CONCLUSIONES DE LA ABOGADO GENERAL
SRA. VERICA TRSTENJAK
presentadas el 4 de septiembre de 2008 [1]

Índice

I. Introducción . . . . . I - 8643

II. Marco legal . . . . . I - 8643

III. Hechos, proceso principal y cuestión prejudicial . . . . . I - 8645

A. Hechos . . . . . I - 8645

B. El procedimiento ante las autoridades irlandesas de defensa de la competencia y el procedimiento judicial principal . . . . . I - 8647

C. Cuestión prejudicial . . . . . I - 8648

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia . . . . . I - 8650

V. Observaciones presentadas . . . . . I - 8650

VI. Apreciación jurídica . . . . . I - 8653

A. Concepto de objeto de restringir la competencia . . . . . I - 8653

1. Contenido, estructura y aplicación del artículo 81 CE . . . . . I - 8653

a) Estructura del artículo 81 CE . . . . . I - 8653

b) Aplicación del artículo 81 CE . . . . . I - 8654

2. Objeto de restringir la competencia . . . . . I - 8655

1 — Lengua original: alemán.

a) El criterio relevante . . . . . I - 8656

b) ¿Restricciones manifiestas a la competencia? . . . . . I - 8657

c) ¿Lista taxativa? . . . . . I - 8657

d) Contexto jurídico y económico . . . . . I - 8658

3. Conclusión . . . . . I - 8661

B. ¿Tienen por objeto restringir el juego de la competencia los acuerdos del tipo de los contratos de la BIDS? . . . . . I - 8661

1. Restricción de la libertad para determinar de manera autónoma la política en el mercado . . . . . I - 8661

2. Empeoramiento de las condiciones del mercado . . . . . I - 8662

a) Reducción de la capacidad de producción de todo el sector de la transformación en un 25 % . . . . . I - 8663

b) Abandono de la actividad por algunos transformadores . . . . . I - 8666

c) Abono de tasas . . . . . I - 8667

d) Restricciones de uso y de disposición . . . . . I - 8668

e) Conclusión . . . . . I - 8670

3. Consideración de los fines perseguidos con los contratos de la BIDS . . . . . I - 8670

4. Conclusión . . . . . I - 8671

C. Valoración final de los elementos de un acuerdo como los contratos de la BIDS . . . I - 8671

VII. Conclusión . . . . . I - 8673

I. Introducción

1. La presente petición de decisión prejudicial gira en torno a la interpretación del concepto de objeto de restringir la competencia del artículo 81 CE, apartado 1. El trasfondo económico es el exceso de capacidad constatado por el órgano jurisdiccional remitente en el sector irlandés de la transformación de carne de vacuno (en lo sucesivo, «sector de la transformación»). El sector de la transformación adquiere las cabezas de vacuno de las granjas, las sacrifica, separa los huesos y posteriormente vende la carne dentro y fuera del país. Los transformadores desean reducir el exceso de capacidad mediante acuerdos.

2. El órgano jurisdiccional remitente, con su cuestión prejudicial, pretende saber si el concepto de objeto de reducir la competencia a que se refiere el artículo 81 CE, apartado 1, debe interpretarse en el sentido de que comprende también los acuerdos entre transformadores. Por lo tanto, la cuestión prejudicial está delimitada en dos aspectos: por una parte, se refiere sólo a los acuerdos que tienen por objeto restringir la competencia, pero no a los que tienen por efecto restringir la competencia; por otra parte, se trata únicamente de saber si a estos acuerdos les afecta la prohibición general de acuerdos restrictivos de la competencia contenida en el artículo 81 CE, apartado 1; no se ha de examinar, en cambio, si los acuerdos son o no compatibles con el mercado común en virtud del artículo 81 CE, apartado 3, habida cuenta de sus efectos favorables.

II. Marco legal

3. El artículo 81 CE, apartado 1, establece que todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y, en particular, los que consistan en:

a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta u otras condiciones de transacción;

b) limitar o controlar la producción, el mercado, el desarrollo técnico o las inversiones;

c) repartirse los mercados o las fuentes de abastecimiento;

d) aplicar a terceros contratantes condiciones desiguales para prestaciones equi-

valentes, que ocasionen a éstos una desventaja competitiva;

e) subordinar la celebración de contratos a la aceptación, por los otros contratantes, de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos,

están prohibidos por incompatibles con el mercado común.

4. Con arreglo al artículo 81 CE, apartado 3, puede declararse inaplicable el artículo 81 CE, apartado 1, a:

— cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas;

— cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas;

— cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas,

que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, y sin que:

a) impongan a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos;

b) ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

5. El artículo 1, apartados 1 y 2, del Reglamento (CE) nº 1/2003 del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado (Texto pertinente a los efectos del EEE), [2] establece:

2 — DO 2003, L 1, p. 1.

«1. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado que no cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto.

2. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del Tratado que reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo no están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto.»

III. Hechos, proceso principal y cuestión prejudicial

A. *Hechos*

6. El exceso de capacidad existente según la petición de decisión prejudicial en el sector irlandés de la transformación debe atribuirse principalmente a las siguientes causas: En el pasado, la construcción y el equipamiento de instalaciones de transformación fueron objeto de considerables subvenciones, independientemente de la demanda real de carne de vacuno. Por otro lado, antiguamente la cantidad de este tipo de carne que se transformaba sufría fuertes oscilaciones estacionales, lo que obligaba a hacer frente a grandes volúmenes de actividad en los momentos de máximo nivel de producción estacional. En los últimos tiempos, la cría de ganado vacuno ha ido haciéndose menos estacional y, aunque todavía se dan ciertas oscilaciones estacionales, la capacidad total de las instalaciones de transformación, aun en los momentos de máximo nivel de producción estacional, permanece en torno a un 32 % por encima del volumen de actividad.

7. Debido a la importancia de la carne de vacuno en la economía de Irlanda, el Gobierno irlandés y los representantes del sector de la transformación encargaron un estudio de mercado a una empresa consultora. El objetivo de dicho estudio era conocer las posibilidades de actuación para incrementar de forma sostenible la rentabilidad de todos los operadores del sector del vacuno en Irlanda.

8. En el estudio, que fue publicado en 1998, se constató que existía un gran exceso de capacidad en el sector de la transformación, y se pronosticó que ese exceso llevaría a una disminución de la rentabilidad de todo el sector. El pronóstico se basó principalmente en el siguiente razonamiento: para la rentabilidad de un transformador son determinantes el margen entre el precio de compra del vacuno y los costes de transformación, por una parte, y el precio de venta de la carne, por

otra. Así, el nivel de rentabilidad de un transformador depende en particular del nivel de capacidad de las instalaciones y del exceso de capacidad. Con un nivel de capacidad mayor se consiguen economías de escala, lo que reduce los costes de transformación. El exceso de capacidad intensificaba la competencia entre los transformadores en la venta de la carne, lo que conducía a una reducción de los precios. El estudio pronosticó, además, que la baja rentabilidad para los transformadores obligaría, a largo plazo, a que muchos de ellos cesaran su actividad en el mercado.

9. El estudio de mercado propuso, como solución, reducir el número de operadores en el sector de la transformación. Mediante un sistema de indemnizaciones se podría incentivar el abandono de la actividad en el mercado. El estudio destacó el ahorro de costes para todo el sector de la transformación, que cifró en 18.000.000 de IEP; además, si se introducían medidas adicionales de fomento de la eficiencia se podría incrementar el ahorro en otros 14.000.000 de IEP.

10. La Beef Task Force (grupo de trabajo del sector de la carne de vacuno) establecida por el Minister for Agriculture and Food (Ministro de Agricultura y Alimentación irlandés), presentó un informe en 1999, en el cual se reconocían los resultados del estudio de mercado y recomendaba al sector de la transformación que aplicase sus propuestas.

11. En el año 2002, los transformadores fundaron la Beef Industry Development Society Ltd (en lo sucesivo, «BIDS»). Los actuales miembros de la BIDS representan aproximadamente el 93 % de la carne de vacuno que se comercializa en Irlanda. El objeto social de la BIDS es la aplicación del estudio de mercado de la consultora y del informe de la Beef Task Force. A tal fin, la BIDS elaboró un convenio (en lo sucesivo, «convenio de la BIDS»), cuyo propósito era reducir en un 25 % la capacidad total del sector de la transformación en el plazo de un año. El convenio de la BIDS preveía lo siguiente:

12. Una parte de los transformadores, miembros de la BIDS (en lo sucesivo, «los transformadores que ponen fin a su actividad»), se obligarían, mediante contratos con la BIDS, a poner término a su actividad en el sector de la transformación, a suprimir sus instalaciones y a respetar una cláusula de no competencia durante dos años (en lo sucesivo, «contratos de cesación»). Los contratos de cesación, además, contendrían la obligación de no utilizar el terreno vinculado a las instalaciones desmanteladas para la actividad de transformación de carne de vacuno durante cinco años (en lo sucesivo, «restricción de uso»), y de vender el equipamiento utilizado en la transformación primaria de carne de vacuno a transformadores de Irlanda para servir sólo como equipamiento de reserva o recambio de componentes, o bien venderlo sólo fuera de Irlanda (en lo sucesivo, «restricción de disposición»). No estaba prevista la posibilidad de desmantelar insta-

laciones específicas de un transformador. Con los transformadores Barry Brothers (Carrigmore) Meats Ltd (en lo sucesivo, «Barry Brothers»), la BIDS ha celebrado ya un contrato de cesación.

13. En compensación, los transformadores que pusieran fin a su actividad debían recibir una indemnización de la BIDS. En la relación interna, las indemnizaciones se financiarían por los miembros de la BIDS que continuasen con su actividad (en lo sucesivo, «los transformadores que continúan con su actividad»).

14. Las tasas son progresivas: si los transformadores que continúan con su actividad no sobrepasan su porcentaje de sacrificio tradicional, deben abonar una tasa de dos euros por cabeza de ganado sacrificada; pero en la medida en que superen dicho porcentaje, la tasa se incrementa en once euros por cabeza sacrificada y por cada animal en exceso. El porcentaje de sacrificio tradicional se calcula en función de la media de porcentaje de sacrificio de cada transformador durante los tres años anteriores a la aplicación del convenio de la BIDS.

