CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. PHILIPPE LÉGER

presentadas el 10 de julio de 2001 [1]

Índice

I. Marco jurídico nacional I-1584

A. La Constitución de los Países Bajos I-1584

B. El Nederlandse Orde van Advocaten I-1584

C. El Samenwerkingsverordening de 1993 ..... I-1585

II. Antecedentes de hecho y procedimiento I-1586

III. Las cuestiones prejudiciales I-1589

IV. Objeto de las cuestiones prejudiciales I-1591

V. El artículo 85, apartado 1, del Tratado I-1592

A. El concepto de empresa I-1593

B. El concepto de asociación de empresas I-1595

C. La restricción de competencia I-1604

a) El objeto del SWV I-1606

b) Los efectos del SWV I-1607

c) El carácter sensible de la restricción de competencia I-1615

D. El perjuicio para el comercio entre Estados miembros I-1616

E. Conclusión I-1618

VI. El artículo 86 del Tratado I-1618

VII. El artículo 90, apartado 2, del Tratado I-1623

A. Los requisitos de aplicación del artículo 90, apartado 2, del Tratado I-1623

B. Los antecedentes de hecho del litigio principal I-1627

1 — Lengua original: francés.

VIII. Los artículos 5 y 85 del Tratado I-1636

A. Sobre la facultad de que disponen las autoridades neerlandesas para determinar, directa o indirectamente, el contenido de las normas esenciales de la profesión . I-1639

B. Sobre la existencia de una posibilidad de recurso para los miembros de la profesión I-1642

IX. Los artículos 52 y 59 del Tratado I-1643

A. Las disposiciones aplicables al litigio principal I-1643

B. Sobre la existencia de un obstáculo a la libre prestación de servicios I-1646

C. Sobre la justificación del obstáculo I-1648

X. Conclusión I-1650

1. La presente petición de decisión prejudicial plantea la delicada cuestión de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia a las profesiones liberales. [2]

2. El Nederlandse Raad van State (Países Bajos) conoce de un conflicto relativo a la legalidad de un reglamento adoptado por el Consejo neerlandés de colegios de abogados. El Reglamento controvertido prohíbe a los abogados que ejercen en los Países Bajos la creación de despachos de servicios «integrados» con profesionales de la auditoría. Corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre si las disposiciones del Tratado en materia de competencia se aplican y, en caso de respuesta afirmativa, se oponen a dicha prohibición de colaboración.

3. El asunto se inscribe en el contexto de otras dos peticiones de interpretación planteadas por el Pretore di Pinerolo (Italia), en el asunto Arduino (C-35/99), y por el Giudice di pace di Genova (Italia), en el asunto Conte (C-221/99). Los órganos jurisdiccionales italianos deben pronunciarse sobre la compatibilidad con las normas comunitarias de competencia de baremos profesionales relativos a las tarifas de las prestaciones realizadas por los abogados y los arquitectos en su país.

4. Aunque los tres asuntos plantean una problemática idéntica, las diferencias del marco jurídico y fáctico de cada uno de ellos me han llevado a presentar al Tribunal de Justicia conclusiones distintas. [3] Las presentes conclusiones versan sobre la petición del Raad van State en el asunto Wouters y otros (C-309/99).

2 — La cuestión es objeto de debate en la doctrina. Véase, en particular, Ehlermann, C., «Concurrence et professions libérales: antagonisme ou compatibilité?», en *Revue du marché commun et de l'Union européenne*, 1993, p. 136; Misson, L., et Beart, F., «Les barèmes d'honoraires des avocats sont-ils illégaux?», en *Journal des tribunaux*, 1995, p. 485; Idot, L., «Quelques réflexions sur l'application du droit communautaire de la concurrence aux ordres professionnels», en *Journal des tribunaux de droit européen*, abril 1997, p. 73; Nyssens, H., «Concurrence et ordres professionnels: les trompettes de Jéricho sonnent-elles?», en *Revue de droit commercial belge*, 1999, p. 475, y Van den Bossche, A.-M., «Voor economische vrijheid en mededingingsrecht: hoe vrij is de plichtenleer in het beperken van de economische keuzevrijheid van vrije beroepers?», en *Tijdschrift voor Privaatrechet*, 2000, p. 13.

3 — Véanse las conclusiones que presento en el día de hoy en el asunto Arduino (C-35/99, sentencia de 19 de febrero de 2002, Rec. p. I-1529, especialmente p. I-1532), y las conclusiones que presenté el 12 de julio de 2001 en el asunto Conte (C-221/99, sentencia de 29 de noviembre de 2001, Rec. p. I-9359, especialmente p. I-9361).

I. Marco jurídico nacional

A. *La Constitución de los Países Bajos*

5. El artículo 134 de la Constitución del Reino de los Países Bajos se refiere a la creación y el régimen jurídico de las corporaciones de derecho público. En él se establece que:

«1. Las corporaciones profesionales de Derecho público o corporaciones de Derecho público de otro tipo se constituirán y disolverán por ley o en virtud de ésta.

2. La ley regulará las funciones y la organización de dichas corporaciones de derecho público, la composición y competencias de sus órganos de gobierno, así como la publicidad de sus reuniones. Por ley o en virtud de ésta se podrá conferir a sus órganos de gobierno facultad normativa.

3. La ley regulará el control de estos órganos de gobierno. Sus decisiones sólo podrán ser anuladas por ser contrarias a Derecho o al interés general.»

B. *El Nederlandse Orde van Advocaten*

6. En aplicación de la disposición mencionada, las autoridades neerlandesas adoptaron la Ley de 23 de junio de 1952, por la que se crea el Nederlandse Orde van Advocaten y se aprueba el reglamento interno y las normas disciplinarias aplicables a los abogados y a los «procureurs» (en lo sucesivo, «Advocatenwet»).

7. La Advocatenwet establece que el conjunto de los abogados colegiados en los Países Bajos constituye el Nederlandse Orde van Advocaten (Consejo de Colegios de Abogados de los Países Bajos; en lo sucesivo, «NOvA» o «Consejo de colegios»). Por otra parte, el conjunto de abogados colegiados que actúa ante un mismo tribunal constituye el colegio de abogados del distrito correspondiente.

8. El NOvA y los colegios de abogados son dirigidos respectivamente por el Algemene Raad (Consejo general) y por los raden van toezicht (Comités de vigilancia). Los miembros del Consejo general son elegidos por la Junta de Delegados que, a su vez, se eligen en el marco de las reuniones de los colegios de abogados de los diferentes distritos.

9. A tenor del artículo 26 de la Advocatenwet:

«El Consejo General y los comités de vigilancia promoverán el correcto ejercicio de la profesión y estarán facultados para

adoptar cuantas medidas puedan contribuir a ello. Defenderán los derechos e intereses de los abogados en cuanto tales, velarán por el cumplimiento de sus obligaciones y desempeñarán las funciones que les asignen los reglamentos.»

10. Con arreglo al artículo 28, apartado 1, de la Advocatenwet:

«La Junta de Delegados podrá adoptar reglamentos en aras de un correcto ejercicio de la profesión, incluidos los relativos a la asistencia a los abogados de edad avanzada o en situación de incapacidad laboral total o parcial, así como a los parientes de los abogados fallecidos. La Junta de Delegados adoptará, asimismo, los reglamentos necesarios relativos a la administración y organización del [NOvA].»

11. Conforme al artículo 29 de la Advocatenwet, los reglamentos son vinculantes para los miembros del NOvA y para los «abogados visitantes», es decir, los abogados que no están colegiados en los Países Bajos, pero están autorizados a ejercer su actividad profesional en otro Estado miembro con el título de abogado o un título equivalente.

12. El artículo 30 de la Advocatenwet regula el control de la facultad reglamentaria de los órganos de gobierno del NOvA. En él se establece que «las decisiones de la Junta de Delegados, del Consejo General o de los demás órganos del [NOvA] podrán ser suspendidas o anuladas mediante Real Decreto si son contrarias a Derecho o al interés general».

C. *El Samenwerkingsverordening de 1993*

13. En 1993, la Junta de Delegados del NOvA adoptó, basándose en el artículo 28 de la Advocatenwet, un reglamento titulado «Samenwerkingsverordening» (Reglamento sobre la colaboración; en lo sucesivo, «SWV» o «Reglamento controvertido»).

14. El artículo 1 de este Reglamento define el concepto de «relación de colaboración» como «toda colaboración en la que los participantes ejerzan su profesión por cuenta y riesgo común o compartan entre ellos, a tal efecto, el poder de decisión o la responsabilidad última».[4]

15. El artículo 4 del SWV autoriza a los abogados a colaborar con otros abogados colegiados en los Países Bajos y, en deter-

4 — En las presentes conclusiones, designaré en lo sucesivo este tipo de colaboración con el término «colaboración integrada». Se trata de una colaboración que implica un reparto de pérdidas, beneficios, poder de decisión y responsabilidades últimas.

minadas circunstancias, con abogados colegiados en otros Estados.

16. En cambio, cuando los abogados desean colaborar con los miembros de *otra profesión,* ésta debe contar con la autorización del Consejo General del NOvA.

17. Por otra parte, el artículo 8 del SWV establece que «toda relación de colaboración debe obligatoriamente llevar una denominación de grupo en todos sus contactos externos» y que «la denominación de grupo no puede inducir a error».

18. De la exposición de motivos del SWV se desprende que la colaboración de los abogados con los notarios, los asesores fiscales y los agentes de la propiedad industrial ya ha sido autorizada con anterioridad. La autorización para estas tres profesiones sigue siendo válida. En cambio, se cita a los auditores como un ejemplo de profesión con la que los abogados no están autorizados a colaborar de forma integrada.

II. Antecedentes de hecho y procedimiento

19. Los recursos principales fueron interpuestos por cinco personas: el Sr. Wouters, el Sr. Savelbergh, la sociedad Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs (asesores fiscales), la sociedad Arthur Andersen & Co. Accountants (auditores) y la sociedad Price Waterhouse Belastingadviseurs BV (asesores fiscales).

20. El Sr. Wouters era miembro del Colegio de Abogados de Amsterdam. Fue nombrado socio de Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs el 1 de enero de 1991.

21. En noviembre de 1994, el interesado informó al Comité de Vigilancia del Colegio de Abogados de Rotterdam de su intención de establecerse como abogado en dicho distrito y de ejercer con la denominación «Arthur Andersen & Co., advocaten en belastingadviseurs».

22. El Comité de Vigilancia de Rotterdam rechazó esta solicitud mediante decisión de 27 de julio de 1995.

Consideró que, debido a los vínculos que les unían, la sociedad Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs y la sociedad Arthur Andersen & Co. Accountants mantenían una «relación de colaboración» en el sentido del artículo 4 del SWV. El Comité de Vigilancia estimó que, al haberse asociado con la primera sociedad, el Sr. Wouters

también había establecido una «relación de colaboración» con la segunda, es decir, con profesionales de la auditoría. Pues bien, esta profesión no había recibido la autorización del NOvA, por lo que el Comité declaró que la colaboración del Sr. Wouters con la sociedad Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs era contraria al artículo 4 del SWV.

Además, el Comité de Vigilancia consideró que el Sr. Wouters no podía sumarse a una colaboración cuya denominación de grupo mencionase el nombre de la persona «Arthur Andersen» sin infringir el artículo 8 del SWV.

23. El Sr. Savelbergh, por su parte, es miembro del Colegio de Abogados de Amsterdam.

24. En la primavera de 1995, informó al Comité de Vigilancia de este distrito de que tenía la intención de colaborar de forma integrada con la sociedad Price Waterhouse Belastingadviseurs BV, rama de la organización internacional Price Waterhouse, que reúne no sólo a asesores fiscales, sino también a auditores.

25. El 5 de julio de 1995, el Comité de Vigilancia de Amsterdam declaró que la colaboración prevista por el Sr. Savelbergh era contraria al artículo 4 del SWV.

26. Mediante dos decisiones de 21 y 29 de noviembre de 1995, el Consejo General del NOvA rechazó los recursos en vía administrativa interpuestos por los Sres. Wouters y Savelbergh y por Price Waterhouse Belastingadviseurs BV contra las decisiones mencionadas.

27. Las cinco partes demandantes interpusieron entonces un recurso ante el Arrondissementsrechtbank te Amsterdam (en lo sucesivo, «Rechtbank»). Alegaban, en concreto, que las decisiones del Consejo General del NOvA eran incompatibles con las disposiciones del Tratado en materia de competencia, derecho de establecimiento y libre prestación de servicios.

28. El 7 de febrero de 1997, el Rechtbank declaró inadmisibles los recursos presentados por Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs y Arthur Andersen & Co. Accountants. Además, desestimó por infundadas las alegaciones de los Sres. Wouters y Savelbergh y de Price Waterhouse Belastingadviseurs BV.

29. El Rechtbank consideró que las disposiciones del Tratado sobre competencia no eran aplicables al caso de autos.

Estimó que el NOvA era una corporación de derecho público creada por la ley para promover un interés general. Con este fin, hacía uso de la facultad normativa que le

otorga el artículo 28 de la Advocatenwet. El NOvA está obligado a garantizar, en interés general, la independencia y «parcialidad» [5] del abogado que presta una asistencia jurídica. Por lo tanto, según el Rechtbank, el NOvA no es una asociación de empresas en el sentido del artículo 85 del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE).

En lo que se refiere al motivo basado en el artículo 86 del Tratado CE (actualmente artículo 82 CE), el Rechtbank consideró que el NOvA no podía ser considerado ni empresa ni asociación de empresas. Además, el artículo 28 de la Advocatenwet no transfiere en modo alguno competencias a operadores privados de forma que se menoscabe la eficacia de los artículos 85 y 86 del Tratado. Por consiguiente, dicha disposición no es incompatible con el artículo 5, párrafo segundo, del Tratado CE (actualmente artículo 10 CE, párrafo segundo), interpretado en relación con los artículos 3, letra g), del Tratado CE [actualmente artículo 3 CE, apartado 1, letra g), tras su modificación], 85 y 86 del Tratado.

30. El Rechtbank tampoco hizo suya la alegación de los demandantes según la cual el SWV era incompatible con el derecho de establecimiento [artículo 52 del Tratado CE (actualmente artículo 43 CE, tras su modificación)] y con la libre prestación de servicios [artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación)].

Según el Rechtbank, en el caso de autos no existe el aspecto transfronterizo, de manera que las disposiciones mencionadas no son aplicables. En todo caso, la prohibición de colaboración se justifica por razones imperiosas de interés general y no es excesivamente restrictiva. Además, el Rechtbank estimó que el SWV no es incompatible con el derecho de establecimiento. Al no existir disposiciones comunitarias en la materia, los Estados miembros tienen libertad para condicionar el ejercicio de la abogacía en su territorio al respeto de normas destinadas a garantizar la independencia y parcialidad del abogado que presta una asistencia jurídica.

31. Los demandantes en el litigio principal interpusieron un recurso de apelación contra la decisión del Rechtbank ante el Raad van State.

32. La parte demandada en el procedimiento es el Consejo General del NOvA. El Consejo de Colegios de Abogados de la Comunidad Europea (en lo sucesivo, «CCBE»), asociación belga cuya intervención como coadyuvante ha sido admitida en el litigio principal, apoya sus pretensiones.

33. Mediante sentencia dictada el 10 de agosto de 1999, el Raad van State confirmó la inadmisibilidad de los recursos interpuestos por Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs y Arthur Andersen & Co. Accountants. En lo que se refiere a los otros recursos, consideró que la solución del litigio principal dependía de la interpreta-

5 — Este término, aparentemente propio del ordenamiento jurídico holandés, parece designar la defensa en favor de los intereses del cliente.

ción de varias disposiciones de Derecho comunitario.

III. Las cuestiones prejudiciales

34. Por consiguiente, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones:

«1) a) ¿Debe interpretarse el concepto de asociación de empresas empleado en el artículo 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE, apartado 1) en el sentido de que ésta sólo existe cuando tal asociación actúa en interés de operadores, de manera que, para aplicar dicha disposición, ha de distinguirse entre las actividades que dicha asociación efectúa en interés general y las demás actividades, o el mero hecho de que una asociación también pueda actuar en interés de los operadores basta para calificarla, con respecto a toda su actuación, de asociación de empresas a efectos de la citada disposición? ¿Es pertinente para la aplicación del Derecho comunitario de la competencia el hecho de que las normas obligatorias de aplicación general establecidas por el organismo correspondiente hayan sido adoptadas en virtud de una facultad normativa y en calidad de legislador especial?

b) Si la respuesta a la primera cuestión, letra a), fuese que sólo existe asociación de empresas cuando tal asociación actúa en interés de los operadores, ¿regula también el Derecho comunitario la cuestión de cuándo existe defensa del interés general y cuándo no?

c) Si la respuesta a la primera cuestión, letra b), fuese que el Derecho comunitario regula dicha cuestión ¿puede también calificarse, con arreglo al Derecho comunitario, de defensa del interés general el hecho de que un organismo como el Colegio [de Abogados de los Países Bajos], establezca, en virtud de una facultad normativa para garantizar la independencia y parcialidad del abogado que presta asistencia jurídica, normas obligatorias de aplicación general relativas al establecimiento de colaboraciones entre abogados y otros profesionales?

2) Si con arreglo a la respuesta dada a la primera cuestión, letras a), b) y c), procede declarar que también un reglamento como [el Samenwerkingsverordening 1993] debe ser calificado de decisión de una asociación de empresas

en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE, apartado 1), ¿debe considerarse que tal decisión, en la medida en que establece normas obligatorias de aplicación general relativas al establecimiento de formas de colaboración como las que son objeto del presente litigio para garantizar la independencia y parcialidad del abogado que presta asistencia jurídica, tiene por objeto o efecto restringir la competencia dentro del mercado común en una medida que afecte al comercio entre los Estados miembros? ¿Qué criterios derivados del Derecho comunitario son pertinentes para apreciar esta cuestión?

3) ¿Cabe interpretar el concepto de empresa empleado en el artículo 86 del Tratado CE (actualmente artículo 82 CE) en el sentido de que, si un organismo como el Colegio [de Abogados de los Países Bajos] ha de calificarse de asociación de empresas, dicho organismo también ha de considerarse como empresa o agrupación de empresas a efectos de tal disposición, aunque no ejerza directamente actividad económica alguna?

4) Si la respuesta a la cuestión precedente es afirmativa y, por consiguiente, debe estimarse que un organismo como el Colegio [de Abogados de los Países Bajos] ocupa una posición dominante, ¿se considera que tal organismo explota abusivamente dicha posición si obliga a los abogados colegiados a comportarse en relación con terceros, en el mercado de la prestación de servicios jurídicos, de una manera que obstaculiza la competencia?

5) Si un organismo como el Colegio [de Abogados de los Países Bajos] debe calificarse, en conjunto, de asociación de empresas a efectos de la aplicación de las normas comunitarias sobre la competencia, ¿debe interpretarse el artículo 90, apartado 2, del Tratado CE (actualmente artículo 86 CE, apartado 2) en el sentido de que también está sometido a él un organismo como el Colegio [de Abogados de los Países Bajos] que adopta normas obligatorias de aplicación general relativas a la colaboración de los abogados con otros profesionales para garantizar la independencia y parcialidad del abogado que presta asistencia jurídica?

6) Si un organismo como el Colegio [de Abogados de los Países Bajos] debe ser calificado de asociación de empresas o de empresa o agrupación de empresas, ¿se oponen los artículos 3, letra g), del Tratado CE [actualmente artículo 3 CE, apartado 1, letra g), tras su modificación], 5, párrafo segundo, del Tratado CE (actualmente artículo 10 CE, párrafo segundo), 85 y 86 del Tratado CE (actualmente artículos 81 CE y 82 CE) a que un Estado miembro confiera a dicho organismo (o a uno

de sus órganos) la facultad de adoptar normas relativas, en particular, a la colaboración de los abogados con otros profesionales, cuando el control que ejercen las autoridades sobre la adopción de dichas normas se limita a la posibilidad de anularlas, sin poder sustituirlas por otras adoptadas por ellas?

7) ¿Se aplican a una prohibición de colaboración entre abogados y auditores, como la que es objeto del presente litigio, tanto las disposiciones del Tratado relativas al derecho de establecimiento como las referentes a libre prestación de servicios, o debe interpretarse el Tratado CE en el sentido de que tal prohibición debe cumplir, por ejemplo según la forma que los interesados quieran dar en la práctica a su colaboración, bien las disposiciones relativas al derecho de establecimiento, bien las referentes a la libre prestación de servicios?

8) La prohibición de colaboración integrada entre abogados y auditores, como la que es objeto del presente litigio, ¿constituye una restricción del derecho de establecimiento, de la libre prestación de servicios o de ambos?

9) Si de la respuesta a la cuestión precedente se desprende que existe una de las dos restricciones citadas, o ambas, ¿está justificada la restricción de que se trata por contener sólo una "modalidad de venta" en el sentido de la sentencia [de 24 de noviembre de 1993,] Keck y Mithouard [(asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097),] y en tal caso no hay discriminación, o lo está por cumplir los criterios definidos a este respecto por el Tribunal de Justicia en otras sentencias, en particular en la sentencia [de 30 de noviembre de 1995,] Gebhard [(C-55/94, Rec. p. I-4165)]?»

IV. Objeto de las cuestiones prejudiciales

35. La petición de decisión prejudicial presentada por el Raad van State plantea cinco series de cuestiones.

36. La primera serie de cuestiones versa sobre la interpretación del artículo 85, apartado 1, del Tratado. Consiste en determinar si un consejo nacional de colegios de abogados, como el NOvA, vulnera esta disposición al adoptar una medida obligatoria que prohíbe que los abogados que ejercen en el territorio del Estado miembro correspondiente colaboren de forma integrada con profesionales de la auditoría. [6]

37. La segunda serie de cuestiones equivale a preguntarse si, cuando adopta una medida que comporta dicha prohibición de colaboración, un consejo nacional de colegios de abogados explota de manera

6 — Primera cuestión prejudicial, letras a), b) y c), y segunda cuestión prejudicial.

abusiva una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo, en el sentido del artículo 86 del Tratado. [7]

38. La tercera serie de cuestiones se plantea en el supuesto de que se considere que la medida controvertida es una restricción de competencia o un abuso de posición dominante. Si así sucede, se trataría de verificar si el artículo 90, apartado 2, del Tratado debe ser interpretado en el sentido de que la aplicación de las normas comunitarias de competencia a un consejo nacional de colegios de abogados que adopta una medida de este tipo puede impedir el cumplimiento de la misión particular que las autoridades públicas le han asignado. [8]

39. La cuarta serie de cuestiones tiene por objeto las relaciones entre lo dispuesto en los artículos 5, 85 y 86 del Tratado. En ella se pretende determinar si un Estado miembro infringe estas disposiciones cuando confiere a un consejo nacional de colegios de abogados la facultad para adoptar medidas obligatorias que regulen la posibilidad de que los abogados que ejercen en su territorio colaboren de forma integrada con auditores, cuando el Estado miembro correspondiente no se reserva la posibilidad de sustituir las medidas adoptadas por el consejo de colegios por sus propias decisiones. [9]

40. Por último, la quinta serie de cuestiones se refiere a si las disposiciones del Tratado relativas al derecho de establecimiento (artículo 52) y a la libre prestación de servicios (artículo 59) se oponen a que un consejo nacional de colegios de abogados adopte una medida como la controvertida en el litigio principal. [10]

V. El artículo 85, apartado 1, del Tratado

41. El artículo 85, apartado 1, del Tratado prohíbe «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».

42. Los demandantes en el litigio principal estiman que en el caso de autos se reúnen los requisitos para la aplicación de esta norma. Exponen las siguientes alegaciones.

