de adquirir y distribuir entre los socios productos de base para la agricultura (entre ellos, particularmente, fertilizantes y pesticidas).

Insertas en semejante contexto, las cláusulas discutidas prevén una causa de expulsión específica frente a algunas categorías de socios que deciden actuar de forma organizada efectuando compras a organismos externos, en competencia con la cooperativa. [21]

18. Una vez precisado esto, debe añadirse que la constitución de una cooperativa de compra como DLG lleva a cabo una forma de cooperación entre empresas (o asociaciones de empresas) que responde a exigencias típicas del sector agrícola y que, por esta razón, es tratada favorablemente tanto por el legislador nacional como por las autoridades comunitarias. Tal forma de cooperación en las compras promueve la eficiencia de las empresas y, por consiguiente, la «workable

20 — Véanse las citadas sentencias Coöperatieve Stremsel- en Kleurselfabriek y Dansk Pelsolyravlerforening.

21 — Hay que destacar que las cláusulas discutidas, que establecen una causa específica de expulsión del socio que realice compras (de fertilizantes o pesticidas) mediante participación en organismos de la competencia de la cooperativa, se diferencian de las cláusulas como el pacto de no hacer la competencia o la obligación de abastecimiento exclusivo (una obligación de abastecimiento exclusivo, como se ha dicho, era contemplado en los Estatutos de DLG hasta 1975) por cuanto, a diferencia de estas últimas, no contemplan una efectiva *obligación* de no hacer o de hacer (obligación que, a su vez, podría ser sancionada, en caso de infracción mediante una acción inhibitoria, además de la responsabilidad contractual, frente al socio que incumple). La diferencia, sin embargo, es de escaso relieve para los fines prácticos. En las sociedades cooperativas, la infracción de las obligaciones del socio, en particular, las que podríamos definir genéricamente como obligaciones de «fidelidad» del socio frente a la cooperativa (de no competencia, exclusiva de abastecimiento, exclusiva de venta), encuentra normalmente sanción (más allá de otros remedios) precisamente en la expulsión del socio que no cumple, expulsión que normalmente supone para el socio consecuencias patrimoniales desfavorables. Por ello resulta equivalente de hecho que la sociedad prevea una obligación específica de «fidelidad» del socio cuyo incumplimiento da lugar a su expulsión, o bien que no prevea tal obligación, reservándose sin embargo la facultad de excluir a los socios «infieles»: en ambos casos, la expulsión se configura como sanción de comportamientos calificados por los Estatutos como incompatibles con los intereses de la sociedad y de los socios en general.
Por lo demás, DLG, en respuesta a una pregunta que le formuló la Comisión, confirmó expresamente que la finalidad de las cláusulas controvertidas consistía precisamente en disuadir a los socios (los miembros B) de formar parte de organismos que hacen la competencia a la cooperativa. Sobre el plano funcional, pues, está claro que las cláusulas que aquí se examinan estaban destinadas a perseguir el mismo objetivo de «fidelidad» propio de las cláusulas que excluyen la competencia o de abastecimiento exclusivo.

competition» entre las mismas, a efectos de la citada sentencia Metro.

La cooperativa, efectivamente, al realizar compras colectivas de productos de base para la agricultura, puede equilibrar, en especial en algunos sectores, la fuerza contractual que ejercitan los productores-abastecedores. Esto es válido, en particular, en sectores como precisamente el de fertilizantes y pesticidas, en el que la producción se concentra, a escala mundial, en un número relativamente limitado de empresas y en el cual está demostrado que los precios de venta pueden variar considerablemente en función de las cantidades solicitadas. En semejante situación, la constitución de una cooperativa de compra constituye la respuesta natural a la fuerza contractual de la oferta, mejorando las condiciones de intercambio con ventaja de la demanda.

Además, teniendo en cuenta su naturaleza mutua, debe considerarse que las ganancias de eficiencia que consigue la cooperativa en la fase de adquisición de productos de base serán por principio integralmente transmitidas hacia abajo a los socios en concreto, bajo forma o bien de reducción de los precios de venta, o bien de distribución de beneficios o de sumas atribuidas a otro título al final del ejercicio anual.

Por otra parte, ni siquiera hay que temer que la cooperación en la compra de productos de base pueda dar lugar, en este sector, a una efectiva restricción de la competencia en las relaciones entre los socios de la cooperativa. Como se ha dicho, efectivamente, el mercado de fertilizantes y pesticidas está dominado, a escala mundial, por una reducida serie de productores, frente a los cuales los agricultores por separado o incluso las asociaciones locales de agricultores se encuentran en una situación de *debilidad contractual congénita*. De ello se sigue que, si no existieran cooperativas de compra de dimensiones importantes, como DLG, los agricultores o las asociaciones locales tendrían que *sufrir* las decisiones de los productores o de los distribuidores comerciales independientes; a falta de la actuación de la cooperativa como intermediaria, tendrían que soportar por lo tanto precios de compra más elevados como media, sin tener por otra parte posibilidades efectivas de hacerse más competencia en el abastecimiento de los productos de que se trata.

