CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. HENRI MAYRAS presentadas el 2 de mayo de 1972 *

Índice

Introducción 142

A. Hechos 142
B. Procedimiento 143
C. Planteamiento de los problemas 143

Título I. Existencia de prácticas concertadas en el sentido del apartado 1 del artículo 85 del Tratado de Roma y del Derecho comunitario derivado .. 144

Sección I. Concepto de práctica concertada 144

A. La distinción entre los acuerdos y las prácticas concertadas ... 144
B. La práctica concertada en la legislación antitrust americana ... 146
C. Las legislaciones de los Estados miembros de la Comunidad .. 148
D. Los criterios de la práctica concertada en el Derecho comunitario 148

* Lengua original: francés.
Conclusiones comunes para los asuntos 49/69, 51/69, 52/69, 53/69, 54/69, 55/69, 56/69 y 57/69.

Sección II. Las tesis existentes 149

Sección III. La concertación 151

A. Existencia de un comportamiento paralelo 151
B. Origen y motivos del comportamiento paralelo 151
1. Características del mercado de los colorantes 152
2. La opinión de los peritos 155
3. Consecuencias que deben deducirse de los informes periciales 156
4. Argumentos relativos a la teoría económica del oligopolio . 157
C. Condiciones de hecho en que se produjeron los aumentos de precios 159
1. Los aumentos de 1965 y de 1967 159
- mecanismo común 159
- objeciones sobre la eventual calificación de abuso de posición dominante 160
- datos obrantes en autos 161
2. El aumento de 1964 163
3. Prueba de la concertación 164

Sección IV. Distorsión de la competencia 165

A. Aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado a la práctica concertada 165
B. Consecuencias de la práctica concertada sobre la competencia . 166
C. El caso particular de la sociedad ACNA 168

Sección V. Incidencia sobre los intercambios entre Estados miembros 169

Título II. Competencia de la Comisión para imponer multas a sociedades establecidas fuera del mercado común 172

Sección I. Normativas y jurisprudencias nacionales. Derecho comunitario 174

Sección II. El Derecho de gentes 180

1. Requisitos de aplicación del criterio del efecto territorial 182
2. Límites de la aplicación extraterritorial del Derecho sobre prácticas colusorias 183

Título III. Motivos de forma y de procedimiento 187

Sección I. Apertura del procedimiento 188

Sección II. Comunicación de pliego de cargos 188

Sección III. Audiencia de los representantes de las empresas afectadas 191

Sección IV. Acta de la audiencia 192

Sección V. Motivación de la Decisión impugnada desde el punto de vista formal 193

Sección VI. Publicación de la Decisión impugnada 193

Título IV. La multa 194

Sección I. La prescripción 195

Sección II. Consideración de la multa impuesta por las autoridades nacionales 196

Sección III. La cuantía de la multa 197

Señor Presidente,
Señores Jueces,

Introducción

A. *Hechos*

Según informaciones facilitadas por diversas organizaciones profesionales de industrias usuarias de productos colorantes y tras haber procedido a verificaciones en las fábricas y en sus filiales, la Comisión de las Comunidades Europeas señaló que en el período comprendido entre enero de 1964 y octubre de 1967 se habían producido tres aumentos generales y uniformes de los precios de estos productos en el mercado común:

- Entre el 7 y el 20 de enero de 1964, se produjo un aumento del 15 % del precio de la mayor parte de los colorantes a base de anilina en Italia, Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo así como en determinados países terceros.

- El 1 de enero de 1965, este primer aumento se extendió a Alemania; en la misma fecha, la casi totalidad de los productores aplicaron, tanto en este país como en los que se vieron afectados por el aumento de 1964, un nuevo aumento uniforme del 10 % al precio de los colorantes y de los pigmentos excluidos del primer aumento; no obstante, como ACNA se negó a aplicar dicho aumento en el mercado italiano, las otras empresas renunciaron a mantener el alza de sus precios en este mercado.

- Por último, a mediados de octubre de 1967, la mayor parte de los productores de Alemania, Países Bajos, Bélgica y Luxemburgo aplicó un aumento del 8 % a todos los colorantes.

En Francia, país en el que no se habían aplicado los aumentos de 1964 y 1965, el índice del aumento de los precios fue de un 12 %; por el contrario, no hubo aumento en Italia debido a la actitud de ACNA.

El 31 de mayo de 1967, la Comisión inició, contra las empresas que habían participado en los aumentos de precios, un procedimiento en virtud del Reglamento nº 17 del Consejo por presunta infracción del artículo 85 del Tratado de Roma; el 11 de diciembre siguiente, comunicó a las empresas que consideraba responsables de una práctica concertada de fijación de precios los cargos que se les imputaban.

Una vez que las sociedades hubieron presentado observaciones escritas en respuesta al pliego de cargos y previa audiencia, el 10 de diciembre de 1968, de algunos de sus representantes, la Comisión adoptó, el 24 de julio de 1969, una Decisión con arreglo al artículo 15 del Reglamento nº 17.

Por considerar que los aumentos de precios producidos entre 1964 y 1967 eran imputables a prácticas concertadas en el sentido del apartado 1 del artículo 85 del Tratado entre las siguientes sociedades: Badische Anilin- und Soda-Fabrik (BASF), de Lud-

wigshafen; Cassella Farbwerke Mainkur AG, de Frankfurt-am-Main; Farbenfabriken Bayer AG, de Leverkusen; Farbwerke Hoechst AG; de Frankfurt-am-Main; Française de matières colorantes SA, de París (Francolor); Azienda Colori Nazionali Affini SpA (ACNA), de Milán; Ciba SA, de Basilea; J.R. Geigy SA, de Basilea; Sandoz SA, de Basilea, e Imperial Chemical Industries Ltd. (ICI), de Londres, la Comisión impuso una multa de 50.000 unidades de cuenta a cada una de estas sociedades, salvo a ACNA a la que le impuso una multa de 40.000 unidades de cuenta.

Ésta es la Decisión que, mediante nueve recursos distintos, han impugnado ante el Tribunal de Justicia las empresas interesadas, a excepción de Ciba.

B. *Procedimiento*

Se han presentado dos dictámenes periciales, el primero realizado a instancias de las empresas demandantes por los profesores Bombach y Hill, y el segundo por cuenta de la Comisión a cargo del profesor Kantzenbach, y el propio Tribunal de Justicia, previa propuesta unánime de las partes, ha confiado a los profesores Kloten y Albach la elaboración de un tercer dictamen pericial relativo más en concreto a cuestiones precisadas por el auto del Tribunal de Justicia de 8 de julio de 1970. El mismo día, el Tribunal procedió a la acumulación de los asuntos, a efectos del citado dictamen pericial.

Tras un intercambio de escritos muy voluminosos y una vista de duración poco frecuente, la instrucción de estos asuntos ha sido lo más completa y detallada posible, con la participación de peritos internacionales de una autoridad y un valor intelectual y moral fuera de lo común. El Tribunal de Justicia tiene, asimismo, un conocimiento tan profundo de los autos que considero innecesario proceder en mi intervención a un análisis detallado del asunto que mi predecesor, el Abogado General Alain Dutheillet de Lamothe, había estudiado ya con la meticulosidad y la lucidez que el Tribunal de Justicia conoce.

Permítaseme, en mi primera exposición ante el Tribunal de Justicia y en relación con estos asuntos, rendir homenaje a su memoria.

C. *Planteamiento de los problemas*

Los recursos sometidos al Tribunal de Justicia suscitan cuatro cuestiones o categorías de cuestiones.

La primera es fundamental, en el sentido de que depende de la respuesta que el Tribunal de Justicia dé a la misma, el que las otras cuestiones deban ser resueltas o queden, por el contrario, sin objeto.

Es la que plantea si los aumentos de precios lineales, de porcentaje uniforme, producidos en el mercado de los colorantes en el interior del mercado común, entre enero de 1964 y octubre de 1967, son o no imputables a una o a diversas prácticas concertadas prohibidas por el artículo 85 del Tratado de Roma y por el Derecho comunitario derivado.

Si el Tribunal de Justicia responde afirmativamente a esta primera cuestión, deberá entonces

1) Resolver, por primera vez, a mi entender, la importante cuestión de si las empresas cuyo domicilio se encuentra fuera del territorio del mercado común (en el presente caso Imperial Chemical Industries en el Reino Unido, Geigy y Sandoz en Suiza) pueden verse afectadas por sanciones pecuniarias con arreglo al Reglamento nº 17 por su participación en prácticas concertadas contrarias a la competencia aplicadas en el interior del mercado común.

2) Examinar si el hecho de que durante el procedimiento administrativo se incumplieran formalidades o garantías fundamentales no ha viciado el referido procedimiento y si, por consiguiente, dichas irregularidades no han viciado de nulidad las sanciones a que ha dado lugar el procedimiento.

3) Por último, el Tribunal de Justicia deberá pronunciarse sobre las multas impuestas y, en particular, aclarar si, a falta de una disposición que todavía no ha sido adoptada en el Derecho comunitario, el transcurso de un determinado plazo entre el momento en que se cometieron los hechos y el inicio por parte de la Comisión de un procedimiento que los sancione, no elimina toda posibilidad de reprimir las prácticas de que se trata.

Por otra parte, creo que de la jurisprudencia anterior del Tribunal de Justicia se desprenden elementos de solución para estos dos últimos puntos.

Título I

Existencia de prácticas concertadas en el sentido del apartado 1 del artículo 85 del Tratado de Roma y del Derecho comunitario derivado

Sección I

Concepto de práctica concertada

A. Uno de los objetivos esenciales del Tratado de Roma es la realización de un mercado único, común para los Estados miembros, en el que los productores deben poder ejercer y desarrollar libremente su actividad y los consumidores, por su parte, buscar productos y servicios y hacer su elección en función tanto de los precios que se les proponen como de la calidad que se les ofrece. Para asegurar esta libertad, la acción de las autoridades comunitarias se dirige, principalmente, «al establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común» [letra f) del artículo 3 del Tratado].

Desde esta perspectiva, el artículo 85 del Tratado declara «incompatibles con el mercado común y prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o

falsear el juego de la competencia dentro del mercado común [...] y, en particular, los que consistan en: a) fijar directa o indirectamente los precios de compra o de venta [...]».

Al contemplar las acciones o comportamientos restrictivos de la competencia que, en la terminología habitual, se designan bajo la denominación genérica de «prácticas colusorias», el artículo 85 distingue tres formas o tres aspectos de estas prácticas colusorias: los acuerdos, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas, siendo requisito común a todas ellas la pluralidad de participantes.

Descartaré la categoría de las «decisiones de asociaciones de empresas», ajena al debate, y me centraré, en primer lugar, en establecer la distinción entre las prácticas concertadas y los acuerdos.

Hasta el momento presente, sólo se han planteado al Tribunal de Justicia cuestiones de aplicación o de interpretación del artículo 85 en relación con *acuerdos* entre empresas, es decir, con contratos celebrados entre productores o entre productores y vendedores, sea cual fuere, por otro lado, la forma o las estructuras jurídicas de estos acuerdos cuya prueba no puede exigir, *a priori,* ningún requisito particular.

Por citar unos ejemplos, dichos acuerdos pueden ser contratos en exclusiva: sentencias de 12 de diciembre de 1967, Brasserie de Haecht (23/67,- Rec. pp. 525 y ss., especialmente p. 537); de 30 de junio de 1966, LTM (56/65,- Rec. pp. 337 y ss., especialmente p. 359); de 16 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión (asuntos acumulados 56/64 y 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 495); o acuerdos de fijación de precios y de reparto de mercados: sentencias de 15 de julio de 1970, Chemiefarma/Comisión (41/69,- Rec. pp. 661 y ss., especialmente p. 702); Buchler & Co./Comisión (44/69, Rec. pp. 733 y ss., especialmente p. 763), y Böhringer Mannheim/Comisión (45/69, Rec. pp. 769 y ss., especialmente p. 809).

En esta última ocasión, el Tribunal de Justicia rozó el concepto de práctica concertada.

Respecto al acuerdo internacional de la quinina, el Abogado General del Tribunal de Justicia, Sr. Gand, se había preguntado efectivamente si un documento sin firmar, titulado «gentlemen's agreement», que tenía por objeto extender al mercado común un acuerdo de fijación de precios y de cuotas de suministro así como restricciones a la exportación, celebrado para su uso con los países terceros, entre los principales productores de quinina y de quinidina de la Comunidad, debía considerarse como la manifestación de una práctica concertada. Y tuvo que responder negativamente a esta cuestión, pero debido únicamente a que el gentlemen's agreement estaba demasiado ligado al acuerdo de exportación a países terceros, celebrado conforme a Derecho, para ser disociado de dicho convenio. Y el Tribunal de Justicia admitió que el citado documento «constituía la fiel expresión de la voluntad común de los miembros del

acuerdo respecto a su comportamiento en el mercado común». Es decir, que la frontera entre acuerdo y práctica concertada no puede determinarse fácilmente debido incluso a la extrema variedad de formas y de grados que reviste la concertación entre empresas.

Así, en el asunto US v. Hamilton Watch Co. and US v. Elgin Natl. Watch Co. (DC NY 1942) 47 F. Supp. 524, se declaró: «No es necesario un acuerdo formal para que exista un acuerdo prohibido (conspiracy). Éste puede consistir en una acción concertada entre los participantes que actúan conjuntamente para lograr un objetivo común.»

Ello significa, asimismo, que la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el concepto de práctica concertada está por elaborar en su totalidad. Vincularse para el futuro por una definición general y abstracta no está sin duda alguna en la línea de la política jurisprudencial del Tribunal de Justicia. Esta jurisprudencia podrá construirse y también matizarse de forma progresiva, a medida que se vayan examinando los litigios que sean remitidos al Tribunal de Justicia.