En primer lugar, el NOvA constituye una «asociación de empresas». Como cualquier otra agrupación profesional, garantiza la defensa de los intereses colectivos e individuales de sus miembros. El hecho de que pueda actuar en interés general o de que se le asignen facultades normativas no tiene incidencia a este respecto.

7 — Cuestiones prejudiciales tercera y cuarta.

8 — Quinta cuestión prejudicial.

9 — Sexta cuestión prejudicial.

10 — Cuestiones prejudiciales séptima, octava y novena.

En segundo lugar, el SWV tiene por objeto «restringir el juego de la competencia». Fue especialmente adoptado con el fin de mantener una prohibición absoluta de toda forma de asociación entre abogados y auditores en los Países Bajos. En todo caso, el Reglamento controvertido tiene por efecto impedir que abogados y auditores creen estructuras asociativas capaces de ofrecer mejores servicios a clientes que actúan en un entorno económico y jurídico complejo.

En tercer lugar, el SWV puede afectar al «comercio entre Estados miembros». Las sociedades demandantes, así como los despachos de abogados, desarrollan actividades internacionales. Con frecuencia intervienen en transacciones transfronterizas en las que se ve implicado el sistema jurídico de varios Estados miembros.

43. El NOvA, el CCBE, la Comisión y la mayoría de los Gobiernos que participan en el procedimiento [11] han adoptado una postura opuesta. Consideran que no se ha producido ninguna infracción del artículo 85, apartado 1, del Tratado. La prohibición de colaboración establecida por el SWV tiene como objetivo garantizar la independencia y parcialidad del abogado. Por tanto, el artículo 85, apartado 1, del Tratado no puede oponerse a ella o prohibirla en modo alguno.

11 — Con arreglo al Estatuto CE del Tribunal de Justicia han presentado observaciones escritas los Gobiernos alemán, danés, francés, neerlandés, portugués, sueco y de Liechtenstein. El Gobierno luxemburgués ha presentado observaciones orales.

44. Procede examinar sucesivamente el ámbito de aplicación personal y material del artículo 85, apartado 1. El primero permitirá determinar si el NOvA puede ser calificado de asociación de empresas. El segundo servirá para verificar si la prohibición de colaboración controvertida puede restringir el juego de la competencia y afectar al comercio entre Estados miembros. Es precisa una observación preliminar sobre el concepto mismo de empresa.

A. *El concepto de empresa*

45. En su resolución de remisión, [12] el Raad van State manifestó de forma expresa que los abogados colegiados en los Países Bajos constituían «empresas» en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

46. El Juez remitente recordó que, en el contexto del Derecho comunitario de la competencia, el concepto de empresa comprende «cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación» [13]. Consideró que los abogados neerlandeses estaban incluidos en esta definición puesto que ofrecían servicios en un mercado determinado, a saber el mercado de la prestación de servicios jurídicos, a cambio de remuneración.

12 — P. 10.

13 — Sentencia de 23 de abril de 1991, Höfner y Elser (C-41/90, Rec. p. I-1979), apartado 21.

47. La apreciación del Raad van State sobre este punto no ha sido discutida por las partes que participan en el procedimiento. En la medida en que el Juez remitente no ha planteado al Tribunal de Justicia ninguna cuestión relativa a la interpretación del concepto de empresa, parto del principio de que el artículo 85, apartado 1, del Tratado se aplica *ratione personae* a los abogados colegiados en los Países Bajos.

48. No obstante, para ser exhaustivo, debo precisar que la situación de los abogados neerlandeses puede revelarse más compleja teniendo en cuenta las disposiciones del Tratado.

49. En efecto, de los autos remitidos al Tribunal de Justicia [14] se desprende que los abogados colegiados en los Países Bajos están autorizados a ejercer su actividad bajo dos regímenes jurídicos distintos. Pueden actuar como operadores independientes o por cuenta ajena. Pues bien, las normas del Tratado aplicables a la profesión difieren según se encuentre el abogado en la primera o segunda situación.

50. Las actividades que ejerce el abogado se concentran tradicionalmente en torno a dos funciones esenciales: por una parte, el asesoramiento legal (que comprende la consulta, la negociación y la redacción de determinados actos) y, por otra parte, la asistencia y representación del cliente ante las autoridades judiciales y extrajudiciales.

51. Cuando el abogado ejerce su actividad en calidad de operador independiente, ofrece servicios en un mercado determinado, a saber el mercado de los servicios jurídicos. Solicita y recibe de sus clientes una remuneración a cambio de las prestaciones realizadas. Además, asume los riesgos económicos vinculados al ejercicio de su actividad ya que, en caso de desequilibrio entre sus gastos y sus ingresos, soporta sus pérdidas. Según los criterios elaborados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, [15] en este supuesto, el abogado debe, por tanto, ser calificado de «empresa» en el sentido del Derecho comunitario de la competencia.

52. En cambio, el abogado que ejerce su actividad por cuenta ajena se encuentra en una situación diferente. A este respecto, pueden presentarse dos supuestos.

Por un lado, el abogado puede efectuar sus prestaciones en favor y bajo la dirección de otra persona, que le paga a cambio una remuneración. En dicho caso, el abogado es un «trabajador» por cuenta ajena y, como tal, no está comprendido en el ámbito de

14 — Véanse la resolución de remisión (pp. 5 y 10), las observaciones escritas del NOvA (punto 27) y las observaciones escritas del Gobierno neerlandés (punto 19).

15 — Sentencias de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia (C-35/96, Rec. p. I-3851), apartados 36 a 38 (en lo sucesivo, «sentencia CNSD»), y de 12 de septiembre de 2000, Pavlov y otros (asuntos acumulados C-180/98 a C-184/98, Rec. p. I-6451), apartados 73 a 77 (en lo sucesivo, «sentencia Pavlov»).

aplicación del Derecho comunitario de la competencia. [16] Por otro lado, es posible que el abogado que trabaja por cuenta ajena no ejerza realmente su actividad bajo la dirección de su empresario y que su retribución esté directamente vinculada a las pérdidas y ganancias de éste. En tal caso, el abogado pertenece a las «categorías fronterizas» que el Abogado General Sr. Jacobs evoca en las conclusiones que presentó en el asunto en el que recayó la sentencia Pavlov. [17]

53. Además, la existencia de dos regímenes jurídicos distintos en los Países Bajos puede tener una incidencia en las interpretación del concepto de «asociación de empresas». En efecto, es más difícil saber si una organización profesional que reúne a la vez a empresas y a trabajadores por cuenta ajena constituye una asociación de empresas en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado. [18]

54. Sin embargo, en la medida en que no se ha solicitado al Tribunal de Justicia ninguna interpretación en este sentido, no me corresponde pronunciarme sobre esta serie de cuestiones. En todo caso, sería imposible llevar a cabo dicho examen puesto que ninguno de los elementos que obran en autos permite conocer con precisión el estatuto de los abogados que trabajan por cuenta ajena en los Países Bajos.

16 — Sentencia de 16 de septiembre de 1999, Becu y otros (C-22/98, Rec. p. I-5665), apartados 24 a 26.

17 — Punto 112.

18 — La cuestión se planteó en el asunto Pavlov. Sin embargo, el Tribunal de Justicia no tuvo que resolverla para responder a las cuestiones prejudiciales que le habían sido planteadas (véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs en este asunto, punto 125).

55. Por consiguiente, partiré del principio de que los abogados colegiados en los Países Bajos son empresas en el sentido del Derecho comunitario de la competencia.

B. *El concepto de asociación de empresas*

56. La primera cuestión prejudicial se refiere al concepto de asociación de empresas.

57. El Raad van State pregunta si el artículo 85, apartado 1, del Tratado debe ser interpretado en el sentido de que el concepto de asociación de empresas se aplica a un consejo nacional de colegios de abogados, como el NOvA, cuando éste adopta, en virtud de facultades normativas que le han sido conferidas por la ley, medidas obligatorias que prohíben que los abogados colaboren de forma integrada con auditores, con el fin de defender la independencia y la parcialidad del abogado.

58. El Juez remitente está confrontado al siguiente problema. [19]

19 — Resolución de remisión (pp. 4 y 10).

59. Explica que, según la exposición de motivos de la Advocatenwet, el NOvA está obligado a ejercer su facultad normativa en aras del interés general. Debe garantizar el acceso de los justiciables al Derecho y a la justicia. No obstante, en virtud del artículo 26 de la Advocatenwet, el NOvA tiene la misión expresa de defender los derechos y los intereses de los abogados. Por lo tanto, el NOvA también ejerce su facultad normativa con el fin de promover los intereses colectivos e individuales de sus miembros.

60. Teniendo en cuenta estos datos, el Juez remitente identifica una serie de cuestiones. Pregunta al Tribunal de Justicia si:

1) el artículo 85, apartado 1, del Tratado exige que se disocien las actividades ejercidas por el NOvA, de manera que sólo se le califique como asociación de empresas cuando actúa en interés de sus miembros, o si, al contrario, el mero hecho de que el NOvA pueda ejercer su facultad normativa en interés de sus miembros basta para calificarlo de asociación de empresas respecto a todas sus actividades [primera cuestión, letra a)];

2) el hecho de que el NOvA disponga de una facultad normativa conferida por la ley tiene una incidencia sobre su posible calificación como asociación de empresas [primera cuestión, letra a)];

3) en el supuesto de que proceda disociar las actividades ejercidas por el NOvA, el Derecho comunitario determina los casos en que una organización profesional actúa en interés general y aquellos en los que actúa en interés de sus miembros [primera cuestión, letra b)];

4) en el supuesto de que el Derecho comunitario determine los casos en que una organización profesional actúa en interés general, la adopción por el NOvA de medidas obligatorias por las que prohíbe a sus miembros colaborar de forma integrada con auditores, con el fin de proteger la independencia y parcialidad del abogado, está comprendida en el «interés general» en el sentido del Derecho comunitario [primera cuestión, letra c)].

61. El Tratado no define el concepto de asociación de empresas. Por regla general, la asociación reúne a empresas del mismo ramo y se encarga de representar y defender sus intereses comunes con respecto a otros operadores económicos, organismos gubernamentales y el público en general. [20]

20 — Waelbroeck, M., y Frignani, A.: *Commentaire J. Megret, Le droit de la CE, volume 4, Concurrence*, 2ª ed, éditions de l'université de Bruxelles, 1997. (punto 128).

62. El concepto de asociación de empresas cumple, sin embargo, una función concreta en el artículo 85, apartado 1, del Tratado. Tiene por objeto evitar que las empresas puedan escapar a las normas de la competencia simplemente en razón de la forma en que coordinan su conducta en el mercado. Para asegurar la eficacia de este principio, el artículo 85, apartado 1, se opone no sólo a las modalidades directas de coordinación de conductas entre empresas (los acuerdos y las prácticas concertadas), sino también a las formas institucionalizadas de cooperación, es decir las situaciones en las que los operadores económicos actúan a través de una estructura colectiva o de un órgano común.

63. El Tribunal de Justicia ha conocido con frecuencia de litigios relativos a asociaciones de carácter puramente comercial. El asunto CNSD es el primero en el que el Tribunal de Justicia aplicó el concepto de asociación de empresas a un colegio profesional. [21]

21 — La Comisión ha adoptado tres decisiones relativas a las profesiones liberales: la Decisión 93/438/CEE, de 30 de junio de 1993, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/33.407 — CNSD) (DO L 203, p. 27); la Decisión 95/188/CE, de 30 de enero de 1995, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (IV/33.686 — COAPI) (DO L 122, p. 37), y la Decisión 1999/267/CE, de 7 de abril de 1999, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE [IV/36147 — Código deontológico del IMA (EPI)] (DO L 106, p. 14). La última Decisión ha sido parcialmente anulada por la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 28 de marzo de 2001, Institut des mandataires agréés/Comisión (T-144/99, Rec. p. II-2067).

64. Teniendo en cuenta la importancia de este asunto para el presente litigio, procede recordar sus principales características.

65. La actividad de los agentes de aduanas es en Italia una profesión liberal. [22] Su ejercicio se supedita a la posesión de una autorización y a la inscripción en un registro nacional. A nivel provincial, los Consejos Territoriales controlan la actividad de los agentes de aduanas y, a su vez, están subordinados al Consejo Nacional de Agentes de Aduana (el CNSD). En virtud de la legislación italiana, el CNSD tenía como función, en particular, establecer la tarifa de los servicios profesionales de los agentes de aduanas.

La Comisión decidió interponer un recurso por incumplimiento contra la República Italiana. La acusaba de haber infringido el artículo 5, en relación con el artículo 85, del Tratado, al haber impuesto al CNSD la adopción de una tarifa obligatoria para todos los agentes de aduanas.

66. Una de las cuestiones planteadas en el litigio consistía en determinar si el CNSD era una asociación de empresas en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado. A este respecto, el Tribunal de

22 — Sentencia CNSD, apartado 34.

Justicia elaboró, basándose en su jurisprudencia anterior,[23] dos criterios de definición, vinculados a la *composición* y a la *normativa en la que se enmarcan* las actividades de la entidad.

67. En lo que respecta al primer criterio, el Tribunal de Justicia consideró que los miembros del CNSD eran «representantes de los agentes profesionales».[24]

El Tribunal de Justicia destacó que «sólo pueden ser miembros del CNSD quienes tengan la calidad de agentes de aduanas inscritos en los Registros, puesto que son elegidos entre los miembros de los Consejos Territoriales, los cuales están formados únicamente por agentes de aduanas».[25] También subrayó que, después de una modificación legislativa producida en 1992, «el Director General de Aduanas ya no participa en el CNSD como presidente».[26] Por último, se comprobó que «el Ministro de Hacienda italiano, a quien corresponde supervisar dicha organización profesional, no puede intervenir en la designación de los miembros de los Consejos Territoriales y del CNSD».[27]

68. En lo que se refiere al segundo criterio, el Tribunal de Justicia declaró que «la correspondiente normativa nacional no impide, en modo alguno, [a los miembros del CNSD] actuar en interés exclusivo de la profesión».[28]

El Tribunal de Justicia señaló que, cuando el CNSD establecía la tarifa de los servicios basándose en las propuestas de los Consejos Territoriales, «la legislación italiana no contiene ninguna norma que obligue o incite siquiera a los miembros, tanto del CNSD, como de los Consejos Territoriales, a tener en cuenta criterios de interés público».[29]

69. Por consiguiente, el CNSD fue considerado una asociación de empresas debido a que:

«los miembros del CNSD no pueden calificarse de expertos independientes [...] y [...] no están obligados por imperativo legal a fijar las tarifas tomando en consideración, no sólo los intereses de las empresas o asociaciones de empresas del sector que los ha designado, sino también el interés general y los intereses de las empresas de los demás sectores o de los usuarios de los servicios de que se trata».[30]

70. De esta sentencia resulta que un organismo no será calificado de asociación de empresas en el sentido del artículo 85,

23 — Sobre todo las sentencias de 17 de noviembre de 1993, Reiff (C-185/91, Rec. p. I-5801); de 9 de junio de 1994, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (C-153/93, Rec. p. I-2517); de 5 de octubre de 1995, Centro Servizi Spediporto (C-96/94, Rec. p. I-2883), y de 17 de octubre de 1995, DIP y otros (C-140/94 a C-142/94, Rec. p. I-3257).

24 — Sentencia CNSD, apartado 41.

25 — *Ibidem*, apartado 42.

26 — *Ibidem*, apartado 42.

27 — *Ibidem*, apartado 42.

28 — *Ibidem*, apartado 41.

29 — *Ibidem*, apartado 43.

30 — *Ibidem*, apartado 44.

apartado 1, del Tratado cuando, por una parte, la mayoría de sus miembros son representantes de las autoridades públicas y, por otra parte, la legislación nacional la obliga a adoptar sus decisiones respetando determinados criterios de interés público. [31]

71. Procede aplicar estos dos criterios al NOvA.

72. En lo que respecta a la composición, la Advocatenwet dispone que el NOvA y los colegios de abogados están dirigidos por el Consejo General y los Comités de Vigilancia, [32] respectivamente. Los miembros del Comité de Vigilancia son elegidos entre los miembros del colegio de abogados del distrito correspondiente. [33] Los miembros del Consejo General son elegidos por una Junta de Delegados, [34] que a su vez son elegidos en el marco de las reuniones de los colegios de abogados de los diferentes distritos. [35] El tenor literal del artículo 24, apartado 1, de la Advocatenwet confirma que solamente los abogados pueden ser elegidos miembros del Consejo General, de la Junta de Delegados y de los Comités de Vigilancia.

De ello resulta que los órganos directores del NOvA están exclusivamente compuestos de abogados, elegidos por miembros de la profesión. Además, los autos presentados al Tribunal de Justicia [36] revelan que ni la Corona ni el Ministro de Justicia pueden intervenir en la designación de los miembros de los Comités de Vigilancia, de la Junta de Delegados ni del Consejo General.

73. En lo que se refiere al segundo criterio, las observaciones presentadas por las partes durante la fase escrita del procedimiento contenían escasa información. En la fase oral, insté a los representantes del NOvA y del Gobierno neerlandés a que precisaran sus explicaciones. Les pregunté si en Derecho neerlandés existían disposiciones de naturaleza vinculante que obligaran al NOvA a tener en cuenta criterios de interés general cuando ejerce su facultad normativa.

Sobre este punto, el Gobierno neerlandés recordó que, con arreglo al artículo 30 de la Advocatenwet, la Corona tiene la facultad de anular los reglamentos del NOvA cuando son contrarios al interés general. Por su parte, el NOvA subrayó que los artículos 26 y 28 de la Advocatenwet obligan a sus órganos de gobierno a ejercer sus facultades en «interés del correcto ejercicio de la profesión».

74. Estas dos respuestas no logran convencerme.

31 — Véase también la sentencia Pavlov, apartado 87.

32 — Artículos 18, apartado 1, y 22, apartado 1, de la Advocatenwet.

33 — Artículo 22, apartado 2, de la Advocatenwet.

34 — Artículo 19, apartado 1, de la Advocatenwet.

35 — Artículo 20, apartado 1, de la Advocatenwet.

36 — Véase la resolución de remisión (p. 5) y las observaciones escritas de los demandantes en el litigio principal (punto 43).

Por un lado, aun cuando existe, la facultad de anulación de la Corona no deja de ser aleatoria. Como han subrayado los demandantes en el litigio principal, la existencia de dicho control no significa que el Consejo de colegios tenga la obligación legal de recoger realmente el interés general cuando ejerce su facultad normativa. Por otro lado, la expresión «interés del correcto ejercicio de la profesión» es imprecisa y no establece, en sí, ningún criterio. Por otra parte, las indicaciones facilitadas por el Juez remitente [37] demuestran que puede servir de base al NOvA para defender los intereses comunes de los abogados colegiados en los Países Bajos.

Por consiguiente, procede afirmar que, cuando ejerce su facultad normativa, el NOvA no está *obligado,* en virtud de disposiciones de Derecho neerlandés, a tomar en consideración «el interés general y los intereses de las empresas de los demás sectores o de los usuarios de los servicios de que se trata». [38]

75. Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el NOvA debe, por tanto, ser calificado de asociación de empresas en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

76. No obstante, la mayoría de los que participan en el procedimiento han discutido la posibilidad de llegar a dicha conclusión. Han invocado tres series de consideraciones, en línea con las preocupaciones que el Juez remitente expresó en sus cuestiones prejudiciales. Sus argumentos son los siguientes.

En primer lugar, afirman, el NOvA no desarrolla ninguna actividad económica. Se trata de una corporación de derecho público encargada de adoptar normas deontológicas.

En segundo lugar, añaden, el NOvA constituye una «parte desgajada» del Estado y, por esa razón, está investido de prerrogativas de poder público. Goza de la potestad legislativa (facultad normativa), de la potestad de juzgar (facultad disciplinaria) y, de una manera general, de la facultad de controlar el comportamiento de sus miembros.

En tercer lugar, consideran que el NOvA ha sido investido de una misión de interés general vinculada a la administración de justicia. Esta misión es indispensable en un Estado de Derecho. El NOvA, como los consejos nacionales de colegios de abogados de otros Estados miembros, se encarga de asegurar el acceso de los justiciables al Derecho y a la Justicia, de garantizar la integridad de los abogados, de velar por el correcto ejercicio de la profesión y de mantener la confianza del público con respecto a la profesión.

El CCBE y el Gobierno francés adoptan una postura intermedia. Alegan que es necesario disociar las actividades del

37 — Resolución de remisión (pp. 5 y 10).

38 — Sentencia CNSD, apartado 44.

NOvA, de manera que sólo se le apliquen las normas de competencia cuando actúa *exclusivamente* en interés de sus miembros. No es así en el caso de autos, ya que la prohibición de colaboración controvertida tiene por objeto garantizar, en aras del interés general, la independencia y parcialidad del abogado.

77. El primer argumento de los participantes en el procedimiento, basado en el estatuto del NOvA, no puede ser aceptado.

En efecto, desde la sentencia BNIC, es sabido que «el marco jurídico en el que se celebran tales acuerdos [entre empresas] y se toman tales decisiones [de asociaciones de empresas], así como la calificación jurídica que este marco recibe en diferentes ordenamientos jurídicos nacionales, no inciden en la aplicabilidad de las normas comunitarias sobre competencia y, en particular, del artículo 85 del Tratado». [39]

Además, no es necesario que una entidad ejerza directamente una actividad económica para que sea calificada de asociación de empresas. [40] El artículo 85, apartado 1, del Tratado se aplica a las asociaciones en la medida en que su actividad propia *o* la de las empresas que a ellas pertenecen vaya dirigida a producir los efectos que dicha disposición pretende reprimir. [41]

78. Ya he manifestado, respecto al segundo argumento, que los órganos de gobierno del NOvA están exclusivamente integrados por representantes de operadores económicos privados y que las autoridades públicas no se han reservado la posibilidad de intervenir en su proceso decisorio. En estas circunstancias, el NOvA no puede ser considerado un órgano estatal en el sentido del Derecho comunitario.

Por otra parte, el hecho de que haya sido investido de facultades normativas y disciplinarias carece de incidencia. Esta conclusión se desprende de las sentencias CNSD y Pavlov.

En la sentencia Pavlov, el Tribunal de Justicia calificó de asociación de empresas a un colegio profesional de médicos especialistas de los Países Bajos, aun cuando éste disponía, como el NOvA, de facultades normativas que le habían sido conferidas por la ley. [42] Del mismo modo, el CNSD fue considerado una asociación de empresas aun cuando disponía de una facultad disciplinaria en virtud de la legislación

39 — Sentencia de 30 de enero de 1985, BNIC (123/83, Rec. p. 391), apartado 17. Véanse también las sentencias CNSD, apartado 40 y Pavlov, apartado 85.