Puede pues concluirse, sobre este punto, que la constitución de una cooperativa de compra responde a exigencias propias del sector agrícola y, en el ámbito de tal sector, contribuye a incrementar la eficiencia tanto de la distribución de los productos de base como de la misma actividad agrícola, sin suponer, por otra parte, riesgos de una efectiva reducción de la competencia (entendida, con arreglo a la citada sentencia Metro, como «workable competition») entre las empresas (o asociaciones de empresas) que participan en la cooperación en las compras.

Sobre el objeto de las cláusulas discutidas en relación con el apartado 1 del artículo 85

19. Se subraya a continuación que, en una cooperativa agrícola de compras, la previsión de cláusulas estatutarias que expulsan de la sociedad a los miembros que efectúen adquisiciones fuera de la cooperativa y en competencia con ella constituye en principio un *elemento coherente con la exigencia de asegurar el correcto funcionamiento de la sociedad.*

La finalidad de la cooperación en las compras, consistente en la oportunidad que se garantiza a los socios de beneficiarse, cualquiera que sea su aportación de capital, de costos de aprovisionamiento menos gravosos, corre ciertamente el riesgo de verse perjudicada por el hecho de que los socios en particular operen por su propia cuenta en el exterior y en competencia con la cooperativa. Semejante comportamiento, en primer lugar, debilita la estructura financiera de la sociedad, por cuanto la cooperativa realiza transacciones exclusiva o principalmente con los socios, y no con terceros, lo que supone que su facturación depende del volumen de las transacciones efectuadas entre socios y sociedad y, por consiguiente, de la mayor o menor «fidelidad» de los socios frente a la sociedad misma. Además, este comportamiento, al deteriorar la base comercial de la sociedad, empeora las condiciones de compra de las que ésta puede disfrutar en los mercados, lo que, especialmente cuando se trata de productos cuyo precio varía considerablemente en función del volumen de las órdenes efectuadas, se traduce en una elevación de costes para la cooperativa y, como reflejo, para los socios que siguen dirigiéndose a ella para su propio abastecimiento. Hay pues aquí una contradicción evidente entre ser miembro de una cooperativa de compras y participar al mismo tiempo en organizaciones de compra de la competencia.

Bajo este aspecto, pues, las cláusulas que se discuten se orientan exclusivamente a hacer que la sociedad pueda contar con la más amplia base comercial posible y pueda, de este modo, perseguir eficazmente la función de mutua con la que se creó. Desde esta perspectiva, dichas cláusulas tratan simplemente de impedir que un socio pueda, por una parte, ser miembro de la cooperativa, beneficiándose de las prestaciones que él considera más útiles, y, por otra parte, observar un comportamiento (realizar compras independientes) que está claramente en contradicción con los objetivos mismos (proceder a compras colectivas) para los que se constituyó la sociedad.

Hay que considerar por tanto que las cláusulas discutidas, al establecer la expulsión del socio que participa en organizaciones que hacen la competencia a la cooperativa, por más que supongan, como es obvio, una limitación de la autonomía de acción del socio, constituyen *una forma normal de tutela estatutaria respecto a situaciones de conflicto de intereses* y no presentan por lo tanto un objeto contrario a la competencia a efectos del apartado 1 del artículo 85. Por lo demás, éste es el motivo por el que cláusulas de expulsión de este tipo, u otras convenciones (cláusulas que descartan la competencia o de abastecimiento exclusivo) destinadas a garantizar la «fidelidad» del socio, se insertan normalmente en los Estatutos de la sociedad (o

son directamente, en algunos casos, prescritas por la Ley). [22]

20. Por otra parte, una solución diversa daría lugar a resultados claramente absurdos. Si se admite efectivamente que las cláusulas objeto del litigio tienen *objeto* contrario a la competencia, entonces debe deducirse necesariamente de ello que cada socio ostenta, con arreglo al apartado 1 del artículo 85, el *derecho* a no ser expulsado de una cooperativa de compra, aun participando al mismo tiempo en organizaciones de compra de la competencia, lo que equivale a decir que el socio goza de un verdadero y propio derecho a conservar la calidad de socio aunque observe comportamientos perjudiciales para los intereses de la propia sociedad y de los demás socios. En otras palabras, el apartado 1 del artículo 85 garantizaría una tutela casi absoluta (a menos que concurran los requisitos para una exención con base en el apartado 3 del artículo 85) de la libertad de acción comercial del socio, en perjuicio del buen funcionamiento de la sociedad. Tal interpretación, como es evidente, hace prevalecer el interés individual del socio sobre el interés de la sociedad y deja a esta última desamparada respecto a comportamientos del socio que comprometen su equilibrio; se trata por tanto de una interpretación que contradice abiertamente el *favor* que el ordenamiento ha mostrado siempre frente al fenómeno cooperativo (especialmente en el sector agrícola).

Circunstancias de hecho y de Derecho en cuya presencia las cláusulas discutidas podrían producir efectos contrarios a la competencia

21. Aclarado lo anterior, es preciso comprobar también si las cláusulas que se discuten tienen *efectos* contrarios a la competencia incompatibles con el mercado común, a causa de algunas circunstancias específicas de hecho o de Derecho.