En el mismo sentido, la sentencia Wisconsin Liquor Co. v. Park and Tilford Distillers Corp. (CA-7; 1959) 1959 Trade Cases/69 363, admitió que «para demostrar la existencia de un acuerdo prohibido, no es necesario probar la existencia de un acuerdo formal o específico [...]».

Si bien la jurisprudencia americana que acabo de citar no da una definición de la «concerted action», insiste en la necesidad de la existencia de un plan común.

B. Aunque, a la hora de esta construcción, no deba buscarse una doctrina directamente aplicable, no deja de tener interés investigar la forma en que las legislaciones y las jurisprudencias nacionales, en el interior y en el exterior del mercado común, han intentado trazar los contornos del concepto de práctica concertada. El origen histórico debe buscarse, sin ningún género de dudas, en la «concerted action» del Derecho antitrust americano. El concepto de «conspiracy» previsto por la «Sherman Act» ha sido efectivamente aplicado al supuesto en que se demuestre la existencia de una acción concertada de varias empresas que persiguen un fin común contrario a la Ley.

Precisa, por otra parte, que si para admitir la existencia de una infracción a la «Sherman Act» no basta un comportamiento paralelo por sí solo, dicho comportamiento puede constituir una presunción de hecho en la que el Juez puede basarse, teniendo en cuenta otras circunstancias propias del asunto, para determinar la existencia de una «conspiration».

Éste es el caso en el asunto Morton Salt Co., v. US (CA-10; 1956) 1956 Trade Cases/68 412, en el que el Juez resuelve que «aunque la existencia de un comportamiento paralelo no pruebe de forma decisi-

va la existencia de un acuerdo o de una infracción de la "Sherman Act", semejante comportamiento es un elemento que debe tenerse en cuenta y que, por lo general, tendrá un peso considerable en la apreciación».

Algunas sentencias subrayan también que el comportamiento uniforme de diferentes empresas en materia de precios es generalmente un elemento de prueba bastante determinante.

En este orden de ideas, citaré la sentencia dictada en el asunto Pittsburgh Plate Glass Co v. US (CA-4; 1958) 1958 Trade Cases/69 157: «Un fabricante de vasos de vidrio participa en un acuerdo prohibido (conspiracy) de fijación de precios cuando el "paralelismo consciente" de dicho fabricante, al anunciar un aumento de precio idéntico al anunciado casi simultáneamente por sus competidores, permite razonablemente deducir que la acción del fabricante ha sido emprendida de acuerdo con algunos o con la totalidad de los participantes en el acuerdo, en consideración a los vínculos aparentemente estrechos que unen al fabricante con la cúspide del acuerdo.»

Asimismo, en el asunto Morton Salt, antes citado, el Juez se expresa de la siguiente forma: «[...] la existencia de un pequeño número de vendedores que mantienen relaciones amistosas y la estabilidad de la demanda de este producto constituían para ellos una ocasión particular y una incitación a concertarse (combine) con vistas a mantener los precios a un nivel artificialmente elevado, ventajoso para todos». Por último, cabe destacar, en un sentido semejante, la sentencia Safeway Stores v. FTC (366 F 2 d 795 - 1966, Trade Cases/71 891), en la que se declara: «La prueba de que los panaderos se reunían en la sede de su asociación y discutían, entre otros, de los precios, así como la identidad en los aumentos de precios consecutivos bastan para apoyar la afirmación de la Federal Trade Commission de que los panaderos se habían puesto de acuerdo para fijar los precios.»

Pero sería temerario operar una aproximación sistemática entre el Derecho americano y el Derecho comunitario. En efecto, la normativa antitrust de los Estados Unidos, existente desde finales del siglo pasado, es de carácter principalmente penal. Aplicada por el Juez de Instrucción, está sometida, en cuanto al régimen de la prueba, a las normas del procedimiento penal americano; por otra parte, es muy rígida, en el sentido de que establece como principio, al menos en su origen, que todo acuerdo es perjudicial, y está por consiguiente prohibido. Es indudable que la jurisprudencia ha atenuado este rigor y se ha esforzado, en atención a la evolución de las estructuras económicas, por introducir cierta flexibilidad en la aplicación de la ley, en especial mediante la creación jurisprudencial del concepto de «workable competition», pero ello no obsta para que el régimen de ultramar proceda de una concepción en muchos aspectos diferente de la que adoptó el Derecho comunitario. Este, de carácter esencialmente preventivo, es aplicado por la Comisión; lo mismo ocurre cuando implica la aplicación de determinadas sanciones pecuniarias, de tipo

administrativo y no penal. Por último, éste muestra mucha mayor flexibilidad cuando admite que determinados acuerdos pueden no estar prohibidos. A pesar de estas diferencias, la jurisprudencia americana ofrece, sin embargo, elementos de comparación y también de reflexión, especialmente cuando se trata de apreciar las condiciones en que puede detectarse la existencia de una práctica concertada en un mercado oligopolístico.

C. De las legislaciones nacionales de los países miembros de la Comunidad, tan sólo la legislación francesa ha recogido expresamente, hasta el momento presente, el concepto de práctica concertada. Pero las resoluciones jurisprudenciales, aún poco numerosas, parecen hacer referencia únicamente a acuerdos.

La Ley alemana de 1957 no contempla, por su parte, este concepto. En parte, sin duda, para colmar esta laguna, el Gobierno federal presentó recientemente un proyecto en el que determinadas disposiciones tienden a reforzar el control del abuso de posición dominante previsto en el artículo 22 de la Ley y recuerdan la idea de práctica concertada. Lo principal de este proyecto es que establece la presunción de que no existe competencia entre varias empresas cuando éstas se comportan de manera uniforme en su política de precios durante un período prolongado. Así, la repetición de comportamientos paralelos en materia de precios constituye una infracción en el campo del abuso de posición dominante, concepto que, en el Tratado de Roma, como bien sabe este Tribunal, recoge el artículo 86. A este respecto, ninguna de las resoluciones de los organismos administrativos ni de los órganos jurisdiccionales alemanes competentes relativas a los procedimientos seguidos contra los productores alemanes de que se trata puede ser de gran ayuda para el Tribunal de Justicia. La defensa ha intentado explotarlas en un sentido o en otro. A mi juicio, ello es tanto menos posible si se tiene en cuenta que, sabiendo que la cuestión se había sometido al Tribunal de Justicia sobre la base del artículo 85 del Tratado, los órganos jurisdiccionales alemanes se han abstenido sabiamente en su motivación de cualquier consideración que hubiera podido dar la impresión de prejuzgar la cuestión planteada al Tribunal de Justicia.

D. Si bien es cierto que los elementos de información que cabe deducir de los Derechos nacionales no carecen de utilidad para el estudio del presente asunto, es evidente que no pueden prevalecer sobre el propio texto del artículo 85 del Tratado, aclarado por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia e ilustrado por los comentarios de que ha sido objeto.

Procede, en primer lugar, sacar *la consecuencia de la distinción que el artículo 85 opera de manera explícita entre los acuerdos y las prácticas concertadas.* Dar a este último concepto un sentido tan limitado y estrecho que lo reduzca a ser una nueva aplicación especial del concepto de acuerdo es, sin duda alguna, contrario a un principio general de interpretación que el Tribunal de Justicia ha aplicado con frecuencia y según el cual hay que atribuir a las disposiciones del Tratado su plena eficacia y reconocerles todo su alcance. Aun admitiendo que la

práctica concertada entraña, de hecho, un acuerdo al tiempo que lo revela mediante la manifestación de un determinado comportamiento coordinado, es indudable, en mi opinión, que al establecer una «categoría» aparte, los autores del Tratado pretendieron evitar que las prohibiciones del artículo 85, relativas a las acciones contrarias a la competencia, fueran soslayadas por empresas que, si bien desarrollan una política común según un plan preestablecido, actúan sin dejar rastro de ningún documento escrito que pueda calificarse de acuerdo.

Esta interpretación, que tiene realmente en cuenta la distinción operada por el artículo 85, reviste un interés evidente respecto a la prueba de la existencia de una práctica concertada que, aun implicando cierta manifestación de la voluntad de las empresas participantes, no puede investigarse en las mismas condiciones que la prueba de un acuerdo explícito.

Pero es preciso también que exista un elemento objetivo, esencial al concepto de práctica concertada; es un comportamiento *de hecho,* común a las empresas participantes. Esta es la primera diferencia de principio con el concepto de acuerdo en el sentido de que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, el acuerdo está comprendido dentro del ámbito de aplicación del artículo 85, siempre que se demuestre su existencia y que tenga por objeto perturbar la competencia dentro del mercado común, sin que proceda investigar el *efecto real* del citado acuerdo sobre la competencia. Por el contrario, opino que por su propia concepción, la práctica concertada no puede disociarse totalmente del efecto real que produce sobre las condiciones de la competencia en el interior del mercado común.

No obstante, la simple observación de un comportamiento común, paralelo o concordante, de empresas no puede bastar lógicamente para calificarlo de práctica concertada en el sentido del apartado 1 del artículo 85. Se requiere asimismo que el comportamiento mencionado no sea la consecuencia, o cuando menos la *principal consecuencia* de la estructura y de las condiciones económicas del mercado.

A ello debe añadirse, como ya he dicho, una cierta voluntad de los interesados de actuar de consuno y, por consiguiente, es preciso que pueda establecerse un nexo de causalidad entre dicha voluntad común y el comportamiento detectado en la práctica. Pero a diferencia de lo que ocurre con los acuerdos, esta voluntad común podrá, según los casos, deducirse del conjunto de elementos de hecho recogidos acerca del comportamiento de las empresas; por ejemplo, instrucciones dadas a los representantes, relaciones con los compradores, modificaciones de las condiciones de venta, una mayor o menor simultaneidad de las decisiones adoptadas, contactos mantenidos entre directivos...

Sección II

Las tesis existentes

Tras estas observaciones preliminares, ¿cuáles son las tesis defendidas en relación con la existencia de una práctica concertada?

En su Decisión de 24 de julio de 1969, la Comisión dedujo el carácter concertado de los aumentos de precios de 1964, 1965 y 1967 de la uniformidad de los índices aplicados por los productores en cada país, de la identidad, salvo muy raras excepciones, de las materias colorantes que fueron objeto de los citados aumentos, de la extrema proximidad, léase incluso de la identidad, de las fechas de su aplicación. Y estimó que, en atención al conjunto de estas consideraciones, los aumentos de precios de que se trata no podían responder únicamente a la estructura de los mercados de colorantes y afirmó, en términos quizás algo abruptos, «que *no es* verosímil que, sin una minuciosa preparación previa, los productores principales que abastecen el mercado común hayan, en distintas ocasiones, incrementado los precios de una misma e importante serie de productos en porcentajes idénticos, prácticamente al mismo tiempo y en varios países cuyas condiciones de mercado son diferentes». Pero esta afirmación se apoya en la minuciosa relación de circunstancias de hecho en que los aumentos de precios fueron acordados, anunciados y aplicados y en la propia referencia al contenido de las instrucciones dirigidas por los productores a sus filiales o representantes en los diferentes mercados, instrucciones que, a juicio de la Comisión, presentan acusadas similitudes tratándose del aumento de enero de 1964. Por último, la Comisión se refiere igualmente a la reunión mantenida en Basilea el 18 de agosto de 1967 y en la que estaban representados todos los productores mencionados, a excepción de ACNA, reunión en la que el representante de Geigy anunció su intención de aumentar los precios de venta a la clientela antes de finalizar el año 1967. La Decisión impugnada añade que los referidos aumentos afectaron a los precios de venta al conjunto de los consumidores, y que la distribución de los colorantes se realiza a través de los servicios comerciales de los propios productores cuando se trata de suministros en su mercado nacional, o por medio de los revendedores en exclusiva, estrechamente vinculados a las instrucciones de los productores, cuando se trata de ventas en los mercados extranjeros; la Comisión deduce de ello que estas prácticas han restringido el juego de la competencia, que sólo podía consistir en la calidad o en el servicio postventa. Por último, declara que estas prácticas concertadas, cuyos efectos abarcan a varios países del mercado común, pueden afectar al comercio entre los Estados miembros.

Así, la Decisión impugnada deduce la existencia de prácticas concertadas comprendidas dentro del ámbito de aplicación del artículo 85, tanto de las condiciones en que fueron acordados y aplicados los aumentos de precios como del hecho de que dichos aumentos no pudieran responder únicamente a la estructura del mercado de los colorantes. Los Agentes de la Comisión han mantenido ante el Tribunal de Justicia esta doble motivación, matizándola a fin de responder a la tesis de las demandantes.

Éstas, por el contrario, se basan fundamentalmente en el análisis del mercado oligopolístico de los colorantes para sostener que tan sólo ha habido un comportamiento paralelo de los productores, que responde a las propias condiciones del mercado; las demandantes opinan que no puede equipararse dicho comportamiento a una práctica concertada. Estiman que los aumentos de

precios se deben a decisiones autónomas de cada una de las empresas, determinadas por necesidades económicas y principalmente por la exigencia de restablecer el insuficiente nivel de rentabilidad de la producción. La identidad de los índices de aumento se debe, según ellas, al hecho de que el productor que tiene la iniciativa en materia de precios, el «price-leader», es necesariamente seguido en su decisión por los otros miembros del oligopolio.

Éstas son, en rasgos generales, las tesis entre las que debe optar el Tribunal de Justicia.

Sección III

La concertación

Me propongo volver sobre las alegaciones de las partes examinando sucesivamente los dos puntos siguientes:

- ¿Ha habido comportamiento paralelo?
- ¿Responde este comportamiento únicamente a las condiciones económicas del mercado o es la consecuencia de una política concertada en materia de precios?