B. *El procedimiento ante las autoridades irlandesas de defensa de la competencia y el procedimiento judicial principal*

15. Durante la elaboración del convenio de la BIDS, ésta intentó conseguir el acuerdo con la Competition Authority (autoridad irlandesa de defensa de la competencia). La Competition Authority advirtió a la BIDS, los días 5 y 26 de junio de 2003, de que no consideraban compatibles con el Derecho irlandés de defensa de la competencia el convenio de la BIDS ni el contrato de cesación con Barry Brothers (en lo sucesivo se designarán ambos documentos, colectivamente, como «contratos de la BIDS»). El 30 de junio de 2003, la Competition Authority presentó ante la High Court irlandesa una demanda instando que se declarase que los contratos de la BIDS eran contrarios al artículo 81 CE.

16. La High Court desestimó la demanda de la Competition Authority mediante sentencia de 27 de julio de 2006. Fundamentó su resolución en que a los contratos de la BIDS no les afectaba la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1. Dichos contratos no tenían por objeto restringir la competencia, ya que no versaban sobre una fijación de precios, un reparto de los clientes ni una limitación de la producción en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, letras a) a c). En su opinión, la reducción de la capacidad total no podía entenderse como una limitación de la producción. Por otro lado, los contratos de la BIDS no tenían por efecto una restricción de la competencia: una reducción de la capacidad total en un 25 % sólo podría restringir la competencia si de ella resultara una insuficiencia de capacidad que hiciera subir los precios. Dado que no se preveía un aumento de la producción total de carne de vacuno en Irlanda, sino que la tendencia era a la baja, con una reducción del 25 % de la capacidad total se seguía garantizando la transformación de todas las cabezas de ganado. Tampoco era previsible una subida de los precios: aunque

las tasas harían aumentar los costes de transformación, el alza de los precios estaba descartada, principalmente porque la reducción de la capacidad total originaría economías de escala en los que continuasen, y, además, los clientes de los transformadores contaban con una considerable fuerza de negociación.

17. Tampoco constituyen una restricción a la competencia las restricciones de uso y de disposición. Aunque, en las condiciones actuales del mercado, no resulta económicamente interesante construir nuevas instalaciones de transformación, los potenciales competidores pueden acceder al mercado mediante la compra de instalaciones ya existentes (bien de los transformadores que continúan con su actividad o bien de transformadores no asociados a la BIDS).

18. En consecuencia, a juicio de la High Court no se podía afirmar que los contratos de la BIDS tuvieran por objeto restringir la competencia.

19. Por otro lado, la High Court estimó que no se cumplían los presupuestos del artículo 81 CE, apartado 3. La BIDS no había demostrado que se hubiera reservado a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante. Sin embargo, esta disposición carece de relevancia, pues ya se ha dicho que la prohibición general del artículo 81 CE, apartado 1, no es de aplicación.

20. La Competition Authority recurrió la resolución de la High Court ante la Supreme Court irlandesa.

C. *Cuestión prejudicial*

21. La Supreme Court considera que el asunto plantea una cuestión de interpretación del artículo 81 CE, apartado 1, la cual es relevante para la resolución de la cuestión principal. Por consiguiente, ha remitido al Tribunal de Justicia la siguiente cuestión prejudicial con arreglo al artículo 234 CE:

«En el supuesto de que el Tribunal de Justicia considere acreditado que:

a) existe un exceso de capacidad en el sector de la transformación de carne de vacuno que alcanza aproximadamente el 32 %, calculado según el máximo nivel de producción;

b) el efecto de ese exceso de capacidad tendrá graves consecuencias en la rentabilidad del sector en su conjunto a medio plazo;

c) si bien, según se ha indicado, los efectos de los excedentes en relación con las necesidades de la demanda no se han manifestado aún en grado significativo, consultores independientes han advertido que es improbable que, a corto plazo, el exceso de capacidad sea eliminado a través de los mecanismos normales de mercado, pero que con el tiempo tal exceso de capacidad dará lugar a pérdidas considerables y, en última instancia, al abandono de la actividad en el sector por algunos operadores e instalaciones;

d) los transformadores de carne de vacuno que representan aproximadamente el 93 % del mercado del suministro de carne de vacuno de dicho sector han acordado tomar medidas para eliminar el exceso de capacidad y están dispuestos a abonar una tasa a fin de financiar los pagos a los transformadores que estén dispuestos a cesar la actividad de producción, y los mencionados transformadores, que comprenden diez empresas, constituyen una entidad jurídica (society) [3] con objeto de aplicar un convenio de las siguientes características:

1. Los explotadores de instalaciones […], [4] que sacrifican y transforman 420.000 reses al año, y representan aproximadamente el 25 % de la capacidad activa, celebrarán un acuerdo con las empresas que continúen con su actividad […], [5] en virtud del cual los primeros pondrán fin a su actividad en el sector y contraerán los siguientes compromisos.

2. Los transformadores que pongan fin a su actividad suscribirán una cláusula de no competencia durante dos años en relación con la transformación de carne de vacuno en toda la isla de Irlanda.

3. Las instalaciones de los transformadores que pongan fin a su actividad serán desmanteladas.

4. El terreno vinculado a las instalaciones desmanteladas no se utilizará para la actividad de transformación de carne de vacuno durante cinco años.

3 — Se hace referencia a la BIDS.
4 — Suprimo el término «(denominados “los transformadores que ponen fin a su actividad”)».
5 — Suprimo el término «(denominados “los transformadores que continúan con su actividad”)».

5. Se abonará una indemnización en pagos fraccionados a los transformadores que pongan fin a su actividad, mediante préstamos concedidos la Sociedad a por los transformadores que continúen con su actividad.

6. Todos los transformadores que continúen con su actividad abonarán a la Sociedad una tasa voluntaria de 2 euros por cabeza del porcentaje de sacrificio tradicional y de 11 euros por cabeza de ganado sacrificado que exceda de dicho porcentaje.

7. Las tasas se aplicarán a la devolución de los préstamos de los transformadores que continúen con su actividad. Dejarán de pagarse tasas cuando se hayan devuelto los préstamos.

8. El equipamiento de los transformadores que pongan fin a su actividad utilizado en la transformación primaria de carne de vacuno sólo será vendido a los transformadores que continúen con su actividad para servir como equipamiento de reserva o recambio de componentes, o bien será vendido fuera de la isla de Irlanda.

9. La libertad de los transformadores que continúen con su actividad en materias de producción, fijación de precios, condiciones de venta, importación y exportación, aumento de capacidad y otros aspectos no resultará afectada.

y que hay conformidad en que dicho acuerdo, a efectos de la aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, puede tener un efecto considerable en el comercio entre los Estados miembros, ¿cabe considerar que el citado acuerdo tiene por objeto, como concepto diferente del efecto, impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común y es, en consecuencia, incompatible con el artículo 81, apartado 1, del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea?»

IV. Procedimiento ante el Tribunal de Justicia

22. La petición de decisión prejudicial fue recibida en el Tribunal de Justicia el 20 de abril de 2007. En la fase escrita del procedimiento han presentado alegaciones escritas la BIDS, la Competition Authority, el Gobierno belga y la Comisión. En la vista celebrada el 4 de junio de 2008 han completado sus alegaciones la Competition Authority, la BIDS y la Comisión.

V. Observaciones presentadas

23. Entre la BIDS, la Competition Authority, el Reino de Bélgica y la Comisión existe acuerdo en los siguientes puntos: El artículo 81 CE, apartado 1, distingue entre objeto y efecto de restringir el juego de la competencia. En caso de objeto de restringir la competencia

no es necesario demostrar ningún efecto. Para demostrar que se tiene por objeto tal restricción no ha de atenderse solamente al contenido del acuerdo, sino también a contexto jurídico y económico.

24. El desacuerdo entre quienes han presentado observaciones se refiere a la cuestión de cuándo debe presumirse el efecto de restricción de la competencia y si los contratos de la BIDS entran en esa definición; en este sentido, la BIDS sostiene que sus contratos no tienen por efecto restringir el juego de la competencia, mientras que la Competition Authority, el Reino de Bélgica y la Comisión defienden el punto de vista contrario.

25. La BIDS equipara el objeto de restringir el juego de la competencia a las restricciones sustanciales y a los acuerdos que, por su propia naturaleza, limitan la competencia. A juicio de la BIDS, dicha categoría de acuerdos debe interpretarse de forma estricta, y sólo comprende un número reducido de graves restricciones de la competencia, tales como las fijaciones de precios, las limitaciones de producción y los repartos de mercados o de clientes. Únicamente en caso de acuerdos tan manifiestamente nocivos existe un objeto de restringir el juego de la competencia.

26. La BIDS entiende que sus contratos no tienen por objeto restringir la competencia. En su opinión, si se consideran las circunstancias jurídicas y económicas de los contratos de la BIDS queda claro que no puede atribuírseles dicho propósito. En este sentido, la BIDS se basa principalmente en la declaración de la High Court según la cual de los contratos no puede resultar ni una limitación de la producción total ni un aumento de los precios. Alega que de la sentencia GlaxoSmithKline Services/Comisión, [6] se desprende que ésas son circunstancias que han de tenerse en cuenta. Además, los transformadores que continúan con su actividad no han sufrido ninguna restricción en sus cuotas de producción y de mercado ni en sus precios. Por otro lado, es preciso considerar que los contratos de la BIDS tienen el objeto legítimo de reducir un exceso de capacidad. En su opinión, las tasas abonadas, la cláusula de no competencia y las restricciones de uso y de disposición son medidas necesarias para alcanzar ese fin. Además, la BIDS no ha actuado en secreto.

27. A su juicio, de todas estas consideraciones se deduce que los contratos de la BIDS no son tan manifiestamente contrarios a la competencia que pueda decirse de ellos que tienen por objeto restringir el juego de la competencia.