22. En primer lugar, se debe valorar al respecto si los socios de la cooperativa tienen la posibilidad de *darse de baja* de la misma cooperativa a intervalos de tiempo razonables. De no ser así, los socios, por una parte, estarían obligados a permanecer en la cooperativa por períodos de tiempo muy prolongados y, por otra, estarían privados, durante toda la duración de la relación social, de la posibilidad de dirigirse a operadores de la competencia o de establecer organizaciones en competencia. Este doble vínculo (la duración excesiva de la relación social y la obligación de «fidelidad» a la cooperativa por toda la duración de la relación) produciría el efecto de privar al socio de cualquier libertad real de acción, impidiendo como consecuencia a los terceros desplegar una competencia eficaz frente a la cooperativa. Por ello, para

22 — Esta solución me parece, por lo demás, concorde con las directrices enunciadas por la Comisión en su reciente *Comunicación sobre el tratamiento de las empresas en participación de carácter cooperativo en virtud del artículo 85 del Tratado CEE* (DO 1993, C 43, p. 2).
Adelantando que, a mi parecer, una agrupación temporal de empresas (joint venture) puede también asumir la forma de una sociedad cooperativa, cuyos miembros sean empresas o asociaciones de empresas (según la Comisión, «la valoración de las IC que tengan naturaleza de cooperación, al objeto de la aplicación de las disposiciones de los apartados 1 y 3 del artículo 85, no depende de la configuración jurídica elegida por las empresas fundadoras para su cooperación»), se ha de observar que, según la Comisión, no se excluye que, al menos en presencia de determinadas circunstancias (como podrían ser las descritas en el punto 17 de las presentes conclusiones), una agrupación temporal de empresas (joint venture) de adquisición entre empresas en competencia puede excluirse de la aplicación del apartado 1 del artículo 85 (véase en particular el apartado 39 de la Comunicación). En tal supuesto, una cláusula del tipo de la discutida debería calificarse de simple «restricción accesoria» (ancillary restraint), es decir, como una restricción «directamente vinculada y necesaria para el funcionamiento de la IC» (véanse los apartados 65 y siguientes de la Comunicación), no sujeta como tal a la aplicación del apartado 1 del artículo 85.

evitar una excesiva *rigidez* del mercado y de acuerdo con algunos datos de la práctica de la Comisión [23] y del Tribunal de Justicia, [24] considero absolutamente indispensable que, por lo menos en casos en los que estén establecidas cláusulas de «fidelidad» del tipo de las que son objeto del presente procedimiento, se garantice textualmente a los socios la facultad de darse de baja de la sociedad a intervalos de tiempo razonables, intervalos cuya duración debiera ser tanto menor cuanto menor fuera la intensidad de las relaciones de competencia entre la sociedad de que se trate y los terceros.

Refiriéndome al caso de autos, considero significativo que DLG, cuando deliberó sobre la introducción de las cláusulas estatutarias discutidas, decidiera también reducir la duración de la relación social de diez a cinco años. El término quinquenal, que coincide con el término máximo previsto por el Reglamento nº 1984/83 para los contratos de abastecimiento exclusivo, debiera considerarse adecuado, en condiciones de mercado normales, para compaginar, por una parte, la exigencia de la tutela de la competencia y, por otra, la exigencia de la sociedad de garantizarse una estabilidad y continuidad de las relaciones con los socios.

23 — Véase la letra d) del artículo 3 del Reglamento (CEE) nº 1984/83 de la Comisión, de 22 de junio de 1983, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 85 del Tratado CEE a determinadas categorías de acuerdos de distribución exclusiva (DO L 173, p. 5; EE 08/02, p. 110).

24 — Véase, en particular, el apartado 26 de la citada sentencia Delimitis, en la que, en el ámbito del examen de los *efectos* de un contrato de suministro de cerveza, el Tribunal señala: «La contribución de cada uno de los contratos celebrados por una fábrica de cerveza al bloqueo de este mercado depende, además, de su duración. Si esta duración es manifiestamente excesiva respecto a la duración media de los contratos de suministro de cerveza generalmente celebrados en el mercado afectado, el contrato concreto está prohibido por el apartado 1 del artículo 85. Una fábrica de cerveza que disponga de una parcela de mercado relativamente reducida, que vincula a sus puntos de venta durante muchos años, puede, en efecto, contribuir a un cierre del mercado de una manera tan significativa como una fábrica de cerveza que tenga una posición relativamente fuerte en el mercado, que, en cortos intervalos de tiempo, libera regularmente de su vinculación sus puntos venta.»

Por análogas razones, debiera también considerarse incompatible con el apartado 1 del artículo 85 una cláusula estatutaria que estableciera sanciones claramente excesivas y desproporcionadas para el supuesto de que un socio de la cooperativa haya sido expulsado por infracción de sus obligaciones de fidelidad. En el presente caso, por el contrario, la expulsión por DLG se sanciona según las normas de Derecho común; además, como ya se ha precisado, DLG renunció a aplicar dichas sanciones a los miembros B expulsados, equiparándolos a los que habían ejercitado el derecho de darse de baja.

23. En segundo lugar, es preciso aclarar también que las relaciones de competencia (actuales y potenciales) entre la cooperativa y terceros, por otra parte, no se han deteriorado demasiado. Las cláusulas referidas, como se ha dicho, restringen la libertad de acción de los socios, disuadiéndoles de dirigirse o de participar en organizaciones de la competencia. Ahora bien, en una situación en la que la competencia estuviera ya, por otras razones, muy limitada, estos convenios, que tratan de garantizar la «fidelidad» del socio a la cooperativa, podrían tener como *side-effect* el de impedir a los terceros entrar en el mercado o ejercitar de cualquier modo una competencia eficaz.