40 — Sentencias de 29 de octubre de 1980, Van Landewyck y otros/Comisión (asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/78, Rec. p. 3125), apartados 87 y 88, y de 8 de noviembre de 1983, IAZ y otros/Comisión (asuntos acumulados 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/92 y 110/82, Rec. p. 3369), apartados 19 y 20.

41 — Sentencias de 15 de mayo de 1975, Frubo/Comisión (71/74, Rec. p. 563), apartado 30; Van Landewyck y otros/Comisión, antes citada, apartado 88, y IAZ y otros/Comisión, antes citada, apartado 20.

42 — Sentencia Pavlov, apartados 84 y 87. El Tribunal de Justicia adoptó un punto de vista idéntico en lo que se refiere al concepto de empresa. Consideró que las disposiciones del artículo 86 del Tratado se aplicaban a la actividad normativa de una empresa pública de telecomunicaciones (sentencia de 20 de marzo de 1985, Italia/Comisión, 41/83, Rec. p. 873, apartados 16 a 20).

italiana. Este organismo tenía la facultad de imponer a sus miembros sanciones disciplinarias, que iban de la amonestación hasta la cancelación definitiva de la inscripción en el Registro Nacional de Agentes de Aduanas. [43]

79. El tercer argumento de quienes participan en el procedimiento carece asimismo de fundamento. Se basa en la premisa según la cual una entidad a la que se ha asignado una misión de interés general queda *automáticamente* excluida del ámbito de aplicación del Derecho de la competencia, en razón de la misión particular que le ha sido asignada.

80. Ahora bien, esta premisa es inexacta.

En el contexto del Derecho de la competencia, el concepto de empresa comprende «cualquier entidad que ejerza una actividad económica». [44] Con arreglo a esta definición, una entidad sólo queda fuera del ámbito de aplicación de las normas relativas a competencia cuando la actividad de que se trata no presenta ningún carácter económico. [45] En cambio, cuando una entidad realiza una actividad que puede ser ejercida, al menos en principio, por un operador privado con ánimo de lucro, [46] debe ser calificada de empresa. En este supuesto, poco importa que se le haya asignado una misión de interés general o una misión de servicio público. [47] Las limitaciones que el Estado impone no impiden la aplicación del Derecho de la competencia a la entidad, pero pueden, en su caso, justificar la concesión de derechos exclusivos o especiales en el sentido del artículo 90 del Tratado. [48]

La misma constatación se impone en lo que se refiere a las asociaciones de empresas. En el asunto BNIC, el Tribunal de Justicia no admitió que el hecho de que el Estado haya asignado una misión de servicio público a una organización profesional pueda llevar a que no se aplique el artículo 85, apartado 1, del Tratado. [49]

81. Finalmente, algunos participantes en el procedimiento, en su último argumento, instan al Tribunal de Justicia a que adopte una especie de interpretación funcional del concepto de asociación de empresas. Dichos participantes proponen que el Tri-

43 — Véase la sentencia CNSD, apartado 7, así como las conclusiones del Abogado General Sr. Cosmas en este asunto, apartado 71.

44 — Sentencia Höfner y Elser, antes citada, apartado 21.

45 — Éste es el caso de los organismos encargados de la gestión de determinados regímenes obligatorios de seguridad social, que se basan en el principio de la solidaridad nacional (sentencia de 17 de febrero de 1993, Poucet y Pistre, asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, Rec. p. I-637, apartado 18), y de los organismos cuya actividad constituye una misión de interés general comprendida entre las funciones esenciales del Estado y que, por su naturaleza, objeto y normas a las que está supeditada, está vinculada al ejercicio de prerrogativas que son típicas de las prerrogativas de poder público (sentencias de 19 de enero de 1994, SAT Fluggesellschaft, C-364/92, Rec. p. I-43, apartado 30, y de 18 de marzo de 1997, Diego Calì & Figli, C-343/95, Rec. p. I-1547, apartados 22 y 23).

46 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Tesauro en el asunto Poucet y Pistre, antes citado, punto 8.

47 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs en el asunto Albany (sentencia de 21 de septiembre de 1999, C-67/96, Rec. p. I-5751), punto 312.

48 — Véanse, en especial, las sentencias de 16 de noviembre de 1995, Fédération française des sociétés d'assurances y otros (C-244/94, Rec. p. I-4013), apartado 20; Albany, antes citada, apartado 86, y Pavlov, apartado 118.

49 — Véanse el informe para la vista en el asunto BNIC, antes citado (punto 1.1), la sentencia (apartado 16), así como la Decisión 82/896/CEE de la Comisión, de 15 de diciembre de 1982, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE (IV/29.883 — UGAL/BNIC) (DO L 379, p. 1), puntos 2 y 3 de la exposición de motivos.

bunal de Justicia distinga las diferentes actividades que ejerce el NOvA en función de la *naturaleza del interés* perseguido por la medida y que considere que la entidad constituye una asociación de empresas únicamente cuando actúa en interés exclusivo de sus miembros.

82. No comparto este punto de vista.

83. Por una parte, en la fase actual del razonamiento, el Tribunal de Justicia sólo debe definir el ámbito de aplicación personal del Derecho de la competencia. Se trata simplemente de identificar a los actores a los que se aplican los artículos 85 a 90 del Tratado.

Pues bien, el Tribunal de Justicia no puede adoptar un enfoque restrictivo en este momento del análisis. Las sentencias CNSD y Pavlov han establecido claramente las circunstancias en las que puede dejarse de aplicar a un organismo el artículo 85 del Tratado. Se trata de los casos en los que, debido a su composición y la regulación de sus actividades, la entidad debe ser considerada un órgano del Estado. En cambio, cuando, como sucede en el caso de autos, un organismo está exclusivamente integrado por operadores económicos privados, es necesario que las autoridades de la competencia puedan examinar todos sus comportamientos a la luz del Tratado.

Las razones que deben servir de base para una interpretación extensiva del ámbito del Derecho de la competencia fueron claramente expuestas por el Abogado General Sr. Jacobs en las conclusiones que presentó en el asunto en el que recayó la sentencia Albany, antes citada. Según el Sr. Jacobs: [50]

«Cabe suponer que, normalmente, cuando celebran acuerdos entre sí los agentes privados actúan en función de sus propios intereses y no del interés general. Así pues, las consecuencias de sus acuerdos no siempre responden al interés general. Por tanto, las autoridades de defensa de la competencia deben estar en condiciones de examinar los acuerdos entre agentes privados incluso en ámbitos específicos de la economía como la banca, los seguros o incluso el ámbito social». [51]

84. Por otra parte, considero que la tesis de los que participan en el procedimiento se debe a una confusión entre dos cuestiones distintas: la de la delimitación del ámbito de aplicación personal del Derecho de la competencia y la de la identificación de una restricción de competencia o de una posible justificación de la medida.

50 — Punto 184. Estas consideraciones relativas al ámbito de aplicación *ratione materiae* de las reglas de competencia son aplicables al ámbito de aplicación personal de las mismas reglas.

51 — Véase asimismo Bach, A., nota sobre las sentencias de 17 de noviembre de 1993, Reiff, antes citada; Meng (C-2/91, Rec. p. I-5751), y Ohra Schadeverzekeringen (C-245/91, Rec. p. I-5851), en *Common Market Law Review*, 1994, p. 1357, nota a pie de página 14. El autor indica que «en lugar de suponer que la regulación adoptada por una autoridad delegada lo ha sido en interés general, parece mucho más justificado suponer que este tipo de reglas es conforme a los intereses económicos de aquellos que participan en su elaboración y crea condiciones restrictivas para los recién llegados al mercado y para los extranjeros» (traducción libre).

Es evidente que, cuando ejerce su facultad normativa, el NovA, al igual que los consejos nacionales de colegios de abogados en otros Estados miembros, puede actuar en interés general. Sin embargo, esta consideración no es pertinente para determinar si debe ser calificado o no de asociación de empresas. [52] El hecho de que el NOvA pueda adoptar una medida en interés general debe tenerse en cuenta en un momento posterior del análisis, para saber si la medida puede restringir el juego de la competencia dentro del mercado común y, en caso de respuesta afirmativa, si puede estar justificada con respecto a las excepciones previstas en el Tratado.

85. En cualquier caso, creo que el criterio propuesto por los que participan en el procedimiento no puede aplicarse en el caso de las profesiones liberales.

En efecto, la mayoría de las normas adoptadas por las autoridades profesionales en este ámbito afectan *simultáneamente* a intereses públicos y privados. Incluso cuando un consejo nacional de colegios de abogados establece un baremo obligatorio para las prestaciones realizadas por sus miembros, puede alegarse que el baremo pretende garantizar la transparencia de los honorarios y asegurar el acceso de los justiciables al Derecho y a la Justicia. Aceptar la interpretación de los participantes en el procedimiento supondría situar el conjunto de las cuestiones de Derecho únicamente en el ámbito de aplicación personal del derecho comunitario de la competencia. Dicha interpretación no puede acogerse.

86. Por consiguiente, considero que el artículo 85, apartado 1, del Tratado no exige que se disocien las diferentes actividades ejercidas por el NOvA. Cuando, como sucede en el caso de autos, un consejo nacional de colegios de abogados está exclusivamente integrado por representantes de la profesión y la ley no le obliga a adoptar sus decisiones respetando una serie de criterios de interés público, debe ser considerado una asociación de empresas en lo que respecta al conjunto de sus actividades, con independencia del objeto y la finalidad de la medida adoptada. El hecho de que la ley le otorgue facultades normativas y disciplinarias carece de incidencia sobre esta apreciación.

87. De estas consideraciones resulta que el SWV constituye una decisión de asociación de empresas en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

C. *La restricción de competencia*

88. La segunda cuestión prejudicial pretende que se determine si, al prohibir a los

52 — Véase en particular la sentencia IAZ y otros/Comisión, antes citada. En este asunto, el Anseau había celebrado un convenio con determinados fabricantes e importadores de lavadoras, con el objetivo de asegurar la conformidad de los aparatos con las exigencias del Derecho belga para garantizar la calidad del agua potable. Sin embargo, el convenio había sido aplicado de modo que obstaculizaba las importaciones paralelas a Bélgica. El Tribunal de Justicia consideró que «el convenio tiene por objeto restringir sensiblemente el juego de la competencia dentro del mercado común, *a pesar de que también persigue el objetivo de proteger la salud pública*» (apartado 25, el subrayado es mío). El objetivo de interés general perseguido por el convenio no impidió, por lo tanto, que el Tribunal de Justicia declarara que el Anseau era una asociación de empresas en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado (apartados 19 a 21 de la sentencia).

abogados que colaboren de forma integrada con los auditores, el SWV tiene «por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia».

89. El Tribunal de Justicia actúa generalmente en dos fases sucesivas para apreciar la compatibilidad de un acuerdo con el artículo 85, apartado 1, del Tratado. [53]

90. En un primer momento, analiza si el acuerdo tiene por *objeto* restringir el juego de la competencia. A estos efectos, lleva a cabo un examen objetivo de los fines perseguidos por el acuerdo, a la luz del contexto económico en el que debe ser aplicado. [54] Cuando el acuerdo tiene un objeto contrario a la competencia queda prohibido por el artículo 85, apartado 1, sin que sea necesario tener en cuenta sus efectos concretos. [55] Las mismas consideraciones se aplican a las decisiones de asociaciones de empresas. [56]

Así, el Tribunal de Justicia declara contrarios al artículo 85, apartado 1, del Tratado los acuerdos o decisiones de asociaciones de empresas que tienen como único objetivo restringir o falsear el juego de la competencia entre las partes o entre las partes y terceros. Así sucede en las concertaciones horizontales por las que se fija el precio de venta de los productos [57] o de los servicios, [58] las concertaciones horizontales por las que se reparten los mercados nacionales, [59] los acuerdos verticales que incluyen una cláusula de prohibición de exportación [60] y, de manera general, en cualquier concertación que tenga como objetivo conseguir una compartimentación artificial del mercado común. [61]

91. En el supuesto de que el acuerdo no tenga específicamente por objeto restringir la competencia, el Tribunal de Justicia analiza si tiene por *efecto* impedir, restringir o falsear su juego. [62] A este respecto, el artículo 85, apartado 1, del Tratado prohíbe tanto los efectos reales contrarios a la competencia como los efectos puramente potenciales, a poco que éstos sean suficientemente significativos. [63]

92. En los dos casos, el criterio utilizado para determinar si una concertación puede restringir la competencia consiste en examinar el juego de la competencia en el

53 — Sentencia de 30 de junio de 1966, Société technique minière (56/65, Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359).

54 — Sentencia de 28 de marzo de 1984, CRAM y Rheinzink (asuntos acumulados 29/83 y 30/83, Rec. p. 1679), apartado 26.

55 — Sentencia de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión (asuntos acumulados 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 496).

56 — Sentencia de 27 de enero de 1987, Verband der Sachversicherer/Comisión (45/85, Rec. p. 405), apartado 39.

57 — Sentencias de 26 de noviembre de 1975, Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique y otros/Comisión (73/74, Rec. p. 1491), apartado 10, y BNIC, antes citada, apartado 22.

58 — Sentencia Verband der Sachversicherer/Comisión, antes citada, apartados 39 a 43.

59 — Sentencia de 15 de julio de 1970, ACF Chemiefarma/Comisión (41/69, Rec. p. 661), apartado 128.

60 — Sentencia de 1 de febrero de 1978, Miller/Comisión (19/77, Rec. p. 131), apartado 7.

61 — Sentencia Consten y Grundig/Comisión, antes citada (pp. 496 a 498).

62 — Sentencias Société technique minière, antes citada, (pp. 359 y 360), y de 28 de febrero de 1991, Delimitis (C-234/89, Rec. p. I-935), apartado 13.

63 — Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 27 de octubre de 1994, Deere/Comisión (T-35/92, Rec. p. II-957), apartado 61.

marco real en el que se habría producido *si no hubiera existido* la concertación. [64]

93. Además, la apreciación de la conformidad de un comportamiento con respecto al artículo 85, apartado 1, debe realizarse en el contexto económico y jurídico del asunto, [65] teniendo en cuenta la naturaleza del producto [66] o del servicio, [67] así como la estructura y condiciones reales de funcionamiento del mercado. [68]

a) El objeto del SWV

94. En el caso de autos, los demandantes en el litigio principal estiman que el SWV tiene por objeto restringir la competencia en el mercado de los servicios jurídicos de los Países Bajos. Han alegado una serie de hechos [69] que pretenden demostrar que el NOvA adoptó el Reglamento controvertido con el *único* objetivo de contrarrestar los esfuerzos llevados a cabo por los despachos de auditores para penetrar en el mercado relevante.

95. Sobre este punto, debo recordar que el procedimiento regulado en el artículo 234 CE se basa en una clara separación de las funciones entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia y que toda apreciación o verificación de los hechos del asunto es competencia exclusiva del juez nacional. [70] El Tribunal de Justicia sólo es competente para pronunciarse sobre la interpretación o la validez de una norma comunitaria a partir de los hechos que le proporciona el órgano jurisdiccional nacional. [71]

Pues bien, en su resolución de remisión, el Raad van State declaró que: «el [SWV] tiene por objeto garantizar la independencia y parcialidad del abogado que presta asistencia jurídica». [72]

En consecuencia, el Tribunal de Justicia no puede examinar los antecedentes de hecho presentados por los demandantes en el litigio principal. Por tanto, el argumento según el cual el SWV tiene un objeto contrario a la competencia debe ser desestimado.

64 — Sentencias Société technique minière, antes citada (p. 360); de 25 de noviembre de 1971, Béguelin (22/71, Rec. p. 949), apartado 17; de 11 de diciembre de 1980, L'Oréal (31/80, Rec. p. 3775), apartado 19; de 11 de julio de 1985, Remia y otros/Comisión (42/84, Rec. p. 2545), apartado 18, y de 10 de diciembre de 1985, ETA (31/85, Rec. p. 3933), apartado 11.

65 — Sentencias Société technique minière, antes citada (pp. 359 y 360), y del Tribunal de Primera Instancia de 22 de octubre de 1997, SCK y FNK/Comisión (asuntos acumulados T-213/95 y T-18/96, Rec. p. II-1739), apartado 134.

66 — Sentencia Société technique minière, antes citada (p. 360).

67 — Sentencia Pavlov, apartado 91.

68 — Sentencias de 12 de diciembre de 1995, Oude Luttikhuis y otros (C-399/93, Rec. p. I-4515), apartado 10, y Pavlov, apartado 91.

69 — Observaciones escritas de los demandantes en el litigio principal (puntos 81 a 93).

70 — Véanse en especial las sentencias de 19 de diciembre de 1968, Salgoil (13/68, Rec. pp. 661 y ss., especialmente p. 672); de 16 de marzo de 1978, Oehlschläger (104/77, Rec. p. 791), apartado 4; de 16 de julio de 1998, Dumon y Froment (C-235/95, Rec; p. I-4531), apartado 25, y de 5 de octubre de 1999, Lirussi et Bizzaro (asuntos acumulados C-175/98 y C-177/98, Rec. p. I-6881), apartado 37.

71 — Véanse en particular las sentencias Oehlschläger, antes citada, apartado 4; de 2 de junio de 1994, AC-ATEL Electronics Vertriebs (C-30/93, Rec. p. I-2305), apartado 16, y de 20 de marzo de 1997, Phyteron International (C-352/95, Rec. p. I-1729), apartado 11.

72 — Resolución de remisión (p. 11).

b) Los efectos del SWV

96. En cambio, el Raad van State solicita al Tribunal de Justicia que examine si el SWV produce efectos restrictivos de la competencia en el mercado neerlandés de los servicios jurídicos.

97. El NovA, el CCBE y algunos de los Gobiernos que participan en el procedimiento estiman que esta cuestión merece una respuesta negativa. Para apoyar su posición, invocan fundamentalmente la Decisión 1999/267, adoptada por la Comisión en el asunto IMA.

En este asunto, la Comisión debía pronunciarse sobre la legalidad de las normas contenidas en el código deontológico del Instituto de Agentes Autorizados ante la Oficina Europea de Patentes (IAA). La Comisión consideró que el artículo 85, apartado 1, del Tratado no podía aplicarse a la mayoría de las normas examinadas debido a que:

«Son necesarias, habida cuenta del contexto específico de esta profesión, para garantizar la competencia, la integridad y la responsabilidad de los agentes, para evitar los conflictos de intereses y la publicidad engañosa, para proteger el secreto profesional o para garantizar la eficacia del funcionamiento de la [Oficina]». [73]

Según la Comisión, las disposiciones del código deontológico que contiene normas de esta naturaleza «no pueden producir efectos restrictivos de la competencia si se aplican de forma objetiva y no discriminatoria». [74]

98. Los participantes en el procedimiento estiman que el razonamiento de la Comisión, aunque se refiera a los agentes de la propiedad industrial, se aplica a todas las profesiones liberales. [75] En la medida en que la prohibición de colaboración controvertida tiene por objetivo garantizar la independencia y parcialidad del abogado, queda por tanto excluida del campo de aplicación material del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

En sus observaciones escritas, la Comisión no ha adoptado ninguna posición sobre la cuestión. En respuesta a una pregunta formulada por el Tribunal de Justicia respondió brevemente que el Reglamento controvertido no podía restringir de manera significativa el juego de la competencia en la medida en que pretende garantizar la independencia del abogado y evitar los conflictos de intereses.

73 — Punto 38 de la exposición de motivos.

74 — Ídem.

75 — Esta parece ser también la posición oficial de la Comisión. Véase, en este sentido, Bicho, M.-J.: «*Professions libérales: aspects essentiels de l'action de la Commission en matière d'application des règles de concurrence*», en *Competition Policy Newsletter*, Number 2 June, p. 24, así como el *XXIX Informe sobre la política de competencia 1999*, punto 138.

99. La argumentación presentada por las partes insta esencialmente al Tribunal de Justicia a que adopte una especie de «rule of reason». Esta «rule of reason» permitiría declarar la inaplicabilidad de la prohibición del artículo 85, apartado 1, del Tratado al conjunto de normas profesionales que pretenden garantizar el respeto de la deontología propia de la profesión de abogado.

100. Antes de examinar esta tesis, procede recordar que las disposiciones del Tratado en materia de competencia tienen una estructura precisa. El artículo 85, apartado 1, establece el principio de la prohibición de concertaciones restrictivas de la competencia. Los artículos 85, apartado 3, y 90, apartado 2, en sus ámbitos de aplicación respectivos, prevén posibles excepciones a este principio.

101. La teoría de la «rule of reason» fue desarrollada en el Derecho americano sobre la competencia. En los Estados Unidos, la sección 1 de la Sherman Act prohíbe cualquier obstáculo a la competencia sin distinción de grado o de móvil. [76] De manera opuesta al artículo 85 del Tratado, esta legislación no prevé la posibilidad de que las autoridades declaren exenta una concertación.

Ante la severidad del texto, los órganos jurisdiccionales americanos enseguida necesitaron interpretar la Sherman Act de manera más «razonable». En un primer momento, elaboraron la teoría llamada «de las restricciones accesorias»: consideraron que la prohibición establecida por la sección 1 de la Sherman Act no se aplicaba a las restricciones de competencia necesarias para la realización de un convenio que era en sí lícito. [77] Posteriormente, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos de América modificó su punto de vista y adoptó el «método del balance competitivo». [78] Este método se define como:

«un método de análisis destinado a establecer para cada convenio situado en su contexto real un balance de sus efectos contrarios y favorables a la competencia. Si éste conduce a un saldo positivo, puesto que el convenio estimula más la competencia de lo que la restringe, la sección 1 de la Sherman Act no deberá aplicarse». [79]

102. En Derecho comunitario de la competencia, la «rule of reason» puede tener varios significados. [80] Sin embargo, en el caso de autos no es necesario recordar las controversias doctrinales sobre la definición de este concepto o sobre la oportunidad de su introducción en Derecho comunitario. [81]

76 — Fasquelle, D.: *Droit americain et droit communautaire des ententes, Étude de la règle de raison,* éditions Joly, París, 1993, p. 25.

77 — Kovar, R.: «*Le droit communautaire de la concurrence et la "règle de la raison"*», en *Revue trimestrielle de droit européen,* 1987, p. 237 (p. 238).

78 — Fasquelle, D., antes citado, p. 31.

79 — Kovar, R., antes citado, p. 238.

80 — Véase Wils, G.: «*"Rule of reason": une règle raisonnable en droit communautaire?*», en *Cahiers de droit européen,* 1990, p. 19, así como Bellamy, C., y Child, G.: *Common Market Law of Competition,* 4ª ed., Sweet & Maxwell, London, 1993, puntos 2-062 y ss.

81 — Véanse, a este respecto, las referencias citadas por el *Commentaire J. Megret,* antes citado (punto 172).