28. En opinión de la Competition Authority, existe un objeto de restringir la competencia

6 — Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de septiembre de 2006 (T-168/01, Rec. p. II-2969).

en toda limitación manifiesta de la competencia o en toda restricción sustancial. Sin embargo, no se dispone de ninguna lista taxativa de las limitaciones manifiestas de la competencia ni de las restricciones sustanciales. En su opinión, no es preciso averiguar el propósito de las partes, y de la sentencia GlaxoSmithKline Services/Comisión [7] no se extraen conclusiones aplicables al presente procedimiento.

29. El contenido de los contratos de la BIDS deja claro que su objeto es una restricción de la competencia. A este respecto, la Competition Authority se remite al término previsto de su actividad en el sector de la transformación por diversos operadores que representen aproximadamente el 25 % de la capacidad total. En su opinión, esto constituye una limitación de la producción o, cuando menos, una limitación de la capacidad igualmente restrictiva de la competencia. Asimismo, la Competition Authority hace referencia al aumento de los precios mediante el abono de las tasas, las restricciones de uso y de disposición para los transformadores que ponen fin a su actividad y el hecho de que los transformadores que continúan con su actividad no sean necesariamente los transformadores más eficaces. Dichos elementos de los contratos de la BIDS también significan, a su parecer, que éstos tienen por objeto restringir el juego de la competencia.

30. Afirma la Competition Authority que los efectos positivos de los contratos de la BIDS deben considerarse a la luz del artículo 81 CE, apartado 3.

31. En cuanto a la interpretación del concepto de objeto de restringir la competencia, el Reino de Bélgica se remite a la estructura del artículo 81 CE. Habida cuenta de que, desde la entrada en vigor del Reglamento nº 1/2003, corresponde a las empresas evaluar sus propios acuerdos, procede subrayar la diferencia entre el artículo 81 CE, apartado 1, y el artículo 81 CE, apartado 3. Respecto al artículo 81 CE, apartado 1, tan sólo se ha de verificar si existe una restricción de la competencia, y esto se debe distinguir de la cuestión de si un acuerdo comprendido en la prohibición general del artículo 81 CE, apartado 1, puede ser compatible con el mercado común en virtud del artículo 81 CE, apartado 3.

32. En opinión del Reino de Bélgica, un acuerdo dirigido a racionalizar el sector de la transformación y que pretende enriquecerlo mediante el abandono de su actividad por transformadores que representan el 25 % de la capacidad total tiene por objeto una modificación de las condiciones del mercado. Por lo tanto, los contratos de la BIDS tienen por objeto una restricción del juego de la competencia.

33. La Comisión señala que, aunque la jurisprudencia de los tribunales comunitarios acerca del concepto de objeto de restringir la competencia se refirió inicialmente a casos que versaban sobre restricciones sustanciales, posteriormente también han considerado que determinados acuerdos con los que se perseguían fines legítimos tenían por objeto restringir la competencia. La persecución de un fin legítimo, por lo tanto, no excluye la

7 — Citada en la nota 6.

posibilidad de dicho objeto. En consecuencia, el artículo 81 CE, apartado 1, también es de aplicación a los acuerdos destinados a combatir una crisis. Cualquier otra interpretación, a juicio de la Comisión, sería incompatible con la estructura del artículo 81 CE. Por otro lado, no es necesario que el objeto de restringir la competencia sea manifiesto. Y, de igual manera, es irrelevante si los contratos de la BIDS se negociaron y celebraron en secreto o abiertamente.

34. Respecto a la apreciación de los contratos de la BIDS, la Comisión comparte esencialmente la opinión de la Competition Authority.

VI. Apreciación jurídica

35. Dadas las diferentes interpretaciones que dan al concepto de objeto de restringir la competencia las partes que han presentado observaciones, me ocuparé en primer lugar de esas interpretaciones (A), antes de examinar si acuerdos como los contratos de la BIDS tienen por objeto restringir el juego de la competencia (B). Para concluir, relacionaré cada uno de los elementos de dichos acuerdos con las categorías de supuestos del artículo 81 CE, apartado 1, letra b), y con la cláusula general del artículo 81 CE, apartado 1 (C).

A. *Concepto de objeto de restringir la competencia*

36. Como expuse al inicio, aunque la cuestión prejudicial se refiere a la interpretación del concepto de objeto de restringir la competencia del artículo 81 CE, apartado 1, no es posible una interpretación de ese concepto sin tener en cuenta su contexto normativo. Por lo tanto, a continuación y en primer lugar me dedicaré a analizar el contenido, la estructura y la aplicación del artículo 81 CE (1), para posteriormente desentrañar lo que debe entenderse por objeto de restringir la competencia (2).

1. Contenido, estructura y aplicación del artículo 81 CE

a) Estructura del artículo 81 CE

37. Con arreglo al artículo 81 CE, apartado 1, están prohibidos todos los acuerdos entre empresas que tengan por objeto o efecto

restringir de forma sensible la competencia. [8] El objeto y el efecto de una restricción de la competencia son dos elementos alternativos. [9] Si se determina que un acuerdo tiene por objeto restringir la competencia, será irrelevante si efectivamente consigue dicho propósito. [10] Por lo tanto, para la prohibición general del artículo 81 CE, apartado 1, es suficiente con que el acuerdo esté dirigido a producir una restricción de la competencia.

38. Sin embargo, la prohibición general del artículo 81 CE, apartado 1, puede ser declarada inaplicable en virtud del apartado 3 de ese mismo artículo. Para ello es necesario que se cumplan cuatro requisitos acumulativos, de los cuales el primero es que el acuerdo vaya dirigido a obtener un beneficio mediante la contribución a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y el segundo, que se reserve a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante. Los demás requisitos son, en tercer lugar, que el acuerdo no imponga a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos, y, en cuarto lugar, que no se ofrezca a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

39. Por lo tanto, el artículo 81 CE exige un *doble examen.* Así, un acuerdo será compatible con el mercado común si no está comprendido en la prohibición general del artículo 81 CE, apartado 1, o, en caso de que lo esté, si cumple los requisitos del artículo 81 CE, apartado 3. De manera que, de constatarse que un acuerdo tiene por objeto restringir el juego de la competencia y, por tanto, está afectado por la prohibición general del artículo 81 CE, apartado 1, con ello no está dicha la última palabra sobre si dicho acuerdo es compatible o no con el mercado común. Esta diferencia entre los apartados 1 y 3 del artículo 81 CE debe tenerse en cuenta siempre que nos encontremos con un objeto de restringir la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1.

b) Aplicación del artículo 81 CE

40. Antes del 1 de mayo de 2004, la distinción entre los apartados 1 y 3 del artículo 81 CE desempeñaba un importante papel en el procedimiento. Con arreglo al artículo 4, apartado 1, del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer reglamento de aplicación de los artículos 85 [actualmente, artículo 81 CE] y 86 [actualmente, artículo 82 CE] del Tratado, [11] regía un sistema de prohibición con reserva de excepción: los acuerdos afectados por la prohibición general del artículo 81 CE, apartado 1, y no

8 — Véase el texto íntegro del artículo 81 CE, apartado 1, en el punto 3 de las presentes conclusiones.

9 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 30 de junio de 1966, LTM (56/65, Rec. pp. 282 y ss., especialmente p. 303).

10 — Sentencias LTM (citada en la nota 9), p. 303, y de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión (56/64 y 58/64, Rec. pp. 322 y ss., especialmente p. 390).

11 — DO L 13, p. 204; EE 08/01, p. 22.

comprendidos en ningún reglamento de exención por categorías debían notificarse a la Comisión. Sólo ésta podía eximir esos acuerdos de la prohibición del artículo 81 CE, apartado 1.

41. Con la entrada en vigor del Reglamento nº 1/2003 [12] se sustituyó este sistema por otro de autoevaluación. Los acuerdos afectados por la prohibición general del artículo 81 CE, apartado 1, pero que cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo, no están prohibidos, sin que sea necesaria una decisión de la Comisión a tal efecto. [13] En lo sucesivo, corresponde, en principio, a las empresas afectadas examinar (en su caso, contratando asistencia letrada) el cumplimiento de los presupuestos del artículo 81 CE, apartados 1 y 3. [14]

2. Objeto de restringir la competencia

42. El objeto del acuerdo debe ser una *restricción del juego de la competencia,* característica que resulta harto difícil de interpretar. [15] El artículo 81 CE protege la competencia especialmente en su función de formar un mercado único que reúna condiciones análogas a las de un mercado interior, y en su función de abastecer lo mejor posible a los usuarios. [16] Para el examen de si un acuerdo merece esta protección, los tribunales comunitarios establecen el criterio de si el acuerdo restringe la libertad de una o más empresas para determinar su política en el mercado (postulado de la autonomía), y si esta restricción incide sensiblemente en las condiciones del mercado. [17]

43. En cuanto al examen de si el acuerdo tiene por *objeto* restringir la competencia, según la jurisprudencia de los tribunales comunitarios debe atenderse al contenido del acuerdo, teniendo en cuenta su contexto jurídico y económico. [18] En adelante, me ocuparé, en primer lugar, de determinar el criterio por el que se debe juzgar si un acuerdo tiene por objeto restringir el juego de la competencia (a);

12 — Este Reglamento entró en vigor el 1 de mayo de 2004.

13 — Artículo 1, apartados 1 y 2, del Reglamento nº 1/2003.

14 — La estructura de doble examen del artículo 81 CE tiene relevancia, no obstante, para la carga de la prueba. Con arreglo al artículo 2 del Reglamento nº 1/2003, la carga de la prueba de dichos presupuestos recaerá sobre la parte o la autoridad que alegue una infracción de la prohibición general del artículo 81 CE, apartado 1, mientras que la parte que alegue la inaplicabilidad de dicha prohibición deberá aportar la prueba de que se cumplen las condiciones previstas en el artículo 81 CE, apartado 3.

15 — Acerca del concepto de restricción de la competencia, véanse Bellamy & Child., *European Community Law of Competition,* Oxford, 6 ed. 2008, números 2.062 a 2.120; Wish, R., *Competition Law,* Londres, 5 ed. 2003, pp. 106 a 128; Faull, J./Nikpay, A., *The EC Law of Competition,* Oxford, 1999, marginales 2.56 a 2.99.