24. Esto podría realizarse cuando la cooperativa tuviera una cuota de mercado elevada y netamente superior a la de los que le hacen la competencia, así como cuando, por la presencia de sensibles barreras de entrada (en particular, necesidad de poseer capacidades financieras, tecnológicas o empresariales muy destacadas, o bien un notable grado de fide-

lidad de la clientela a los operadores ya establecidos), resultase difícil la entrada de nuevos operadores en el mercado de que se trata. En semejante situación, si se refuerzan más aún los vínculos ya existentes entre la cooperativa y sus miembros (que son también sus «partners» comerciales), se corre el riesgo de privar a los competidores (actuales y potenciales) de la posibilidad de encontrar suficientes salidas comerciales. Por ello, cuando la competencia (actual o potencial) entre la cooperativa y los terceros estuviera excesivamente deteriorada, podría considerarse indispensable reconocer a los socios de la cooperativa la facultad de abastecerse en otros terceros de la competencia o de crear organizaciones de distribución en competencia, sin correr por ello el riesgo de verse expulsados de la sociedad. Por otra parte, en los casos en que disfruta de una fuerte posición frente a la competencia, la sociedad tiene incluso menos necesidad de protección frente a las adquisiciones independientes de los socios; más aún, la posibilidad de que los socios hagan la competencia a la sociedad hace más vivaz el mercado y evita que se originen ineficacias o beneficios excesivos.

Por lo demás, ésta me parece que es, si bien se considera, la *ratio decidendi* de las sentencias en las que el Tribunal de Justicia y el Tribunal de Primera Instancia han considerado incompatibles con el apartado 1 del artículo 85 determinadas cláusulas insertas en los Estatutos de cooperativas agrícolas que, aunque en forma distinta, se orientaban también a garantizar la plena «fidelidad» de los socios a la misma cooperativa; [25] en ambas sentencias, efectivamente, se da una importancia decisiva a la circunstancia de que la cooperativa de que se trate tuviera una posición muy destacada en el mercado y de que por consiguiente, en semejante contexto, las disposiciones en discusión contribuyeran a mantener esta posición de fuerza, obstaculizando el acceso de terceros en competencia. [26]

25 — Se trata de las citadas sentencias Coöperatieve Stremsel- en Kleurselfabriek y Dansk Pelsdyravlerforening.

26 — En particular, en la sentencia Coöperatieve Stremsel- en Kleurselfabriek, el Tribunal de Justicia destaca:
«Las disposiciones de los Estatutos de la cooperativa, que obligan a los socios a adquirir la totalidad de sus necesidades de cuajo y de colorantes para queso en la misma cooperativa y que refuerzan esta obligación contemplando el pago de una suma no desdeñable en caso de baja o de expulsión, tienen claramente el fin de impedir que los socios se abastezcan de otros proveedores de cuajo o de colorantes o que los produzcan ellos mismos, en el caso en que estas alternativas presentaran ventajas desde el punto de vista de la calidad o del precio. *Puesto que, según datos no discutidos, los socios efectúan actualmente más del 90 % de la producción neerlandesa de queso, estas disposiciones contribuyen además a conservar la situación actual en la que la cooperativa es prácticamente el único abastecedor de cuajo en el mercado neerlandés*» (el subrayado es mío).
En la sentencia Dansk Pelsdyravlerforening, obsérvese cómo el Tribunal de Primera Instancia subraya, entre otras cosas, que la cláusula discutida hace muy difícil el acceso de terceros en competencia al mercado «habida cuenta de la muy fuerte posición de la demandante en el mismo» (apartado 78). Verdad es que la sentencia del Tribunal de Primera Instancia contiene también afirmaciones de carácter más perentorio, de las que se deduce que las cláusulas de «fidelidad» son de por sí, y por su mismo objeto, incompatibles con el apartado 1 del artículo 85 (véanse en particular los apartados 98 y 110, en los que el Tribunal de Primera Instancia considera que una exclusiva de venta a favor de una cooperativa tiene objeto, además de efecto, contrario a la competencia). Considero sin embargo que las afirmaciones del Tribunal de Primera Instancia deben necesariamente ser «matizadas», es decir, comprendidas esencialmente en función de la situación particular de mercado que caracteriza el caso examinado. Otra solución tendría ciertamente consecuencias excesivas y difícilmente justificables. Si se parte de la idea de que las cláusulas de exclusiva u otras cláusulas de «fidelidad» contenidas en el Estatuto de una cooperativa agrícola son, por principio, por su mismo objeto, incompatibles con el apartado 1 del artículo 85, entonces se deriva de ello, siempre por principio, que una cooperativa agrícola no tiene ninguna posibilidad de defenderse frente a situaciones en las que los socios actúan en los mercados en claro conflicto con los intereses de la sociedad y de los otros miembros. A mi parecer, por el contrario, la lectura correcta tiene el sentido opuesto: si la constitución de la cooperativa es coherente en sí con la defensa de la competencia, así como con otros valores acogidos por el ordenamiento, hay que dejar también libre a la sociedad para que adopte cuantas medidas considere oportunas para la protección de sus propios intereses esenciales; el apartado 1 del artículo 85 no puede por ello interpretarse en el sentido de suponer una tutela absoluta de la libertad de acción comercial de los socios a costa de los intereses de la sociedad y de los otros socios. Una interpretación distinta equivaldría a replantear la discusión del propio equilibrio de la sociedad y estaría por ello en contradicción con el juicio de favor que el ordenamiento, incluso bajo la perspectiva de la tutela de la competencia, ha expresado, sobre todo en el sector agrícola, frente a determinadas formas de cooperación entre empresas. Por consiguiente, sólo en el supuesto de que la cooperativa se encuentre en situaciones de mercado que presenten un riesgo sensible de alteración de la competencia, o en el de que la libertad del socio llegue a estar excesivamente restringida por otros acuerdos (excesiva duración de la relación social, sanciones desproporcionadas en supuestos de expulsión), los *efectos* específicos producidos por las cláusulas de «fidelidad» pueden ser objeto de examen a partir del apartado 1 del artículo 85.