103. A los efectos del presente asunto, señalaré simplemente que el Tribunal de Justicia ha aplicado la «rule of reason» de forma limitada en determinadas sentencias. Confrontado a categorías particulares de acuerdos, realizó un balance de los efectos del convenio sobre la competencia y, cuando el balance resultaba positivo, consideró que la prohibición prevista en el artículo 85, apartado 1, del Tratado no se aplicaba a las cláusulas necesarias para la puesta en práctica del acuerdo. De este modo, el Tribunal de Justicia declaró que:

— los sistemas de distribución selectiva constituyen un elemento de competencia con arreglo al artículo 85, apartado 1, del Tratado siempre que la elección de los revendedores se realice en función de criterios objetivos de naturaleza cualitativa y que estas condiciones se fijen de manera uniforme con respecto a todos los revendedores potenciales y sean aplicadas de forma no discriminatoria; [82]

— la difusión de un nuevo producto agrícola favorece la competencia y la concesión de una licencia exclusiva «abierta» para su cultivo y su comercialización en el territorio de un Estado miembro puede ser necesaria para la realización de este objetivo favorable a la competencia; [83]

— un contrato de cesión de empresa contribuye a reforzar la competencia y la prohibición del artículo 85, apartado 1, no se aplica a las cláusulas de no competencia entre las partes del acuerdo, en la medida en que sean necesarias para la transmisión de la empresa y que su duración y campo de aplicación estén estrictamente limitados a este objeto; [84]

— las cláusulas indispensables para la aplicación de un acuerdo de franquicia no constituyen restricciones de competencia en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado; [85]

— la disposición estatutaria de una asociación cooperativa de compra, que prohíbe a sus miembros que formen parte de otras formas de cooperación organizada en competencia directa con ella, no es contraria a la prohibición prevista por el artículo 85, apartado 1, cuando se limita a lo que es necesario para asegurar un buen funcionamiento de la cooperativa y mantener su poder contractual frente a los productores. [86]

104. De esta serie de sentencias resulta que, con independencia de toda controversia terminológica, la «rule of reason» en Dere-

82 — Sentencia de 25 de octubre de 1977, Metro/Comisión (26/76, Rec. p. 1875), apartados 20 a 22.

83 — Sentencia de 8 de junio de 1982, Nungesser y Eisele/Comisión (258/78, p. 2015), apartados 54 a 58.

84 — Sentencia Remia y otros/Comisión, antes citada, apartados 17 a 20.

85 — Sentencia de 28 de enero de 1986, Pronuptia (161/84, Rec. p. 353), apartados 14 a 27.

86 — Sentencia de 15 de diciembre de 1994, DLG (C-250/92, Rec. p. I-5641), apartados 28 a 45.

cho comunitario de la competencia está estrictamente limitada a un balance de los efectos del acuerdo *únicamente desde el punto de vista de la competencia.* [87] Cuando, considerado en su conjunto, el acuerdo puede reforzar el juego de la competencia en el mercado, la prohibición prevista en el artículo 85, apartado 1, del Tratado puede dejar de aplicarse a las cláusulas que son indispensables para su puesta en práctica. Por lo tanto, el único «objetivo legítimo» que puede perseguirse, en virtud de esta disposición, es de naturaleza puramente competitiva.

105. Pues bien, en el caso de autos, la tesis de quienes participan en el procedimiento y de la Comisión supera ampliamente el marco del balance de competencia autorizado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

En efecto, no sostienen que el SWV tenga por efecto reforzar el juego de la competencia en el mercado de los servicios jurídicos. [88] Como lo demuestran las observaciones presentadas en relación con la primera cuestión prejudicial, las partes consideran que la prohibición de colaboraciones integradas entre abogados y auditores es necesaria para proteger aspectos de la profesión —la independencia y la parcialidad— que son esenciales en un Estado de Derecho. Por lo tanto, su argumentación supone la introducción de consideraciones vinculadas a la persecución de un objetivo de *interés general* en el artículo 85, apartado 1.

106. A este respecto, lamento que la Comisión no haya expuesto el razonamiento jurídico que subyace a su postura. Como subraya la doctrina, [89] es posible que la Decisión 1999/267, en el asunto IMA, se explique sobre todo por la preocupación de evitar la notificación de las normas profesionales adoptadas por las autoridades profesionales en los diferentes Estados miembros. En efecto, en el estado actual del Derecho comunitario, es sabido que la Comisión tiene una competencia exclusiva para adoptar decisiones de exención con arreglo al artículo 85, apartado 3, del Tratado. [90]

No obstante, si se intenta analizar el razonamiento de la Comisión, parece que

87 — Véase, en este sentido, la sentencia de 25 de octubre de 1983, AEG/Comisión (107/82, Rec. p. 3151), apartados 33 a 36.

88 — Sin embargo, en la vista, el Gobierno luxemburgués alegó que el SWV tenía efectos positivos sobre la competencia. Según expuso, al prohibir que los abogados se asocien con auditores, el SWV permitía evitar la concentración de la práctica entre las manos de algunos grandes despachos internacionales y, en consecuencia, mantener un número suficiente (si no elevado) de operadores económicos en el mercado. Comparto ampliamente las preocupaciones que expresó el Gobierno luxemburgués. El riesgo de asistir a dichas operaciones de concentración es real teniendo en cuenta el tamaño de algunos despachos de abogados y de algunas empresas de auditorías. No obstante, desde un punto de vista jurídico, esta problemática debe ser examinada a la luz de otras disposiciones de Derecho comunitario. Las operaciones estructurales de concentración están comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento (CEE) nº 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, relativo al control de las operaciones de concentración entre empresas (DO L 395, p. 1). Por su parte, el comportamiento adoptado por las estructuras integradas debe ser examinado a la luz de las disposiciones del artículo 86 del Tratado.

89 — Nyssens, H., antes citado (punto 4.1.2).

90 — Artículo 9, apartado 1, del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22). El 27 de septiembre de 2000, la Comisión presentó al Consejo una Propuesta de reglamento relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, y por el que se modifican los Reglamentos (CEE) nº 1017/68, (CEE) nº 2988/74, (CEE) nº 4056/86 y (CEE) nº 3975/87 («Reglamento de aplicación de los artículos 81 y 82 del Tratado») [COM(2000)582 final, DO C 365 E, p. 284]. El artículo 1 de esta propuesta pretende en particular establecer la aplicabilidad directa del artículo 81 CE, apartado 3.

hay que descomponerlo en diferentes etapas sucesivas. Se trata de determinar si: 1) la norma profesional de que se trata comporta una restricción de competencia en el mercado relevante; 2) la norma profesional persigue un objetivo legítimo teniendo en cuenta las características de la profesión (la defensa de la independencia, parcialidad, competencia, integridad o responsabilidad del abogado, la protección del secreto profesional o la necesidad de evitar los conflictos de intereses); 3) la norma profesional es necesaria para alcanzar el objetivo que persigue y 4) la norma profesional se aplica de manera objetiva y no discriminatoria.

107. Teniendo en cuenta esta serie de datos, opino que la tesis de quienes participan en el procedimiento puede vulnerar la *ratio legis* y la estructura de las disposiciones del Tratado.

Por una parte, supone introducir en el texto del artículo 85, apartado 1, del Tratado consideraciones que están vinculadas a la persecución de un objetivo de interés general. Por otra parte, sitúa el conjunto de las cuestiones de hecho y de Derecho en el marco de esta disposición. Implica que sean examinadas, únicamente a la luz de lo dispuesto en el artículo 85, apartado 1, del Tratado, no sólo la cuestión de si existe una restricción de competencia, sino también la de su posible justificación. Dicha interpretación puede privar a los artículos 85, apartado 3, y 90, apartado 2, del Tratado de gran parte de su utilidad.

La sentencia del Tribunal de Primera Instancia Institut des mandataires agrées/Comisión, antes citada, confirma mi apreciación sobre este punto. El Tribunal de Primera Instancia declaró que «no se puede admitir que, por principio, las normas de organización del ejercicio de una profesión eludan el ámbito de aplicación del artículo 81 CE, apartado 1, sólo porque los organismos competentes las califiquen de "deontológicas"». [91]

108. Por consiguiente, propongo al Tribunal de Justicia que desestime la tesis de quienes intervienen en el procedimiento.

109. Antes de precisar mi posición, es importante subrayar que no es posible efectuar una interpretación única de las disposiciones del Tratado para examinar las normas adoptadas por los colegios profesionales.

110. En las conclusiones que presentó en el asunto en el que recayó la sentencia Pavlov, el Abogado General Sr. Jacobs subrayó que «habida cuenta de la heterogeneidad de las profesiones liberales y de las características propias de los mercados en los que actúan, no es posible aplicar una fórmula general». [92] Suscribo por completo este análisis.

91 — Apartado 64.
92 — Punto 89.

Me parece, efectivamente, *imposible* elaborar una *fórmula única* que pueda abarcar el conjunto de normas profesionales relativas a todas las profesiones liberales en los diferentes Estados miembros. Cada regla profesional debe ser objeto de un examen en cada caso, en función de su objeto, contexto y finalidad.

111. Uno de los desafíos que plantea la cuestión de la aplicación del Derecho comunitario de la competencia a las profesiones liberales consiste en elaborar soluciones que respeten la estructura y el sistema de las disposiciones del Tratado. A este respecto, creo que es necesario proceder a una aplicación distributiva de las normas comunitarias en materia de competencia. Desde esta perspectiva, puede ser útil referirse a una clave de lectura que comporte las *tres líneas directrices* siguientes.

112. En primer lugar, no se puede excluir que, teniendo en cuenta las características del mercado de los servicios jurídicos, algunas normas profesionales puedan reforzar el juego de la competencia en el sentido de la jurisprudencia actual del Tribunal de Justicia.

Como señaló el Abogado General Sr. Jacobs, los mercados de servicios profesionales se caracterizan por una «información asimétrica». [93] En la medida en que el consumidor está pocas veces en posición de apreciar la calidad de los servicios prestados, pueden resultar necesarias ciertas normas para asegurar el funcionamiento del mercado en las condiciones normales de competencia. De este modo, algunos alegan que las normas que limitan la publicidad permiten evitar la introducción de una lógica de seducción en el mercado y, a largo plazo, una disminución de la calidad general de las prestaciones. [94]

En el mismo orden de ideas, la doctrina [95] ha evocado el supuesto de que las normas que prohíben que los abogados fijen sus honorarios en función del resultado obtenido podrían tener efectos favorables a la competencia.

Sea como fuere, la prohibición prevista por el artículo 85, apartado 1, puede no aplicarse a las normas profesionales que efectivamente podrían reforzar o asegurar el juego normal de la competencia en el mercado de los servicios jurídicos en virtud de la «rule of reason».

113. En segundo lugar, cabe recordar que en Derecho comunitario de la competencia

93 — Conclusiones en el asunto en el que recayó la sentencia Pavlov, punto 86.

94 — Véase, sin embargo, la sentencia Institut des mandataires agrées/Comisión, antes citada, apartados 72 a 79.

95 — Nyssens, H., antes citado (punto 4.1.1).

no existen infracciones *per se* que no puedan ser objeto de una exención con arreglo al artículo 85, apartado 3, del Tratado. [96]

Conforme a la jurisprudencia, el tenor del artículo 85, apartado 3, permite tener en cuenta las particularidades de algunas ramas de la actividad económica, [97] las preocupaciones de carácter social [98] y, en cierta medida, consideraciones vinculadas a la persecución del interés público. [99] Las normas profesionales que, a la luz de estos criterios, presenten efectos económicos globalmente positivos deben, por tanto, poder ser objeto de una exención con arreglo al artículo 85, apartado 3, del Tratado.

114. Por último, el artículo 90, apartado 2, del Tratado se refiere concretamente a las empresas encargadas de la gestión de un servicio de *interés económico general*. Por consiguiente, es posible que las normas profesionales que pretendan proteger, en interés general, determinadas características esenciales de la abogacía queden comprendidas en el ámbito de aplicación de esta disposición. Éste es, por otra parte, el objeto de la quinta cuestión prejudicial.

96 — Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 15 de julio de 1994, Matra Hachette/Comisión (T-17/93, Rec. p. II-595), apartado 85.

97 — Sentencia Verband der Sachversicherer/Comisión, antes citada, apartado 15.

98 — Sentencias Metro/Comisión, antes citada, apartado 43, y Remia y otros/Comisión, antes citada, apartado 42.

99 — Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 11 de julio de 1996, Métropole Télévision y otros/Comisión (asuntos acumulados T-528/93, T-542/93, T-543/93 y T-546/93, Rec. p. II-649), apartado 118. Véase asimismo, sobre este punto, la sentencia SCK y FNK/Comisión, antes citada, apartado 194.

115. En la medida en que propongo que el Tribunal de Justicia desestime la tesis de los que participan en el procedimiento, queda por examinar si el SWV comporta efectos restrictivos de competencia en el mercado neerlandés de los servicios jurídicos.

116. A este respecto, los argumentos invocados por los demandantes en el litigio principal son convincentes. *Si no existiera* la prohibición de colaboración controvertida, el juego de la competencia podría desarrollarse de varias maneras.

117. En primer lugar, al colaborar de forma integrada con los abogados, los auditores podrían mejorar sus servicios desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo.

Los abogados disponen generalmente del monopolio de la representación y de la postulación. En la mayoría de los casos, son los únicos que pueden representar a las personas físicas y jurídicas ante las autoridades judiciales de un Estado. Debido a su actividad, los abogados disponen, por tanto, de una sólida experiencia en el ámbito contencioso. Además, gozan de un prestigio que les lleva con frecuencia a hacerse cargo de la defensa de los intereses de sus clientes ante las autoridades extrajudiciales (órganos administrativos, órganos supranacionales, prensa, etc.).

Al asociarse con profesionales de la abogacía, los auditores podrían, de este modo, aprovechar su experiencia. Los dictámenes, las respuestas a consultas y los actos que redactan en diferentes ámbitos del Derecho podrían ser más fiables, más fundamentados y, en consecuencia, presentarían una plusvalía interesante. Además, los auditores tendrían la posibilidad de ampliar la gama de servicios que ofrecen a sus clientes. Gracias a su colaboración con los abogados, la estructura común podría asimismo hacerse cargo de la defensa de sus clientes ante las autoridades judiciales si se produjera un conflicto.

118. A su vez, los abogados que se asociaran con auditores podrían mejorar la calidad y la diversidad de sus prestaciones.

Habida cuenta de sus actividades, los auditores han adquirido una verdadera experiencia en algunos ámbitos jurídicos, como el Derecho fiscal, el Derecho contable, el Derecho financiero, la legislación sobre ayudas a las empresas y la normativa relativa a las (re)estructuraciones de empresas. Los abogados podrían aprovechar la experiencia adquirida por los auditores en esta serie de ámbitos y mejorar, de este modo, la calidad de los servicios jurídicos que ofrecen.

Por otra parte, los auditores intervienen en mercados distintos al de la prestación de servicios jurídicos. Ofrecen asimismo servicios en materia de certificación de cuentas, auditoría, contabilidad y asesoramiento en gestión. [100] Una estructura asociativa con auditores permitiría que los abogados ofrecieran a su clientela una gama mucho más variada de servicios.

119. En segundo lugar, la integración de esta serie de servicios en una estructura única presentaría ventajas adicionales tanto para los profesionales afectados como para los consumidores.

Para empezar, los abogados y auditores podrían realizar economías de escala puesto que la estructura común reuniría a un mayor número de prestadores de servicios. Estas economías de escala deberían repercutirse sobre el coste de la prestación de servicios y, finalmente, tener efectos positivos para el consumidor en términos de precio.

A continuación, el cliente tendría la posibilidad de dirigirse a una estructura única para gran parte de los servicios necesarios para la organización, gestión y funcionamiento de su empresa. De esta manera dispondría de prestaciones que se adaptarían mejor a sus necesidades, ya que la

100 — Véase la Decisión 1999/152/CE de la Comisión, de 20 de mayo de 1998, por la que se declara una concentración compatible con el mercado común y el funcionamiento del Acuerdo EEE (Asunto IV/M.1016-Price Waterhouse/Coopers & Lybrand) (DO 1999, L 50, p. 27, puntos 20 y ss. de la exposición de motivos).

estructura conocería de manera global y amplia su política (política comercial, estrategia de venta, gestión del personal, etc.) y las dificultades con que se encuentra. Además, el cliente debería poder ahorrar tiempo y dinero. Evitaría tener que hacerse cargo directamente de la coordinación de los servicios ofrecidos por las dos profesiones (abogados y auditores) y podría limitarse a facilitar a un interlocutor único toda la información necesaria para la gestión de sus asuntos.

120. A este respecto, un estudio realizado a nivel nacional [101] indica que las empresas no reclaman de forma unánime el establecimiento de dichas estructuras pluridisciplinares. En los Estados que las autorizan parece ser que cada empresa escoge de manera individual el modo de organización que le parece mejor adaptado a sus necesidades (estructura única o prestadores múltiples). No obstante, la conclusión que se desprende de este estudio es que existe una demanda real de este tipo de estructuras, que reúnen a abogados y profesionales de la auditoría.

121. En estas circunstancias, considero que el Reglamento controvertido tiene por efecto restringir el juego de la competencia dentro del mercado común. Impide la aparición en el mercado de estructuras asociativas capaces de ofrecer servicios «integrados» para los que existe una demanda potencial por parte de los consumidores. Por consiguiente, el Reglamento controvertido tiene por efecto «limitar o controlar la producción, los mercados, el desarrollo técnico o las inversiones» en el sentido del artículo 85, apartado 1, letra b), del Tratado. [102]

c) El carácter sensible de la restricción de competencia

122. De una jurisprudencia reiterada resulta que el artículo 85, apartado 1, del Tratado sólo prohíbe las restricciones de competencia que tengan carácter sensible. [103]

123. En el caso de autos, tomando como base una serie de datos se puede declarar que el SWV restringe sensiblemente el juego de la competencia en el mercado neerlandés de los servicios jurídicos.

124. En primer lugar, el Reglamento controvertido se aplica a todos los abogados colegiados en los Países Bajos. En virtud del

101 — Nallet, H.: *Les réseaux pluridisciplinaires et les professions du droit*, La documentation française, París, 1999, pp. 77 y ss.

102 — Véase en este sentido, en un ámbito muy diferente, la sentencia de 6 de abril de 1995, RTE y ITP/Comisión (asuntos acumulados C-241/91 P y C-242/91 P, Rec. p. I-743), apartados 48 a 58.

103 — Véanse en particular las sentencias de 9 de julio de 1969, Völk (5/69, Rec. p. 295), apartado 7, y Pavlov, apartados 94 a 97.

artículo 29 de la Advocatenwet, este Reglamento se aplica también a los «abogados visitantes», es decir, a las personas autorizadas a ejercer su actividad profesional en otro Estado miembro con el título de abogado o con otro título equivalente. Es evidente que cuando los órganos del Consejo de colegios adoptan una decisión individual relativa a un solo miembro de la profesión, ésta tiene un efecto menor sobre la competencia.

125. En segundo lugar, las partes afectadas por el Reglamento controvertido ocupan una posición importante en el mercado neerlandés de los servicios jurídicos.

Según la información facilitada por las partes en el litigio principal, la cuota de mercado que posee la profesión de abogado en el mercado de los servicios jurídicos en los Países Bajos se sitúa entre el 35 % y el 50 %. Las cuotas de mercado correspondientes a los despachos de auditores no han sido comunicadas al Tribunal de Justicia. Sin embargo, algunos documentos oficiales indican que Arthur Andersen Worlwide y Price Waterhouse realizan entre el 17 % y el 20 % de su volumen de negocios tan sólo en el ámbito de los servicios de asesoramiento fiscal. [104] El volumen de negocios realizado por cada sociedad a nivel mundial se sitúa entre 8.000 y 10.000 millones de euros. [105]

104 — Decisión 1999/152 (punto 70 de la exposición de motivos).

105 — Nallet, H., antes citado (p. 21).

126. Por último, la restricción que comporta el SWV afecta a un factor esencial de la competencia puesto que se refiere directamente a los servicios que los operadores están autorizados a ofrecer en el mercado. [106] Con arreglo a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la competencia que los operadores pueden hacerse en los servicios constituye un elemento importante en el marco del artículo 85, apartado 1, del Tratado. [107]

127. De estas consideraciones se desprende que la restricción de competencia causada por el SWV reviste un carácter sensible.

D. *El perjuicio para el comercio entre Estados miembros*

128. Según una jurisprudencia reiterada «para que una decisión, acuerdo o práctica concertada pueda afectar al comercio entre Estados miembros, debe permitir prever con un grado de probabilidad suficiente, sobre la base de un conjunto de elementos de Derecho o de hecho, que pueden ejercer una influencia directa o indirecta, actual o potencial, en los flujos de intercambios entre Estados miembros, hasta el punto de hacer temer que puedan obstaculizar la realización de un mercado único entre los Estados miembros». [108]

106 — Véase, a este respecto, la sentencia Pavlov, apartados 94 a 97.

107 — Sentencia Metro/Comisión, antes citada, apartados 20 a 22.

108 — Sentencia de 17 de julio de 1997, Ferriere Nord/Comisión (C-219/95 P, Rec. p. I-4411), apartado 20. Véanse asimismo, entre otras, las sentencias antes citadas Société technique minière (p. 349); Consten y Grundig/Comisión (p. 495); L'Oréal, apartado 18, y DLG, apartado 54.

El artículo 85, apartado 1, del Tratado no exige que los acuerdos o las decisiones de asociaciones de empresas a los que se refiere esta disposición hayan afectado efectivamente a los intercambios intracomunitarios, pero es preciso que puedan tener dicho efecto. [109] En algunas sentencias, el Tribunal de Justicia se ha limitado incluso a exigir que la concertación tenga por objeto, «aunque sólo sea en parte, un producto procedente de otro Estado miembro». [110]

129. El requisito relativo al perjuicio para los intercambios intracomunitarios de servicios también se cumple en el caso de autos.

130. Por una parte, consta que el Reglamento controvertido abarca todo el territorio de los Países Bajos. Pues bien, el Tribunal de Justicia ha declarado de forma reiterada que «una práctica colusoria que se extienda a todo el territorio de un Estado miembro tiene por efecto consolidar compartimentaciones de carácter nacional, que obstaculizan de este modo la interpenetración económica perseguida por el Tratado». [111]

131. Por otra parte, debo recordar que los Sres. Wouters y Savelbergh deseaban colaborar de forma integrada con sociedades que, debido a los vínculos por las que están unidas a otras, presentan un carácter internacional.

El objetivo de esta colaboración consiste, en especial, en ofrecer servicios «integrados» a clientes establecidos en otros Estados miembros. Por otra parte, el Juez remitente ha señalado [112] que los abogados y asesores fiscales establecidos en otros Estados miembros y que forman parte del grupo Arthur Andersen o del grupo Price Waterhouse podrían también tener la intención de proponer servicios «integrados» en el territorio de los Países Bajos o a partir de éste, en colaboración con los Sres. Wouters y Savelbergh. Por último, como han señalado los demandantes en el procedimiento principal, los despachos de abogados y las sociedades de auditores intervienen con frecuencia en transacciones transfronterizas, en las que se aplican simultáneamente los ordenamientos jurídicos de varios Estados miembros.

132. Por consiguiente, el Reglamento controvertido puede afectar a las corrientes de intercambios intracomunitarios de servicios «integrados».

109 — Sentencias Miller/Comisión, antes citada, apartado 15, y Ferriere Nord/Comisión, antes citada, apartado 19.