16 — Sentencias del Tribunal de Justicia de 25 de octubre de 1977, Metro SB-Großmärkte/Comisión (26/76, Rec. p. 1875), apartado 20; de 8 de julio de 1999, Comisión/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, Rec. p. I-4125), apartado 117, y de 23 de noviembre de 2006, Asnef-Equifax y Administración del Estado (C-238/05, Rec. p. I-11125), apartado 52; en particular sobre el aspecto del bienestar de los usuarios, véase Leupold, H, Weidenbach, G., «Neues zum Verhältnis zwischen Art. 81 Abs. 1 und Art. 81 Abs. 3 EG-Vertrag?», *Wirtschaft und Wettbewerb,* 2006, pp. 1003 y 1008, y las referencias que contiene la nota 28.

17 — Véanse las sentencias citadas en la nota 16, Comisión/Anic Partecipazioni, apartado 117, y Asnef-Equifax y Administración del Estado, apartado 52. En cuanto al concepto de «sensible», véase, sobre todo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 9 de julio de 1969, Völk/Vervake (5/69, Rec. p. 339), apartados 5 a 7.

18 — Sentencias del Tribunal de Justicia LTM (citada en la nota 9), página 303, y de 28 de marzo de 1984, CRAM y Rheinzink/Comisión (29/83 y 30/83, Rec. p. 1679), apartados 25 a 28, especialmente apartado 26, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia GlaxoSmithKline Services/Comisión (citada en la nota 6), apartado 110.

después, examinaré si el concepto está limitado a las restricciones manifiestas de la competencia (b), y si existe una lista taxativa de casos en los que se persigue el objeto de restringir la competencia (c), para terminar exponiendo las circunstancias del contexto jurídico y económico que pueden ser relevantes para la presencia de una restricción de la competencia y cuáles no (d).

a) El criterio relevante

44. A la vista de su tenor literal, el concepto de objeto de restringir la competencia atiende, en primer lugar, a la finalidad del acuerdo. Los tribunales comunitarios han presumido la existencia de una finalidad o tendencia restrictivas de la competencia, en particular, cuando es consecuencia necesaria del acuerdo una restricción de la competencia. [19] En un caso así, las partes no pueden alegar, en principio, que no era su propósito restringir la competencia o que con el acuerdo se persiguiera también un objetivo diferente. [20]

45. Sin embargo, esta jurisprudencia no permite concluir que no pueda tenerse en cuenta la voluntad de las partes. Simplemente, expresa la idea de que las empresas guiadas por criterios racionales han de conocer las repercusiones que, según las circunstancias del caso, pueden derivarse del acuerdo, de manera que, al menos indirectamente, desean esas repercusiones. [21]

46. Por el contrario, de la relación de alternatividad entre objeto y efecto de restringir la competencia con arreglo al artículo 81 CE, apartado 1, [22] y del hecho de que dicha disposición, en la alternativa del objeto de restringir la competencia, haya sido configurada como un ilícito abstracto de peligro, [23] se deduce que no se debe atender únicamente a las consecuencias necesarias de un acuerdo. También puede tenerse en cuenta la intención de sus partes. [24] Para conocer

19 — Sentencias del Tribunal de Justicia de 1 de febrero de 1978, Miller International Schallplatten/Comisión (19/77, Rec. p. 39), apartado 7, y Compagnie royale asturienne des mines y Rheinzink/Comisión (citada en la nota 18), apartados 25 a 28.

20 — Sentencias del Tribunal de Justicia de 8 de noviembre de 1983, IAZ International Belgium y otros/Comisión (96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. p. 3369), apartado 24; Miller International Schallplatten/Comisión (citada en la nota 19), apartado 7, y CRAM y Rheinzink/Comisión (citada en la nota 18), apartados 25 a 28.

21 — Como acertadamente expuso el Abogado General Tizzano en el punto 77 de sus conclusiones presentadas el 25 de octubre de 2005 en el asunto en que recayó la sentencia del Tribunal de Justicia de 6 de abril de 2006, General Motors/Comisión (C-551/03 P, Rec. p. I-3173), las partes tampoco pueden alegar su desconocimiento de la prohibición impuesta por el artículo 81 CE, apartado 1 *(ignorantia legis non excusat).* Véase también Emmerich, V., Immenga/Mestmäcker, *Wettbewerbsrecht,* vol. 1, Múnich, 4 ed. 2007.

22 — Véase el punto 37 de las presentes conclusiones.

23 — Véase la página 945 de las conclusiones del Juez Vesterdorf, en funciones de Abogado General, presentadas el 10 de julio de 1991 en el asunto en que recayó la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de octubre de 1991, Rhône-Poulenc y otros/Comisión (T-1/89 a T-4/89 y T-6/89 a T-15/89, Rec. pp. II-867 y II-921).

24 — Véanse las conclusiones del Abogado General Tizzano (citadas en la nota 21), punto 78, y Odudu, O., *Interpreting Art. 81 (1): object as subjective intention,* European Law Review, 2001, pp. 61 y 62.

dicha intención de las partes es especialmente útil recurrir a la génesis del acuerdo. [25]

b) ¿Restricciones manifiestas a la competencia?

47. De lo anteriormente expuesto se concluye que el concepto de objeto de restringir la competencia no puede reducirse solamente a los acuerdos manifiestamente restrictivos de la competencia. Si ha de tenerse en cuenta, además del contenido del acuerdo, su contexto jurídico y económico, la afirmación de que un acuerdo tiene por objeto restringir la competencia no puede depender de si dicho objeto queda patente a primera vista o si se manifiesta sólo tras un examen más detenido de las circunstancias y de la voluntad de las partes. [26]

c) ¿Lista taxativa?

48. En mi opinión, el concepto de objeto de restringir la competencia tampoco puede quedar reducido a una lista taxativa. La misma expresión «en particular», en el artículo 81 CE, apartado 1, deja claro que las restricciones comprendidas en dicha disposición no se limitan a las enumeradas en sus letras a) a e). Por lo tanto, el concepto de objeto de restringir la competencia tampoco se puede limitar a los ejemplos del artículo 81 CE, apartado 1, letras a) a e). [27]

49. Asimismo, el concepto de objeto de restringir la competencia tampoco puede limitarse a la fijación de precios, el reparto de los mercados o el control de la demanda. El hecho de que los tribunales comunitarios, en muchas resoluciones, se hayan ocupado de estos tipos de restricciones de la competencia no significa que los acuerdos con otro

25 — Véanse las conclusiones del Abogado General Tizzano (citadas en la nota 21), punto 78. Odudu, O., «Interpreting Art. 81 (1): object as subjective intention», *European Law Review,* 2001, pp. 61 y 62.

26 — Véase la sentencia IAZ International Belgium y otros/Comisión (citada en la nota 20), apartado 24, en que el Tribunal de Justicia analizó el sistema de control mediante marcas de conformidad. Igualmente, de la sentencia General Motors/Comisión (citada en la nota 21), apartados 60, 64 y 65, se desprende que no es necesaria la evidencia de la restricción. Y no es distinta la conclusión que se extrae de la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de septiembre de 1998, European Night Services y otros/Comisión (T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, Rec. p. II-3141), apartado 136. Cuando el Tribunal de Primera Instancia, en esta sentencia, declara que, en caso de restricciones evidentes de la competencia como la fijación de precios, el reparto del mercado o el control de la demanda, no es precisa una valoración del contexto económico y jurídico, esto sólo significa que la consideración del contexto jurídico y económico, en casos muy claros, puede realizarse de forma sumaria. Pero no quiere decir que el concepto de «objeto de restringir la competencia» se limite a tales casos inequívocos.

27 — En el mismo sentido, véanse también: Aicher, J./Schuhmacher, F., en: Grabitz/Hilf, *Das Recht der Europäischen Union,* vol. 2, Múnich, 3 ed. complementaria, enero de 2008, artículo 81 CE, apartado 1; Bellamy & Child, *loc. cit.* nota 15 *supra,* nota 402 al marginal 2.097, donde se señala acertadamente que otros acuerdos también pueden tener por objeto restringir la competencia. También en Wish, R., *loc. cit.* nota 15 *supra,* p. 106, se apunta que se trata de una enumeración ejemplificativa.

contenido no puedan tener por objeto tal restricción. [28]

d) Contexto jurídico y económico

50. Como ya he comentado, para saber si un contrato tiene por objeto restringir la competencia no debe tenerse en cuenta únicamente su contenido, sino también su contexto jurídico y económico. [29] Y ha de tomarse en serio este precepto. Desde luego, no hay que entenderlo como una vía de entrada para todas las circunstancias favorables a la aceptación de la compatibilidad de un acuerdo con el mercado común. Por el contrario, de la estructura del artículo 81 CE se desprende que su apartado 1 sólo permite tener en cuenta las circunstancias del contexto jurídico y económico que puedan poner en duda la existencia de una restricción de la competencia. [30]

51. A continuación, expondré tres categorías de casos en que puede negarse o, al menos, considerarse dudosa la existencia de una restricción de la competencia a la luz del contexto fáctico y jurídico de un acuerdo. [31]

52. La *primera categoría* comprende los casos en que una restricción de la libertad de las empresas para determinar de forma autónoma su política en el mercado carece de repercusiones relevantes en la competencia. Esto puede suceder cuando resulte dudoso que las empresas implicadas en el acuerdo estén en competencia entre sí. [32] Otro ejemplo lo constituyen los casos en que no está claro

28 — Véase Wish, R., *loc. cit.* nota 15 *supra,* pp. 112 a 114. Aunque el autor defiende una interpretación muy estricta del concepto de objeto de restringir la competencia [es dudoso que el artículo 81 CE, apartado 1, prevea una categoría *per se* de restricciones de la competencia *(ibidem,* pp. 116 y 117)], señala expresamente que la lista de esos acuerdos no es taxativa. En contra de una limitación del concepto a esos tipos de restricciones de la competencia habla también la relación entre los apartados 1 y 3 del artículo 81 CE. En virtud del primero de ellos se ha de comprobar si un acuerdo tiene por objeto o por efecto restringir la competencia. Pero, una vez constatado que el acuerdo tiene ese objeto o ese efecto, con ello no se ha dicho la última palabra acerca de la compatibilidad del acuerdo con el mercado común. Por el contrario, puede ser compatible con el mercado común en virtud del artículo 81 CE, apartado 3. No obstante, los acuerdos que tienen por objeto fijar los precios, repartirse los mercados o controlar la demanda muestran un carácter especialmente nocivo, por lo que, en general, no son compatibles con el mercado común. Quien, a pesar de todo, restrinja el concepto de objeto de restringir la competencia a estos tipos especialmente nocivos, olvida que los contratos que tengan por objeto restringir la competencia también pueden ser compatibles con el mercado común en virtud del artículo 81 CE, punto 3. Tal punto de vista no es, en mi opinión, conforme con la estructura del artículo 81 CE. Véase al respecto también Bellamy & Child, *loc. cit.* nota 15 *supra,* nota 291 al marginal 2.069.