A. *Existencia de un comportamiento paralelo*

Como ya he dicho, el primer elemento objetivo que caracteriza a la práctica concertada consiste necesariamente en la manifestación de un comportamiento similar, paralelo o concordante de las empresas afectadas.

A este respecto, los hechos enunciados por la Decisión impugnada bastarían para demostrar, en el presente caso, la existencia de un comportamiento semejante, que por otra parte las demadantes no discuten, por lo menos en principio. En efecto, se ha demostrado que tanto en 1964 como en 1965, y más tarde en 1967, las empresas acordaron y después aplicaron, en fechas muy próximas si no, a veces, idénticas, a una misma gama muy amplia de productos y en índices idénticos, aumentos lineales de precios de base aplicables a las materias colorantes vendidas por ellas mismas o por sus filiales. Las demandantes sólo discuten a este respecto las declaraciones de la Decisión impugnada en dos puntos secundarios, llamémoslos modalidades: lista de colorantes afectados por los aumentos que no es absolutamente conforme con la realidad, requisitos de aplicación a los pedidos en curso que no han sido expuestos con exactitud por la Comisión. Pero, al margen de estas divergencias, sobre las que, por otra parte, volveré, pues tienden a negar la idea misma de concertación, me veo obligado a afirmar que el paralelismo de un comportamiento, cuyo carácter no fortuito, sino muy deliberado por parte de varios productores y en los mismos mercados no se discute, queda demostrado por los propios hechos. Así pues, se da el primer elemento de una práctica concertada. Si bien es necesario, no es suficiente.

B. *Origen y motivos del comportamiento paralelo*

El segundo elemento reside, como ya hemos visto, en la *existencia de una determinada voluntad común.* Para que este elemento se

dé, no es necesario que se demuestre una manifestación expresa y precisa de un concurso de voluntades que se interprete como un verdadero acuerdo, es decir, como un instrumento jurídico obligatorio y coercitivo, pero, a mi juicio, debe demostrarse, al menos:

- Por una parte, que el comportamiento paralelo consciente no responde exclusivamente o ni siquiera principalmente a las condiciones económicas ni a la estructura del mercado.

- Por otra, que, a falta de un concurso explícito de voluntades, existen presunciones suficientemente precisas y concordantes que demuestren que el comportamiento paralelo ha sido el resultado de una concertación, de una política coordinada.

Dicha concertación puede existir aun cuando determinadas empresas hayan tomado una parte preponderante en la iniciativa y aplicación de esta política, en tanto que otras, cuyos medios de acción eran sin duda menos poderosos, tan sólo se han adherido a la concertación. Se trata pues de investigar si en el presente caso se dan dichos indicios o presunciones.

Dada la competencia jurisdiccional plena que en esta materia atribuye al Tribunal de Justicia el artículo 17 del Reglamento nº 17 del Consejo, éste debe conocer del asunto en su conjunto, como ya dijo el Abogado General Sr. Gand, en sus conclusiones sobre los asuntos de la quinina (Rec. 1970, p. 707); la facultad de apreciación de los hechos del Tribunal de Justicia es total, corresponde pues a éste formar su propio convencimiento respecto a la existencia y a la calificación de la infracción al apartado 1 del artículo 85. Este Tribunal de Justicia no procede a la apreciación de los hechos *in abstracto* sino, según se desprende de su jurisprudencia, en función de los datos propios del sector de que se trata. Por lo tanto, la cuestión de si ha habido concertación sólo puede resolverse considerando, por una parte, las características del mercado de los colorantes, y por otra, el conjunto de los indicios admitidos por la Decisión impugnada y confirmados por el examen de los autos.

1. *Características del mercado de los colorantes*

a) Las demandantes pretenden explicar y justificar su comportamiento en materia de precios basándose exclusivamente en las estructuras y mecanismos del mercado de los colorantes. A decir verdad, sus representantes han insistido tanto sobre este punto que quizás hayan podido dar la impresión de que las características de este mercado, en el que la oferta es controlada por un número restringido de productores, son tales que de alguna forma el artículo 85 sería inaplicable al mismo.

Esta conclusión sería evidentemente inexacta. El artículo 85 se aplica tanto a los mercados oligopolísticos como a los mercados más «atomizados». Por el contrario, debe reconocerse que los oligopolios no están

prohibidos en sí mismos por el Tratado y que el artículo 85 no debe llevar a imponer a las empresas, que ejercen su actividad en mercados de esta naturaleza, obligaciones tales que impidan dicha actividad o que puedan provocar una transformación completa de las estructuras de la profesión.

b) Hecha esta observación, ¿cuáles son los datos objetivos que pueden acogerse, especialmente de la exposición descriptiva del mercado presentada por los profesores Kloten y Albach?

En el mercado mundial, más de 300 empresas venden materias colorantes y pigmentos, pero este mercado está dominado por menos de una docena de firmas.

En el período que nos interesa, diez productores poseen el 80 % del mercado europeo. Estos, a excepción de Francolor, no fabrican únicamente colorantes, sino que producen también materias sintéticas, productos farmacéuticos y fitosanitarios, productos químicos; éste es, entre otros, el caso de Bayer, de Hoechst y de BASF; otros, como ACNA o Cassella, se abastecen de productos intermedios en las grandes industrias químicas.

Así, las estructuras de producción presentan diferencias importantes y, en consecuencia, los costes de los productos son también muy diferentes.

El número de colorantes producidos es considerable: existen 6.000 en el mercado; cada una de las empresas fabrica de 1.500 a 3.500 colorantes, y con frecuencia los compra a otros productores para completar la gama que ofrece a la venta.

Entre 1956 y 1966, han aparecido en el mercado más de 2.000 materias colorantes nuevas, en sustitución de productos que han dejado de fabricarse.

Estos productos son en mayor o menor medida intercambiables. Si bien es posible, a este respecto, establecer una distinción entre los *colorantes corrientes,* cuyo grado de intercambiabilidad puede considerarse bastante elevado, y los *colorantes especiales,* en los que es muy bajo si no nulo, la línea divisoria entre estas dos categorías parece difícil de trazar con precisión.

Las técnicas de producción son tales que en general son precisas al menos diez transformaciones químicas diferentes para fabricar materias colorantes a partir de los productos básicos, de suerte que el ciclo de producción dura de tres a doce meses.

Por último, en la producción, la importancia de las partidas oscila entre 500 y 5.000 kg, en tanto que el volumen medio de los pedidos no supera los 50 kg. En cuanto a la demanda, ha sufrido una expansión rápida e importante. De 1958 a 1968, la venta de colorantes casi se ha duplicado (índice 100 en 1958, 198 en 1968). Esta demanda está muy diferenciada, tanto en función de los

productos y de los mercados nacionales como de las categorías de compradores. La demanda en su conjunto está fuertemente determinada por la expansión del sector de los textiles y, en menor medida, por la de la industria de los varnices y de las lacas, y por la transformación de las materias sintéticas.

Los productores abastecen a un tiempo su mercado nacional y determinados mercados exteriores, pero su situación a este respecto presenta diferencias fundamentales. Algunos de ellos, como los suizos o los alemanes, exportan entre el 75 y el 90 % de su fabricación, en tanto que franceses e italianos venden poco al extranjero.

Debe destacarse que, según las estadísticas de exportación, los productores suministran colorantes a sus filiales o agentes en el extranjero, y éstos se encargan de la asistencia técnica a la clientela local.

Esta clientela, principalmente en el sector textil y de los cueros, registra, debido a la evolución de la moda, un interés por la rapidez y la seguridad de sus suministros así como por los servicios de asistencia técnica que se le prestan, mayor que por el nivel de los precios. Esta afirmación es menos clara respecto a las otras categorías de compradores, como los fabricantes de lacas y varnices.

Dada la escasa incidencia de los precios de los colorantes sobre los productos acabados, principalmente tratándose de textiles, la flexibilidad de la *demanda global* es muy reducida. Pero este hecho no impide que exista una viva competencia entre proveedores; esta competencia individual se ve favorecida por el hecho de que no existan listas oficiales de precios publicadas para el conjunto del mercado, sino únicamente listas de carácter interno impuestas por los productores a sus distribuidores, en cada país.

Se conceden ventajas individuales sobre los precios, en forma de descuentos, principalmente a aquellos clientes que cursan los pedidos más importantes en un intento de los vendedores por atraerse a estos clientes interesantes ofreciéndoles las condiciones más ventajosas. Las particularidades de la política de precios responden asimismo a la variabilidad de los servicios que cada vendedor ofrece a sus clientes. Por otra parte, de todo ello resulta una leve transparencia del mercado respecto a los precios reales de las materias colorantes, leve transparencia que es una condición necesaria de la práctica del «recorte de precios» por parte de los vendedores. Esta política sólo puede producir ventajas comerciales importantes si los competidores no se percatan de las concesiones realizadas o se abstienen de adoptar medidas de represalia.

Siguiendo con los precios, los peritos designados por el Tribunal de Justicia han subrayado que los precios reales de las materias colorantes presentan disparidades importantes, no sólo de un año a otro sino de un país a otro (véanse los cuadros 5 y 6).

Por último, respecto a la evolución de la coyuntura, cabe destacar una tendencia general a la erosión de los precios de los colorantes, y no ofrece duda que, en torno a los años 1963-1964, esta situación preocupaba vivamente al conjunto de los productores y desempeñó un papel determinante en las decisiones de elevación general de los precios. Los peritos designados por las partes no han contradicho en modo alguno las aseveraciones de los profesores Kloten y Albach y que pueden resumirse de la siguiente forma:

- El mercado de los colorantes es un mercado oligopolístico controlado por un pequeño número de productores.

- Es un mercado imperfecto y heterogéneo debido, principalmente, a la gran variedad de productos ofrecidos.

- Es un mercado compartimentado, «rígido», llegará a decir el profesor Kantzenbach.

- Es un mercado en el que el cliente sólo mantiene una relación directa con el productor cuando éste es nacional; pero nunca con un productor extranjero, sino con sus filiales, representantes o agentes.

- Por último, es un mercado en el que la transparencia en materia de precios es prácticamente inexistente.

2. *La opinión de los peritos*

a) Los peritos sacan conclusiones diametralmente opuestas de estas observaciones. Los profesores Bombach y Hill estiman que la simultaneidad de los aumentos se debe a la estructura particular del mercado y añaden que, en este mercado imperfecto, los precios no son un elemento determinante, pues en él la asistencia a la clientela y las condiciones de suministro tienen una importancia muy particular; así, la estructura de los precios recupera su flexibilidad, incluso tras aumentos uniformes, gracias a la competencia que no ha dejado de reinar en el mercado.

Por el contrario, el profesor Kantzenbach se adhiere a la conclusión de la Comisión de que los aumentos sólo son explicables por la concertación de las empresas y finaliza su informe de la siguiente forma: «Dentro de la Comunidad Europea, los vendedores de materias colorantes entran en una competencia oligopolística en varios mercados muy distintos; como estos mercados son imperfectos, no existe coacción alguna que imponga en él un comportamiento uniforme en materia de precios.»

Las conclusiones de los peritos designados por el Tribunal de Justicia me llevan a proponer a este Tribunal que reconozca que los aumentos de precios objeto de controversia no responden a las estructuras ni a los mecanismos de este mercado.

b) El Tribunal de Justicia formuló tres preguntas a los profesores Kloten y Albach.

En primer lugar si, en atención a las características del mercado de las materias colorantes en el interior de la Comunidad Económica Europea, y principalmente durante el período de 1964-1967, habría sido posible, de acuerdo con los criterios comerciales normales de un productor que actúa de manera autónoma y que hubiera tenido interés en elevar sus precios, proceder *de otra forma* que no fuera mediante un aumento general, uniforme y público, fijando índices diferentes en sus relaciones particulares con los diferentes clientes y en función de cada producto.

Los peritos han respondido afirmativamente a esta pregunta, en el sentido de que un productor que actuara de manera autónoma, de acuerdo con los criterios comerciales normales, habría tenido, en principio, la posibilidad de aumentar sus precios de forma diferenciada en función de cada cliente y de cada producto. Pero lo que es importante, a mis ojos, es que también han afirmado que en la *práctica* semejante productor habría podido aumentar sus precios de forma diferenciada, imponiendo a esta respuesta una única restricción, y es que el aumento medio de los precios que habría podido realizar un productor que actuara de esta forma «habría sido probablemente inferior al aumento medio de los precios realizado mediante un alza general y uniforme de los precios».

Este Tribunal de Justicia preguntó seguidamente a los peritos acerca de las ventajas y desventajas que podía acarrear un aumento general y lineal de los precios frente a un aumento diferenciado.

Estos respondieron a la segunda pregunta que, si bien un aumento general y lineal implica pros y contras, tanto para el productor que toma la iniciativa de este aumento como para el que debe unirse al mismo, *en definitiva* las ventajas que habría producido un aumento general y uniforme de los precios habrían prevalecido sobre los inconvenientes.

Esta respuesta me parece aún más significativa que la primera.

Menos interés reviste la tercera pregunta relativa al carácter más o menos intercambiable de los colorantes distintos de los colorantes especiales. Opino como los peritos, que esta distinción es de poca utilidad para valorar los hechos del presente asunto. En efecto, el carácter intercambiable de los productos colorantes me parece un elemento secundario en un mercado en que la demanda está altamente diferenciada y, sobre todo, en el que reina una compartimentación territorial mantenida por los productores que no permite a los usuarios de un país dirigirse con facilidad a los vendedores de otro país para beneficiarse de un mejor precio, ni siquiera en productos intercambiables.