110 — Sentencia de 10 de diciembre de 1985, Stichting Sigarettenindustrie y otros/Comisión (asuntos acumulados 240/82 a 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 y 269/82, Rec. p. 3831), apartado 49.

111 — Sentencia CNSD, apartado 48. Véanse asimismo las sentencias de 17 de octubre de 1972, Vereeniging van Cementhandelaren/Comisión (8/72, Rec. p. 977), apartado 29; de 16 de junio de 1981, Salonia (126/80, Rec. p. 1563), apartado 14, y Remia y otros/Comisión, antes citada, apartado 22, así como las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 21 de febrero de 1995, SPO y otros/Comisión (T-29/92, Rec. p. II-289), apartado 229, y SCK y FNK/Comisión, antes citada, apartado 179.

112 — Resolución de remisión (p. 17).

E. *Conclusión*

133. Del conjunto de consideraciones que preceden resulta que los requisitos para la aplicación del artículo 85, apartado 1, del Tratado concurren en el caso de autos.

134. En el estado actual de mi razonamiento, debo por tanto concluir que el artículo 85, apartado 1, del Tratado se opone a que un consejo nacional de colegios de abogados, como el NOvA, adopte una medida obligatoria que prohíbe que los abogados que ejercen en el territorio del Estado miembro correspondiente colaboren de forma integrada con profesionales de la auditoría.

VI. El artículo 86 del Tratado

135. Las cuestiones prejudiciales tercera y cuarta se refieren a la interpretación del artículo 86 del Tratado. El primer párrafo de esta norma establece:

«Será incompatible con el mercado común y quedará prohibido, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo.»

136. El Raad van State pregunta si el concepto de empresa empleado en el artículo 86 del Tratado se aplica a un consejo nacional de colegios de abogados, como el NOvA, «aunque no ejerza directamente actividad económica alguna».[113] En caso de respuesta afirmativa, el Juez remitente desea saber si el NOvA explota de forma abusiva una posición dominante en el mercado común, o en una parte sustancial de éste, al adoptar medidas obligatorias por las que prohíbe que los abogados colaboren de forma integrada con los auditores.[114]

137. De la jurisprudencia se desprende que el término «empresa» empleado en el artículo 86 tiene un significado idéntico al que se le atribuye en el contexto del artículo 85 del Tratado.[115] Con arreglo a la definición que proporciona la sentencia Höfner y Elser,[116] el concepto de empresa comprende «cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación».

113 — Tercera cuestión prejudicial.

114 — Cuarta cuestión prejudicial.

115 — Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 10 de marzo de 1992, SIV y otros/Comisión (T-68/89, T-78/89, Rec. p. II-1403), apartado 358.

116 — Antes citada, apartado 21.

El Tribunal de Justicia también ha considerado que el concepto de «actividad económica» se aplicaba a cualquier actividad consistente en ofrecer bienes o servicios en un determinado mercado. [117] Generalmente, una actividad tiene carácter económico cuando puede ser ejercida, al menos en principio, por un operador privado con ánimo de lucro. [118]

138. El hecho de que una entidad constituya una «asociación de empresas» en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado no implica necesariamente que sea también una «empresa» en el sentido del Derecho comunitario de la competencia. Como ya he señalado, el ejercicio de una actividad económica no es un requisito exigido para calificar a un organismo de asociación de empresas. [119] En cambio, si la asociación de empresas ejerce directamente una actividad económica, debe asimismo ser considerada una «empresa» en el sentido de los artículos 85 y 86 del Tratado. [120]

139. En el caso de autos, los demandantes en el litigio principal alegan que, de manera contraria a lo que se desprende de la redacción de la tercera cuestión prejudicial, el NOvA ejerce directamente una actividad económica. [121] Se trata esencialmente de actividades ejercidas a través de una asociación denominada «BaliePlus».

140. Este argumento no es pertinente.

141. En efecto, es sabido que el concepto de empresa en Derecho de la competencia presenta carácter relativo. [122] Debe apreciarse de manera concreta, en cada caso de autos, en función de la actividad específica examinada. De este modo, cuando una entidad ejerce simultáneamente actividades de naturaleza variada, el Tribunal de Justicia procede a una «disociación» [123] de estas actividades: solamente examina si, *para la actividad considerada,* la entidad debe ser calificada de empresa. [124]

142. De ello se desprende que la única cuestión que se plantea en el caso de autos consiste en determinar la naturaleza (económica o no) de la actividad ejercida por el NOvA cuando adopta medidas obligatorias que regulan la posibilidad de que los abogados que ejercen en los Países Bajos colaboren de forma integrada con los auditores.

117 — Véanse, en particular, las sentencias de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia (118/85, Rec. p. 2599), apartado 7; CNSD, apartado 36, y Pavlov, apartado 75.

118 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Tesauro en los asuntos Poucet y Pistre, antes citado, punto 8, y SAT Fluggesellschaft, antes citado, punto 9.

119 — Sentencias Van Landewyck y otros/Comisión, antes citada, apartados 87 y 88, y IAZ y otros/Comisión, antes citada, apartados 19 y 20.

120 — Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 2 de julio de 1992, Dansk Pelsdyravlerforening/Comisión (T-61/89, Rec. p. II-1931), apartado 50.

121 — Observaciones escritas de los demandantes en el litigio principal, punto 121.

122 — Véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs en el asunto Albany, antes citado, punto 207.

123 — Según la expresión de Idot, L.: «*Nouvelle invasion ou confirmation du domaine du droit de la concurrence? À propos de quelques développements récents...*», en *Europe*, enero 1996, p. 1, punto 24.

124 — Véanse, en especial, la sentencia de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia, antes citada, apartado 7, y la sentencia Diego Cali & Figli, antes citada, apartados 16 a 18.

143. Pues bien, como ha señalado el Raad van State en su tercera cuestión prejudicial, dicha actividad no reviste un carácter económico. El NOvA ejerce su facultad normativa con el fin de organizar la profesión de abogado en los Países Bajos. No ofrece ningún servicio a cambio de remuneración en el mercado. Por otra parte, es difícil imaginar que un operador privado pueda, por su propia iniciativa, emprender una actividad de regulación de este tipo con ánimo de lucro.

144. Por consiguiente, el concepto de empresa en el sentido del artículo 86 del Tratado no se aplica a un consejo nacional de colegios de abogados, como el NOvA, cuando éste adopta medidas obligatorias que regulan la posibilidad de que los abogados que ejercen en el territorio nacional colaboren de forma integrada con los auditores.

145. Sin embargo los demandantes en el litigio principal han evocado otra posibilidad. Consideran que el Tribunal de Justicia puede declarar la existencia de una *posición dominante colectiva* de los abogados colegiados en los Países Bajos. [125]

146. El Raad van State no ha planteado al Tribunal de Justicia ninguna cuestión de interpretación respecto a la existencia de una posición dominante colectiva de los abogados neerlandeses. El objeto de la tercera cuestión prejudicial se limita a saber si el NOvA debe ser considerado una empresa en el sentido del artículo 86 del Tratado. No obstante, en la medida en que la cuestión de la posición dominante colectiva puede presentar un interés para la evolución del litigio principal, examinaré brevemente la argumentación presentada por las partes demandantes.

147. El concepto de «posición dominante colectiva» puede ser descrito del siguiente modo. [126]

Se refiere a la situación en que dos o varias empresas tienen entre ellas vínculos o factores de correlación tales que, desde un punto de vista económico, aparecen como una entidad colectiva con la facultad de actuar, en gran medida, con independencia de los demás competidores, de su clientela y de los consumidores. Con arreglo a esta descripción, la posición dominante colectiva requiere que las empresas del grupo estén suficientemente ligadas entre sí como para adoptar una misma línea de acción en el mercado. [127]

125 — Observaciones escritas de las partes demandantes en el procedimiento principal.

126 — Sentencias de 31 de marzo de 1998, Francia y otros/Comisión (asuntos acumulados C-68/94 y C-30/95, Rec. p. I-1375), apartado 221, y de 16 de marzo de 2000, Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión (asuntos acumulados C-395/96 P y C-396/96 P, Rec. p. I-1365), apartados 36, 41 y 42.

127 — Sentencias de 27 de abril de 1994, Almelo (C-393/92, Rec. p. I-1477), apartado 42; Centro Servizi Spediporto, antes citada, apartado 33; DIP y otros, antes citada, apartado 26, y de 17 de junio de 1997, Sodemare y otros (C-70/95, Rec. p. I-3395), apartado 46.

148. El significado exacto del concepto de los «vínculos» que deben unir a las empresas no está claro. [128] En el estado actual de la jurisprudencia, se puede considerar que estos vínculos pueden ser estructurales, [129] jurídicos [130] o económicos. [131] Además, algunas sentencias [132] permiten pensar que el concepto de «vínculos económicos» se refiere a la simple interdependencia económica que existe entre los miembros de un oligopolio. [133]

En lo que respecta a los vínculos jurídicos, el Tribunal de Justicia ha subrayado que una concertación en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado puede conducir a la creación de una posición dominante colectiva. Es cierto que el mero hecho de que dos o más empresas estén vinculadas por un acuerdo, por una decisión de asociación de empresas o por una práctica concertada no puede constituir, en sí, una base suficiente para tal apreciación. [134] No obstante, el Tribunal de Justicia ha considerado que un acuerdo, una decisión o una práctica puede, «sin lugar a dudas, cuando se aplica, tener como consecuencia que las empresas afectadas estén vinculadas en cuanto a su comportamiento en un mercado determinado de forma que se presenten en dicho mercado como una entidad colectiva respecto a sus competidores, a sus terceros contratantes y a los consumidores». [135]

149. Por último, en diversas ocasiones, [136] el Tribunal de Justicia parece haber indicado que una de las características de la posición dominante colectiva reside en la falta de relaciones de competencia entre los diferentes operadores económicos implicados. [137]

150. Tradicionalmente, la posición dominante colectiva se refiere a la situación en la que los operadores económicos ocupan una posición oligopolística en el mercado. No obstante, a la luz de los principios elaborados por la jurisprudencia, no se puede descartar la posibilidad de aplicar este concepto a las profesiones liberales. [138]

151. En efecto, es posible imaginar que los miembros de una profesión liberal estén, de alguna manera, unidos por vínculos «estructurales» o «jurídicos» en el sentido de la jurisprudencia. Debido a su pertenencia

128 — Korah, V.: «*Compagnie Maritime Belge, Collective Dominant Position and Exclusionary Pricing*», en *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruylant, Bruselas, 1999, p. 1101 (p. 1110).

129 — Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 7 de octubre de 1999, Irish Sugar/Comisión (T-228/97, Rec. p. II-2969), apartados 50 a 52. Contra esta sentencia se ha interpuesto un recurso de casación en el asunto C-497/99 P, Irish Sugar/Comisión.

130 — Sentencia de 16 de marzo de 2000, Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión, antes citada, apartados 43 a 48.

131 — *Ibidem*, apartados 42 y 45.

132 — *Ibidem*, apartado 45, y sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 25 de marzo de 1999, Gencor/Comisión (T-102/96, Rec. p. II-753), apartados 273 a 276.

133 — Véase, en este sentido, Muñiz Fernández, P.: «Increasing powers and increasing uncertainty: collective dominance and pricing abuses», en *ELRev.*, 2000, p. 645 (pp. 648 y 649).

134 — Sentencia de 16 de marzo de 2000, Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión, antes citada, apartado 43.

135 — *Ibidem*, apartado 44.

136 — Sentencias Centro Servizi Spediporto, antes citada, apartado 34, y DIP y otros, antes citada, apartado 27.

137 — Véase, en este sentido, la nota a pie de página 81 de las conclusiones del Abogado General Sr. Fennelly en el asunto Sodemare y otros, antes citado.

138 — Véase, a este respecto, *Politique de la concurrence et professions libérales*, OCDE, París, 1985 (punto 69).

obligatoria al colegio competente, los profesionales se encuentran reunidos en una entidad colectiva que tiene por objeto definir y aplicar condiciones comunes para el ejercicio de la profesión. [139] Además, las normas impuestas a los miembros de la profesión pueden limitar, a veces de manera sustancial, la competencia que existe entre ellos a través de los precios, los servicios y la publicidad. Por lo tanto, es posible que las normas que regulan la profesión puedan ser interpretadas como decisiones de asociaciones de empresas que, cuando se aplican, tienen «como consecuencia que las empresas afectadas estén vinculadas en cuanto a su comportamiento en un mercado determinado de forma que se presenten en dicho mercado como una entidad colectiva respecto a sus competidores, a sus terceros contratantes y a los consumidores». [140]

152. En tal supuesto, podía ser necesario examinar si el comportamiento de los miembros de la profesión constituye un «abuso» de posición dominante colectiva en el sentido del artículo 86 del Tratado o si, por el contrario, su comportamiento puede reforzar el juego de la competencia en el mercado. [141] Seguidamente, podría resultar útil comprobar si el comportamiento de la profesión puede tener una justificación objetiva. [142] Por último, es posible preguntarse si, con arreglo a lo que establece el artículo 90, apartado 2, del Tratado, la restricción de competencia que resulta del comportamiento abusivo es necesaria para asegurar el cumplimiento de la misión de servicio público asignada en su caso a los miembros de la profesión.

153. Sin embargo, en el caso de autos, no es posible adoptar una postura sobre esta serie de cuestiones. Es imposible efectuar el examen solicitado por los demandantes en el litigio principal ya que los autos no contienen los elementos de hecho y de Derecho necesarios a tal efecto.

154. Por consiguiente, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la tercera cuestión prejudicial en el sentido de que el concepto de empresa que figura en el artículo 86 del Tratado no se aplica a un consejo nacional de colegios de abogados, como el NOvA, cuando éste adopta, en virtud de facultades normativas conferidas por la ley, medidas obligatorias que prohíben que los abogados colaboren de forma integrada con profesionales de la auditoría. En tales circunstancias, la cuarta cuestión prejudicial, relativa a una posible conducta abusiva del NOvA, queda sin objeto.

139 — Véase, a este respecto, la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 8 de octubre de 1996, Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión (asuntos acumulados T-24/93 a T-26/93 y T-28/93, Rec. p. II-1201), apartado 65.

140 — Sentencia de 16 de marzo de 2000, Compagnie maritime belge transports y otros/Comisión, antes citada, apartado 44.

141 — Véanse la sentencia DLG, antes citada, apartados 49 a 52, y el punto 112 de las presentes conclusiones.

142 — Véanse la sentencia de 14 de noviembre de 1996, Tetra Pak/Comisión (C-333/94 P, Rec. p. I-5951), apartado 37, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 1991, Hilti/Comisión (T-30/89, Rec. p. II-1439), apartados 102 a 119. Véase asimismo la Decisión 2000/12/CE de la Comisión, de 20 de julio de 1999, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 82 del tratado CE y del artículo 54 del Acuerdo EEE (Asunto nº IV/36.888 — Coupe du monde de football 1998) (DO 2000, L 5, p. 55, puntos 105 a 114 de la exposición de motivos).

VII. El artículo 90, apartado 2, del Tratado

155. La quinta cuestión prejudicial se refiere a la interpretación del artículo 90, apartado 2, del Tratado. El texto de esta disposición establece:

«Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o que tengan el carácter de monopolio fiscal quedarán sometidas a las normas del presente Tratado, en especial a las normas sobre competencia, en la medida en que la aplicación de dichas normas no impida, de hecho o de derecho, el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada. El desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.»

156. El Raad van State pregunta si el NOvA puede quedar comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 90, apartado 2. Más concretamente, el Juez remitente desea saber si el NOvA puede ser considerado una entidad encargada de la gestión de un «servicio de interés económico general» en la medida en que adoptó el Reglamento controvertido con el objetivo específico de proteger la independencia y parcialidad del abogado.

157. El artículo 90, apartado 2, del Tratado establece seis requisitos para su aplicación. En él se indica que las *empresas* (primer requisito) *encargadas* (segundo requisito) de la gestión de un *servicio de interés económico general* (tercer requisito) quedan sometidas a las normas del Tratado *en la medida* (quinto requisito) en que la aplicación de dichas normas *no impida* (cuarto requisito) el cumplimiento de la misión específica a ellas confiada, con la condición de que el *desarrollo de los intercambios* (sexto requisito) no quede afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.

158. Procede recordar los principios elaborados por la jurisprudencia en lo que respecta a cada uno de los requisitos. Examinaré a continuación los antecedentes de hecho del litigio principal a la luz de estos principios.

A. *Los requisitos de aplicación del artículo 90, apartado 2, del Tratado*

159. El primer requisito exigido por el artículo 90, apartado 2, no plantea dificultades.

El concepto de empresa al que se refiere esta disposición tiene un significado idén-

tico al que se le atribuye en el contexto de los artículos 85 y 86 del Tratado. [143] La sentencia Höfner y Elser, antes citada, proporcionó una definición uniforme del concepto de empresa en Derecho comunitario de la competencia. De este modo, el artículo 90, apartado 2, del Tratado se aplica a todas las empresas, sean públicas o privadas. [144]

160. El segundo requisito supone que la empresa haya sido «encargada» de la gestión de un servicio de interés económico general en virtud de un *acto de la autoridad pública*. [145]

En principio, el mero ejercicio de una actividad regulada bajo el control del Estado no basta para que una entidad quede incluida en el ámbito de aplicación del artículo 90, apartado 2, aun cuando el control estatal sea más intenso con respecto a la entidad afectada. [146] No obstante, a lo largo de su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia ha moderado considerablemente sus exigencias relativas a la existencia de un acto formal de la autoridad pública.

En un primer momento, consideró que el artículo 90, apartado 2, no exigía necesariamente un acto legislativo o reglamentario del Estado. [147] Así, el acto de las autoridades públicas puede consistir en una mera concesión de Derecho público [148] o en «concesiones [que] son otorgadas para concretar las obligaciones impuestas a empresas a las que, mediante Ley, se ha encomendado la gestión de un servicio de interés económico general». [149] Después, en la sentencia Albany, [150] el Tribunal de Justicia consideró implícitamente que el mero hecho de que los interlocutores sociales hubieran creado un fondo sectorial de pensiones y hubieran solicitado a las autoridades públicas que la afiliación a dicho fondo fuera obligatoria era suficiente para considerar que el fondo constituía una empresa *encargada* de la gestión de un servicio de interés económico general en el sentido del artículo 90, apartado 2, del Tratado. [151]

161. En lo que respecta al tercer requisito, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no define qué debe entenderse por «servicio de interés económico general».

Es cierto que las actividades de la empresa deben presentar «un interés económico general que posea características específicas

143 — Véase, en este sentido, la sentencia Pavlov, apartado 77.

144 — Sentencia de 21 de marzo de 1974, BRT II (127/73, Rec. p. 313), apartado 20.

145 — Sentencias BRT II, antes citada, apartado 20, y de 11 de abril de 1989, Ahmed Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebüro (66/86, Rec. p. 803), apartado 55.

146 — Sentencias de 14 de julio de 1981, Züchner (172/80, Rec. p. 2021), apartado 7, y de 2 de marzo de 1983, GVL/Comisión (7/82, Rec. p. 483), apartados 29 a 32.

147 — Sentencia de 23 de octubre de 1997, Comisión/Francia (C-159/94, Rec. p. I-5815), apartado 66.

148 — Sentencia Almelo, antes citada, apartado 47.

149 — Sentencia de 23 de octubre de 1997, Comisión/Francia, antes citada, apartado 66.

150 — Antes citada, apartados 98 a 111.

151 — Véanse, a este respecto, las observaciones de Gyselen, L., nota sobre las sentencias de 21 de septiembre de 1999, Albany, antes citada; Bretjens' (asuntos acumulados C-115/97 a C-117/97, Rec. p. I-6025), y Drijvende Bokken (C-219/97, Rec. p. I-6121), en *Common Market Law Review*, 2000, p. 425 (p. 445).

respecto al de otras actividades económicas». [152] Dicho esto, el Tribunal de Justicia designa los servicios a los que se refiere el artículo 90, apartado 2, del Tratado utilizando diversas expresiones que son prácticamente sinónimas: servicio de interés general, [153] servicio universal [154] o simplemente, «servicio público». [155]

162. En realidad, corresponde a los Estados miembros definir el contenido de sus servicios de interés económico general. En este marco, gozan de un margen de maniobra importante puesto que el Tribunal de Justicia sólo interviene para sancionar los eventuales abusos, cuando los Estados miembros vulneran los intereses de la Comunidad. [156] El artículo 90, apartado 2, del Tratado pretende, efectivamente, conciliar el interés de los Estados en utilizar determinadas empresas como instrumento de política económica, fiscal o social con el interés de la Comunidad en la observancia de las normas sobre la competencia y en el mantenimiento de la unidad del mercado común. [157]

163. Así, el Tribunal de Justicia ha considerado que estaban comprendidos en el campo de aplicación del artículo 90, apartado 2, del Tratado las entidades de televisión encargadas de una misión de servicio público, [158] los transportistas aéreos obligados a explotar líneas no rentables, [159] una empresa encargada de la distribución de electricidad, [160] un fondo encargado de la gestión de un régimen de pensiones complementarias que cumple una función social esencial en el sistema de pensiones de un Estado, [161] la puesta a disposición de los usuarios de una red pública de teléfonos, [162] la distribución del correo en la totalidad del territorio nacional, [163] la gestión de determinados residuos con el fin de afrontar un problema medioambiental [164] y un servicio universal de practicaje prestado por razones de seguridad pública. [165]

En cambio, el Tribunal de Justicia se ha negado a calificar de «servicio de interés económico general» determinadas actividades portuarias que no poseían ninguna característica específica [166] y determinados servicios que eran disociables del servicio postal universal. [167]

164. Con arreglo al cuarto requisito exigido por el artículo 90, apartado 2, las

152 — Sentencias de 10 de diciembre de 1991, Merci convenzionali porto di Genova (C-179/90, Rec. p. I-5889), apartado 27; de 17 de julio de 1997, GT-Link (C-242/95, Rec. p. I-4449), apartado 53, y de 18 de junio de 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Rec. p. I-3949), apartado 45.

153 — Sentencia de 19 de mayo de 1993, Corbeau (C-320/91, Rec. p. I-2533), apartado 19.

154 — Sentencia Corsica Ferries France, antes citada, apartado 45.

155 — *Ibidem*, apartado 60.

156 — Blum, F.: «*De Sacchi à Franzén en passant par la Crespelle: la jurisprudence récente de l'article 90*», dans *Gazette du Palais*, 1999, nº 2, p. 12 (p. 21).

157 — Sentencias de 19 de marzo de 1991, France/Comisión (C-202/88, Rec. p. I-1223), apartado 12, y Albany, antes citada, apartado 103.

158 — Sentencia de 30 de abril de 1974, Sacchi (155/73, Rec. p. 409), apartados 13 a 15.

159 — Sentencia Ahmed Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebüro, antes citada, apartado 55.

160 — Sentencias Almelo, antes citada, apartado 48, y de 23 de octubre de 1997, Comisión/Países Bajos (C-157/94, Rec. p. I-5699), apartado 41.

161 — Sentencia Albany, antes citada, apartado 105.