29 — Véase el punto 41 de las presentes conclusiones.

30 — Véase, a este respecto, especialmente la sentencia del Tribunal de Justicia de de 8 de julio de 1999, Montecatini/Comisión (C-235/92, Rec. p. I-4539), apartados 114 a 128.

31 — Aunque estas tres categorías no son tan excluyentes entre sí que cada caso concreto pueda clasificarse de forma definitiva en una sola de ellas, a los efectos del presente procedimiento basta comprobar si un acuerdo puede quedar comprendido, al menos, en una de estas tres categorías.

32 — Sentencia European Night Services y otros/Comisión (citada en la nota 26): no se demostró la competencia potencial.

que exista un nivel suficiente de competencia que pueda ser restringida por un acuerdo. [33]

53. La *segunda categoría* comprende los casos en que un acuerdo puede ser ambivalente en sus repercusiones sobre la competencia. Si un acuerdo persigue un fin favorable a la competencia, como el refuerzo de la competencia en un mercado, la apertura de un mercado o el acceso de un nuevo competidor al mercado, la necesaria restricción de la exigencia de autonomía puede ceder, en una consideración global, ante dicho fin favorable a la competencia. [34]

54. La *tercera categoría de casos* comprende los acuerdos accesorios necesarios para la consecución de una finalidad principal. [35] A los efectos del presente procedimiento de decisión prejudicial, dentro de esta categoría debe diferenciarse: en caso de que la finalidad principal no esté afectada por la prohibición general del artículo 81 CE, apartado 1, por ser neutral o positiva para la competencia, los acuerdos accesorios que sean necesarios para la consecución de esa finalidad tampoco quedarán comprendidos por dicha prohibición. [36] En tales casos no se puede entender que exista una restricción de la competencia. Por el contrario, si la finalidad principal está comprendida en la prohibición general del artículo 81 CE, apartado 1, estaremos ante una restricción de la competencia. [37]

55. Las circunstancias que no permiten poner en duda la existencia de una restricción de la competencia, como la mejora de la producción gracias a las economías de escala, aunque deban considerarse positivamente, en último término, en cuanto a la compatibilidad

33 — Sentencia GlaxoSmithKline Services/Comisión (citada en la nota 6), apartados 114 a 147: dudas sobre las repercusiones en la competencia de precios, ya que los precios para el consumidor final se sustraen en gran medida al juego de la oferta y de la demanda debido a determinadas disposiciones legales. Sobre esta sentencia trataré más en profundidad en los puntos 74 y 75 de las presentes conclusiones.

34 — Sentencias LTM (citada en la nota 9), página 304: derecho exclusivo de venta para penetrar en un mercado; de 8 de junio de 1982, Nungesser y Eisele/Comisión (258/78, Rec. p. 2015), apartados 44 a 58: concesión de una licencia para la difusión de una nueva tecnología; Metro SB-Großmärkte/Comisión (citada en la nota 16), apartados 20 a 22: canales de distribución adaptados a productos de alta calidad y tecnicidad.

35 — Son ejemplos de acuerdos accesorios las cláusulas de no competencia sin las cuales no es posible la venta de una empresa (sentencia del Tribunal de Justicia de 11 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión, 42/84, Rec. p. 2545, apartados 19 y 20), prohibiciones de participación o restricciones de actividad en la medida en que sea necesario para el funcionamiento de una sociedad con un objetivo inocuo para la competencia (sentencia de 15 de diciembre de 1994, DLG, C-250/92, Rec. p. I-5641, apartados 30 a 45), y las restricciones de actividad necesarias para el establecimiento del régimen disciplinario de las profesiones liberales (sentencia de 19 de febrero de 2002, Wouters y otros, C-309/99, Rec. p. I-1577, apartado 97) o para asegurar un deporte sin dopaje (sentencia de 18 de julio de 2006, Meca-Medina y Majcen/Comisión, C-519/04 P, Rec. p. I-6991, apartados 42 a 44).

36 — Con acierto: Bellamy & Child, *loc. cit.* nota 15 *supra,* marginal 2.112.

37 — Si en estos casos es de aplicación también el concepto de acuerdo accesorio (como afirman Bellamy & Child, *loc. cit.* nota 15 *supra),* o solamente el artículo 81 CE, apartado 3, es algo que no corresponde decidir a los efectos del presente procedimiento.

de un acuerdo con el artículo 81 CE, no deben tenerse en cuenta en el marco del apartado 1 de dicho artículo, sino únicamente en el marco del artículo 81 CE, apartado 3. [38]

56. Esta distinción se desprende del mismo tenor literal del artículo 81 CE, apartado 3, en que queda de manifiesto que ese tipo de repercusiones de un acuerdo deben considerarse a la luz del artículo 81 CE, apartado 3. La distinción se basa en el siguiente razonamiento: El artículo 81 CE, en su concepción general, se dirige al mejor abastecimiento posible de los usuarios. [39] Sin embargo, con arreglo los apartados 1 y 3 del artículo 81 CE tienen en cuenta *aspectos diferentes* del bienestar de los usuarios. Con arreglo al artículo 81 CE, apartado 1, los acuerdos que restrinjan la competencia entre los operadores del mercado y, con ello, limiten particularmente su función de abastecer a los usuarios con productos al precio más ventajoso posible [40] o de abastecerles con productos innovadores, [41] están en principio prohibidos. [42] Dichos acuerdos producen de forma inmediata un perjuicio en el bienestar de los usuarios y, por lo tanto, están en principio prohibidos.

57. Sin embargo, el artículo 81 CE, apartado 3, reconoce que los acuerdos que restringen la competencia entre los operadores del mercado permiten en particular una reducción de los costes de producción, y dicha reducción puede contribuir indirectamente al bienestar de los usuarios. [43] Pero, dado que la reducción de los costes de producción beneficia en primer lugar y directamente a los productores, [44] la compatibilidad de un acuerdo de ese tipo con el mercado común en virtud del artículo 81 CE, apartado 3, exige especialmente que los usuarios participen del beneficio obtenido. El legislador comunitario ha plasmado esta idea en la normativa sobre la carga de la prueba estableciendo que las partes de un acuerdo restrictivo de la competencia deben demostrar que se cumplen los requisitos del artículo 81 CE, apartado 3, especialmente la participación de los usuarios. [45]

58. Por estos motivos, las circunstancias que no permiten poner en duda la existencia de una restricción de la competencia, en particular el incremento de la eficiencia de la producción gracias a las economías de escala, aunque deban considerarse positivamente, en último término, en cuanto a la compatibilidad de un acuerdo con el artículo 81 CE, no deben tenerse en cuenta en el marco del apartado 1

38 — Véanse las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 10 de marzo de 1992, Montedipe/Comisión (T-14/89, Rec. p. II-1155), apartado 265; de 6 de abril de 1995 Tréfilunion/Comisión (T-148/89, Rec. p. II-1063), apartado 109, y de 18 de septiembre de 2001, M6 y otros/Comisión (T-112/99, Rec. p. II-2459), apartados 72 a 74.

39 — Leupold, H, Weidenbach, G., *loc. cit.* nota 16, p. 1008, y las referencias que contiene la nota 28.

40 — Esta función de la competencia se ve especialmente afectada por los acuerdos sobre el precio [artículo 81 CE, apartado 1, letra a)], sobre limitaciones de la producción [letra b)] o sobre repartos del mercado [letra c)].

41 — Esta función de la competencia se ve especialmente afectada por los acuerdos que limitan las inversiones [artículo 81 CE, apartado 1, letra b)].

42 — Leupold, H., Weidenbach, G., *loc. cit.* nota 16 *supra,* pp. 1008 y 1009, designan estas funciones como eficiencia asignatoria y eficiencia dinámica; Odudu, O., «Art. 81(3), Discretion and Direct Effect», *European Competition Law Review* 2002, p. 20.

43 — Leupold, H, Weidenbach, G., *loc. cit.* nota 16, pp. 1008 y 1009, designan este fenómeno como eficiencia productiva; Odudu, O., *loc. cit.* nota 42 *supra,* p. 20.

44 — Odudu, O., Art. 81(3), *loc. cit.* nota 42 *supra,* p. 20.

45 — Véase el artículo 2, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003.

de dicho artículo, sino únicamente en el marco del artículo 81 CE, apartado 3. [46]

3. Conclusión

59. En conclusión, no puede compartirse la interpretación estricta de la BIDS. La afirmación de que un acuerdo tiene por objeto restringir la competencia no exige que la restricción sea manifiesta. Asimismo, no existe una lista taxativa de objetos de restricción de la competencia. El contexto jurídico y económico debe tenerse en cuenta sólo en la medida en que pueda poner en duda la existencia de una restricción de la competencia. Cualquier otra circunstancia, aunque deba valorarse positivamente en relación con el mercado común, debe tenerse en cuenta solamente en el marco del artículo 81 CE, apartado 3.