Se debería llegar naturalmente a análoga conclusión cuando la situación del mercado pudiese atribuir a la cooperativa una *posición dominante* a efectos del artículo 86; en dicha hipótesis, de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, debería considerarse sin más que la cláusula de «fidelidad» está por principio en contra de lo dispuesto por dicha norma. [27]

25. En el caso de autos, sin embargo, salvo las comprobaciones que corresponde realizar al órgano jurisdiccional nacional, se puede sin más excluir el riesgo de excesivo deterioro de la competencia, teniendo en cuenta que:

— en el acto de las modificaciones estatutarias de que se trata, las cuotas de mercado de los distintos operadores en competencia se mostraban sustancialmente equilibradas entre sí;

— la entrada de nuevos operadores en el mercado de que se trata no iba contra obstáculos insuperables, bien porque las capacidades financieras, tecnológicas y empresariales requeridas en un mercado nacional de la distribución al por mayor no parecen enormes en ningún caso, bien porque en este asunto el nuevo operador (LAG) no era sino una nueva forma de organización cooperativa, con base nacional, creada por asociaciones locales que ya estaban presentes en el mercado, que ya desplegaban una actividad de intermediario comercial para los productos de que se trata y que, por lo tanto, ya disponían de buena parte de la infraestructura y de las capacidades necesarias para poner en marcha una actividad en competencia.

26. En tercer lugar, es preciso examinar otra objeción formulada por las demandantes en el asunto principal. Según ellas, como DLG tiene carácter de conglomerado, a efectos de que ofrece a sus afiliados una vasta gama de bienes y servicios, el salir de la cooperativa por darse de baja o expulsión significa de hecho perder una fuente de aprovisionamiento diversificada y ventajosa. En estas circunstancias, sería pues especialmente difícil (si no imposible) operar fuera de la cooperativa: *ipso facto* los socios estarían fuertemente disuadidos de darse de baja en la cooperativa o de ponerse en situación que permita expulsarlos de ella. Por consiguiente, para evitar una rigidez excesiva del mercado, se debería, en estos casos, garantizar a los socios la posibilidad de abastecerse de determinados productos fuera de la cooperativa, sin correr por ello el riesgo de verse excluidos de la sociedad.

La objeción me parece infundada. En primer lugar, se ha de señalar que es normal que la salida de una cooperativa, por cualquier

27 — Sentencias del Tribunal de Justicia de 13 de febrero de 1979, Hoffmann-La Roche/Comisión (85/76, Rec. p. 461), y de 3 de julio de 1991, AZKO/Comisión (C-62/86, Rec. p. I-3359), así como sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 1 de abril de 1993, BPB Industries y British Gypsum/Comisión (T-65/89, Rec. p. II-389).

razón, suponga la pérdida de ventajas (más o menos importantes) inherentes a la afiliación a la sociedad. Semejante situación, completamente normal, no es, bajo ningún aspecto, contraria al apartado 1 del artículo 85. Como ya se ha subrayado, efectivamente, dicha norma no se puede interpretar a efectos de conceder al miembro de una cooperativa el derecho a conservar la calidad de socio y a beneficiarse de las ventajas consiguientes, y, al mismo tiempo, actuar contra los intereses de la sociedad y de los otros socios. Corresponde por ello al socio elegir, de acuerdo con una libre ponderación de sus propios intereses, si se da de baja de la sociedad (o actúa de modo que se haga expulsar de ella) o si se queda en la misma respetando sus Estatutos: una vez realizada esta opción libre, el socio no podrá lamentarse de las posibles desventajas inherentes al partido que haya tomado.