162 — Sentencia de 13 de diciembre de 1991, GB-Inno-BM (C-18/88, Rec. p. I-5941), apartado 16.

163 — Sentencia Corbeau, antes citada, apartado 15.

164 — Sentencia de 23 de mayo de 2000, Sydhavens Sten & Grus (C-209/98, Rec. p. I-3743), apartado 75.

165 — Sentencia Corsica Ferries France, antes citada, apartados 45 y 60.

166 — Sentencias Merci convenzionali porto di Genova, antes citada, apartado 27, y GT-Link, antes citada, apartados 52 y 53.

167 — Sentencia Corbeau, antes citada, apartado 19.

empresas encargadas de la gestión de un servicio de interés económico general pueden sustraerse a la aplicación de las normas de competencia si dicha aplicación «impide» el cumplimiento de su misión específica.

Por regla general, las autoridades estatales deciden otorgarles derechos exclusivos o especiales, con el fin de que cada empresa pueda afrontar las diferentes obligaciones que le han sido impuestas. De este modo, el artículo 90, apartado 2, del Tratado permite justificar las restricciones de competencia, incluso una exclusión de toda competencia, que resulte del otorgamiento o del ejercicio de dichos derechos.

A este respecto, el Tribunal de Justicia considera que para que se reúnan los requisitos de aplicación del artículo 90, apartado 2, no es necesario que la aplicación de las normas de competencia ponga en peligro la supervivencia, la viabilidad económica o el equilibrio financiero de la empresa. [168] Si no existen derechos exclusivos o especiales conferidos por el Estado, basta con que se impida el cumplimiento de las obligaciones específicas que incumben a la empresa o que el mantenimiento de estos derechos sea necesario para permitir que su titular cumpla su misión en condiciones económicamente aceptables. [169]

165. El quinto requisito del artículo 90, apartado 2, del Tratado contiene una prueba de proporcionalidad.

El texto precisa que las empresas encargadas de la gestión de un servicio de interés económico general quedan sometidas a las normas del Tratado «en la medida» en que la aplicación de dichas normas no impida el cumplimiento de su misión.

De ello se desprende que las restricciones de la competencia causadas por otros operadores económicos sólo se admiten «en la medida en que dichas restricciones se revelen necesarias para permitir cumplir su misión a la empresa a la que se le confió una misión de interés general de este tipo». [170] La prueba de proporcionalidad lleva, de este modo, a comprobar si la misión específica de la empresa no puede cumplirse a través de medidas que tengan un efecto menos restrictivo sobre la competencia. [171] En otras palabras, obliga a

168 — Sentencia de 23 de octubre de 1997, Comisión/Francia, antes citada, apartados 59 y 95, y sentencia Pavlov, antes citada, apartado 107.

169 — Sentencia Pavlov, antes citada, apartado 107. De esta manera, el Tribunal de Justicia ha moderado considerablemente sus exigencias relativas al cuarto requisito exigido por el artículo 90, apartado 2, del Tratado. En efecto, en un primer momento exigía la prueba de que la aplicación de las normas de competencia era *incompatible* con el ejercicio de la misión específica de la empresa (véanse las sentencias Sacchi, antes citada, apartado 15; de 3 de octubre de 1985, CBEM, 311/84, Rec. p. 3261, apartado 17; Höfner y Elser, antes citada, apartado 24, y de 18 de junio de 1991, ERT, C-260/89, Rec. p. I-2925, apartado 33).

170 — Sentencia Almelo, antes citada, apartado 49. Véase asimismo la sentencia Corbeau, antes citada, apartado 14.

171 — Sentencia Sydhavnens Sten & Grus, antes citada, apartado 80.

escoger la solución «menos perjudicial» [172] para la competencia, teniendo en cuenta las obligaciones y limitaciones a las que está sujeta la empresa.

166. Para finalizar, el último requisito exige que «el desarrollo de los intercambios no deberá quedar afectado en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad».

A mi entender, el Tribunal de Justicia aún no se ha pronunciado sobre el contenido ni el alcance de esta exigencia. En las sentencias Comisión/Países Bajos, Comisión/Italia y Comisión/Francia, [173] indicó «que correspondía a la Comisión [...] definir, bajo control del Tribunal de Justicia, el interés de la Comunidad respecto del cual debe evaluarse el desarrollo de los intercambios». No obstante, es difícil sacar una conclusión de estas sentencias, puesto que fueron dictadas en el contexto particular de procedimientos por incumplimiento. Por consiguiente, la obligación impuesta a la institución demandante se explica por las normas que regulan la carga de la prueba en este tipo de contencioso.

Sin embargo, algunos Abogados Generales de este Tribunal de Justicia han tomado postura sobre la cuestión. [174] Consideran que el perjuicio para el desarrollo de los intercambios intracomunitarios en el sentido del artículo 90, apartado 2, exige, de manera opuesta a la definición clásica del concepto de medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, la prueba de que la medida controvertida ha afectado realmente de manera sustancial a los intercambios intracomunitarios. Esta apreciación me parece efectivamente justificada por la redacción del artículo 90, apartado 2, del Tratado.

B. *Los antecedentes de hecho del litigio principal*

167. En el caso de autos, varios participantes en el procedimiento alegan que el NOvA está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 90, apartado 2, del Tratado.

Consideran que se ha asignado al Consejo de colegios una misión de interés general, puesto que debe promover las prácticas correctas de la profesión de abogado y establecer normas que tengan por objeto garantizar el acceso de los justiciables al Derecho y a los órganos jurisdiccionales neerlandeses. Según dichos participantes, si el Tribunal de Justicia considera que el NOvA constituye una asociación de empre-

172 — Según la expresión de Kovar, R.: «*La Cour de justice et les entreprises chargées de la gestion d'un service d'intérêt économique général. Un pas dans le bon sens vers une déréglation réglée (2ª partie)*», en *Europe*, 1994, p. 2.

173 — Sentencias de 23 de octubre de 1997, Comisión/Países Bajos, antes citada, apartado 69; Comisión/Italia (C-158/94, Rec. p. I-5789), apartado 65, y Comisión/Francia, antes citada, apartado 113.

174 — Conclusiones de la Abogada General Sra. Rozès en el asunto Comisión/Italia (sentencia de 7 de junio de 1983, 78/82, Rec. p. 1955), punto VI-C, y conclusiones del Abogado General Sr. Cosmas en los asuntos Comisión/Países Bajos, Comisión/Italia y Comisión/Francia, punto 126 (sentencias de 23 de octubre de 1997, antes citadas).

sas en el sentido del artículo 85, apartado 1, deberá aplicarle también la excepción prevista por el artículo 90, apartado 2, del Tratado.

168. No comparto este análisis.

169. Al examinar la tercera cuestión prejudicial, he afirmado que el concepto de empresa que figura en el artículo 86 del Tratado no se aplica al NOvA cuando éste adopta medidas obligatorias para regular la posibilidad de que los abogados que ejercen en los Países Bajos colaboren de forma integrada con auditores.

Pues bien, como se ha visto, el concepto de empresa al que se refiere el artículo 90, apartado 2, tiene un significado idéntico al que se le atribuye en el contexto del artículo 86 del Tratado. Este concepto ha recibido una definición uniforme para el conjunto de las disposiciones del Tratado relativas a la competencia. Así pues, el NOvA no puede ser calificado de empresa en el sentido del artículo 90, apartado 2, del Tratado.

170. En cambio, en mi opinión, lo dispuesto en el artículo 90, apartado 2, puede aplicarse a los *abogados* que ejercen sus actividades en los Países Bajos. Parece que se reúnen los requisitos para la aplicación de esta disposición en lo que respecta a esta categoría particular de operadores económicos.

171. *En primer lugar,* cuando actúa como operador independiente, el abogado neerlandés constituye una empresa en el sentido del Derecho comunitario de la competencia. [175] Ofrece servicios en el mercado de los servicios jurídicos. Solicita y percibe de sus clientes una retribución a cambio de las prestaciones realizadas. Además, asume los riesgos financieros vinculados al ejercicio de su actividad.

172. *En segundo lugar,* a mi juicio, el abogado puede ser considerado como una empresa «encargada» de la gestión de un «servicio de interés económico general» en el sentido del artículo 90, apartado 2, del Tratado.

173. En efecto, es sabido que la Unión Europea y sus Estados miembros se basan en el principio del Estado de Derecho. [176] Los ordenamientos jurídicos comunitario y nacionales confieren a los particulares derechos que son parte integrante de su patrimonio jurídico. [177] Con el fin de garantizar el principio del Estado de Derecho, los Estados miembros han creado una serie de instituciones de naturaleza juris-

175 — Véase el punto 51 de las presentes conclusiones.

176 — Sentencia de 23 de abril de 1986, Les Verts/Parlamento (294/83, Rec. p. 1339), apartado 23, y preámbulo de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DO 2000, C 364, p. 1).

177 — En lo que se refiere al ordenamiento jurídico comunitario, véase la sentencia de 5 de febrero de 1963, Van Gend & Loos (26/62, Rec. p. 1, 23).

diccional. También han establecido el principio de que los particulares deben poder dirigirse en cualquier caso a estas instancias para obtener el reconocimiento y respeto de sus derechos.

174. No obstante, habida cuenta de la complejidad de la legislación y organización del poder judicial, los particulares rara vez están en posición de defender por sí mismos los derechos de que gozan. El abogado les presta la asistencia indispensable a estos efectos.

En el marco de su actividad de asesoramiento, el abogado ayuda a sus clientes a organizar sus diferentes actividades ajustándose a la legalidad. También se hace cargo de la defensa de sus derechos frente a otros particulares y las autoridades públicas. Puede asimismo informarles sobre la oportunidad o necesidad de interponer una demanda ante los órganos judiciales. En el marco de su actividad de asistencia y de representación, el abogado debe garantizar a los justiciables una defensa adecuada y eficaz. Como consecuencia de su formación, debe conocer las normas que permiten presentar eficazmente el punto de vista de su cliente ante las instancias jurisdiccionales. En este sentido, los abogados ocupan una «situación central en la administración de justicia, como intermediarios entre los justiciables y los tribunales».[178] Por otra parte, el Tribunal de Justicia califica a los abogados de colaboradores[179] [180] de la administración de justicia.

175. De lo anterior resulta que el abogado ejerce actividades que son esenciales en un Estado de Derecho. Hace posible que los particulares conozcan, comprendan y apliquen mejor los derechos que les son conferidos. En otras palabras, el abogado garantiza, en un Estado de Derecho, la *efectividad* del principio de acceso de los justiciables al Derecho y a las instancias jurisdiccionales.

Por otra parte, la importancia del papel que desempeña el abogado ha llevado a la Unión Europea y a sus Estados miembros a otorgar rango de derecho fundamental al de ser asesorado y representado por un abogado.[181] De igual manera, la mayoría de sociedades democráticas han considerado indispensable instaurar sistemas de beneficio de justicia gratuita para que cualquier persona, con independencia de sus ingresos y de la gravedad de los hechos de los que se le acusa, pueda disponer de la asistencia de un abogado.

176. Habida cuenta de estos datos, el abogado ejerce actividades que revisten «un interés económico general que ofrece

178 — Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sentencia Schöpfer c. Suiza de 20 de mayo de 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-III, p. 1042, apartado 29.

179 — Sentencia de 3 de diciembre de 1974, Binsbergen (33/74, Rec. p. 1299), apartado 14.

180 — Sentencia de 18 de mayo de 1982, AM & S /Comisión (155/79, Rec. p. 1575), apartado 24.

181 — Artículo 47 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

caracteres específicos en relación con el que revisten otras actividades económicas». [182]

177. Además, algunas disposiciones de Derecho neerlandés permiten declarar que el abogado colegiado en los Países Bajos ha recibido efectivamente el «encargo» de su misión específica a través de un acto de la autoridad pública.

El artículo 11, apartado 1, de la Advocatenwet atribuye a los abogados colegiados en los Países Bajos la competencia de intervenir ante la totalidad de los órganos jurisdiccionales del Reino, tanto en materia civil como en materia penal. Por otra parte, el artículo 46 de la Advocatenwet establece que los abogados están sometidos a los órganos jurisdiccionales disciplinarios respecto a «cualquier acto u omisión que sea incompatible con el deber de diligencia que asumen como abogados con respecto a las personas cuyos intereses [...] defienden o deben defender». Esta disposición supone la existencia de una responsabilidad específica del abogado en el marco del ejercicio de su misión de defensa de los intereses de los justiciables.

En la medida en que el Tribunal de Justicia ha moderado de manera considerable sus exigencias relativas a la existencia de un acto formal de la autoridad pública, las disposiciones de esta naturaleza deberían bastar para declarar que el abogado que ejerce en los Países Bajos ha recibido el «encargo» de su misión específica de las autoridades neerlandesas. [183]

178. Por consiguiente, considero que el abogado colegiado en los Países Bajos constituye una empresa encargada de la gestión de un servicio de interés económico general en el sentido del artículo 90, apartado 2, del Tratado.

179. *En tercer lugar*, la aplicación de las normas comunitarias de competencia puede «impedir» el cumplimiento de la misión específica del abogado.

180. Con el fin de que los abogados puedan cumplir su misión de «servicio público» en el sentido que he definido, las autoridades estatales les han atribuido una serie de prerrogativas y obligaciones profesionales. Entre éstas, tres características se desprenden de la esencia misma de la profesión de abogado en la totalidad de Estados miembros. Se trata de las obligaciones relativas a la independencia del abogado, al respeto del secreto profesional y a la necesidad de evitar los conflictos de intereses.

182 — Sentencias Merci convenzionali porto di Genova, apartado 27; GT-Link, apartado 53, y Corsica Ferries France, apartado 45, antes citadas.

183 — Véase asimismo el *Commentaire J. Megret*, antes citado (punto 290): «No veo razón para que el artículo 90, apartado 2, sea inaplicable a los organismos cuya constitución se inspiró, de forma evidente, en un objetivo de interés general, simplemente porque no resulta de un acto formal. Desde el momento en que la empresa realiza de hecho una actividad de interés general y está supeditada, en esta actividad, a un control de la autoridad pública, no existe motivo para negarle el derecho a invocar el apartado 2.»

181. La independencia exige que el abogado pueda ejercer sus actividades de asesoramiento, asistencia y representación en interés *exclusivo* de su cliente. Se manifiesta con respecto a las autoridades públicas, otros operadores y terceros, de los que nunca puede recibir influencias. También se manifiesta con respecto al cliente, que no puede convertirse en el empresario de su abogado. La independencia constituye una garantía esencial para el justiciable y el poder judicial, de manera que el abogado tiene la obligación de no implicarse en asuntos o colaboraciones que puedan comprometerlo.

182. El secreto profesional es la base de la relación de confianza que existe entre el abogado y su cliente. Obliga al abogado a no divulgar ninguna información que le haya sido proporcionada por su cliente y se extiende *ratione temporis* al período posterior a la finalización de su mandato y *ratione personae* a todos los terceros. El secreto profesional también constituye una «garantía esencial de la libertad del individuo y del buen funcionamiento de la Justicia», [184] de manera que forma parte del orden público en la mayoría de los Estados miembros.

183. Por último, el abogado tiene, con respecto a su cliente, un deber de lealtad que le obliga a evitar los conflictos de intereses. Esta obligación prohíbe que el abogado asesore, asista o represente a partes cuyos intereses se opongan o se hayan opuesto en el pasado. Además, el abogado no puede utilizar en beneficio de un cliente información que se refiera a o que haya obtenido de otro cliente.

184. Habida cuenta de estas características, la prohibición de colaboración establecida por el Reglamento controvertido puede ser necesaria para que el abogado esté en condiciones de cumplir la misión específica que le ha sido asignada.

185. Por una parte, la existencia de estructuras integradas que reúnen a abogados y auditores puede constituir una amenaza para la independencia del abogado.

En efecto, existe cierta incompatibilidad entre la actividad de «asesoramiento» que efectúa el abogado y la actividad de «control» que efectúa el auditor. De las observaciones presentadas por el NOvA se desprende que, en los Países Bajos, el auditor lleva a cabo una misión de certificación de las cuentas. [185] Examina y controla de forma objetiva la contabilidad de sus clientes, de manera que puede dar a conocer a los terceros interesados su opinión personal sobre la fiabilidad de estos datos contables.

184 — Lambert, P.: *Règles et usages de la profession d'avocat du barreau de Bruxelles*, 3ª ed., Bruylant, Bruxelles, 1994, p. 432. En el mismo sentido, Damien, A.: *La profession d'avocat*, Gazette du Palais, Litec, París, 1991, considera que «el secreto profesional tiene únicamente como base el interés social» (p. 60).

185 — Observaciones escritas del NOvA (puntos 36 y ss.).

Pues bien, si el abogado perteneciera a una estructura que tiene *también* por misión dar cuenta de los resultados financieros de las operaciones en las que ha intervenido, ya no estaría en condiciones de asesorar y defender a su cliente de manera independiente. En otras palabras, la constitución de una comunidad de intereses financieros con profesionales de la auditoría corre el riesgo de conducir —incluso de obligar— al abogado a tener en cuenta consideraciones distintas de las que están vinculadas exclusivamente al interés de su cliente.

186. Por otra parte, la existencia de colaboraciones integradas entre abogados y auditores puede constituir un obstáculo importante para el respeto del secreto profesional del abogado.

Cuando miembros de dos profesiones distintas se comprometen a compartir las pérdidas, ganancias y riesgos financieros derivados de su asociación, tienen un interés manifiesto en efectuar un intercambio de información sobre sus clientes comunes. El auditor puede tener la tentación de pedir y obtener del abogado información relativa, por ejemplo, a las negociaciones que éste lleva a cabo en el marco de un contencioso determinado. A la inversa, el abogado puede tener la tentación de solicitar que el auditor le facilite datos que le permitan presentar una defensa más eficaz ante los tribunales.

El riesgo de una violación del secreto profesional del abogado es particularmente elevado si se tiene en cuenta que, en determinadas circunstancias, el auditor tiene la obligación legal de proporcionar a las autoridades competentes información relativa a la actividad de sus clientes.

187. Por consiguiente, considero que la restricción de competencia que resulta del SWV es necesaria para proteger, en aras del interés general, las características que se desprenden de la esencia misma de la profesión de abogado en los Países Bajos.

188. *En cuarto lugar*, la prohibición de colaboración controvertida no afecta al desarrollo de los intercambios en forma tal que sea contraria al interés de la Comunidad.

Es cierto que, al examinar la segunda cuestión prejudicial, he señalado que el Reglamento controvertido podía afectar al comercio entre los Estados miembros. [186] No obstante, debo recordar que a diferencia de lo que ocurre con el artículo 85, apartado 1, del Tratado, el artículo 90, apartado 2, exige que la medida controvertida haya afectado realmente al desarrollo de los intercambios comunitarios de manera sustancial. Pues bien, esto no sucede en el caso de autos.

186 — Véanse los puntos 128 a 132 de las presentes conclusiones.

El Reglamento controvertido sólo puede restringir los intercambios intracomunitarios de servicios «integrados». No prohíbe a los abogados ni a los auditores que ofrezcan sus servicios de manera separada a clientes establecidos en otros Estados miembros. Tampoco afecta la posibilidad de que los abogados y los auditores establecidos en otros Estados miembros respondan de manera separada a solicitudes provenientes de clientes neerlandeses. Ningún dato permite, por tanto, considerar que el SWV obstaculiza de manera sustancial el desarrollo de los intercambios en el sentido del artículo 90, apartado 2, del Tratado.

189. *Por último*, queda por examinar si, con arreglo la *prueba de proporcionalidad*, la prohibición de colaboración controvertida constituye la solución menos perjudicial para la competencia.

190. A este respecto, varios datos indican que la restricción del juego de la competencia se limita a lo estrictamente necesario para que los abogados neerlandeses puedan cumplir su misión.

191. En primer lugar, el Reglamento controvertido sólo prohíbe las formas más intensas de colaboración entre abogados y auditores. Se limita a prohibir la constitución de estructuras «integradas», es decir de estructuras que impliquen un reparto de beneficios, poder de decisión y responsabilidades finales. [187] Aparte de esta modalidad concreta de asociación, los abogados y los auditores están autorizados para establecer cualquier otra forma de colaboración en el mercado de los Países Bajos. [188]

192. En segundo lugar, considero que la defensa de la independencia y del secreto profesional del abogado no puede alcanzarse mediante medidas menos restrictivas de la competencia.

193. Por regla general, los partidarios de la existencia de estructuras integradas sostienen que una serie de mecanismos permiten garantizar el respeto de la deontología propia de la profesión de abogado. Consideran que: 1) el consejo de colegios puede adoptar medidas disciplinarias con respecto a los abogados que no respeten sus obligaciones profesionales, [189] 2) los contratos pueden estipular de manera expresa que los miembros de la estructura deben respetar sus obligaciones deontológicas y 3) un mecanismo de «Chinese wall» permite impedir cualquier intercambio de información entre abogados y auditores.

194. Estos argumentos no me parecen convincentes.

187 — Resolución de remisión (p. 24).

188 — Observaciones escritas del NOvA (apartados 216 y 217).

189 — Véanse las observaciones escritas de las partes demandantes en el litigio principal (punto 12).

Por un lado, consta que las autoridades profesionales no pueden garantizar un control general y permanente de los miembros de la profesión. Por otra parte, dicho control no parece deseable debido al clima de desconfianza que crearía en el seno de la profesión.

Por otro lado, los compromisos contractuales y el mecanismo de «Chinese wall» plantean numerosos problemas prácticos. [190] De este modo, si se divulga información confidencial, resulta prácticamente imposible distinguir entre la información que ha sido comunicada al abogado y la que ha sido transmitida al auditor. Además, considero que, habida cuenta de los intereses financieros que están en juego en algunos casos que llevan las estructuras integradas, el mecanismo de «Chinese wall» y los compromisos contractuales no constituyen, de por sí, medidas suficientes para asegurar el respeto de la independencia y del secreto profesional del abogado. [191]

195. En tercer lugar, debo recordar que con arreglo a una reiterada jurisprudencia, el Tribunal de Justicia considera que «el hecho de que un Estado miembro imponga disposiciones menos rigurosas que las impuestas por otro Estado miembro no significa que estas últimas sean desproporcionadas y, por lo tanto, incompatibles con el Derecho comunitario». [192] Por consiguiente, es indiferente que otros Estados miembros, como la República Federal de Alemania, autoricen las colaboraciones integradas entre los abogados y los auditores. [193]

196. Habida cuenta de lo que antecede, considero que el Tribunal de Justicia no dispone de todos los datos necesarios para pronunciarse sobre la cuestión de la proporcionalidad del Reglamento controvertido.

197. En efecto, los demandantes en el litigio principal han esgrimido otros argumentos con el fin de demostrar que el SWV es desproporcionado en relación con el objetivo que persigue. Pues bien, la apreciación del fundamento de estos argumentos requiere un examen en profundidad de los antecedentes de hecho del litigio principal y de una serie de elementos de Derecho que caracterizan al ordenamiento jurídico neerlandés. Se trata de los siguientes.

198. Por un lado, los demandantes en el litigio principal consideran que las normas

190 — Véanse las observaciones escritas del NOvA (punto 252) así como la resolución del CCBE sobre las formas integradas de cooperación entre abogados y personas que no pertenecen a la profesión, adoptada en Atenas el 12 de noviembre de 1999 [http://www.ccbe.org (p. 3)].