3. *Consecuencias que deben deducirse de los informes periciales*

¿Qué pensar de estas conclusiones, por otra parte matizadas? Por mi parte, tengo el sentimiento de que los aumentos uniformes

de precios producidos en el período discutido no pueden responder únicamente a las *características* del mercado de los colorantes.

Sin llegar a considerar, como la Comisión, que, por consiguiente, estos aumentos sólo pueden ser el resultado de una concertación, estimo que debe admitirse:

- Que la estructura del mercado no imponía en modo alguno estos aumentos uniformes, sino que por el contrario los imperativos de la competencia entre los vendedores, en el supuesto de que ésta hubiera jugado libremente, les habría llevado a practicar, cada uno por su cuenta, elevaciones de precios diferenciadas.

- Que el interés de los productores explica, por el contrario, que acordaran y aplicaran aumentos de idéntico porcentaje para el conjunto de los productos ofrecidos, obligando así a sus filiales y a sus representantes a repercutir estos aumentos sobre la clientela. Este interés, sobre el que volveré más adelante, reside esencialmente en el hecho de que debido a la compartimentación de los mercados nacionales de Europa, y principalmente de la Comunidad, los aumentos uniformes presentaban para los productores la ventaja de no poner en peligro un equilibrio y, en realidad, un reparto de sectores geográficos al que el mercado común debería haber puesto fin.

4. *Argumentos relativos a la teoría económica del oligopolio*

Pero, antes de abandonar el terreno de la economía y para ser exhaustivo en el examen de esta pretensión de las demandantes, dedicaré algunas reflexiones a las alegaciones de éstas relativas a la relación estrecha y, por así decirlo, necesaria que existe entre la forma oligopolística del mercado y el comportamiento paralelo de las demandantes. Para ellas, este paralelismo es normal e incluso típico del oligopolio. La Comisión les responde con razón que esta tesis no tiene en cuenta los caracteres particulares del mercado discutido.

La mayoría de los economistas admiten que el funcionamiento de los oligopolios implica un paralelismo deliberado, y que en ellos los productores son rigurosamente interdependientes, de tal manera que ninguno de ellos puede tomar una decisión en el terreno de la competencia, y particularmente en materia de precios, sin que los otros se vean inmediatamente afectados, sean conscientes de serlo y estén obligados a reaccionar.

En tal situación, el «price-leader» sólo decidirá un aumento cuando tenga la razonable convicción de que sus competidores se verán obligados a unirse a este aumento. Ahora bien, esta interdependencia sólo se encuentra, remitiéndome a la doctrina económica, en los mercados en que, con independencia de los criterios habituales de los oligopolios, aparecen dos elementos determinantes: homogeneidad de los productos y transparencia del mercado en materia de precios. Este no es el caso del

mercado de los colorantes, caracterizado por una gran variedad de productos poco intercambiables y en el que la transparencia de precios es prácticamente inexistente.

Al pasar de la doctrina a la jurisprudencia, se observa, por otra parte, que el concepto de comportamiento paralelo consciente sólo se admite, salvo excepción aplicable por consideraciones muy particulares, en caso de mercados caracterizados por la producción o la venta de productos homogéneos: petróleo, madera, sal, cemento, tabaco...

American *Column and Lumber,* ref. 257 US 377 (1921)
Socony *Vacuum,* ref. 310 US 178 (1940)
American *Tobacco,* ref. 328 US 781 (1946)
Cement Institute, ref. 333 US 683 (1948)
Morton *Salt,* ref. 235 F. 2 d 573 (10th Cir. 1956)
Gulf *Oil,* ref. 164 A. 2 d 656 (1960)

Se trata por supuesto de sentencias dictadas por órganos jurisdiccionales americanos y tan sólo me refiero a ellas como elemento de comparación para el examen del presente asunto; pero, en el ámbito a que me estoy refiriendo actualmente, estas sentencias adquieren un cierto relieve.

Desearía añadir una puntualización a estas consideraciones:

La tesis de que una modificación de precios de todos los participantes puede responder a una coacción ejercida sobre el mercado oligopolístico puede parecer convincente cuando se trata de una modificación a la baja; pero en caso de aumento, la coacción del mercado no tiene la misma incidencia. Los peritos han admitido que un aumento diferenciado habría sido posible. BASF, parte demandada, lo ha reconocido implícitamente en el escrito de 13 de octubre de 1967 dirigido al Bundeskartellamt: «Desde el punto de vista del cálculo del precio de coste, en octubre de 1967 se imponía un aumento más importante (que el 8 %).»

De la misma forma, la lógica del sistema coactivo oligopolístico descrito por los peritos, según el cual, en un mercado determinado, el productor que toma la iniciativa posee siempre la mayor parte de dicho mercado, exigiría que fuera siempre la empresa más poderosa en dicho sector, es decir la que se encontraba en su mercado nacional, la que tomara la iniciativa del aumento. Ahora bien, en 1964, existe por lo menos un caso en el que no fue la empresa que se encontraba en su mercado nacional, ACNA, la que tomó la iniciativa del aumento en Italia, sino Ciba, a la que ACNA se adhirió más tarde. Ello demuestra que, si bien en un mercado oligopolístico una alineación común a la baja puede responder, en la mayoría de los casos, a un comportamiento paralelo sin concertación, es por el contrario infinitamente dudoso que una alineación paralela al alza, en particular cuando el alza es importante, pueda explicarse sin recurrir a la hipótesis de una concertación entre las firmas interesadas.

C. *Condiciones de hecho en que se produjeron los aumentos de precios*

En definitiva, no pienso que las características propias del mercado de los colorantes puedan aportar una explicación racional y satisfactoria. Por el contrario, considero que la existencia de una práctica concertada se ve corroborada por el examen de las condiciones fácticas en que se produjeron los aumentos de precios que se discuten.

1. No obstante, comenzaré el examen de los dos últimos. Estos revelan la existencia de un mecanismo que les es común. En ambos casos se siguió el mismo procedimiento:

a) En primer lugar, un productor da a conocer su intención de proceder a un aumento lineal en uno o varios mercados nacionales en un porcentaje determinado y para una gama también determinada y muy amplia de productos. Es el caso de BASF en 1965 y de Geigy en 1967. Tanto si la fecha prevista para la entrada en vigor del aumento se precisa refiriéndose a un determinado plazo (dos meses en 1967) como si no se precisa en absoluto, ello supone que el «price leader» quería conceder a los otros productores un tiempo de reflexión.

b) Más tarde se informa del proyecto a las otras firmas, sea en calidad de filiales y de clientes, o por otros medios. No creo que se discuta el hecho mismo de la información.

c) Por último: en la mayoría de los países del mercado común, los productores dan las instrucciones necesarias para la entrada en vigor del aumento y éste se produce en la misma fecha. Así ocurrió tanto en 1965 como en 1967.

Si por el contrario, en un mercado, uno de los productores se niega a adherirse –caso de ACNA en el mercado italiano en 1965 y en 1967– los otros renuncian a aplicarlo en dicho mercado.

Así, nos encontramos ante una decisión inicial del «price-leader» anunciada con antelación, seguida, según los casos, por la adhesión de las otras firmas o por un rechazo total o parcial, siendo este rechazo admitido por los competidores, que sacan las consecuencias de ello.

Sin que sea preciso analizar cómo debe calificarse esta operación a la luz del Derecho contractual, pues no nos hallamos ante un «acuerdo», considero que implica, de hecho, la convergencia de varias voluntades: la del «price-leader», que no es una manifestación de voluntad puramente unilateral, pues la ejecución de su decisión depende de la aceptación de los demás productores, seguidamente la de cada uno de estos últimos que se adhieren, cuando menos tácitamente, a la decisión inicial del «price-leader» o bien se oponen a ésta y obstaculizan su realización o al menos limitan su alcance.

Estos elementos bastan, a mi juicio, para demostrar el elemento de concertación

exigido por el apartado 1 del artículo 85. Exigir una manifestación más evidente, más explícita de voluntades supondría ignorar la distinción que esta disposición del Tratado opera entre acuerdo y práctica concertada. Ello implicaría, por consiguiente, no dar al concepto de concertación la acepción realista que, a mi juicio, procede atribuirle. La concertación no es un acuerdo; no consta en un documento cuyo objeto sea fijar las obligaciones respectivas de las partes. Tampoco es necesariamente una «conspiración» organizada metódicamente en reuniones en que pueden expresarse divergencias de opinión o intereses encontrados. Puede consistir, y ha consistido en el presente caso, en un comportamiento común pero coordinado, resultado de decisiones, en apariencia unilaterales, cuya ejecución depende de la adhesión de los participantes.

Existen ciertas objeciones a esta tesis que no han dejado de exponer brillantemente, durante la vista, algunos representantes de las demandantes y en particular el profesor Von Simson.

Fijarse tan sólo en las relaciones entre el «price-leader», por una parte, y cada uno de los otros productores, por otra, supondría calificar de concertación relaciones bilaterales que, en un mercado oligopolístico, hallan su natural explicación en el interés propio de cada empresa, sometida a las presiones de dicho mercado y al poder preeminente del «price-leader». Quizás entonces, se nos dice, podría considerarse la operación como un abuso de posición dominante por parte del «price-leader», en el sentido del artículo 86 del Tratado, pero no como una práctica concertada contemplada por el artículo 85; ya que este artículo exige, no una simple adhesión a la decisión de uno de los productores, sino una verdadera concertación entre todos los productores.

La objeción del profesor Von Simson me parece infundada. En efecto, si entre el «price-leader» y cada uno de los otros productores se hubiera celebrado un auténtico acuerdo, que expresara la adhesión de este otro productor, no cabe duda de que dicho acuerdo bilateral, aun cuando fuera aislado, habría podido justificar la aplicación del apartado 1 del artículo 85, sin que procediera investigar si se habían celebrado otros acuerdos idénticos o si en esos diversos acuerdos se habían establecido vínculos entre las partes.

Ahora bien, cuando se trata de práctica concertada ¿se puede exigir más que en materia de acuerdo?

En segundo lugar, la objeción que se hace a mi tesis sólo valdría –lo que se explica por la orientación general de la argumentación de las demandantes– en la hipótesis de un mercado oligopolístico de tipo clásico, es decir, que supone una estrecha interdependencia entre fabricantes de productos homogéneos. Pero, como hemos visto, el análisis del mercado de los colorantes conduce a pensar que los caracteres específicos de este mercado se apartan, en más de un aspecto, del esquema tipo del oligopolio. ¿No resulta sorprendente comprobar que el «price-leader» es diferente en cada uno de los aumentos producidos, en 1965 y 1967:

BASF, en el primero, y Geigy, en el segundo? ¿No es concebible pensar que la iniciativa de la decisión en materia de precios ha sido organizada de manera que cada uno de los productores pueda desencadenar por turno el aumento? Es indudable que tal maniobra, si se demostrara su existencia, constituiría en sí una concertación, pero ello no se deduce de la instrucción. O bien, ¿no cabe buscar la explicación de los cambios observados en el liderazgo en materia de precios en el hecho de que, al estar compartimentados los mercados nacionales, era natural que el «price-leader» fuera una de las empresas que exportan una gran parte de su producción a los mercados vecinos, caso de BASF y de Geigy?

Al igual que la primera, esta segunda hipótesis no es corroborada por los documentos obrantes en autos. Pero la considero más verosímil, en atención al contexto general del asunto.

Sea como fuere, el Tribunal de Justicia no tendría que acogerla si este Abogado General hubiera logrado convencerle de que el propio mecanismo de los aumentos de 1965 y 1967 revela, por sí solo, la existencia de una concertación. Si este Tribunal albergara todavía alguna duda sobre este punto, las condiciones particulares de hecho en que fueron aplicados los referidos aumentos aportan igualmente indicios serios. Los indicios más numerosos así como los más concordantes son los referidos al aumento aplicado en 1967. Los recordaré: el 18 de agosto de 1967, se celebró en el domicilio social de Sandoz en Basilea una reunión a la que asistieron representantes de todas las firmas demandantes, a excepción de ACNA. Es evidente que no poseemos el *verbatim* de la citada reunión, pero hay un punto sobre el que no existe duda alguna: el delegado de Geigy anunció la intención de esta firma de aumentar el precio de los colorantes solubles a base de anilina antes de finalizar el año, y se deduce de los autos que esta intención se formuló en términos muy precisos; se trataba de un aumento del 8 %, a partir del 16 de octubre de 1967.

Los delegados de Bayer y de Francolor anunciaron que también sus empresas tenían previsto un aumento.

Es indiscutible que nada demuestra formalmente que a estas declaraciones siguiera una deliberación en la que se establecieran commpromisos recíprocos. No obstante, parece poco verosímil que no hubiera, sobre este punto, al menos una discusión, siendo así que en dicha época el problema del precio de los colorantes y de la rentabilidad de las empresas inquietaba seriamente a todas las firmas productoras.

Inmediatamente después de la reunión de Basilea, todas las sociedades registran una intensa actividad con vistas a la aplicación del aumento previsto. Los representantes de las empresas en la reunión de Basilea dan cuenta de la situación a sus directivos respectivos; durante este período ya se resuelven dos casos particulares: el de Francia, en relación con la cual Francolor, que, debido al control de los precios, no había podido beneficiarse de los aumentos de 1964 y 1965, decide una recuperación del 4 %

además del aumento general del 8 %; el de Italia, país en el que, debido a la recesión del mercado interior, ACNA se opone al aumento que, no obstante, se declara dispuesta a aplicar a otros mercados, principalmente al mercado belga y al mercado francés.

Así el aumento, previsto inicialmente como uniforme y de un índice del 8 % en todos los mercados de la Comunidad, fue adaptado en los casos especiales de Francia e Italia.