27. El caso sería distinto si la cooperativa se encontrase en situación de disfrutar frente a sus propios socios de una posición dominante a efectos del artículo 86 del Tratado; ello podría suceder en el caso de que la cooperativa disfrutara de una posición dominante sobre uno o varios mercados de bienes o servicios o bien en el caso en que resultara especialmente gravoso para sus afiliados procurarse separadamente en otros competidores el *conjunto* de bienes y servicios que la cooperativa le puede ofrecer cumulativamente (en este caso, la posición dominante derivaría del hecho de que la empresa puede ofrecer una gama completa de bienes/servicios complementarios, en condiciones globales que los competidores no están en condiciones de mejorar). En el supuesto de que la cooperativa ocupase semejante posición dominante, el artículo 86 establece una doble forma de tutela: i) la cláusula de expulsión (u otra fórmula de cláusula de «fidelidad») debe considerarse prohibida e inválida, por las razones expuestas en el punto 24 de las presentes conclusiones; ii) eventuales actos de boicot o discriminación realizados por la cooperativa frente a los socios (negativa a proporcionar bienes o servicios a los socios excluidos o imposición de precios excesivos respecto al valor de los bienes o servicios proporcionados) pueden constituir supuestos distintos y autónomos de abuso a efectos del artículo 86.

Por otra parte se ha de observar que, en el caso de autos, el propio presupuesto del razonamiento, es decir, la existencia de una posición dominante de DLG, se muestra carente de fundamento. Efectivamente, no parece que DLG ostente una posición dominante en uno o varios de los concretos mercados de bienes o servicios donde actúa, ni que disfrute de semejante posición gracias a su presencia conjunta en la totalidad de los mercados de los que se trata. Por otra parte, hay que tener presente además que DLG actúa como un intermediario comercial para el suministro de bienes y servicios y que no debería ser difícil para operadores como las asociaciones locales (que también son, aunque a un nivel inferior, intermediarios comerciales) encontrar en el mercado, o en su caso crear, intermediarios diferentes de DLG, para aprovisionarse de los bienes y servicios de que se trate.

Por último, siempre desde esta perspectiva, cabe subrayar también que DLG se ha com-

prometido formalmente a suministrar incluso a los no socios los bienes y servicios que ofrece la sociedad, aunque, como es justo que suceda, estos suministros se realizan en las condiciones normales de mercado y no en las condiciones, obviamente más favorables, que se reservan a los socios.

28. En conclusión, puede afirmarse que, según los documentos obrantes en autos y a reserva de las comprobaciones que incumbe realizar al órgano jurisdiccional nacional, parece que los socios de DLG gozan de la facultad de darse de baja de la sociedad a intervalos de tiempo razonables, que la estructura y las características del mercado no son de las que hacen pensar que la introducción de las cláusulas discutidas produzca un riesgo efectivo de restricción de la competencia, actual y potencial, entre DLG y los terceros y que, por consiguiente, las propias cláusulas no suponen efectos restrictivos de la competencia a efectos del apartado 1 del artículo 85.

Esta conclusión se encuentra confirmada por la evolución del mercado posterior a la expulsión de los miembros B acordada por la cooperativa con arreglo a las cláusulas discutidas. Efectivamente, a pesar de la expulsión, la LAG no sólo ha continuado su actividad, sino que incluso ha incrementado rápidamente su propia cuota de mercado hasta situarse, en 1990, en posiciones análogas a las de DLG. Esto demuestra que los miembros excluidos tenían efectivamente la posibilidad de actuar fuera de DLG, constituyendo una organización que ejercitara cometidos análogos de intermediario comercial y que estuviera en perfectas condiciones de hacer la competencia a DLG. [28]

29. Debe considerarse también, para agotar el tema, que algunas de las circunstancias subrayadas por el Juez nacional en las cuestiones prejudiciales indican también que DLG ha limitado el alcance de las cláusulas discutidas —y con ello el alcance del correspondiente vínculo de fidelidad— a lo que era *estrictamente indispensable* para garantizar la defensa de la cooperativa ante situaciones de efectivo conflicto de intereses. Bajo este aspecto destacan, en esquema, las circunstancias siguientes:

— las cláusulas discutidas se refieren exclusivamente a los fertilizantes y a los pesticidas (y no a los demás bienes/servicios procurados por DLG), es decir, únicamente a los productos para los que, teniendo en cuenta la elasticidad del precio, la reducción de sus pedidos por parte

28 — Desde el plano metodológico, considero plenamente correcto, al valorar el impacto sobre la competencia de determinadas cláusulas, tener en cuenta también la evolución ya producida en el mercado interesado en el período posterior a la entrada en vigor de las mismas cláusulas. Naturalmente, la evolución comprobada en el mercado no puede ser el *único* elemento de valoración: es por ello evidente que para apreciar la compatibilidad de un acuerdo, no podemos basarnos exclusivamente en las consecuencias que el acuerdo ha provocado; de otro modo, se llegaría al absurdo de que, para determinar si el acuerdo infringe el artículo 85, debería esperarse algunos años para comprobar qué resultados (¡o perjuicios!) ha producido y para decidir en consecuencia si se interviene y de qué modo. Por ello, si bien el análisis *a posteriori* no puede suplantar en modo alguno el análisis *a priori* (fundado en el examen del objeto y de los efectos previsibles del acuerdo), ello no significa que los resultados realmente producidos por el acuerdo, cuando estén disponibles, hayan de considerarse del todo irrelevantes. Deben considerarse un indicio que hay que tener en cuenta en la medida en que sirvan para confirmar o desmentir las conclusiones a las que se llegue como consecuencia de la apreciación jurídico-económica del objeto y de los efectos previsibles del acuerdo. En tal sentido, véanse por ejemplo la Decisión SOCEMAS (apartado 2, segundo considerando) y la Decisión Intergroup (apartado 6) citadas en la nota 3.