B. *¿Tienen por objeto restringir el juego de la competencia los acuerdos del tipo de los contratos de la BIDS?*

60. Procede aclarar con carácter previo que el artículo 81 CE, apartado 1, es de aplicación a la actividad y a los productos del sector de la transformación. [47] Como ya se ha expuesto, [48] para comprobar si acuerdos como los contratos de la BIDS tienen por objeto restringir la competencia debe procederse de la forma siguiente: En primer lugar ha de verificarse si dichos acuerdos tienen como consecuencia necesaria una restricción de la competencia, o si están dirigidos a limitar la libertad de las partes para determinar de manera autónoma su política en el mercado (1), incidiendo así en las condiciones del mercado (2). A continuación debe examinarse, en una visión de conjunto, si los elementos restrictivos del acuerdo son necesarios para la consecución de un fin de fomento de la competencia o de una finalidad principal no afectada por la prohibición general del artículo 81 CE, apartado 1 (3).

1. Restricción de la libertad para determinar de manera autónoma la política en el mercado

61. Los acuerdos del tipo de los contratos de la BIDS tienden a limitar la libertad de los

46 — Véanse las sentencias, citadas en la nota 38, Montedipe/Comisión, apartado 265; Tréfilunion/Comisión, apartado 109, y M6 y otros/Comisión, apartados 72 a 74.

47 — Si bien la cuestión prejudicial se refiere a la interpretación del concepto de objeto de restringir la competencia del artículo 81 CE, apartado 1, los acuerdos del tipo de los contratos de la BIDS sólo pueden tener por objeto una restricción de la competencia con arreglo al artículo 81 CE, apartado 1, si éste es de aplicación a dichos acuerdos. La aplicabilidad del artículo 81 CE se desprende, en este caso, de los artículos 1 y 2 del Reglamento nº 26 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 30, p. 993; EE 08/01, p. 29), en su versión resultante del Reglamento nº 49 del Consejo, de 29 de junio de 1962, por el que se modifica la fecha de puesta en práctica de determinados actos relativos a la política agrícola común (DO 53, p. 1571; EE 08/01, p. 51). A este respecto, el marco legal no se ha visto modificado con la entrada en vigor del Reglamento nº 1184/2006 del Consejo, de 24 de julio de 2006, sobre aplicación de determinadas normas sobre la competencia a la producción y al comercio de productos agrícolas (versión codificada) (DO L 214, p. 7).

48 — Véanse los puntos 42 y 59 de las presentes conclusiones.

transformadores que continúan con su actividad y de los que ponen fin a su actividad para determinar de manera autónoma su política en el mercado. Los transformadores que continúan con su actividad deben comprometerse especialmente, en el contrato de cesación, a cesar su actividad en el mercado, a cumplir una cláusula de no competencia y a aceptar unas restricciones de uso y de disposición de las instalaciones desmanteladas. [49] Por su parte, los transformadores que continúan con su actividad se obligan, mediante el convenio de la BIDS, a abonar unas tasas.

2. Empeoramiento de las condiciones del mercado

62. Estas restricciones del postulado de la autonomía deben causar un efecto negativo en las condiciones del mercado. A este respecto, procede señalar que no corresponde, en principio, al Tribunal de Justicia controlar, en el marco de un procedimiento de decisión prejudicial, las apreciaciones de hecho de los órganos jurisdiccionales nacionales. Tampoco compete al Tribunal de Justicia examinar si la Supreme Court está vinculada por las apreciaciones realizadas por la High Court. Sin embargo, sí es función del Tribunal de Justicia interpretar el Derecho comunitario de manera que el órgano jurisdiccional remitente pueda aplicar correctamente las normas comunitarias correspondientes. Y esto incluye también la declaración de qué hechos son relevantes y cuáles irrelevantes para la aplicación del Derecho comunitario.

63. Si un acuerdo es perjudicial para las condiciones del mercado es algo que debe averiguarse mediante una comparación entre dos situaciones hipotéticas. [50]

64. La *primera hipótesis* se refiere a la situación que se daría sin la existencia de los contratos de la BIDS. Es la situación que se desprende, en particular, de las letras a) a d) de la cuestión prejudicial. De la letra c) y de los autos deduzco que hasta ahora no se han producido abandonos de la actividad significativos en el sector de la transformación, y que, sin el acuerdo de la BIDS, dichos abandonos no alcanzarían el 25 % de la capacidad de producción de todo el sector, al menos a corto plazo.

65. La *segunda hipótesis* se refiere a la situación que daría con la aplicación de los contratos de la BIDS. Aquí es donde se examinará si los contratos de la BIDS tienen

49 — En este sentido, los contratos de la BIDS deben distinguirse de las situaciones en que una empresa decide unilateralmente cesar su actividad en un mercado.

50 — Sentencia LTM (citada en la nota 9), página 303.

por objeto restringir el juego de la competencia. Por lo tanto, como ya se ha expuesto, [51] en esta segunda hipótesis deben tenerse en cuenta los efectos que se derivarían necesariamente de las disposiciones descritas en los puntos 1 a 9 de la cuestión prejudicial, así como los efectos perseguidos por las partes con dichas disposiciones.

66. En primer lugar, hay que dejar claro que el convenio de la BIDS es de carácter horizontal, es decir, que se trata de un convenio entre competidores situados en el mismo nivel del mercado. Asimismo, el contrato de cesación representa un acuerdo horizontal entre un transformador y una asociación de transformadores (la BIDS).

a) Reducción de la capacidad de producción de todo el sector de la transformación en un 25 %

67. Con los contratos de la BIDS se pretende reducir en un 25 % la capacidad de producción de todo el sector de la transformación mediante el abandono de su actividad en el mercado por parte de determinados transformadores. Dicho abandono, junto al compromiso de no utilizar las instalaciones de transformación, me parecen medidas tendentes, en principio, a restringir la competencia entre los transformadores que continúan con su actividad en el mercado. [52]

68. La competencia no sólo tiene lugar cuando los productores pueden explotar plenamente sus capacidades, sino también cuando tienen un exceso de capacidad. El productor tiene que soportar costes fijos de disposición y mantenimiento de las instalaciones de producción. En caso de baja utilización de las instalaciones, los costes fijos tienen una mayor incidencia en el coste de producción por unidad que cuando la utilización es mayor, ya que la parte fija en el coste de producción de cada unidad se reduce proporcionalmente cuanto mayor es la producción (las llamadas economías de escala). Por eso, todo productor está estimulado, en principio, para aprovechar las economías de escala mediante una mayor utilización de sus instalaciones de producción. [53]

69. La BIDS pone en duda que esto sea así, y se basa en los siguientes hechos: la reducción de la capacidad total no lleva consigo una reducción de la producción total; el precio de los productos de los transformadores no

51 — Véanse los puntos 42 y 59 de las presentes conclusiones.

52 — Véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de febrero de 2002, Atlantic Container Line y otros/ Comisión (T-395/94, Rec. p. II-875), apartado 56; en idéntico sentido, también Jürgens, R., *Strukturkrisenkartelle im deutschen und europäischen Kartellrecht,* Peter Lang, Fráncfort del Meno, 2007, p. 95.

53 — Acerca de la relación entre exceso de capacidad, economías de escala y aumento de la competencia, véase Schulz, N., *Wettbewerbspolitik,* Tubingia, 2003, pp. 84 a 86.

aumenta, y se trata de una reducción puntual de la capacidad de producción de todo el mercado. Antes de entrar a considerar estos hechos, quisiera recordar una vez más que en este punto sólo pueden tenerse en cuenta las circunstancias que puedan poner en duda la existencia de una restricción de la competencia. [54]

70. *En primer lugar,* para una misma producción total [55] me parece lógico que en un mercado con gran exceso de capacidad exista una mayor competencia entre los operadores que en un mercado con bajo (o nulo) exceso de capacidad. En un mercado con gran exceso de capacidad, al productor medio le resulta más complicado conseguir el mismo aprovechamiento de sus instalaciones de producción que en un mercado con escaso exceso de capacidad. Dado que, a menor utilización de las instalaciones, menores economías de escala, el producto medio que opera en un mercado con gran exceso de capacidad soporta una presión de la competencia más fuerte que si operase en un mercado con reducido exceso de capacidad. En la ciencia económica es un hecho reconocido la interdependencia entre exceso de capacidad, economías de escala y presión de la competencia. [56]

71. No veo nada en el presente asunto que hable en contra de esa interdependencia. En particular, no considero que sea relevante a este respecto si el exceso de capacidad tuvo origen en una reducción de la demanda o, como en el caso presente, en un estímulo de la construcción y ampliación de instalaciones de transformación y en una distribución más equitativa de los productos intermedios que se han de transformar. Apoya esta interpretación el hecho de que dicha interdependencia también se constatara en el estudio de mercado. Por lo tanto, el hecho de que la producción total no disminuya no es, de por sí, suficiente para excluir la existencia de una restricción de la competencia. [57]

72. *En segundo lugar,* el hecho de que los precios no se incrementen no es, a mi juicio, suficiente para excluir la existencia de una restricción de la competencia. En este caso se trata únicamente de la cuestión de si acuerdos como los contratos de la BIDS tienen por objeto restringir la competencia. La existencia de una restricción de la competencia y sus posibles repercusiones sobre los precios son dos cuestiones que no deben confundirse. Esto se muestra desde el mismo momento en que en los precios pueden influir múltiples factores, no todos los cuales permiten excluir la existencia de una restricción de la competencia.

54 — Véanse los puntos 50 a 58 de las presentes conclusiones.

55 — La High Court asumió que la producción total no variaría sustancialmente.

56 — Acerca de la relación entre exceso de capacidad, economías de escala y aumento de la competencia, véase Schulz, N., *loc. cit.* nota 53 *supra,* pp. 84 a 86.

57 — Por otro lado, la argumentación de la BIDS puede reducirse al absurdo por medio de un ejemplo: si en un mercado con duopolio de oferta existe un gran exceso de capacidad y uno de los dos oferentes cesa su producción de común acuerdo con el otro oferente sin que de ello resulte una reducción de la producción total, según el argumento de la BIDS dicho acuerdo tampoco tendría por objeto una restricción de la competencia. Sin embargo, tal modificación de la estructura del mercado tendría realmente como consecuencia una eliminación casi total de la competencia, ya que el oferente que continuase como monopolio tan sólo quedaría expuesto a una competencia potencial.