Al parecer, también BASF, que habría deseado un aumento mayor, se adhirió finalmente al índice del 8 %.

En todo caso, el 19 de septiembre de 1967, todas las empresas representadas un mes antes en Basilea anuncian un aumento del 8 %, a partir del 16 de octubre de 1967, aumento elevado al 12 % por Francolor.

Por último, en casi todos los casos, este aumento se aplicó, salvo en Italia, en la fecha anunciada en Basilea y confirmada el 19 de septiembre, es decir, el 16 de octubre.

Un sincronismo tan perfecto en el desarrollo de las operaciones ¿puede responder a un simple intercambio de informaciones que, por otra parte, las firmas interesadas no discuten? Por mi parte, opino que sin una auténtica concertación la operación no habría podido realizarse en tales condiciones.

Estas revelan indicios que, a mi juicio, demuestran la existencia de la referida concertación, no solamente entre Geigy y cada una de las otras firmas controvertidas, sino asimismo de una concertación de estas firmas entre sí, tanto en lo que se refiere a la decisión que iban a adoptar ante la intención anunciada por el «price-leader» como respecto a las modalidades de adhesión a dicha decisión.

El caso de Italia es significativo a este respecto. Como ACNA se negó a adherirse al acuerdo, el mercado italiano quedó al margen de los aumentos y las otras empresas sacaron las consecuencias de esta negativa; por el contrario, ACNA aceptó aumentar sus precios en los mercados francés y belga.

Respecto al aumento de 1965, recordaré que éste consistió en extender el aumento de 1964 a Alemania y en aumentar un 10 % los productos que no se vieron afectados por el aumento de 1964, es decir, esencialmente pigmentos no solubles, sus modalidades de aplicación presentan mucha analogía con la del aumento de 1967:

BASF lo anunció el 14 de octubre de 1964, es decir, con mucha antelación; Bayer manifestó la misma intención el 30 de octubre y Cassella el 5 de noviembre. Por fin, sólo se acuerda y lleva a efecto después de un plazo comparable al que transcurrió en 1967 entre la reunión de Basilea y la aplicación efectiva del aumento: efectivamente, la decisión para todas las sociedades se adoptó el 28 de diciembre y se hizo

efectiva el 1 de enero de 1965. Durante los meses de noviembre y diciembre se resolvieron dos casos particulares: la oposición de ACNA determina la exclusión, por primera vez, del mercado italiano de los aumentos previstos en los otros mercados; en segundo lugar, la congelación de precios en Francia impidió, como es sabido, la aplicación de cualquier aumento en dicho país. Por último, como en el caso del aumento de 1967, el sincronismo fue perfecto, no existe ninguna diferencia o disparidad, por leve que sea, en las condiciones de aplicación. Por consiguiente, por razones análogas a las ya expuestas, considero que el aumento de 1965 fue objeto de la misma concertación que el de 1967.

2. *El aumento de 1964*

La razón de que no haya seguido el orden cronológico de los aumentos sucesivos, es que, sobre el primero de ellos, que se produce en enero de 1964, los autos no contienen tanta información como sobre los que le siguieron.

Tan sólo se tiene conocimiento de las condiciones en que se aplicó este aumento, entre el 13 y el 20 de enero; se sabe asimismo que fue desencadenado por Ciba que, probablemente a finales de 1963 o en los primeros días de 1964, dio a su filial italiana una orden de aumento del 15 % en la mayoría de los colorantes a base de anilina, a excepción de determinados productos, principalmente pigmentos.

Por el contrario, ignoro cuándo y en qué circunstancias anunció el «price-leader» este aumento así como las reacciones de los otros productores, si no es que éstos siguieron el movimiento de precios, salvo en los mercados alemán y francés.

Por consiguiente, no se puede afirmar de esta primera operación que ya se hubiera aplicado el mecanismo que hemos visto funcionar en relación con las operaciones siguientes.

Pero esta falta de información no me lleva a descartar la imputación de concertación respecto del aumento de 1964. Destacaré de pasada que la laguna de los autos se debe indudablemente al hecho de que en aquella época la Comisión no había sido alertada todavía y, *a fortiori,* no había podido informarse. Cuando posteriormente se llevaron a cabo operaciones de control, fue sin duda difícil investigar, con posibilidades de éxito, los indicios de una concertación urdida, en hipótesis, durante los últimos meses de 1963.

En consecuencia, intentaré ganar la convicción de este Tribunal basándome tan sólo en los hechos que se deducen de los documentos obrantes en autos.

¿Cuáles son esos hechos?

En cuanto a las fechas de aplicación del aumento, ha quedado demostrado que, el 7 de enero, Ciba-Italia aplica desde ese mismo día un aumento del 15 % en los colorantes a base de anilina distintos de los pigmentos, colorantes alimentarios y cosméti-

cos. Los otros productores tardan dos o tres días en reaccionar. El 9 de enero, ICI-Holanda anuncia y aplica el aumento. El 9 por la tarde, todos los demás productores dan instrucciones de aumento a sus representantes en Italia. El mismo día, Bayer da orden a su filial en Bélgica de practicar en los mismos productos el mismo aumento, que se aplicará el 10 de enero. También el 10 de enero, ACNA acuerda el aumento en Italia; el 13 de enero, lo hace aplicable en Bélgica. Por último, el 13 de enero Sandoz-Suiza da a Sandoz-Italia las instrucciones necesarias para la aplicación del aumento, cuyo principio le había anunciado mediante una comunicación de 9 de enero.

En cuanto a las modalidades: se aplica el mismo porcentaje de aumento; afecta, aproximadamente, a las mismas categorías de productos. Si bien se han observado determinadas divergencias, señaladas por dos de las demandantes, Bayer y Geigy, tanto en lo concerniente a los productos que deben experimentar el aumento como a las modalidades de aplicación de éste, a los clientes, estas divergencias son de menor importancia y no pueden desvirtuar seriamente las similitudes indiscutibles y, en muchos aspectos, sorprendentes observadas entre las instrucciones dirigidas por ciertas sociedades matrices a sus filiales o representantes. La Comisión ve en ello una de las pruebas mismas de la concertación. Aunque no comparta totalmente esta opinión, hay que reconocer que la concordancia casi literal de algunas de estas comunicaciones por télex, no sólo en lo tocante a las fechas, a los porcentajes de aumento y a las categorías de productos a que se refieren, sino también respecto al comportamiento que debe observarse en las relaciones con los clientes, constituye un indicio suplementario que no debe despreciarse. A juicio de la demandada, es inconcebible que los interesados hayan podido poner en vigor un aumento uniforme con tanta celeridad, sin una concertación previa. Este argumento tiene sentido, pero cabe objetar al mismo que la propia celeridad con la que las sociedades reaccionaron podría invocarse a la inversa contra la hipótesis de una concertación que exige necesariamente un determinado plazo.

No obstante, se puede pensar que las instrucciones a las filiales y a los representantes no eran sino el final de una operación de la que hay buenas razones para presumir que había comenzado algunas semanas antes. Mientras que en el caso de los aumentos de 1965 y de 1967, son evidentes todas las fases de la concertación, del aumento de 1964 sólo se percibe la parte visible del «iceberg». Ello puede responder igualmente al hecho de que el procedimiento de concertación se haya, por así decirlo, ido rodando con el tiempo y de que no se haya perfeccionado hasta el último aumento de 1967.

3. *Prueba de la concertación*

Pero no me detendré en estos aspectos, en definitiva secundarios. Otra es la consideración que me lleva a reputar probada la existencia de una concertación, urdida con anterioridad al aumento de 1964. Efectivamente, considero que ésta no es disociable de las que le siguieron, que tanto unas como

otras son elementos de una estrategia global en la que los productores han participado con plena conciencia. Por otra parte, ¿no ha quedado demostrado que en 1965, este aumento de 1964, de un índice del 15 %, se extendió a Alemania, país que quedó al margen del mismo un año antes? ¿No se ha probado que también en 1965 el aumento del 10 % afectó a los colorantes y pigmentos excluidos del primer aumento de precios, es decir, consistió en una ampliación del ámbito de aplicación del aumento? ¿Y que en 1967 se acordó una segunda elevación de los precios de todos los colorantes, incluyendo esta vez al mercado francés, que había quedado excluido de los aumentos debido a un plan de estabilización?

Esta continuidad en el proceso me lleva al convencimiento de que la concertación fue el resultado de un plan de conjunto. Por consiguiente, las divergencias, por otra parte menores, detectadas en el *modus operandi* no desvirtúan la unidad y la continuidad del referido plan.

Así, ¿no es natural que en materia de aumentos de precios los productores operen mediante elevaciones sucesivas y graduales, aunque sólo fuere para evitar la aplicación brusca y de una sola vez de un índice excesivo, para intentar atenuar las reacciones de los clientes, y por último, para asegurarse de que, antes de proseguir la ejecución de su plan, la aplicación del primer nivel de aumento haya alcanzado los objetivos previstos y no haya producido consecuencias que se puedan lamentar?

Por consiguiente, propongo, con toda firmeza, que se reconozca la existencia de una sola y misma práctica concertada para los tres aumentos de 1964, 1965 y 1967.

Quedan por examinar otras dos cuestiones para poder reconocer que dicho comportamiento concertado justificaba la Decisión impugnada.

Sección IV

Distorsión de la competencia

A. *Aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado a la práctica concertada*

Para aplicar el apartado 1 del artículo 85 del Tratado es preciso también que los acuerdos entre empresas o las prácticas concertadas hayan tenido «*por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común*».

En lo concerniente a los acuerdos, el Tribunal de Justicia interpretó la expresión «por objeto o efecto» en el sentido de que el *objeto* basta por sí solo para cumplir el requisito, sin que sea preciso investigar los *efectos reales* de un acuerdo sobre el juego de la competencia (sentencia de 13 de julio de 1966, Consten y Grundig/Comisión, asuntos acumulados 56/64 a 58/64, Rec. pp. 429 y ss., especialmente p. 491).

Pero una parte de la doctrina que, para definir el concepto de práctica concertada, concede una particular importancia a los

elementos objetivos, estima que, para estar comprendida dentro del ámbito de aplicación del artículo 85, esta práctica debe haber alterado la competencia de forma efectiva y concreta.

En las conclusiones presentadas en el asunto Chemiefarma/Comisión, el Abogado General Sr. Gand parecía inclinarse en el mismo sentido. A su juicio, «si bien, para aplicar el artículo 85, no deben tenerse en cuenta los efectos concretos (de un acuerdo), no cabe decir lo mismo de una práctica concertada, que, según la opinión dominante, implica que la concertación se traduzca concretamente, de suerte que por una parte hay que demostrar un comportamiento concreto de los interesados y por otra la existencia de un nexo entre dicho comportamiento y un plan preestablecido» (Rec. 1970, p. 718).

Ya he dejado entrever que mi opinión no se aleja mucho de la así expresada.

¿Sería posible ir más lejos, tener en cuenta no el resultado, el efecto real de la práctica, sino también su *efecto virtual?* Sin duda podría parecer extraño admitir que una práctica concertada, que materialmente no ha tenido efecto alguno sobre el juego de la competencia, a pesar de la intención de los participantes y debido a circunstancias que les son ajenas, escape a la aplicación del artículo 85; en tal caso me inclinaría a pensar que la tentativa o el simple principio de ejecución bastan para justificar la aplicación del apartado 1 del artículo 85.

B. *Consecuencias de la práctica concertada sobre la competencia*

Pero en caso de que el Tribunal de Justicia compartiera mi opinión, sería ocioso pronunciarse sobre esta cuestión pues, en el presente caso, la práctica concertada discutida ha tenido a la vez por objeto y por efecto concreto restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado común.

¿Cuáles han sido las consecuencias efectivas de los aumentos de precios de los colorantes?

Si creyéramos a las demandantes, dichas consecuencias han sido nulas debido a la propia estructura del mercado de los colorantes y a las prácticas al uso en materia de venta a los usuarios. Esta afirmación se deduce naturalmente de la tesis general que ya conocemos en lo que se refiere a la explicación del comportamiento paralelo de las empresas. Pero, aquí, puede parecer sorprendente dado que, al mismo tiempo, la mayor parte de las demandantes afirman que en el mercado existe una gran competencia entre vendedores. No obstante, esta contradicción es sólo aparente. Acogiéndose a los informes periciales, las demandantes alegan que el nivel de precios no es el único –léase incluso el principal– elemento de esta competencia entre distribuidores. Esta observación no es inexacta; los propios profesores Kloten y Albach lo han señalado; capacidad y plazos de suministro, calidad de los productos, servicio de asistencia técnica posventa y garantías ofrecidas a los clientes, que llegan hasta el seguro de los daños eventualmente causados por el em-

pleo de colorantes cuya calidad se haya revelado insuficiente, constituyen en efecto factores que los compradores, las industrias usuarias, tienen muy en cuenta; este elemento no ha sido negado por el profesor Kantzenbach. Pero permítaseme decir que estos elementos de competencia siguen existiendo, sea cual fuera el nivel general de precios, cuando al menos las variaciones de éstos son de aplicación global y su índice uniforme. Estos factores de la competencia sólo están llamados a desempeñar un papel determinante en el supuesto de aumentos diferenciados.

Por otra parte, esto es lo que pretenden demostrar las demandantes cuando sostienen que, al no estar publicadas las listas de precios básicos, la competencia sobre los precios de venta se opera mediante descuentos individuales concedidos a determinados compradores; que, por consiguiente, un aumento de precios idéntico en porcentaje no puede afectar a esta forma de competencia pues, en realidad, los precios siguen siendo diferentes. Así, los aumentos lineales no tienen efectos sobre los precios reales, como lo demuestra por otra parte la tendencia a la erosión efectiva de los precios observada en el mercado global de los colorantes, a pesar de los aumentos lineales producidos durante el período comprendido entre 1964 y 1967. Ante esta alegación, cabe preguntarse entonces por qué los productores han aplicado dichos aumentos, si, como pretenden, los precios reales de venta están determinados, en la generalidad, si no en la totalidad de los casos, por los descuentos concedidos por los distribuidores para conservar o atraerse un cliente.