de la cooperativa, a consecuencia de compras independientes realizadas por la LAG, podía empeorar significativamente las condiciones de transacción;

— las cláusulas discutidas se refieren exclusivamente a las compras efectuadas por los miembros B y D (y no por los demás socios), es decir, los únicos socios que, por su importancia comercial, pueden perjudicar los intereses de la cooperativa, al actuar en competencia con ésta;

— las cláusulas discutidas se refieren exclusivamente a las compras efectuadas por los miembros B y D en forma organizada, es decir, mediante la participación permanente en asociaciones o en otros organismos de la competencia, y no a las compras efectuadas fuera de la cooperativa, bien por miembros B y D en particular, bien por consorcios de miembros B y D constituidos *ad hoc* para llevar a cabo una concreta operación de compra; incluso a este respecto es evidente que la cooperativa ha intentado solamente tomar las medidas precisas frente a situaciones que pueden causarle un perjuicio especial;

— las cláusulas discutidas permiten específicamente a los socios que consideren demasiado elevados los precios de venta practicados por DLG valerse de ésta como simple agente para la adquisición de partidas de mercancías, en cuyo caso DLG renuncia a recibir compensación por su actividad de intermediario desplegada y los socios que han actuado así pierden el derecho a obtener cantidades de compensación al cierre del ejercicio por las mercancías adquiridas de este modo.

Por el contrario, no considero influyentes las otras circunstancias subrayadas por el órgano jurisdiccional nacional y concretamente:

— la circunstancia de que las cláusulas discutidas se hubieran introducido también para evitar que en los órganos directivos de DLG estuvieran presentes miembros B o D que participaran en organizaciones de la competencia, considerando que la protección de los secretos comerciales de DLG podía conseguirse de todos modos mediante el establecimiento de causas específicas de incompatibilidad dirigidas a impedir la participación en los órganos sociales de miembros en situación de conflicto de intereses con la sociedad;

— la circunstancia de que las cláusulas discutidas se hubieran adoptado no ya por unanimidad, sino contra la opinión de los miembros B (al menos de algunos), considerando que, en todo caso, para la aplicación del apartado 1 del artículo 85 a una determinada cláusula contenida en los Estatutos de una sociedad, no importa que la cláusula haya sido válidamente adoptada, de conformidad con el Derecho de sociedades interno; en el caso de y hasta que la cláusula no haya sido eliminada formalmente por las partes o bien

por disposiciones de la autoridad, ésta queda sujeta, siempre que subsistan las condiciones para ello, a la aplicación del apartado 1 del artículo 85;

— la circunstancia de que los miembros excluidos hayan sido equiparados a los socios que habían ejercitado el derecho de darse de baja, considerando que, una vez establecido que la cláusula de expulsión no infringe el apartado 1 del artículo 85, nada impediría a la sociedad ampliar no ya las reglas, más favorables, contempladas para el supuesto de la baja, sino las normas comúnmente previstas para el supuesto de la expulsión del socio, incluidas las eventuales sanciones con el único límite (del que se ha hablado en el punto 21 *supra)* representado por la obligación de no imponer sanciones claramente excesivas o desproporcionadas;

— la circunstancia de que, en el asunto principal, las demandantes hayan sostenido entre otras cosas que tenían derecho a una parte del patrimonio indiviso de DLG, sin solicitar sin embargo su readmisión en ella, considerando que, cualquiera que sea la formulación del *petitum* ante el órgano jurisdiccional nacional, aparece de todos modos que las demandantes habían rechazado la compatibilidad de las cláusulas estatutarias discutidas con el apartado 1 del artículo 85, y considerando también que, si el Tribunal de Justicia estimare fundada esta incompatibilidad, correspondería al órgano jurisdiccional nacional declarar la nulidad de las cláusulas mismas con arreglo al apartado 2 del artículo 85 y deducir, conforme al propio ordenamiento, los efectos jurídicos producidos por dicha nulidad.

3) *Las cláusulas estatutarias discutidas, ¿pueden perjudicar el comercio entre Estados miembros?*

30. Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas hasta aquí, sería inútil examinar si las cláusulas discutidas pueden o no perjudicar el comercio entre Estados miembros. Para agotar el tema, cabe señalar, por lo demás, que en el caso de autos ha de considerarse probado que los productos de que se trata forman objeto de intercambios intracomunitarios y que en particular, tanto DLG como la LAG, han participado y participan en tales intercambios. Ante tales circunstancias, no hay duda de que, en el presente caso, el requisito del perjuicio al comercio intracomunitario se puede considerar satisfecho.