191 — En este mismo sentido, Nallet, H., antes citado, considera que «las redes deberán presentar garantías escritas sobre la manera en que garantizan la independencia de las profesiones entre ellas y de los abogados en el seno de las redes. *El principio debe seguir siendo la prohibición del reparto de honorarios*» (p. 107).

192 — Sentencias de 10 de mayo de 1995, Alpine Investments (C-384/93, Rec. p. I-1141), apartado 51; de 12 de diciembre de 1996, Reisebüro Broede (C-3/95, Rec. p. I-6511), apartado 42, y de 1 de febrero de 2001, Mac Quen y otros (C-108/96, Rec. p. I-837), apartado 33.

193 — No obstante, hay que señalar que, en el Derecho alemán, los auditores están sujetos a una regulación profesional prácticamente idéntica a la de los abogados. En concreto, los auditores no tienen una obligación de información con respecto a terceros.

adoptadas por el NOvA son discriminatorias. Según recuerdan, el NOvA autoriza de manera expresa a los abogados a colaborar de forma integrada con los notarios, los asesores fiscales y los agentes de la propiedad industrial. En cambio, les prohíbe que lo hagan con profesionales de la auditoría.

La cuestión que se plantea consiste en determinar si existen razones objetivas que puedan justificar tal diferencia de trato entre las profesiones citadas. Las partes discrepan radicalmente sobre este particular. Han invocado un número considerable de argumentos relativos a las características de las diferentes profesiones implicadas (imparcialidad, independencia, secreto profesional, deber de abstención). El Tribunal de Justicia no puede pronunciarse sobre esta cuestión.

199. Por otro lado, los demandantes en el litigio principal han presentado un informe redactado en julio de 1999 por un grupo de trabajo que se constituyó en los Ministerios de Justicia y de Asuntos económicos. [194] Alegan que el grupo de trabajo llegó a la conclusión de que la prohibición de colaboraciones multidisciplinares entre notarios y auditores era desproporcionada y carecía de justificación objetiva. Los demandantes en el litigio principal consideran que esta conclusión se puede trasladar letra por letra a las colaboraciones integradas entre abogados y auditores. La naturaleza y alcance de este informe han sido objeto de discusión en la vista. El Tribunal de Justicia tampoco puede pronunciarse sobre esta cuestión.

200. Por consiguiente, procede remitir el examen de esta serie de cuestiones al Raad van State. A mi juicio, el Juez remitente podrá declarar que el Reglamento controvertido es compatible con lo dispuesto en el artículo 90, apartado 2, del Tratado si comprueba que existen razones objetivas para autorizar a los abogados colegiados en los Países Bajos a colaborar de forma integrada con los notarios, los asesores fiscales y los agentes de la propiedad industrial, pero prohibir que lo hagan con los profesionales de la auditoría.

201. Por lo tanto, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la quinta cuestión prejudicial en el sentido que el artículo 90, apartado 2, del Tratado, no se opone a que un consejo nacional de colegios de abogados, como el NOvA, adopte una medida obligatoria por la que se prohíbe que los abogados que ejercen en el territorio del Estado miembro correspondiente colaboren de forma integrada con profesionales de la auditoría si resulta que dicha medida es

194 — «Interdisciplinaire Samenwerking door Notarissen», *Informe interministerial del Ministerio de Justicia y del Ministerio de Economía de los Países Bajos* (anexo 13 de las observaciones escritas de los demandantes en el litigio principal).

necesaria para proteger la independencia y el secreto profesional del abogado.

VIII. Los artículos 5 y 85 del Tratado

202. La sexta cuestión prejudicial versa sobre lo dispuesto en el artículo 5, en relación con los artículos 85 y 86, del Tratado.

203. El Raad van State pregunta si un Estado miembro infringe las disposiciones mencionadas cuando confiere a un consejo nacional de colegios de abogados, como el NOvA, la facultad de adoptar medidas obligatorias para regular la posibilidad de que los abogados que ejercen en su territorio colaboren de forma integrada con los auditores, cuando dicho Estado no se reserva la posibilidad de sustituir las medidas adoptadas por el consejo de colegios por sus propias decisiones.

204. En el momento de analizar la tercera cuestión prejudicial, he señalado que el artículo 86 del Tratado no se aplicaba al NOvA. Por consiguiente, el objeto de la sexta cuestión debe limitarse a la interpretación de la relación entre los artículos 5 y 85 del Tratado.

205. A este respecto, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia ha establecido los siguientes principios. [195]

206. Considerado en sí mismo, el artículo 85 del Tratado se refiere únicamente a la conducta de las empresas y, en principio, no contempla las medidas legislativas o reglamentarias adoptadas por los Estados miembros. Sin embargo, el artículo 85 del Tratado, en relación con el artículo 5, obliga a los Estados miembros a no adoptar ni mantener en vigor medidas, de naturaleza legislativa o reglamentaria, que puedan eliminar la eficacia de las normas de competencia aplicables a las empresas. Ello sucede en tres supuestos, cuando 1) un Estado miembro impone o favorece la adopción de acuerdos, decisiones de asociaciones de empresas o prácticas concertadas contrarias al artículo 85 del Tratado, 2) un Estado miembro refuerza los efectos de dicha concertación y 3) un Estado miembro prescinde de dar carácter estatal a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica.

207. En lo que se refiere a los dos primeros supuestos, la jurisprudencia exige, para

195 — Véanse, en concreto, las sentencias de 16 de noviembre de 1977, GB-Inno-BM (13/77, Rec. p. 2115), apartados 29 a 31; de 1 de octubre de 1987, Vereniging van Vlaamse Reisbureaus (311/85, Rec. p. 3801), apartados 22 a 24; de 21 de septiembre de 1988, Van Eycke (267/86, Rec. p. 4769), apartado 16; Ahmed Saeed Flugreisen y Silver Line Reisebüro, antes citada, apartado 48; Meng, antes citada, apartado 14; Reiff, antes citada, apartado 14; Ohra Schadeverzekeringen, antes citada, apartado 10; Delta Schiffahrts-und Speditionsgesellschaft, antes citada, apartado 14; Centro Servizi Spediporto, antes citada, apartados 20 y 21; DIP y otros, antes citada, apartados 14 y 15; Sodemare y otros, antes citada, apartados 41 y 42; CNSD, antes citada, apartados 53 y 54; Corsica Ferries France, antes citada, apartados 35 y 49, y Albany, antes citada, apartado 65.

poder declarar que una medida legislativa o reglamentaria es incompatible con los artículos 5 y 85 del Tratado, la existencia de un vínculo entre la medida estatal y un comportamiento privado adoptado por una o varias empresas. [196] Esta exigencia pretende excluir la posibilidad de que las medidas estatales sean examinadas a causa de los efectos contrarios a la competencia que les son propios. En las conclusiones que presentaron en los asuntos en los que recayeron las sentencias Meng, Reiff, Ohra Schadeverzekeringen y DIP y otros, [197] los Abogados Generales Sres. Tesauro, [198] Darmon [199] y Fennelly [200] expusieron de forma convincente las razones por las que la jurisprudencia debe ser mantenida en este punto. No es necesario, por tanto, volver a examinar esta serie de argumentos.

No obstante, en una serie de sentencias recientes, [201] el Tribunal de Justicia ha precisado sus exigencias dando un paso más. Ha establecido un paralelismo entre la legalidad del comportamiento privado y la licitud de la medida estatal. El Tribunal de Justicia considera que, cuando un acuerdo, una decisión de asociación de empresas o una práctica concertada no es contraria al artículo 85, apartado 1, la medida estatal que lo impone, lo favorece o refuerza sus efectos es *automáticamente* compatible con lo que establecen los artículos 5 y 85 del Tratado. Como el Abogado General Sr. Jacobs, [202] considero que este razonamiento automático es poco conforme con la realidad económica. En efecto, existen numerosos ejemplos en los que una concertación no es, en sí misma, contraria al artículo 85, apartado 1, pero la medida estatal, al reforzar sus efectos, comporta una restricción sensible del juego de la competencia en el mercado. [203]

Sea como fuere, los dos primeros supuestos elaborados por la jurisprudencia no son pertinentes en el presente asunto. El Juez remitente no ha proporcionado ningún dato que permita llegar a la conclusión de que las autoridades públicas neerlandesas hayan impuesto, favorecido o reforzado los efectos del Reglamento controvertido. Tan sólo debe analizarse el tercer supuesto, relativo a una posible delegación de poderes.

208. En lo que respecta a este tercer supuesto, el Tribunal de Justicia plantea una «objeción de principio con respecto a las medidas legislativas mediante las que el Estado renuncia a desempeñar el papel que le corresponde y confiere a las empresas las facultades necesarias para aplicar *su propia* política». [204]

El Tribunal de Justicia estima que una normativa conserva su carácter estatal cuando las autoridades públicas se reservan la competencia de fijar los términos esen-

196 — Véase el fallo de las sentencias Meng y Ohra Schadeverzekeringen, antes citadas.

197 — Antes citadas.

198 — Conclusiones en los asuntos Meng y Ohra Schadeverzekeringen, antes citados.

199 — Conclusiones en el asunto Reiff, antes citado.

200 — Conclusiones en el asunto DIP y otros, antes citado.

201 — Véanse, en particular, las sentencias Corsica Ferries France, antes citada, apartados 50 a 54; Albany, antes citada, apartado 66, y Pavlov, antes citada, apartados 99 y 100).

202 — Conclusiones en el asunto en el que recayó la sentencia Pavlov, antes citada, puntos 160 a 164).

203 — Véanse, a este respecto, las conclusiones que he presentado en el asunto Arduino, antes citado.

204 — Joliet, R.: «*National Anti-competitive Legislation and Community Law*», en *Fordham International Law Journal*, 1989, p. 163 (p. 172, traducción libre).

ciales de la decisión económica.[205] Así sucede, evidentemente, cuando la propia medida estatal formula la prohibición que comporta eventuales efectos restrictivos de la competencia.[206] es también el caso cuando la decisión es adoptada por operadores económicos privados, pero las autoridades públicas disponen de la facultad de aprobarla, rechazarla, modificarla o reemplazarla por su propia decisión.[207] En este supuesto, el carácter estatal de una normativa no se cuestiona simplemente por el hecho de que haya sido adoptada tras una concertación con los representantes de los operadores económicos privados.[208]

En cambio, en la sentencia CNSD,[209] el Tribunal de Justicia declaró que las autoridades públicas habían dejado totalmente su competencia en manos de operadores privados. Se basó en las siguientes consideraciones: 1) los miembros del CNSD eran representantes de los agentes de aduanas, 2) el ministro competente no podía intervenir en la designación de los miembros del CNSD y 3) los miembros del CNSD no tenían ninguna obligación legal de adoptar sus decisiones tomando en consideración cierto número de criterios de interés general. De este modo, el Tribunal de Justicia utilizó criterios estrictamente idénticos a los que permiten identificar a una «asociación de empresas» en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

205 — Sentencia Van Eycke, antes citada, apartado 19.

206 — Sentencias Meng, antes citada, apartado 20; Ohra Schadeverzekeringen, antes citada, apartado 13, y Corsica Ferries France, antes citada, apartado 52.

207 — Sentencias antes citadas Reiff, apartado 22; Delta Schiffahrts - und Speditionsgesellschaft, apartado 21, y Centro Servizi Spediporto, apartado 27.

208 — Sentencias Van Eycke, antes citada, apartado 19, y Corsica Ferries France, antes citada, apartado 52.

209 — Apartado 57.

209. La cuestión de la delegación de poderes en materia económica reviste una importancia crucial en el caso de las profesiones liberales. El Abogado General Sr. Jacobs ha expuesto con claridad, en las conclusiones que presentó en el asunto en el que recayó la sentencia Pavlov, lo que está en juego en esta cuestión, al subrayar que:

«las características específicas de los mercados de servicios profesionales requieren algún tipo de regulación. Los detractores de la autorregulación profesional insisten en que el Estado, o al menos algún organismo regulador controlado por el Estado, es el que debe regular las profesiones liberales, pues existen riesgos de abuso de las competencias reglamentarias. Sin embargo, de nuevo desde un punto de vista económico, se plantea un problema de información. La naturaleza compleja de dichos servicios y su permanente evolución como consecuencia de los rápidos cambios en los conocimientos y del desarrollo técnico dificultan la adopción por los Parlamentos y los Gobiernos de las normas detalladas y actualizadas que se necesitan. Muchas veces, resultará más adecuada la autorregulación por miembros expertos de las profesiones liberales, ya que permite reaccionar con la necesaria flexibilidad. Por consiguiente, el principal reto que debe afrontar cualquier sistema de Derecho de la competencia consiste en evitar los abusos de las competencias reglamentarias sin eliminar la autonomía reguladora de las profesiones liberales».[210]

210 — Punto 92.

210. Por consiguiente, el Tribunal de Justicia debe establecer criterios que permitan encontrar un equilibrio entre, por un lado, la necesidad de reconocer a las profesiones liberales cierta facultad de autorregulación y, por otro lado, la necesidad de evitar los riesgos de comportamientos contrarios a la competencia que son inherentes a la atribución de dicha facultad.

211. A este respecto, creo que dos requisitos permitirían alcanzar dicho equilibrio.

212. El primer requisito, ya recogido en la jurisprudencia actual, exige que las autoridades públicas se reserven la facultad de fijar directamente el contenido de las normas esenciales de la profesión y, en particular, de las normas que pueden afectar a los derechos de las personas implicadas. Es posible ejercer esta facultad de diferentes maneras. Puede ejercerse en una *fase anterior* a la elaboración de las normas, estableciendo que las autoridades públicas pueden intervenir en dicha elaboración. También puede ejercerse en una *fase posterior*, instaurando un sistema de control *a posteriori* de los reglamentos adoptados por los órganos del consejo de colegios.

213. El segundo requisito versa sobre la posibilidad de recurso para los miembros de la profesión y exige que los profesionales estén legitimados para recurrir las decisiones adoptadas por los órganos del consejo de colegios, de forma que puedan denunciar los eventuales comportamientos contrarios a la competencia que pudieran tener lugar en el seno de la profesión. A este respecto, considero que la existencia de un recurso ante las autoridades profesionales resulta insuficiente para garantizar un control efectivo por parte de las autoridades públicas. Dicho control requiere que los profesionales tengan la posibilidad de dirigirse a los órganos jurisdiccionales de Derecho común, es decir a instancias externas a la profesión. El control de los tribunales debe tener por objeto no sólo las decisiones individuales, sino también las medidas que tienen un alcance general.

214. Procede analizar los hechos del litigio principal a la luz de estos dos requisitos.

A. *Sobre la facultad de que disponen las autoridades neerlandesas para determinar, directa o indirectamente, el contenido de las normas esenciales de la profesión*

215. En lo que respecta al primer requisito, los autos remitidos al Tribunal de Justicia contienen información relativa a la existencia de un control preventivo y otro represivo.

216. Por lo que se refiere al control preventivo, el NOvA[211] ha manifestado

211 — Observaciones escritas del NOvA (apartados 32 y 197).

que las autoridades neerlandesas están estrechamente asociadas al proceso de adopción de sus reglamentos. El Consejo de colegios ha indicado que comunica sistemáticamente sus proyectos de reglamentos al Ministro de Justicia, para permitirle seguir con atención las evoluciones que tienen lugar en el seno de la profesión. No obstante, en su resolución de remisión,[212] el Raad van State ha afirmado que las disposiciones de la Advocatenwet no prevén ninguna intervención de las autoridades públicas en la elaboración de los reglamentos del NOvA.

No me parece que estos dos datos sean en sí contradictorios. Es posible que, a pesar de la falta de disposiciones formales en la Advocatenwet, se haya desarrollado una práctica en virtud de la cual el Ministro de Justicia realiza un control preventivo del contenido de los reglamentos del NOvA. Por lo tanto, la cuestión que se plantea consiste en asegurarse de que dicha práctica existe y, en caso de respuesta afirmativa, determinar su naturaleza y alcance reales.

217. El Tribunal de Justicia no dispone de la información necesaria para pronunciarse sobre este punto. Por consiguiente, procede remitir su análisis al Raad van State.

A este respecto, considero que el Juez remitente podrá declarar la existencia de un control preventivo suficiente si llega a la conclusión de que existe una práctica *constante* en virtud de la cual los órganos del NOvA están obligados a 1) comunicar al Ministro de Justicia los proyectos de reglamentos que versen sobre las *normas esenciales* de la abogacía en los Países Bajos y 2) tomar en consideración las observaciones formuladas por el Ministro de Justicia sobre dichos proyectos.

218. Si el control preventivo que efectúa el Ministro de Justicia no cumple los requisitos mencionados, de ello no se desprende necesariamente que las autoridades neerlandesas hayan infringido los artículos 5 y 85 del Tratado. Queda por examinar el control represivo que establece el artículo 30 de la Advocatenwet.

Con arreglo a esta disposición, «las decisiones de la Junta de Delegados, del Consejo General o de los otros órganos del [NOvA] pueden ser suspendidas o anuladas mediante real decreto en la medida en que sean contrarias a Derecho o al interés general».

219. Sobre este punto, los demandantes en el litigio principal estiman que la Advocatenwet es incompatible con los artículos 5 y 85 del Tratado. Subrayan que las autoridades públicas no pueden adoptar directamente las normas por las que se rige la abogacía o sustituir las medidas adoptadas por los órganos del consejo de colegios por sus propias decisiones.

212 — P. 18.

220. No comparto este punto de vista.

221. Me parece que el requisito establecido por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia —en virtud de la cual las autoridades públicas deben tener la posibilidad de sustituir las medidas adoptadas por los operadores económicos privados por sus propias decisiones— no es más que la expresión de un principio más general que exige que el control de las autoridades públicas sea un control *efectivo*. En dichas circunstancias, la facultad de sustitución directa sólo constituye una de las formas posibles de ejercicio del control estatal.

222. Por consiguiente, se plantea la cuestión de determinar si la facultad de anulación y de suspensión que tiene atribuida la Corona constituye un control *efectivo*. Con este fin, es necesario, a mi juicio, analizar tres puntos que se refieren a 1) la frecuencia con la que se ha hecho uso de la facultad de anulación o suspensión, 2) el objeto de las medidas anuladas o suspendidas y 3) la obligatoriedad de las razones por las que se anularon o suspendieron.

223. En lo que respecta a los dos primeros puntos, el NOvA indicó [213] que la Corona ya había utilizado su facultad en el pasado. Anuló parte de un reglamento relativo a la pasantía de abogado (en 1995) y suspendió algunas disposiciones de un reglamento relativo al ejercicio de la profesión por cuenta ajena (en 1997). Además, la Corona amenazó con ejercer su facultad si el NOvA adoptaba determinados reglamentos. Advirtió, asimismo, de que haría uso de su facultad de anulación con respecto a un reglamento relativo al ejercicio de la profesión por cuenta ajena (en 1977) y en relación con una modificación del reglamento de pasantía, que se refería al «tutor exterior» (en 1984).

Por lo que se refiere al tercer punto, los demandantes en el litigio principal han indicado que «incluso después de la anulación de un reglamento, el Consejo de colegios sigue teniendo la facultad de adoptar, de manera autónoma, el contenido del (nuevo) reglamento». [214]

224. Considero que esta información es insuficiente para que el Tribunal de Justicia se pronuncie sobre la cuestión del control represivo que lleva a cabo la Corona.

225. La información relativa a los dos primeros puntos permite suponer que las autoridades públicas ejercen un control real sobre la actividad normativa del NOvA. Sin embargo, a mi juicio, debe ser confirmada por otros indicios de prueba ante el Raad van State.

213 — Observaciones escritas del NOvA (puntos 33 a 35 y 106).

214 — Observaciones escritas de los demandantes en el litigio principal, punto 145.

El criterio determinante, a este respecto, consiste en comprobar que la Corona interviene efectivamente para controlar la compatibilidad de los reglamentos esenciales para el acceso a la profesión y el ejercicio de la misma con el interés general.

226. En lo relativo al tercer punto, cuesta imaginar que, tras una intervención de la Corona, el NOvA pueda adoptar un reglamento idéntico al que haya sido anulado o suspendido. Me parece que la lógica del sistema establecido por el ordenamiento jurídico neerlandés exige bien que el NOvA esté obligado a adoptar un nuevo reglamento que se adecue a las razones que hayan llevado a la anulación o suspensión del anterior. Si así sucede efectivamente, el Raad van State podrá llegar a la conclusión de que las autoridades públicas se han reservado la facultad —indirecta— de determinar el contenido de las normas relativas a la abogacía en los Países Bajos.

B. *Sobre la existencia de una posibilidad de recurso para los miembros de la profesión*

227. El segundo requisito, relativo a la existencia de una posibilidad de recurso para los miembros de la profesión, se cumple manifiestamente en el caso de autos.

Los hechos que originaron el presente litigio demuestran que los Sres. Wouters y Savelbergh tuvieron la posibilidad de dirigirse a los órganos jurisdiccionales de Derecho común con el fin de recurrir una decisión individual, adoptada por los órganos del consejo de colegios y que les afectaba. Con motivo de este litigio, los interesados pudieron invocar la ilegalidad de la medida general que constituye el Reglamento controvertido respecto a las normas del Derecho de la competencia. Por lo tanto, los abogados colegiados en los Países Bajos disponen de una vía de recurso efectiva ante los órganos jurisdiccionales de Derecho común, para recurrir las decisiones individuales y generales que las autoridades profesionales adoptan.

228. Basándome en las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a la sexta cuestión prejudicial en el sentido de que los artículos 5 y 85 del Tratado no se oponen a que un Estado miembro confiera a un consejo nacional de colegios de abogados, como el NOvA, la facultad de adoptar medidas obligatorias que regulan la posibilidad de que los abogados que ejercen en su territorio colaboren de forma integrada con profesionales de la auditoría, siempre que 1) las autoridades del Estado miembro correspondiente se reserven la facultad de determinar, directa o indirectamente, el contenido de las normas esenciales de la profesión y que 2) los miembros de la profesión dispongan de una vía de recurso efectiva ante los órganos jurisdiccionales de Derecho común, para recurrir las decisiones adoptadas por los órganos de dicho consejo de colegios.

IX. Los artículos 52 y 59 del Tratado

229. Las tres últimas cuestiones prejudiciales tienen por objeto las disposiciones del Tratado sobre derecho de establecimiento (artículo 52) y libre prestación de servicios (artículo 59).

230. La séptima cuestión prejudicial se refiere a la identificación de las disposiciones del Tratado que son aplicables al presente litigio. Los demandantes en el litigio principal alegaron, ante los órganos jurisdiccionales neerlandeses, que las *dos* disposiciones mencionadas se aplicaban al litigio. Por el contrario, el NOvA señaló que los artículos 52 y 59 del Tratado no podían aplicarse simultáneamente a los mismos hechos.

231. Mediante su octava cuestión, el Juez remitente desea saber si la prohibición de colaboración controvertida constituye un obstáculo al derecho de establecimiento y/o a la libre prestación de servicios.