Pero esta tesis es, a mi juicio, infundada:

En primer lugar, ¿son las ventas con descuento una práctica tan generalizada como se nos dice? En los documentos obrantes en autos no hay confirmación de ello. Por el contrario, al parecer, en la mayoría de los casos, una filial, por tanto un distribuidor, sólo puede conceder un descuento con la autorización de la sociedad matriz. Esto es lo que resulta al menos de ciertos télex de instrucciones. Es difícilmente concebible que tal sistema pueda aplicarse a la totalidad o a la casi totalidad de las ventas.

Por otra parte, tenemos cifras de algunas firmas: es el caso de Bayer, a la que se le calculan 1.500 descuentos individuales por año (informe Kloten y Albach, p. 29, nº 50). Respecto a ICI, en 1967 fue objeto de 689 solicitudes de descuento y concedió únicamente 429 (informe ICI sobre la industria de las materias colorantes en Europa, p. 14). Estas cifras parecen poco importantes comparadas con el volumen global de ventas efectuadas por estas mismas sociedades. Bayer tiene unos 5.000 clientes en el mercado común (Kloten y Albach, p. 30, nº 52). Incluso admitiendo que algunos clientes obtengan descuentos de forma habitual, su número no superaría un tercio de la clientela global. En lo que se refiere a ICI, se mide la mínima importancia de los descuentos concedidos en atención a la magnitud de esta firma.

En resumen, sea cual fuere la importancia relativa de las ventas con descuento, el hecho sigue siendo que los descuentos sólo

pueden concederse en relación con el precio de referencia, con un precio básico. Por consiguiente, los aumentos de precios, incluso los uniformes en porcentaje, no pueden dejar de ejercer una influencia sobre los precios reales en un mercado no transparente en el que es imposible calcular los descuentos en consideración a los que podría conceder un competidor. Y añadiré que, para el comprador, el aumento uniforme no puede dejar de tener un efecto de disuasión por cuanto le desanima a exigir el mantenimiento del descuento que se le había concedido anteriormente, o de persuasión, ya que le prepara psicológicamente para aceptar la disminución de dicho descuento.

Por último, si bien los aumentos lineales, de porcentaje uniforme, no han tenido el efecto de eliminar la *competencia,* es indudable que han tenido, a un tiempo, por objeto y por efecto *mantener dicha competencia dentro de los límites en que se ejercía anteriormente.* Los productores han conseguido una especie de seguro contra el riesgo de que esta competencia aumente y sobre todo de que se cuestionen las posiciones adquiridas y el equilibrio alcanzado en los mercados nacionales compartimentados.

Por tanto, este análisis me lleva a pensar que los aumentos lineales han tenido un efecto concreto sobre el juego de la competencia que no habrían tenido los aumentos de precios diferenciados y no concertados. Creo, además, hallar confirmación de esta forma de pensar en la situación particular de determinados mercados.

C. *El caso particular de la sociedad ACNA*

Un ligero incidente, que ha enfrentado en estrados a uno de los Agentes de la Comisión con uno de los representantes de las firmas demandantes, ha dado lugar a importantes precisiones sobre este punto. El representante de la Comisión ha expresado que el volumen de negocios de ACNA en el mercado alemán aumentó en proporciones considerables durante los meses que siguieron al aumento del 1 de enero de 1965 al que esta firma se había negado a adherirse. Su volumen de negocios en el referido mercado se había elevado en el año 1964 a 64 millones de LIT; ahora bien, en los cuatro primeros meses de 1965, alcanzó los 97 millones de LIT y la Comisión estima los intercambios comerciales de ACNA con Alemania, de todo el año 1965, en cerca de 300 millones de LIT. Se han observado fenómenos idénticos después del aumento de 1967.

Las demandantes no han respondido a esta alegación. Se han limitado a sostener que la Comisión no podía alegar durante la vista un motivo que no había planteado en la fase escrita. No puede acogerse esta excepción de inadmisibilidad.

No es la Comisión, sino una de las demandantes quien ha alegado en la vista un argumento, no invocado por otra parte en su escrito de demanda, y destinado a demostrar que ACNA no obtuvo ventaja alguna, en

cuanto a su volumen de ventas, de no participar en el aumento de 1965. Para responder a esta nueva alegación, el Agente de la Comisión ha hecho referencia a los elementos de hechos que acabo de recordar. La Comisión, parte demandada en el litigio, tenía perfecto derecho a alegar todos los elementos que considerara útiles para desvirtuar una nueva alegación de las demandantes.

La exactitud material de los hechos expuestos no ha sido formalmente impugnada. En lo concerniente al aumento de 1965, la Comisión precisó que los datos a que hacía referencia figuraban en la estenografía de las declaraciones hechas por el director comercial de ACNA, en julio de 1965, a uno de los inspectores de la Comisión. Respecto al aumento de 1967, la Comisión se ha ofrecido a facilitar datos que van en el mismo sentido. En mi opinión, estos elementos deben ser tenidos por exactos. Ahora bien, a mi juicio tienen gran importancia para apreciar los efectos de las prácticas concertadas sobre la competencia. Si la única empresa que no aplicó algunos de los aumentos ha sido capaz de incrementar sus ventas en un mercado en el que las otras firmas habían aumentado sus precios de manera uniforme, es porque el comportamiento de estas otras firmas perseguía la compartimentación de la competencia dentro de unos límites que no tenían intención de rebasar. Por otra parte, el comportamiento de ACNA y la ventaja que ha obtenido de él son particularmente significativos y confirman mi opinión sobre el efecto real de la práctica concertada.

Sección V

Incidencia sobre los intercambios entre Estados miembros

Procede ahora examinar si esta política concertada podía afectar a los intercambios entre los Estados miembros, como lo exige el apartado 1 del artículo 85. Procede dar a esta cuestión una respuesta afirmativa.

En primer lugar, ha quedado demostrado que la práctica concertada ha afectado a los mercados de varios Estados miembros, en la práctica a todos los de la Comunidad, a excepción de Francia hasta 1967, de Alemania en relación con el aumento de 1964 y de Italia con el de 1967. ¿Basta esta circunstancia por sí sola para demostrar que esta práctica concertada podía afectar al comercio entre los Estados miembros? La Comisión opina que así es y toma con ello partido en favor de la tesis de que el término «afectar», de sentido neutro, no tiene otro objeto que delimitar el ámbito de aplicación del Derecho comunitario de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas frente al de los Derechos nacionales. Pero, a mi juicio, de la citada sentencia Consten y Grundig/Comisión se deduce que la interpretación del Tribunal de Justicia tiene más matices. No cabe duda de que el hecho de que un acuerdo haya podido tener efectos o, *mutatis mutandis,* que una práctica concertada tenga efectos en varios Estados miembros es una condición *sine qua non* para que pueda considerarse que afecta al comercio entre estos Estados. Pero, ¿es ésta una condición suficiente? Para emplear los términos de la citada sentencia Consten

y Grundig/Comisión, procede examinar igualmente si el acuerdo, decisión o práctica concertada «puede amenazar, directa o indirectamente, real o potencialmente, la libertad del comercio entre los Estados miembros en un sentido que podría perturbar la realización de los objetivos de un mercado único entre Estados». A este respecto, las demandantes sostienen que no existía mercado común de los colorantes, sino únicamente mercados nacionales, netamente delimitados y separados, entre los que el flujo de mercancías sigue «canales de distribución *rígidos*» (informe pericial Kantzenbach, p. 14, nº 18). Los consumidores se abastecen exclusivamente en los revendedores nacionales que son a su vez filiales o representantes de los productores. Así, al ser el mercado de los colorantes un mercado ya rígidamente compartimentado antes de los aumentos de precios de 1964, estos aumentos y, por consiguiente, la práctica concertada que damos por demostrada no habrían podido tener el efecto de afectar al comercio entre los Estados miembros.

Daré a esta alegación la misma respuesta que dí en relación con los efectos sobre la competencia: si bien cabe admitir que la compartimentación del mercado de los colorantes no ha sido creada por la política concertada de los productores, no es menos cierto que los aumentos concertados han mantenido esta compartimentación, que una actitud no concertada podría haber puesto en peligro. La práctica controvertida ha desempeñado también en el presente caso el papel de un seguro destinado a proteger a los productores contra el riesgo de creación de flujos comerciales intracomunitarios nuevos y contra el riesgo de ruptura de equilibrios artificiales. Ello lo corrobora también el caso particular de ACNA: al negar su adhesión al aumento general de 1 de enero de 1965, dicha firma pudo incrementar el volumen de sus ventas en Alemania. El aumento general y uniforme de los precios afectó, pues, a los intercambios entre los Estados miembros, pues el solo hecho de que uno de los productores no lo aplicara tuvo el efecto de incrementar, en este caso, el comercio de colorantes entre Italia y Alemania y de poner en tela de juicio las importantes diferencias de precios existentes de un país al otro.

La práctica concertada acabó por impedir el logro de un mercado único de los colorantes en el interior de la Comunidad.

En definitiva, en el presente caso, se cumplen todos los requisitos exigidos por el apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

Podría abandonar aquí mis explicaciones sobre el concepto de práctica concertada. No obstante, estimo procedente hacer dos observaciones:

1. Como ya he dicho, considero que no ha habido más que una única práctica concertada y que los distintos aumentos en los que se ha manifestado esta práctica no son disociables de un plan de conjunto. A este respecto, el Tribunal de Justicia puede considerar que al inclinarme por esta práctica concertada única, me aparto un poco de la motivación de la Decisión impugnada, ya

que la Comisión consideró la existencia de tres aumentos diferentes. Pero opino que los poderes que ostenta el Tribunal de Justicia en materia de competencia jurisdiccional plena le permiten hacer este razonamiento y que, si es posible precisar los hechos como acabo de intentar hacerlo, nada se opone a que este Tribunal de Justicia admita esta versión de los hechos.

2. Mi convicción de que, a nivel jurídico, la Comisión ha hecho una aplicación exacta del artículo 85 dando por probada la existencia de una práctica concertada, prohibida por este artículo, me lleva a responder brevemente a determinadas objeciones de orden general que las sociedades demandantes plantean contra las consecuencias peligrosas que semejante solución acarrearía para su gestión y para su propia actividad.

Las demandantes sostienen que cualquier política de precios racional desde el punto de vista económico resultaría imposible:

- ¿Cómo podría evitar un «price-leader» que las otras empresas se adhieran a su decisión de aumentar los precios?

- ¿Cómo podría obligarse a éstas a renunciar a hacerlo?

- ¿Deberían optar dichas empresas por limitar el aumento, en aquello que las afecta, a un porcentaje inferior?

A mi juicio, estas preguntas son improcedentes y los temores que reflejan infundados.

Destacaré que las objeciones de las demandantes hacen caso omiso de las conclusiones de los profesores Kloten y Albach que, como ya he dicho, consideran posibles, *en la práctica,* aumentos de precios diferenciados, decididos por cada empresa de forma individual.

Sin que sea preciso volver sobre este punto, haré constar que, si los productores albergaran dudas sobre la legalidad, con arreglo al Tratado, de los aumentos de precios que se proponen aplicar en el futuro, nada les impide, en la práctica, acogerse al derecho que instituye el apartado 3 del mismo artículo y abrir así con la Comisión un diálogo, con carácter preventivo, que pueda llevar a una solución aceptable para ellos y compatible con las normas sobre competencia. Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha tenido ocasión de demostrar cómo los datos económicos de un mercado oligopolístico son conciliables con las disposiciones del Tratado. Los principios establecidos por las sentencias del Tribunal de Justicia de 18 de mayo de 1962, Ruhrkohlen-Verkaufs-Gesellschaft, y de 15 de mayo de 1964, Gobierno de los Países Bajos, para los acuerdos sobre precios en el mercado del carbón y del acero, podrían sin duda trasladarse o adaptarse a otros mercados, llegado el caso.

Por último, los esfuerzos desplegados en la vista para convencer al Tribunal de Justicia de que admitir en el presente caso la aplica-

ción del artículo 85 sería consagrar un dirigismo contrario al espíritu del Tratado, no me han conmovido. Tampoco creo que la existencia y los mecanismos de funcionamiento de los mercados oligopolísticos estén prohibidos por el artículo 85 ni por las normas generales del Tratado. Reconozcamos francamente que, por otra parte, es en estos sectores económicos donde determinadas prácticas abusivas pueden infligir a los consumidores del mercado común los daños más graves. Ahora bien, ¿no es uno de los objetivos fundamentales de la Comunidad «la mejora constante de las condiciones de vida»? y ¿no incluye este fin necesariamente la protección de los consumidores?

Está, pues, rigurosamente justificado que las autoridades comunitarias atribuyan un interés particular a los mercados cuya estructura y funcionamiento pueden facilitar el acaecimiento de dicho riesgo y ejerzan sobre estos mercados un estrecho control.

Desde esta misma óptica, el motivo relativo a la desviación de poder alegado por BASF y que pretende que la Comisión quiso «influir en la política de precios» mediante disposiciones relativas a la represión de los acuerdos o prácticas concertadas ilícitas, siendo así que el Tratado no atribuye a dicha Institución ninguna facultad para llevar a cabo una política de precios, me parece poco concluyente tras el examen que he consagrado a la existencia de dicha práctica en el presente caso.