4) *El órgano jurisdiccional nacional, ¿es competente para aplicar el apartado 3 del artículo 85 del Tratado en un supuesto en que el acuerdo haya sido objeto de notificación a la Comisión con el intento de conseguir una declaración negativa o bien un procedimiento de exención?*

31. Baste recordar a este respecto que, con arreglo al apartado 1 del artículo 9 del Reglamento n° 17 del Consejo, de 6 de febrero de

1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado CEE, [29] la Comisión tiene competencia exclusiva para la adopción de las decisiones de exención individual a efectos del apartado 3 del artículo 85. [30] Por el contrario, en la aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo 85 y del artículo 86, la Comisión es titular de una competencia concurrente con la de los órganos jurisdiccionales nacionales. En el caso de autos, como se sigue de las observaciones expuestas anteriormente, las cláusulas discutidas no son incompatibles con lo que dispone el apartado 1 del artículo 85; no se plantea, por lo tanto, el problema de una eventual exención basada en el apartado 3 del artículo 85. Corresponderá pues al órgano jurisdiccional nacional declarar que las cláusulas discutidas no infringen el apartado 1 del artículo 85.

5) *Las cláusulas discutidas, ¿constituyen un abuso de posición dominante, a efectos del artículo 86 del Tratado?*

32. De acuerdo con reiterada jurisprudencia, [31] la posición dominante que contempla el artículo 86 del Tratado consiste en una situación de poder económico que detenta una empresa y que puede atribuir a esta última la posibilidad de obstaculizar el mantenimiento de una efectiva competencia en el mercado, permitiéndole seguir, en medida significativa, comportamientos independientes frente a los competidores, los clientes y los consumidores. La existencia de semejante posición puede derivar de una pluralidad de factores que, considerados por separado, podrían no ser necesariamente determinantes. Entre dichos factores, la existencia de una cuota de mercado de notable amplitud (como pueden ser las cuotas superiores al 50 %) constituye un dato especialmente significativo; una cuota, sin embargo, que se sitúa en alrededor del 40 %, o en porcentajes incluso inferiores, no permite de por sí afirmar la existencia de un control del mercado. [32] Además, deben también tenerse en cuenta factores como la relación entre la cuota de mercado de la empresa considerada y la cuota de mercado de los otros competidores, las eventuales ventajas de que la empresa disponga frente a la competencia, en el plano de la estructura financiera y empresarial, de la organización comercial y de los conocimientos tecnológicos y la existencia de una competencia potencial más o menos intensa. [33] Por último, la estabilidad o la modificación en el tiempo de la cuota de mercado son otro indicio que hay que considerar para apreciar la existencia de una posición dominante. [34]

Compete al órgano jurisdiccional nacional aplicar estos criterios en el caso sujeto a su examen. Sin embargo, se subraya que, en el presente caso, los datos unidos a los autos, y especialmente:

— la limitada cuota de mercado de DLG en la época de los hechos controvertidos;

29 — DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22.

30 — Véase también la sentencia Delimitis, antes citada, apartados 43 y siguientes.

31 — Véase la reciente sentencia de 12 de diciembre de 1991, Hilti (T-30/89, Rec. p. II-1439).

32 — Véase la sentencia de 14 de febrero de 1978, United Brands/Comisión (27/76, Rec. p. 207).

33 — Véanse las citadas sentencias Hoffmann-La Roche y United Brands.

34 — Sentencia Hoffmann-La Roche, antes citada.

— el sustancial equilibrio entre la cuota de mercado de DLG y las cuotas de sus competidores;

— la notable capacidad para la competencia mostrada por la LAG, unida a la existencia de una competencia potencial sensible a falta de barreras de entrada dignas de consideración,

— y la evolución señalada de las cuotas de mercado respectivas de DLG y de la LAG,

indican que DLG no ostentaba una posición dominante a efectos del artículo 86. Un dato posterior, aunque no decisivo, en el mismo sentido es la circunstancia de que, a partir de 1990, DLG ha sido excluida del registro de las empresas dominantes contempladas por la legislación nacional danesa.

Conclusión

33. A la luz de las consideraciones anteriores, considero que se debe responder al órgano jurisdiccional nacional en los siguientes términos:

«1) La excepción establecida por el Reglamento n° 26/62 no se aplica a los productos —como los fertilizantes y los pesticidas— no mencionados en el Anexo II del Tratado.

2) A reserva de las comprobaciones que competa realizar al órgano jurisdiccional nacional de acuerdo con los criterios enunciados en las presentes conclusiones, la cláusula contenida en los Estatutos de una sociedad cooperativa agrícola que efectúa adquisiciones colectivas de productos de base para la agricultura, en cuya virtud pueden ser expulsados de la sociedad los socios que, para adquirir los productos de que se trata, participen establemente en organizaciones de la competencia de la cooperativa, no tiene por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia, a efectos del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

3) Subsiste el requisito del perjuicio al comercio entre Estados miembros, a efectos del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, en un supuesto, como el que es objeto del procedimiento principal, en el que se ha demostrado que los productos de que se trata forman objeto de intercambios comunitarios y en el que se ha demostrado también que las empresas de que se trata pueden participar y participan en dichos intercambios.

4) La Comisión es titular de una competencia exclusiva para adoptar decisiones excepcionales con arreglo al apartado 3 del artículo 85. Por el contrario, el

órgano jurisdiccional nacional es competente para aplicar las normas de los apartados 1 y 2 del artículo 85 y las del artículo 86 del Tratado.

5) A reserva de las comprobaciones que incumbe realizar al órgano jurisdiccional nacional, con arreglo a los criterios enunciados en las presentes conclusiones, no obran en autos datos que permitan considerar que la sociedad cooperativa DLG ostenta una posición dominante a efectos del artículo 86 del Tratado.»