232. Por último, la novena cuestión se refiere a las razones que podrían justificar un eventual obstáculo a la libre circulación de personas. Más concretamente, el Raad van State pregunta si la prohibición de colaboraciones integradas entre abogados y auditores puede ser equiparada a una «modalidad de venta» en el sentido de la sentencia Keck y Mithouard[215] o si, al contrario, dicha prohibición debe ser analizada a la luz de los requisitos establecidos por la sentencia Gebhard.[216]

233. Varios de los participantes en el presente procedimiento han alegado que el litigio principal no presentaba ningún vínculo de conexión con el Derecho comunitario. Consideran que están en presencia de una situación puramente interna a los Países Bajos. Este argumento se abordará al examinarse la séptima cuestión prejudicial.

A. *Las disposiciones aplicables al litigio principal*

234. Con carácter preliminar, debo recordar que las disposiciones del Tratado en materia de libre circulación de personas y servicios no sólo se aplican a las medidas adoptadas por las autoridades públicas. También se aplican a las medidas de otra naturaleza que regulan, de forma colectiva, el trabajo por cuenta ajena y las prestacio-

215 — Sentencia de 24 de noviembre de 1993 (asuntos acumulados C-267/91 y C-268/91, Rec. p. I-6097), apartado 16 (en lo sucesivo, «sentencia Keck y Mithouard»).

216 — Sentencia de 30 de noviembre de 1995 (C-55/94, Rec. p. I-4165), apartado 37 (en lo sucesivo, «sentencia Gebhard»).

nes de servicios.[217] Por consiguiente, los artículos 52 y 59 del Tratado pueden aplicarse a las normativas adoptadas por asociaciones u organismos como los consejos de colegios profesionales.

235. Asimismo, procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, las disposiciones del Tratado en materia de establecimiento y de servicios no se aplican a situaciones puramente internas, es decir a las situaciones cuyos elementos están situados en el interior de un solo y mismo Estado.[218]

236. En el caso de autos, los demandantes en el litigio principal sostienen[219] que, para determinar las disposiciones aplicables al litigio, es necesario distinguir dos situaciones de hecho: la de los Sres. Wouters y Savelbergh y la de Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs y Price Waterhouse Belastingadviseurs BV.

Afirman que los Sres. Wouters y Savelbergh invocan las disposiciones del Tratado relativas a la libre prestación de servicios. Los interesados desean colaborar con las dos sociedades mencionadas con el fin de ofrecer servicios «integrados» a clientes establecidos en otros Estados miembros. En cambio, Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs y Price Waterhouse Belastingadviseurs BV se basan en las disposiciones comunitarias en materia de establecimiento y reivindican, «para ellas y para los profesionales que colaboran con ellas»,[220] el derecho a establecerse de forma duradera en los Países Bajos con el fin de colaborar de manera integrada con abogados.

237. La alegación de los demandantes en el litigio principal carece de fundamento.

238. Las disposiciones del Tratado en materia de establecimiento se aplican a personas físicas o jurídicas que desean «[participar], de forma estable y continua, en la vida económica de un Estado miembro *distinto* de su Estado de origen [...] en el ámbito de las actividades por cuenta propia».[221]

239. Pues bien, en el caso de autos, no hay ningún dato que permita llegar a la conclusión de que el litigio principal presenta dicho vínculo de conexión con el artículo 52 del Tratado.

217 — Véanse, en concreto, las sentencias de 12 de diciembre de 1974, Walrave y Koch (36/74, Rec. p. 1405), apartado 17; de 14 de julio de 1976, Donà (13/76, Rec. p. 1333), apartado 17; de 11 de abril de 2000, Deliège (asuntos acumulados C-51/96 y C-191/97, Rec. p. I-2549), apartado 47, y de 6 de junio de 2000, Angonese (C-281/98, Rec. p. I-4139), apartados 30 a 36.

218 — En lo que respecta al artículo 59 del Tratado, véanse, en particular, las sentencias de 18 de marzo de 1980, Debauve y otros (52/79, Rec. p. 833), apartado 9; Höfner y Elser, antes citada, apartado 37; Reisebüro Broede, antes citada, apartado 14, y Deliège, antes citada, apartado 58. En lo que se refiere al artículo 52 del Tratado, véanse, en especial, las sentencias de 20 de abril de 1988, Bekaert (204/87, Rec. p. 2029), apartado 12, y de 3 de octubre de 1990, Nino y otros (asuntos acumulados C-54/88, C-91/88 y C-14/89, Rec. p. I-3537), apartado 11.

219 — Observaciones escritas de los demandantes en el litigio principal (punto 162).

220 — Observaciones escritas de los demandantes en el litigio principal (punto 162).

221 — Sentencia Gebhard, antes citada, apartado 25 (el subrayado es mío).

De los autos[222] se desprende que, en el momento en que las autoridades profesionales prohibieron las colaboraciones controvertidas, todos los demandantes en el litigio principal estaban establecidos en el territorio de los Países Bajos. Los Sres. Wouters y Savelbergh, así como Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs, Price Waterhouse Belastingadviseurs BV y Arthur Andersen & Co. Accountants, ya ejercían sus actividades profesionales de forma estable y continua en los Países Bajos.

Además, en contra de lo que parecen sugerir los demandantes en el litigio principal, ningún dato permite sostener que se otorgó a Arthur Andersen & Co. Belastingadviseurs y Price Waterhouse Belastingadviseurs BV un poder especial para actuar en nombre de «profesionales que colaboran con ellas» y que están establecidos en otro Estado miembro. En dichas circunstancias, los demandantes en el litigio principal no pueden invocar eficazmente las disposiciones del Tratado que regulan el derecho de establecimiento.[223]

240. En cambio, las disposiciones comunitarias relativas a la libre prestación de servicios se aplican al presente litigio.

En efecto, según reiterada jurisprudencia, el Tribunal de Justicia considera que «el derecho a la libre prestación de servicios puede ser invocado por una empresa con respecto al Estado en el que esté establecida, siempre que los servicios se presten a destinatarios establecidos en otro Estado miembro».[224] De acuerdo con dicha jurisprudencia, no es, por tanto, necesario que el prestador o el destinatario del servicio se desplace dentro de la Comunidad. El vínculo de conexión con el Derecho comunitario puede residir en el mero «desplazamiento» del servicio correspondiente. Pues bien, así sucede en el caso de autos puesto que los abogados y las sociedades demandantes en el litigio principal desean ofrecer servicios «integrados» destinados a clientes establecidos en otros Estados miembros.[225]

241. De lo anterior resulta que el Reglamento controvertido debe ser analizado solamente a la luz del artículo 59 del Tratado. La cuestión que se plantea consiste en determinar si la prohibición de colaboraciones integradas entre abogados y auditores constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios.

222 — Véase la información proporcionada por NOvA (en el punto 208 de sus observaciones escritas), que no fue discutida por los demandantes en el litigio principal.

223 — En su resolución de remisión (p. 17), el Raad van State indicó que los abogados y los asesores fiscales establecidos en otros Estados miembros y que forman parte del grupo Arthur Andersen o del grupo Price Waterhouse pueden tener la intención de establecerse de forma duradera en el territorio holandés con el fin de ejercer sus actividades en el marco de una relación de colaboración integrada con los Sres. Wouters y Savelbergh. Dicha situación, si se produjera, quedaría comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 52 del Tratado. No obstante, la cuestión presenta un carácter hipotético en este asunto, puesto que no obra en autos ningún dato que indique que las personas interesadas son parte en el procedimiento ante el Raad van State.

224 — Sentencia Alpine Investments, antes citada, apartado 30. Véanse, asimismo, las sentencias de 17 de mayo de 1994, Corsica Ferries (C-18/93, Rec. p. I-1783), apartado 30; de 14 de julio de 1994, Peralta (C-379/92, Rec. p. I-3453), apartado 40; de 5 de octubre de 1994, Comisión/Francia (C-381/93, Rec. p. I-5145), apartado 14; Sodemare y otros, antes citada, apartado 37, y de 8 de marzo de 2001, Gourmet International Products (C-405/98, Rec. p. I-5539), apartado 37.

225 — En su resolución de remisión (p. 17), el Raad van State indicó que los abogados y los asesores fiscales establecidos en otros Estados miembros y que forman parte del grupo Arthur Andersen o del grupo Price Waterhouse pueden tener la intención de proponer servicios «integrados» en el territorio holandés o a partir de ese territorio, en colaboración con los Sres. Wouters y Savelbergh. Dicha situación, si se produjera, quedaría comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 59 del tratado. No obstante, la cuestión presenta un carácter hipotético en este asunto, puesto que no obra en autos ningún dato que indique que las personas interesadas son parte en el procedimiento ante el Raad van State.

B. *Sobre la existencia de un obstáculo a la libre prestación de servicios*

242. A este respecto, el Raad van State pregunta al Tribunal de Justicia si es posible aplicar al presente asunto los criterios que fueron establecidos en la sentencia Keck y Mithouard.

243. La sentencia Keck y Mithouard tenía como objetivo acabar con el riesgo de desviaciones inherentes a la definición extremadamente amplia de concepto de medida de efecto equivalente a una restricción cuantitativa, en el sentido del artículo 30 del Tratado CE (actualmente artículo 28 CE, tras su modificación). Con el fin de centrar de nuevo su jurisprudencia sobre los objetivos reales del Tratado en materia de libre circulación de mercancías, el Tribunal de Justicia subrayó que:

«en contra de lo que hasta ahora se ha venido juzgando, [...] la aplicación a productos procedentes de otros Estados miembros de disposiciones nacionales que limiten o prohíban ciertas *modalidades de venta* no es susceptible de obstaculizar directa o indirectamente, real o potencialmente, el comercio entre los Estados miembros en el sentido de la jurisprudencia Dassonville (sentencia de 11 de julio de 1974, 8/74, Rec. p. 837), siempre que dichas disposiciones se apliquen a todos los operadores afectados que ejerzan su actividad en el territorio nacional, y siempre que afecten del mismo modo, de hecho y de Derecho, a la comercialización de los productos nacionales y a la de los procedentes de otros Estados miembros».[226]

244. De este modo, el Tribunal de Justicia excluyó del ámbito de aplicación del artículo 30 del Tratado las medidas que no permiten impedir el acceso de los productos importados al mercado nacional o dificultarlo en mayor medida que el de los productos nacionales.[227] Por consiguiente, el criterio *determinante* establecido por la sentencia Keck y Mithouard reside en la existencia de un obstáculo para el acceso al mercado de los productos importados.[228]

245. La cuestión de la aplicación de la jurisprudencia Keck y Mithouard al ámbito de la libre prestación de servicios se planteó de forma expresa en el asunto Alpine Investments, antes citado.[229]

La sociedad Alpine Investments ejercía su actividad profesional en los Países Bajos. Estaba especializada en el sector de contratos de futuros sobre mercancías. Las autoridades neerlandesas le habían prohibido que practicara el «cold calling», que consistía en ponerse en contacto con particulares por teléfono sin que éstos hubie-

226 — Sentencia Keck y Mithouard, antes citada, apartado 16 (el subrayado es mío).

227 — Sentencia Keck y Mithouard, antes citada, apartado 17.

228 — Véanse asimismo, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz en el asunto en el que recayó la sentencia Comisión/Grecia (sentencia de 26 de junio de 1995, C-391/92, Rec. p. I-1621), punto 18.

229 — El Tribunal de Justicia ya ha aplicado el criterio del «acceso al mercado» en el ámbito de la libre circulación de trabajadores. Véanse las sentencias de 15 de diciembre de 1995, Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921), apartado 103, y de 27 de enero de 2000, Graf (C-190/98, Rec. p. I-493), apartados 23 a 26.

ran manifestado su consentimiento previamente por escrito, con el fin de proponerles diversos servicios financieros. Alpine Investments había recurrido esta decisión basándose en el artículo 59 del Tratado. El Gobierno neerlandés alegó ante el Tribunal de Justicia que la prohibición controvertida no estaba comprendida dentro del ámbito de aplicación de esta disposición.[230] A su entender, la prohibición de practicar el «cold calling» afectaba solamente a la *manera* en que se ofrecían los servicios en el mercado, de forma que presentaba las características de una «modalidad de venta» en el sentido de la sentencia Keck y Mithouard.

A este respecto, el Tribunal de Justicia declaró que «dicha prohibición priva a los operadores afectados de una técnica rápida y directa de publicidad y de toma de contacto con los clientes potenciales que se encuentran en otros Estados miembros. Por lo tanto, puede constituir una restricción a la libre prestación de los servicios transfronterizos».[231]

El Tribunal de Justicia rechazó la alegación del Gobierno neerlandés debido a que «una prohibición como la controvertida emana del Estado miembro de establecimiento del prestador de los servicios y no sólo afecta a las ofertas hechas a destinatarios establecidos en el territorio de dicho Estado, o que se desplazan a él para recibir dichos servicios, sino también a las *ofertas dirigidas a destinatarios que se encuentran en el territorio de otro Estado miembro*. Por este motivo, condiciona directamente el *acceso al mercado de los servicios en los demás Estados miembros*. Por lo tanto, puede obstaculizar el comercio intracomunitario de los servicios».[232]

246. De esta sentencia se desprende que una medida está comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 59 del Tratado si restringe el derecho de los prestadores establecidos en su territorio a ofrecer sus servicios a destinatarios establecidos en *otro* Estado miembro.[233] Por consiguiente, la jurisprudencia Keck y Mithouard no puede aplicarse a las medidas que condicionan directamente el acceso de los operadores al mercado de servicios en los demás Estados miembros.

247. Pues bien, así sucede precisamente en el caso del Reglamento controvertido.

En efecto, el SWV restringe el derecho de los abogados y los auditores establecidos en los Países Bajos a ofrecer servicios «integrados» a clientes potenciales establecidos en otros Estados miembros. Por esta razón, el Reglamento controvertido condiciona el acceso de los operadores al mercado de servicios en otros Estados miembros. Dicho obstáculo al comercio intracomunitario de servicios no es teórico, ya que otros Estados

230 — Sentencia Alpine Investments, antes citada, apartado 33.
231 — *Ibidem*, apartado 28.
232 — *Ibidem*, apartado 38 (el subrayado es mío).
233 — Véase asimismo la sentencia Gourmet International Products, antes citada, apartado 38.

miembros, como la República Federal de Alemania, autorizan la constitución de estructuras integradas que reúnen a miembros de ambas profesiones. Por tanto, podría ocurrir que determinados clientes establecidos en el territorio de dichos Estados quisieran tener acceso a servicios «integrados» prestados por operadores establecidos en los Países Bajos.

248. Por consiguiente, la prohibición de colaboración controvertida no puede ser equiparada a una «modalidad de venta» en el sentido de la sentencia Keck y Mithouard. Constituye un obstáculo a la libre prestación de servicios y debe ser examinada teniendo en cuenta los requisitos del artículo 59 del Tratado.

C. *Sobre la justificación del obstáculo*

249. En la sentencia Gebhard, [234] el Tribunal de Justicia recordó que, para ser compatibles con el Derecho comunitario, las medidas que puedan obstaculizar o hacer menos atractivo el ejercicio de las libertades fundamentales garantizadas por el Tratado deben reunir cuatro requisitos: 1) que se apliquen de manera no discriminatoria, 2) que estén justificadas por razones imperiosas de interés general, 3) que sean adecuadas para garantizar la realización del objetivo que persiguen y 4) que no vayan más allá de lo necesario para alcanzar dicho objetivo.

250. Procede examinar el Reglamento controvertido a la luz de estos cuatro requisitos.

251. A tal fin, me referiré en gran parte a las consideraciones que ya he desarrollado al examinar la quinta cuestión prejudicial, relativa a la interpretación del artículo 90, apartado 2, del Tratado.

252. En su resolución de remisión, [235] el Raad van State declara que el Reglamento controvertido cumple el primer requisito enunciado por la sentencia Gebhard.

Los documentos que obran en autos confirman que el SWV no introduce ninguna discriminación por razón de la nacionalidad de los operadores afectados. De hecho, en virtud del artículo 29 de la Advocatenwet, los reglamentos adoptados por los órganos del Consejo de colegios se aplican indistintamente a los abogados colegiados en los Países Bajos y a los «abogados visitantes», es decir, a las personas que no están colegiadas como abogados en los Países Bajos pero están autorizadas a ejercer su actividad profesional en otro Estado miembro con el título de abogado o un título equivalente.

253. En lo que respecta al segundo requisito, el Raad van State indicó expresamente que «[el SWV] tiene por objeto asegurar la

234 — Apartado 37.

235 — P. 25.

independencia y parcialidad del abogado».[236] De los puntos 182 y 186 de las presentes conclusiones resulta que la prohibición de colaboración controvertida también es necesaria para garantizar el respeto del secreto profesional del abogado.

Pues bien, en el ámbito de la libre circulación de personas, el Tribunal de Justicia ha declarado de forma invariable que las normas profesionales aplicables a los abogados —en particular, las normas de organización, capacitación, deontología, control y responsabilidad— persiguen un objetivo de interés general.[237] El Tribunal de Justicia considera que la aplicación de dichas normas profesionales proporciona la necesaria garantía de honorabilidad y experiencia a los usuarios finales de los servicios jurídicos y contribuye a la buena administración de justicia.[238]

254. Por lo tanto, el Reglamento controvertido está justificado por razones imperiosas de interés general en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia.

255. Por lo que se refiere al tercer requisito, ya he señalado que la prohibición de colaboraciones integradas entre abogados y auditores era adecuada para garantizar la realización del objetivo que persigue. Por consiguiente, propongo al Tribunal de Justicia que se remita a las consideraciones que he dedicado a este tema en los puntos 185 y 186 de las presentes conclusiones.

256. Por último, en lo que concierne al último requisito, he expuesto las razones por las que una serie de datos permiten considerar que el Reglamento controvertido no excede de lo necesario para proteger la independencia y el secreto profesional del abogado.[239] No obstante, he indicado que, a mi parecer, el Tribunal de Justicia no disponía de toda la información necesaria para pronunciarse sobre la cuestión de la proporcionalidad del SWV.[240] Por consiguiente, procede reservar el análisis de esta cuestión al Juez remitente.

A este respecto, el Raad van State podrá declarar que el Reglamento controvertido es compatible con lo dispuesto en el artículo 59 del Tratado si llega a la conclusión de que existen razones objetivas para autorizar a los abogados colegiados en los Países Bajos a colaborar de forma integrada con los notarios, los asesores fiscales y los agentes de la propiedad industrial, y, en cambio, prohibirles dicha colaboración con los profesionales de la auditoría.[241]

236 — Resolución de remisión (p. 11).

237 — Véanse las sentencias Binsbergen, antes citada, apartados 12 a 14; de 28 de abril de 1977, Thieffry (71/76, Rec. p. 765), apartado 12; de 19 de enero de 1988, Gullung (292/86, Rec. p. 111), apartado 29; Gebhard, antes citada, apartado 35, y Reisebüro Broede, antes citada, apartado 38.

238 — Sentencia Reisebüro Broede, antes citada, apartado 38.

239 — Véanse los puntos 190 a 195 de las presentes conclusiones.

240 — Véanse los puntos 196 a 199 de las presentes conclusiones.

241 — Véase el punto 200 de las presentes conclusiones.

257. Por consiguiente, basándome en las consideraciones que preceden, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las últimas cuestiones prejudiciales en el sentido de que el artículo 59 del Tratado no se opone a que un consejo nacional de colegios de abogados, como el NOvA, adopte una medida obligatoria que prohíbe que los abogados que ejercen en el territorio del Estado miembro correspondiente colaboren de forma integrada con auditores si dicha medida es necesaria para garantizar la independencia y el secreto profesional del abogado.

X. Conclusión

258. A la luz de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que responda a las cuestiones planteadas por el Raad van State de la siguiente manera:

«1) El artículo 85, apartado 1, del Tratado CE (actualmente artículo 81 CE, apartado 1) debe ser interpretado en el sentido de que el concepto de asociación de empresas se aplica a un consejo nacional de colegios de abogados, como el Nederlandse Orde van Advocaten.

Cuando un consejo nacional de colegios de abogados está exclusivamente integrado por miembros de la profesión y la ley no le obliga a adoptar sus decisiones respetando una serie de criterios de interés general, debe ser calificado de asociación de empresas en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado en lo que respecta al conjunto de las actividades que ejerce, con independencia del objeto y la finalidad de la medida adoptada.

El hecho de que la ley otorgue a un consejo nacional de colegios de abogados facultades normativas y disciplinarias carece de incidencia sobre su calificación como asociación de empresas en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado.

2) Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 90, apartado 2, del Tratado CE (actualmente artículo 86 CE, apartado 2), el artículo 85, apartado 1, del Tratado se opone a que un consejo nacional de colegio de abogados, como el Nederlandse Orde van Advocaten, adopte una medida obligatoria que prohíbe que los abogados que ejercen en el territorio del Estado miembro correspondiente colaboren de forma integrada con profesionales de la auditoría.

3) El artículo 86 del Tratado CE (actualmente artículo 82 CE) debe ser interpretado en el sentido de que el concepto de empresa no se aplica a un consejo nacional de colegios de abogados, como el Nederlandse Orde van Advocaten, cuando éste, en virtud de facultades normativas conferidas por ley, adopta medidas obligatorias que regulan la posibilidad de que los abogados que ejercen en el territorio del Estado miembro correspondiente colaboren de forma integrada con profesionales de la auditoría.

4) El artículo 90, apartado 2, del Tratado no se opone a que un consejo nacional de colegios de abogados, como el Nederlandse Orde van Advocaten, adopte una medida obligatoria que prohíbe que los abogados que ejercen en el territorio del Estado miembro correspondiente colaboren de forma integrada con profesionales de la auditoría, si dicha medida es necesaria para proteger la independencia y el secreto profesional del abogado. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si así sucede.

5) El artículo 5 del Tratado CE (actualmente artículo 10 CE) y el artículo 85 del Tratado no se oponen a que un Estado miembro confiera a un consejo nacional de colegios de abogados, como el Nederlandse Orde van Advocaten, la facultad de adoptar medidas obligatorias que regulen la posibilidad de que los abogados que ejercen en su territorio colaboren de forma integrada con profesionales de la auditoría, siempre que 1) las autoridades del Estado miembro correspondiente se reserven la facultad de determinar, directa o indirectamente, el contenido de las normas esenciales de la profesión y que 2) los miembros de la profesión dispongan de un recurso efectivo ante los órganos jurisdiccionales de Derecho común, para recurrir las decisiones adoptadas por los órganos del consejo de colegios. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional comprobar si así sucede.

6) El artículo 52 del Tratado CE (actualmente artículo 43 CE, tras su modificación) no se aplica a las situaciones puramente internas de un Estado miembro.

7) El artículo 59 del Tratado CE (actualmente artículo 49 CE, tras su modificación) no se opone a que un consejo nacional de colegios de abogados, como el Nederlandse Orde van Advocaten, adopte una medida obligatoria que prohíbe que los abogados que ejercen en el territorio del Estado miembro correspondiente colaboren de forma integrada con profesionales de la auditoría, si dicha medida es necesaria para garantizar la independencia y el secreto profesional del abogado. Corresponde al órgano jurisdiccional nacional apreciar si así sucede.»