Si la demandante pretende únicamente expresar su opinión de que la Decisión de la Comisión (en el supuesto de que el Tribunal de Justicia la estime conforme con el artículo 85) puede impedir futuros aumentos acordados y aplicados en condiciones similares, debe admitirse que las sanciones impuestas han alcanzado su objetivo, tanto preventivo como represivo.

Si pretende imputar a la Comisión un móvil encubierto tendente a imponer, de hecho, una disminución de los precios en el mercado de los colorantes, me limitaré a señalar que de los documentos obrantes en autos no se deduce una desviación de poder y que en realidad esta alegación constituye tan sólo una interpretación muy libre del pensamiento de la Comisión, imputable a la demandante.

Título II

Competencia de la Comisión para imponer multas a sociedades establecidas fuera del mercado común

Entre las empresas productoras de materias colorantes que han participado, como he intentado demostrar, en una práctica concertada, prohibida por el Derecho comunitario, tres -y no las más pequeñas- son firmas establecidas fuera del territorio del mercado común:

- La primera, Imperial Chemical Industries (asunto 48/69), es una sociedad británica con domicilio social en Londres.

- Las otras dos: Geigy (asunto 52/69) y Sandoz (asunto 53/69), tienen su domicilio social en Basilea y fueron constituidas de conformidad con el Derecho suizo.

En lo concerniente a la competencia de la Comisión en relación con ellas, la Decisión impugnada contiene la siguiente motivación: «Considerando que esta Decisión es aplicable a todas las empresas que tomaron parte en las prácticas concertadas, estén establecidas en el interior del mercado común o fuera de él».

Seguidamente, la Comisión deduce del texto del apartado 1 del artículo 85 del Tratado que las normas instituidas por éste en materia de competencia son aplicables a todas las restricciones que producen, en el interior del mercado común, los efectos previstos por el artículo 85 y concluye «que no procede examinar si las empresas que originan estas restricciones de la competencia están establecidas en el interior de la Comunidad o fuera de ella».

Mediante alegaciones bastante semejantes, entre las que, no obstante, es preciso hacer algunas matizaciones, Imperial Chemical Industries, por una parte, y Geigy y Sandoz, por otra, niegan que la Comisión tenga competencia en relación con ellas. La Decisión impugnada es contraria, tanto a las legislaciones nacionales de los Estados miembros de la Comunidad y al propio Tratado de Roma como a los principios de Derecho internacional público comúnmente admitidos.

Según las demandantes, que atribuyen a las infracciones de las normas de la competencia un carácter penal, la afirmación de que, para justificar la aplicación del apartado 1 del artículo 85 a empresas exteriores al mercado común, basta que su comportamiento *produzca efectos* en el interior de dicho mercado, es insostenible. La teoría del «efecto» como hecho generador de una competencia represiva es repudiada por el Derecho interno de los Estados, algunos de los cuales han adoptado además disposiciones legales para protegerse y proteger a sus nacionales de la aplicación extraterritorial, en materia de competencia, de medidas coercitivas, cautelares, o de mera instrucción dimanantes de autoridades extranjeras.

El Tratado de Roma no confirió ni ha podido conferir, por otra parte, a las autoridades comunitarias la facultad de adoptar decisiones prohibitivas o represivas que afecten a empresas que están fuera de su ámbito de aplicación territorial, al menos cuando estas empresas no ejercen ninguna actividad en el mercado común. La Decisión impugnada hace asimismo, infringiendo con ello el Derecho de gentes, una aplicación errónea o cuando menos excesiva de la teoría del «efecto».

Apoyándose respectivamente en los dictámenes elaborados por dos eminentes especialistas en Derecho internacional público, los profesores R.Y. Jennings, de la Universidad de Cambridge y Hans Huber, miembro de la Comisión constitucional suiza, las sociedades británica y helvéticas exponen razonamientos que convergen en sus conclusiones, si bien difieren en cierta medida en su desarrollo.

Imperial Chemical Industries destaca por su parte que, en el escrito de 22 de enero de 1968 que le dirigió el Director General de la Competencia, este alto funcionario intentó justificar la aplicación del apartado 1 del artículo 85 por el comportamiento de la demandante en el mercado común. Ahora bien, objeta ésta, su actividad ha consistido, en el presente caso, en suministrar colorantes a sus filiales del mercado común en virtud de contratos cif. Estos contratos se rigen por la ley británica y la actividad que resulta de su celebración se desarrolla en el Reino Unido. Además, la Comisión no reprocha *únicamente,* en su Decisión, *los efectos,* en el mercado común, del comportamiento de Imperial Chemical Industries. Ahora bien, sería erróneo fundar únicamente en la localización de los efectos el ejercicio de una competencia respecto de actos cometidos en el extranjero, pero cuyos efectos se han producido en el interior de un territorio determinado, en el presente caso el del mercado común, a menos que la actividad que se le impute y sus efectos sean generalmente reconocidos como elementos constitutivos de un delito penal, según el Derecho de los Estados dotados de un sistema normativo razonablemente desarrollado. Ahora bien, de acuerdo con la doctrina, el Derecho de la competencia no es contemplado unánimemente como capaz de originar la aplicación de ese sistema y la práctica contemporánea de los Estados es contraria a los intentos de dar a la legislación sobre prácticas colusorias una aplicación extraterritorial. Además, la Comunidad no posee «competencias inherentes», sino únicamente competencias de atribución. No existe ninguna disposición del Tratado que justifique en aquélla el ejercicio de una competencia extraterritorial; por el contrario, el artículo 85 es aplicable únicamente al comercio entre los Estados miembros.

En lo que respecta a Geigy y a Sandoz, éstas reproducen, en el ámbito del Derecho internacional público, el mismo argumento añadiendo no obstante que incluso en el supuesto de que la teoría del «efecto» pueda invocarse, con carácter subsidiario, para justificar la competencia de la Comisión respecto de ellas, cuando menos habría que hallarse ante un efecto sustancial y que exista, en el presente caso, un elemento razonable de conexión directa entre el comportamiento de las sociedades y las perturbaciones causadas a la competencia en el interior del mercado común.

Sección I

Normativas y jurisprudencias nacionales

Derecho comunitario

Investigaré, en primer lugar, si del Derecho positivo de los Estados, tanto en el mercado común como fuera de él, puede deducirse un criterio de aplicación de las leyes sobre la competencia, que pueda justificar la competencia de las autoridades nacionales para prohibir o reprimir las perturbaciones a la competencia cuyos efectos se producen en su territorio, sin consideración de la nacionalidad ni del lugar de residencia de los autores de las infracciones.

A. a) *La Ley alemana* de 1957 contiene en el párrafo segundo de su artículo 98 una disposición muy clara respecto a su ámbito de aplicación; en efecto, se aplica a «todas las restricciones de la competencia que tengan una incidencia (sich auswirken) en el territorio en que aquélla es aplicable [es decir, el de la República Federal Alemana] *aun cuando dichas restricciones provengan de actos realizados fuera de su territorio*».

Aunque, al parecer, esta norma deba interpretarse en el sentido de que se aplica únicamente a los efectos que incidan *directamente* en el juego de la competencia en el mercado alemán, el principio debe ser acogido.

b) En Francia, la Ordenanza de 30 de junio de 1945 en materia de precios y la de 25 de septiembre de 1962 sobre el respeto a la lealtad en materia de competencia establecen una distinción entre la posición dominante, caracterizada por una situación de monopolio o por una concentración manifiesta del poder económico que debe existir en el mercado interior, y la prohibición de las prácticas colusorias, que no implica limitación alguna de esta naturaleza. En diversas ocasiones, la Comisión técnica de prácticas colusorias, consultada preceptivamente por el Ministro de Economía y Hacienda antes de emprender cualquier diligencia judicial, aplicó la citada Ley a empresas extranjeras:

- Dictamen de 26 de mayo de 1956, práctica colusoria entre los fabricantes de bombillas.

- Dictamen de 5 de noviembre de 1960, práctica colusoria franco-belga sobre los materiales de construcción viaria, relativa a un acuerdo de reparto de mercados.

- Dictamen de 17 de diciembre de 1960, práctica colusoria entre importadores de maderas del norte; se trataba en este caso de un acuerdo de exclusiva recíproca entre la Federación francesa de importación, que controla cuatro quintos del mercado interior, y la Unión de exportadores de maderas del Norte y de América, organismo sueco.

- Dictamen de 20 de marzo de 1965, práctica colusoria entre fabricantes de azulejos; se trataba de un acuerdo que afectaba a la totalidad de los fabricantes franceses del citado producto y a un fabricante extranjero.

Así, la aplicabilidad de la Ley francesa depende de la localización, en el mercado francés, del efecto contrario a la competencia o a la libertad económica.

Por otra parte, la Comisión técnica de prácticas colusorias se cuida de no mencionar nunca el lugar de celebración del acuerdo, lo que implica que no lo considera determinante. A este respecto, procede mencionar también el segundo dictamen de la Comisión, de fecha 22 de abril de 1966, relativo a la práctica colusoria en la industria de las bombillas, por el que se calificó de abuso de posición dominante el comportamiento de la sociedad neerlandesa Philips en el

mercado francés, si bien dicho comportamiento fue decidido, en lo esencial, en los Países Bajos.

c) Tanto en materia de prácticas colusorias como de posición dominante, existen elementos comparables en las legislaciones de otros países miembros. El criterio del efecto territorial es aplicado por la Ley belga de 27 de mayo de 1960 contra el abuso de poder económico, cuyo artículo 1 se basa en el ejercicio de un poder económico «en el territorio del Reino», expresión que Van Reepinghen y Waelbroeck interpretan de la siguiente forma:

«Es el ejercicio en Bélgica de una influencia preponderante que sirve de punto de conexión con la legislación belga. A este respecto, es irrelevante la nacionalidad de quienes ostenten el poder económico, el lugar de celebración de la práctica colusoria o el emplazamiento de los órganos centrales del cártel.»

El artículo 1 de la Ley neerlandesa sobre competencia económica, de 16 de julio de 1958, resulta menos claro. «Con arreglo a la presente Ley», reza, «se entenderá por posición dominante una situación de hecho o de Derecho de la economía que confiera a uno o varios empresarios una influencia predominante en el mercado de bienes o servicios en los Países Bajos». Pero esta disposición ha sido interpretada, a la luz de los trabajos preparatorios, en el sentido siguiente:

«Para evitar cualquier malentendido, procede subrayar que la nacionalidad de los miembros de un cártel que opera en los Países Bajos o de quienes ostentan una posición dominante en el mercado neerlandés es irrelevante» (Mulder y Mok, Kartellrecht, 1962).

B. Otros Estados, fuera del mercado común, han precisado también el ámbito de aplicación territorial de su normativa en materia de cártel.

a) En Gran Bretaña, por ejemplo, diversas Leyes, adoptadas entre 1948 y 1965, determinan su ámbito de aplicación de forma muy extensiva; principalmente la Ley de 1964 sobre precios de reventa, aplicable a los acuerdos u otras prácticas que tiendan a imponer un precio mínimo para la reventa de mercancías en el Reino Unido, opta indiscutiblemente por el criterio del efecto sobre el mercado británico, con independencia del lugar en que ejerzan su actividad las empresas productoras. Asimismo, la Ley de 1948 sobre monopolios y prácticas restrictivas contempla, en su artículo 3, las mercancías suministradas en el Reino Unido o en una parte importante de su territorio al amparo de prácticas restrictivas de la competencia. El artículo 4 se inclina por el mismo criterio en relación con las operaciones de transformación. Es verdad que la Ley de 1956 se aplica a los acuerdos celebrados entre empresas que ejerzan en el Reino Unido una actividad («carrying on business») cuyo objeto sea producir, transformar o vender mercancías. Pero ni la nacionalidad de estas empresas, ni su emplazamiento son relevantes, sino únicamen-

te el hecho de que ejerzan una «actividad» en Gran Bretaña, lo que se deduce principalmente de que los contratos mercantiles se hayan celebrado en el Reino Unido.

b) En este mismo sentido se ha aplicado la Ley federal suiza en materia de cárteles, de 20 de diciembre de 1962, a un contrato de reparto del mercado, acompañado de un contrato de exclusiva suscrito entre empresas francesas y suizas para organizar la distribución de diarios en la Confederación. El Tribunal federal consideró que:

«Si bien la Ley de 20 de diciembre de 1962 no contiene ninguna disposición explícita sobre su alcance en el plano internacional, se aplica igualmente a las restricciones a la competencia cometidas en el extranjero y que surtan sus efectos en Suiza.»

La letra b) del párrafo segundo del artículo 7 del citado texto legal permite demandar en Suiza a las firmas extranjeras cuyas prácticas colusorias produzcan en Suiza resultados ilícitos con arreglo al artículo 4 de la Ley, sea cual fuere el lugar en que se celebraron dichos acuerdos. En efecto, esta disposición pretende reprimir los obstáculos a la competencia, vengan de donde vengan, desde el momento en que tienen efecto directo sobre el juego de la competencia en el interior del territorio suizo. El Tribunal federal opta pues por un criterio de competencia fundado únicamente en las incidencias económicas provocadas en el territorio suizo por prácticas o actos cometidos en el extranjero.

c) Naturalmente, es en el Derecho antitrust de los Estados Unidos y más aún en la jurisprudencia, cuya síntesis se llevó a cabo en el «Restatement of Foreign Relations Law», donde se hallan los elementos más precisos y asimismo los más elaborados sobre el criterio de la aplicación territorial de las leyes sobre la competencia.