73. En el presente caso se puede excluir una subida de los precios, debido a las economías de escala obtenidas con la mayor utilización de las instalaciones y por el poder de la parte contraria. Si bien las economías de escala pueden ser, en su caso, consecuencia de la reducción de la capacidad de producción de todo el sector de la transformación, no bastan para excluir la existencia de una restricción de la competencia con arreglo al artículo 81 CE, apartado 1. Por el contrario, las economías de escala, como ventajas que benefician en primer lugar y de forma directa a los transformadores, deben tenerse en cuenta en el marco del artículo 81 CE, apartado 3. [58] Igualmente, el poder de negociación de la parte contraria, aun cuando pueda descartar un aumento de los precios, no es suficiente para poner en duda la existencia de una restricción de la competencia, por lo que debe considerarse a la luz del artículo 81 CE, apartado 3. [59]

74. La presente situación tampoco es comparable con los hechos en que se basó la sentencia GlaxoSmithKline Services/Comisión. [60] En aquel caso (que, por lo demás, se refería a una regulación vertical de los precios), los precios se determinaban con frecuencia mediante normativas legales, en la fase de la venta al consumidor final, de modo que permanecían en buena medida ajenos al libre juego de la oferta y de la demanda. [61] En un caso así, las dudas pueden surgir cuando una regulación vertical de los precios tienda a restringir la competencia en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1. [62] Pero el presente caso no es comparable por el solo hecho de que no existe aquí disposición legal alguna que pueda impedir que se transmitan a los usuarios los beneficios derivados de la competencia entre los transformadores que continúan con su actividad.

75. Por otro lado, el hecho de que los precios no vayan a subir no excluye toda posibilidad de una competencia eficaz. Antes bien, en un mercado con gran exceso de capacidad y en que la producción total no varía, la *reducción de los precios* es una típica medida de competencia. Al aplicarla, el productor puede intentar hacerse con una cuota mayor de la demanda y aumentar así la utilización de sus instalaciones, con las consiguientes economías de escala. [63] Por lo tanto, el hecho de que los precios no aumenten no es, de por sí, suficiente para excluir la existencia de una restricción de la competencia.

58 — Véanse los puntos 55 a 58 de las presentes conclusiones; Bellamy & Child, *loc. cit.* nota 15 *supra,* marginal 3.029; Odudu, O, *Art. 81(3), loc. cit.* nota 42 *supra,* p. 19; Leupold, H., Weidenbach, G., *loc. cit.* nota 16 *supra,* pp. 1008 y 1009.

59 — Acerca del poder de negociación de la parte contraria, véase la sentencia Montecatini/Comisión (citada en la nota 30), apartados 114 a 128. Según el apartado 116 de dicha sentencia, la recurrente alegó principalmente que el Tribunal de Primera Instancia no consideró la mayor fuerza contractual de la parte contraria. En el apartado 127 de esa sentencia, el Tribunal de Justicia declaró que tales circunstancias sólo pueden ser relevantes cuando el contexto económico excluya cualquier posibilidad de competencia eficaz.

60 — Citada en la nota 6.

61 — *Ibidem,* apartados 114 a 134.

62 — En un asunto de esas características debe examinarse detenidamente si se ve afectada la función de la competencia de abastecer a los usuarios con productos al precio más ventajoso posible (véase, al respecto, el punto 52 de las presentes conclusiones).

63 — Schulz, N., *loc. cit.* nota 53 *supra,* pp. 84 a 86.

76. *En tercer lugar*, no resulta comprensible en qué sentido puede excluir la existencia de una restricción de la competencia mediante la reducción de la capacidad total el hecho de que dicha reducción se vaya a realizar «de una sola vez». Por lo demás, cabe señalar que los efectos de los contratos de la BIDS y del convenio de la BIDS no se limitan a un momento determinado. De hecho, los transformadores que ponen fin a su actividad se someten a una cláusula de no competencia durante dos años y a restricciones de uso y de disposición durante cinco años.

77. *En conclusión,* no encuentro motivo alguno en los hechos aludidos por la BIDS, ni en ninguna otra circunstancia del litigio principal, para poner en duda la relación entre la reducción en un 25 % de la capacidad de producción de todo el sector de la transformación y una restricción de la competencia. Por el contrario, el convenio constituye una «compra» de la competencia. Ante una reducción del 25 % la capacidad total, no tengo la menor duda acerca de la naturaleza «sensible» de tal medida para la competencia. Sin perjuicio de la consideración de conjunto que aún queda por hacer en el epígrafe 3, la reducción en un 25 % de la capacidad de producción de todo el sector de la transformación inevitablemente ha de constituir una sensible restricción de la competencia. [64]

b) Abandono de la actividad por algunos transformadores

78. Como ya he expuesto, [65] de la letra c) de la cuestión prejudicial y de los autos deduzco que hasta ahora no se han producido abandonos significativos de la actividad en el sector de la transformación, y que, sin el acuerdo de la BIDS, dichos abandonos no habrían alcanzado el 25 % de la capacidad de producción de todo el sector, al menos a corto plazo.

79. Para una exposición más completa examinaré a continuación, de forma complementaria, si también habría que presumir la existencia de una restricción de la competencia en caso de que, en la primera situación hipotética (ausencia de acuerdos como los contratos de la BIDS), los mecanismos del mercado hubieran conducido a un abandono de la actividad en similar dimensión.

80. Con arreglo al artículo 81 CE, apartado 1, está prohibida toda restricción de la exigencia de autonomía cuando conduzca a condiciones de competencia que no se corresponderían con las condiciones normales del mercado de

64 — En este sentido, véase también Jürgens, R., *loc. cit.* nota 52 *supra,* p. 95.

65 — Véase el punto 64 de las presentes conclusiones.

que se trate, teniendo en cuenta la naturaleza de los productos entregados o los servicios prestados, la importancia y el número de las empresas, así como el volumen de dicho mercado. [66]

81. En la primera situación hipotética (ausencia de los contratos de la BIDS), la función selectiva de la competencia supondría, en principio, que se quedasen en el mercado los transformadores más eficientes, o bien los transformadores que mejor satisficieran las exigencias de sus clientes y, en último término, de los consumidores. Si la selección de los transformadores en la segunda situación hipotética (existencia de los contratos de la BIDS) no se llevase a cabo mediante los mecanismos del mercado, sino por medio de un pacto entre los transformadores, ello iría en detrimento de la función selectiva de la competencia. Lo confirma, en particular, el hecho de que el convenio de la BIDS no prevea la posibilidad de desmantelar instalaciones de transformación concretas. De esta manera, un transformador no puede, en virtud del convenio de la BIDS, desmantelar sus instalaciones ineficientes y permanecer en el mercado con las eficientes.

82. Sin perjuicio de la consideración de conjunto que expondré en el epígrafe 3, este menoscabo de la función selectiva de la competencia necesariamente ha de constituir una restricción de la competencia. [67]

c) Abono de tasas

83. En primer lugar cabe señalar que el abono de las tasas tiene como consecuencia que los transformadores que continúan con su actividad no puedan disponer libremente de sus aportaciones y que los costes de transformación se incrementen. El aumento de los costes de producción hace que los transformadores entren en pérdidas con mayor facilidad. Esto puede tener como consecuencia una restricción de la competencia cuando el abono de las tasas afecte de forma sensible al comportamiento en el mercado de los transformadores que continúan con su actividad. [68] Por lo tanto, un órgano jurisdiccional nacional debe verificar si las tasas, independientemente de su importe, pueden afectar de forma sensible a la conducta en el mercado de los transformadores que continúan con su actividad.

84. Por otro lado, el carácter progresivo de las tasas en función del porcentaje de sacrificio tradicional puede derivar en una restricción de la competencia entre los transformadores que continúan con su actividad. Ciertamente, la BIDS ha alegado que el abono de las tasas únicamente debe constituir un «precio» por la cuota de mercado que los transformadores que continúan con su actividad con su actividad reciben de los que ponen fin a ella. Los transformadores que continúan con su actividad tuvieron que competir por hacerse con dichas cuotas, y cada transformador ha asumido unos costes por importe de 11 euros. En consecuencia, opina la BIDS que no se ha restringido la competencia entre los transformadores que continúan con su actividad.

66 — Véase la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni (citada en la nota 16), apartados 116 y 117.

67 — En este sentido, véase también Jürgens, R., *loc. cit.* nota 52 *supra,* p. 95.

68 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 12 de septiembre de 2000, Pavlov y otros (C-180/98, Rec. p. I-6451), apartados 90 a 97.

85. En este punto basta señalar que es consecuencia necesaria de una regulación de esa naturaleza que los transformadores que continúan con su actividad se vean protegidos en su porcentaje de sacrificio tradicional. Si un transformador que continúa y que ya alcanzado su porcentaje tradicional de sacrificio (out-performer) entra en competencia con otro que aún no ha alcanzado el suyo (low-performer), el *out-performer* quedará en desventaja de costes respecto del *low-performer* en 9 euros hasta que este último haya alcanzado su porcentaje tradicional de sacrificio. Por lo tanto, la progresividad de las tasas hace que cada transformador que continúa quede protegido en su porcentaje tradicional de sacrificio. No obstante, los transformadores que continúan con su actividad no sólo están en competencia respecto al porcentaje de sacrificio dejado por los transformadores que ponen fin a su actividad, sino también en el marco de su porcentaje tradicional de sacrificio, de manera que la progresividad de las tasas supone una restricción adicional a la competencia respecto a este último. Cuando un transformador, a la vista de las circunstancias del mercado, considere que en el futuro la producción total se va a estancar o va a descender, [69] en adelante podrá prever de forma bastante precisa a partir de qué momento superará su porcentaje tradicional de sacrificio.

86. El hecho de que la producción total no se vea reducida por el abono de las tasas y que los precios no aumenten resulta irrelevante por las razones antes expuestas. [70] Incluso el hecho de que el abono de las tasas se limite a un solo año no es suficiente para excluir, en general, la existencia de una restricción de la competencia. En todo caso, dichas circunstancias pueden ser tenidas en cuenta a la luz del artículo 81 CE, apartado 3.

d) Restricciones de uso y de disposición

87. En la medida en que las restricciones de uso y de disposición pretenden impedir el regreso al mercado de los transformadores que ponen fin a su actividad, constituyen una garantía del abandono de la actividad, lo que acentúa los efectos del abandono del mercado por éstos. A este respecto, me remito a mis anteriores razonamientos. [71]

88. Por otro lado, las restricciones de uso y de disposición también pueden estar dirigidas a disuadir a potenciales terceros competidores, no afiliados a la BIDS. Si se constata que la

69 — La High Court ha formulado esta apreciación.

70 — Véanse los puntos 70 a 75 de las presentes conclusiones.

71 — Véanse los puntos 67 a 77 de las presentes conclusiones.

construcción de nuevas instalaciones de transformación no es económicamente interesante dadas las actuales condiciones del mercado, [72] en tal caso unas restricciones de uso y de disposición como las previstas en los contratos de la BIDS me parecen, en principio, tendentes a introducir una restricción a la competencia de terceros competidores potenciales.

89. La competencia potencial también está protegida por el artículo 81 CE, apartado 1. [73] Si se constata que en el pasado entraron en el mercado con éxito nuevos competidores, [74] esto resultará ser algo más que una mera posibilidad teórica, también en el futuro. Por lo tanto, todo parece indicar que con las restricciones de uso y de disposición se está limitando el acceso de potenciales nuevos competidores al mercado.

90. Si los potenciales competidores cuentan, además, con otras posibilidades de acceso al mercado es una cuestión que, a mi juicio, sólo puede tener relevancia en cuanto al grado de sensibilidad de la restricción de la competencia. Dado que en torno al 25 % de la capacidad total de producción está sujeta a una prohibición de uso y de disposición, todo apunta a que la restricción es sensible.

91. Por lo tanto, algún órgano jurisdiccional nacional debe examinar si existen potenciales competidores dispuestos a entrar en el mercado y si pudieran estar interesados en adquirir las instalaciones de los transformadores que ponen término a su actividad en caso de acceder al mercado.

92. Por otro lado, los transformadores que continúan con su actividad no pueden utilizar las instalaciones desmanteladas para aumentar su propia capacidad. Esto constituye una restricción más de la competencia, especialmente si se considera que la construcción de nuevas instalaciones de transformación no es económicamente interesante en las actuales circunstancias del mercado. [75]

93. El hecho de que la producción total no se vea reducida por las restricciones de uso y de disposición y que los precios no aumenten resulta irrelevante por las razones antes expuestas. [76]

72 — La High Court ha formulado esta apreciación.

73 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 28 de febrero de 1991, Delimitis (C-234/89, Rec. p. I-935), apartado 21.

74 — La High Court se ha referido a la entrada de Excel Meats Limited en el mercado.

75 — La High Court ha formulado esta apreciación.

76 — Véanse los puntos 70 a 75 de las presentes conclusiones.

e) Conclusión

94. En consecuencia, sin perjuicio de la consideración de un fin de fomento de la competencia o de una finalidad principal de los contratos de la BIDS, llego a la siguiente conclusión parcial: al menos, la prevista reducción de la capacidad de producción de todo el sector de la transformación en un 25 % mediante el abandono de su actividad en el mercado por ciertos transformadores, el carácter progresivo de las tasas, y las restricciones de uso y de disposición son elementos del convenio que tienen como consecuencia necesaria una restricción de la competencia.

95. A este respecto, y tan sólo en aras de una más completa exposición, quisiera señalar que la BIDS nunca ha actuado sometida a la autoridad del Estado. [77] El hecho de que el estudio de mercado fuera financiado por el Gobierno irlandés y que la Beef Task Force animase a los transformadores a aplicar dicho estudio al sector de la transformación no constituye ninguna obligación pública.

77 — En principio, esta circunstancia sólo debe comprobarse si la empresa afectada la alega; véase la sentencia Montecatini/Comisión (citada en la nota 30), apartado 128.

3. Consideración de los fines perseguidos con los contratos de la BIDS

96. La BIDS alega que el objetivo de sus contratos es reducir el exceso de capacidad y conseguir economías de escala. En particular, el cobro de las tasas y las restricciones de uso y disposición están justificadas, en su opinión, por este fin legítimo.

97. *En primer lugar,* quisiera recordar ahora, una vez más, que la finalidad de este examen únicamente es comprobar si un determinado acuerdo tiene por objeto restringir el juego de la competencia. El examen con arreglo al artículo 81 CE, apartado 1, no pretende verificar si dicha restricción es manifiesta o reprochable en un grado tal que pueda compararse con un típico cártel.

98. *En segundo lugar,* hay que tener en cuenta que el hecho de que un sector se halle en crisis coyuntural o estructural, según reiterada jurisprudencia, no implica que no sea de aplicación el artículo 81 CE, apartado 1. [78]

78 — Sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 13 de diciembre de 2006, FNCBV/Comisión (T-217/03 y T-245/03, Rec. p. II-4987), apartado 90, y de 20 de abril de 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión (T-305/94 a T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 y T-335/94, Rec. p. II-931), apartado 740.

99. *En tercer lugar,* el hecho de que las partes persigan con su acuerdo un fin legítimo no excluye, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la presunción de que dicho acuerdo tiene por objeto restringir la competencia. [79]

100. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia antes mencionada, [80] la situación será diferente únicamente cuando el acuerdo persiga bien un fin favorable a la competencia o bien un fin neutral para la competencia. Esto no parece suceder en el presente caso. Por el contrario, el objetivo de incrementar la rentabilidad de todo el sector de la transformación reduciendo el exceso de capacidad en un 25 % conduce inevitablemente a una restricción de la competencia. [81]

101. *En cuarto lugar,* el objetivo de la BIDS consiste en lograr los beneficios de las economías de escala para la producción. Sin embargo, de la relación entre los apartados 1 y 3 del artículo 81 CE se desprende que tal objetivo sólo puede ser considerado en el marco del artículo 81 CE, apartado 3. [82]

79 — Sentencia IAZ International Belgium y otros/Comisión (citada en la nota 20), apartados 22 a 25.
80 — Véanse los puntos 52 a 55 de las presentes conclusiones.
81 — Véanse los puntos 67 a 77 de las presentes conclusiones.
82 — Véanse los puntos 55 a 57 de las presentes conclusiones.

4. Conclusión

102. Como conclusión, procede constatar que los acuerdos del tipo de los contratos de la BIDS tienen por objeto restringir la competencia.

C. Valoración final de los elementos de un acuerdo como los contratos de la BIDS

103. A continuación expondré cómo debe valorarse cada uno de los elementos de los contratos de la BIDS en relación con la categoría de casos del artículo 81 CE, apartado 1, letra b), y con la cláusula general del artículo 81 CE, apartado 1.

104. Existen siempre, en mi opinión, reservas frente a una clasificación excesivamente rigurosa de las restricciones de la competencia. El contenido de un acuerdo ha de ser examinado en todo caso con el trasfondo de su contexto jurídico y económico. El presente caso demuestra, en mi opinión, que una forma de proceder consistente en comparar el acuerdo en cuestión con formas típicas y graves de restricción de la competencia no siempre conduce al objetivo propuesto y, por el contrario, puede pasar por alto la cuestión de cuándo un acuerdo tiene por objeto

restringir la competencia. Además, dado que los ejemplos que contiene el artículo 81 CE, apartado 1, letras a) a e), no constituyen una lista taxativa, tampoco resulta totalmente necesaria tal clasificación. Antes bien, desde el punto de vista jurídico sería suficiente subsumir el caso en la cláusula general.

105. No obstante, para las empresas y su asistencia letrada, el establecimiento de categorías puede ser útil, especialmente ante el sistema de autoevaluación ahora vigente. Por eso, propongo al Tribunal de Justicia clasificar de la siguiente forma los objetos de restringir la competencia antes identificados.

106. La reducción de la capacidad total es, de por sí, una restricción de la competencia comprendida en la cláusula general del artículo 81 CE, apartado 1. No es preciso pronunciarse aquí sobre la cuestión de si, además, constituye una limitación de la producción en el sentido del artículo 81 CE, apartado 1, letra b). [83] En la medida en que (como en el presente caso) la reducción de la capacidad total se lleve a cabo mediante el abandono de la actividad en el mercado y, por ende, de la producción de determinados transformadores, estaremos también ante una limitación de la producción con arreglo a dicha disposición. En primer lugar, el tenor literal del artículo 81 CE, apartado 1, letra b), no permite deducir que sea determinante la producción total. En segundo lugar, si se compara con otros ejemplos de casos se comprueba que la limitación de la producción de un solo operador es ya suficiente. En tercer lugar, atendiendo a la finalidad perseguida por la disposición, no me parece justificado tener en cuenta la producción de todo el mercado. Por el contrario, el fin del artículo 81 CE, apartado 1, de proteger la competencia en su función de abastecer a los usuarios con productos al precio más ventajoso posible, interviene desde el momento en que un operador reduce su producción o la abandona totalmente.

107. La progresividad de las tasas puede disuadir a un transformador que continúa de aumentar su cuota de mercado a costa de la cuota tradicional de mercado de otro transformador que continúa. Por lo tanto, también constituye una limitación de la producción.

108. Asimismo, las restricciones de uso y de disposición pueden representar un obstáculo para que un transformador incremente su producción ampliando su capacidad, por lo que también deben calificarse como limitación de la producción.

83 — Véase, al respecto, la sentencia Atlantic Container AB y otros/Comisión (citada en la nota 52), apartado 56.

VII. Conclusión

109. Por las razones expuestas, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones prejudiciales de la Supreme Court de la forma siguiente:

«Un acuerdo con el contenido y en las circunstancias descritas en la cuestión prejudicial tiene por objeto restringir el juego de la competencia, por lo que no es compatible con el artículo 81 CE, apartado 1, en la medida en que se cumplan los demás requisitos exigidos por dicha disposición.»