La Sherman Act 1890 se aplica sin duda alguna a las prácticas colusorias internacionales, sin que por otra parte este criterio haya sido definido por el legislador. La Clayton Act aplica indiscutiblemente la teoría del «efecto territorial» al declarar ilegales los comportamientos discriminatorios en materia de precios «cuando los productos se vendan para ser utilizados, consumidos o revendidos en el interior de los Estados Unidos [...] o de cualquier otro territorio sometido a la jurisdicción de los Estados Unidos» (artículo 2), fórmula que vuelve a aparecer en el artículo 3, relativo a los acuerdos de exclusiva.

Por otra parte, la Ley Webb-Pomerene, de 10 de abril de 1918, excluye de la prohibición de las prácticas colusorias los acuerdos con vistas a la exportación, pero a condición de que dichos acuerdos no obstaculicen el comercio *en el interior de los Estados Unidos* ni contribuyan a elevar o a reducir artificialmente los precios en los Estados Unidos, sin que sea determinante el lugar de celebración de los contratos pero sí la localización de sus efectos.

A esta misma conclusión llega la jurisprudencia, cuya sentencia dictada en el asunto-Alcoa (US Aluminium Company of Ameri-

ca, 148 f 2 416, 1945), reiteradamente comentada por las demandantes y por la demandada, marca bien la pauta. Al declarar en ese asunto, incoado contra una sociedad canadiense controlada por Alcoa, que «es norma generalmente admitida [...] que todo Estado puede imponer obligaciones, incluso a personas que no estén sometidas a su jurisdicción, por actos cometidos fuera de sus fronteras que tengan consecuencias en el interior de éstas [...]», el Juez Learned Hand no duda en afirmar la aplicabilidad de la Sherman Act a una empresa extranjera en razón de los efectos de su comportamiento sobre el juego de la competencia en los Estados Unidos.

La sentencia dictada en el asunto US v. Imperial Chemical Industries (145 f suppl. 215 SD NY 1952) va más lejos. El asunto trataba de un acuerdo de reparto del mercado mundial entre la sociedad británica, la firma americana Du Pont de Nemours y otras empresas. La sentencia afirma con toda claridad que una coalición para dividir territorios, incluso extranjeros, que afecte al comercio americano, infringe la Ley Sherman. Pero donde la aplicación de la Ley americana a empresas extranjeras se ha llevado hasta sus consecuencias más extremas es en relación con las acciones entabladas en el asunto de los Swiss Watch Makers (US v. Watch Makers of Switzerland Information Center, Trade Cases/70 600 SD NY 1962).

Dicho asunto versaba sobre cárteles constituidos por la Fédération suisse des fabricants d'horlogerie y diversas empresas o asociaciones de empresas suizas, americanas y de otras nacionalidades en relación con la producción, venta y exportación de relojes de pulsera o piezas de relojería.

El Juez no se limitó a decidir que estos acuerdos estaban comprendidos dentro del ámbito de aplicación de la Ley Sherman; ordenó a la Fédération suisse que anulara determinados contratos suscritos en Suiza y regulados por la ley de dicho Estado, que pusiera fin a cualquier restricción a las exportaciones destinadas a los Estados Unidos, aunque dichas restricciones fueran conformes con la normativa promulgada por las autoridades helvéticas; ordenó anular o, en todo caso, hacer inoponibles en los Estados Unidos algunas cláusulas de los acuerdos celebrados con productores británicos, alemanes o franceses.

La sentencia contiene incluso órdenes, directamente dirigidas a la Fédération des horlogers suisses, destinadas a que ésta prohibiera a sus propios miembros, so pena de sanciones, toda actividad prohibida por el Juez, y a que incluyera determinadas disposiciones de la sentencia en el texto de sus Estatutos.

Ya no se trata de la nueva aplicación de la ley americana, sino de *medidas coercitivas* tendentes a asegurar la ejecución forzosa de la resolución fuera del territorio americano. Es comprensible, por consiguiente, que, tras la intervención del Gobierno helvético y como consecuencia de las negociaciones mantenidas, la sentencia fuera revisada y que se optara por una solución menos draconiana.

Pero, respecto al principio, éste se mantiene muy firmemente en la sentencia definitiva, que reitera: «[...] la afirmación de la competencia [del Juez americano] para controlar las actividades de empresas extranjeras y sus acuerdos con terceros extranjeros, incluso los celebrados fuera del territorio de los Estados Unidos, si afectan al comercio interior o exterior de los Estados Unidos».

Si bien, como sostienen las demandantes, esta jurisprudencia ya no refleja con exactitud el estado actual del Derecho americano, ellas mismas citan el texto del «American Restatement of Foreign Relations Law», apartado 18, según el cual un Estado podrá adoptar disposiciones legislativas que determinen las consecuencias legales de un comportamiento dado, cometido fuera de su territorio, pero que produzca efectos en el interior de éste, cuando dicho comportamiento y sus efectos sean generalmente considerados como elementos constitutivos de un hecho punible o de un acto ilegal, con arreglo al Derecho de los Estados dotados de un sistema jurídico razonablemente desarrollado; cuando el efecto producido en el territorio del Estado controvertido sea considerable; cuando este efecto se presente como el resultado directo y previsible del comportamiento de que se trata.

Aunque no se trata de dar por sentada la jurisprudencia de la sentencia Fabricants d'horlogerie suisses, creo que el texto que acabo de citar aporta una indicación nada despreciable sobre la admisión en el Derecho de gentes de la teoría del «efecto».

C. Me centraré ahora en el Derecho comunitario que, a mi juicio, al menos en lo que se refiere al Tratado de Roma, aplica claramente este principio.

El apartado 1 del artículo 85 opera, como ya hemos visto, una distinción respecto a su ámbito de aplicación territorial:

1) Al exigir que se vea afectado el comercio entre los Estados miembros, los autores del Tratado pretendieron esencialmente delimitar la frontera entre, por una parte, la aplicación del Derecho nacional de los Estados, Derecho interno al que están sometidas las prácticas colusorias cuyos efectos se limiten a un solo país y, por otra, la aplicación del Derecho comunitario, cuando se vean afectados los intercambios entre al menos dos de estos países.

2) No cabe duda de que el artículo 85 adopta únicamente el criterio del efecto contrario a la libre competencia en el mercado común, sin tener en cuenta la nacionalidad ni el lugar del domicilio social de las empresas responsables de las infracciones a las normas de competencia. Lo mismo puede decirse del artículo 86 en lo que respecta a la explotación abusiva de una posición dominante. No nos encontramos pues, tratándose del Tratado de Roma, con las dificultades de interpretación que suscita el Tratado de París, constitutivo de la Comunidad del Carbón y del Acero, cuyo artículo 65 prohíbe, para los productos interesados, las prácticas

colusorias «que tiendan a impedir, restringir o falsear el juego normal de la competencia dentro del mercado común», pero cuyo artículo 80 define las empresas contempladas como aquéllas «que ejerzan una actividad de producción en el campo del carbón y del acero *dentro de los territorios mencionados en el párrafo primero del artículo 79*», es decir, en la Comunidad, así como las empresas «que ejerzan habitualmente una actividad de distribución» dentro de estos mismos territorios. La mayor parte de la doctrina se inclina por una interpretación restrictiva de estas disposiciones, en el sentido de que el artículo 80 limita la aplicación del artículo 65 a las empresas cuyo domicilio social esté situado en el mercado común o que, cuando menos, posean en él una sucursal.

Sin tomar partido por esta tesis, haré constar únicamente que, en todo caso, no puede sostenerse respecto de las disposiciones del Tratado de Roma en materia de prácticas colusorias.

En efecto, el Tribunal de Justicia ya declaró, con ocasión de una cuestión prejudicial planteada por el tribunal de commerce de Niza, que el hecho de que una empresa que participe en un acuerdo contemplado por el artículo 85 esté situada en un país tercero, no excluye la aplicación de esta disposición, siempre que el acuerdo produzca sus efectos en el territorio del mercado común (sentencia de 25 de noviembre de 1971, Béguelin Import Co., 22/71, Rec. p. 949).

Sección II

El Derecho de gentes

Como conclusión de estas primeras observaciones, se puede decir, por tanto, que el efecto de una práctica colusoria o de una práctica restrictiva en el mercado interior de un Estado justifica, en la mayoría de las legislaciones nacionales, la competencia de dicho Estado para aplicar su normativa interna a las empresas, incluso extranjeras, que hayan tomado parte en dicha práctica, con independencia de su localización geográfica.

¿Debería negarse a la Comunidad esta facultad que se arrogan los Estados?

A. Ésta es la cuestión que suscita Imperial Chemical Industries, apoyándose en el dictamen del profesor Jennings. Su análisis nos introduce ya en el terreno del Derecho de gentes.

No se pone en duda que la Comunidad Económica Europea tenga personalidad jurídica en virtud del artículo 210 del Tratado; de la misma forma, su personalidad en el plano del Derecho internacional se deduce de los artículos 113 y 114 del Tratado relativos a la negociación de los acuerdos comerciales, y de los artículos 228 y 238 sobre celebración de acuerdos internacionales en general, así como de la existencia de representaciones diplomáticas ante la Comunidad. El propio Tribunal de Justicia ha reconocido que el Tratado de Roma había constituido una Comunidad de duración

ilimitada, dotada de instituciones propias, de personalidad jurídica, de capacidad de representación internacional y, más en concreto, de poderes reales como resultado de una limitación de competencias o de una transmisión de atribuciones de los Estados a la Comunidad (sentencia de 15 de julio de 1964, Costa, 6/64,- Rec. p. 1141).

Es indudable que todo esto no convierte a la Comunidad en un Estado, pero existen otros muchos sujetos de Derecho internacional que difieren de los Estados en cuanto a la naturaleza y la extensión de sus competencias, en la medida en que éstas están necesariamente adaptadas a los objetivos y a las tareas particulares asignadas a estos sujetos de Derecho.

Lo mismo puede decirse de la Comunidad Económica Europea, cuya personalidad jurídica y capacidad se determinan en consideración a los objetivos y funciones definidos por el Tratado de Roma.

Así, la Comunidad no posee todas las competencias estatales sino todas aquellas competencias de atribución necesarias para la realización de sus tareas. Dentro de la esfera de sus atribuciones -y así ocurre en el ámbito de las prácticas colusorias- la Comunidad dispone de tantos poderes como un Estado, siempre que se trate de prácticas colusorias que afecten a la competencia dentro del mercado común.

Dicho esto, la Comunidad está obligada, en el ejercicio de sus funciones, a ajustarse al Derecho de gentes. Ahora bien, las demandantes le imputan haber hecho una aplicación errónea, o, cuando menos excesiva, de los principios que, a su juicio, están admitidos por el Derecho internacional público:

- errónea, porque, según Imperial Chemical Industries, el criterio del efecto territorial no puede aplicarse a la represión de los actos contrarios a la competencia;

- excesiva, afirman las tres demandantes, porque la Decisión impugnada consagra una interpretación peligrosamente extensiva de la teoría del «efecto».

B. Consideraré, en primer lugar, si la competencia de la Comisión podría justificarse razonablemente en caso de un comportamiento de los productores extranjeros *en el interior del mercado común:* éste es, por otra parte, el primer argumento de defensa de la Comisión que, basándose únicamente en la realidad económica, sostiene que este comportamiento consiste en el hecho de que las sociedades matrices han dado a sus filiales establecidas en la Comunidad instrucciones imperativas de aumentar los precios de venta a la clientela y de este modo han «influido en la conducta» de dichas filiales que, por otra parte, carecían de autonomía de decisión y se comportaron, a pesar de tener personalidad jurídica propia, como simples ejecutoras. Si bien se sitúa dentro de la lógica de la Decisión impugnada, que destaca que «las pruebas de la existencia de las prácticas concertadas se han alegado contra diversos productores y no contra sus filiales o representantes» y que «las órdenes de aumento tuvieron ca-

rácter imperativo», este razonamiento no es, a mi juicio, totalmente convincente.

Implica, en efecto, que las filiales se hallaron en una situación de dependencia total y exclusiva de las sociedades matrices y que no pudieron sustraerse a sus instrucciones. En última instancia, esta tesis niega toda consistencia a la personalidad jurídica de las filiales, cosa que habría que demostrar y que la Comisión no demuestra. Además, hace caso omiso de los argumentos invocados por Imperial Chemical Industries según los cuales esta sociedad no ha ejercido, en lo que le afecta, ninguna actividad jurídicamente relevante en el territorio del mercado común, pues hasta los contratos de suministro de colorantes se habían celebrado en el Reino Unido y se regían por la legislación británica, argumento que la Comisión estima de un «legalismo imperdonable».

En mi opinión, la postura de la Comisión no es muy sólida en este terreno.

Por consiguiente, no me adhiero a ella, sobre todo si se tiene en cuenta que parece dudosa, y hasta un poco reticente, a la hora de admitir que bastan únicamente los efectos objetivos del comportamiento de las sociedades matrices que afecten directamente el juego de la competencia en el mercado común para justificar la competencia de la Comisión en relación con ellos.

Por mi parte, no dudaré en afirmarlo y, por consiguiente, en basarme en el principio del »efecto» que la Comisión sólo ha alegado, en su argumentación, con carácter subsidiario.

C. He observado, al pasar revista a las normativas nacionales, que el criterio principal de aplicabilidad de las leyes en materia de prácticas concertadas es el efecto territorial. Pero dicho criterio no puede admitirse, a mi juicio, sin precisar *sus condiciones* y *sus límites,* en relación con el Derecho internacional público.

1. *Requisitos de aplicación del criterio del efecto territorial*

a) Un primer requisito reside, en mi opinión, en el hecho de que el acuerdo o la práctica concertada debe imponer una restricción *directa e inmediata* a la competencia en el mercado nacional o, como en el presente caso, comunitario. En otras palabras, una práctica colusoria, que tan sólo tenga un efecto de segundo grado y a través de mecanismos económicos que operan en el extranjero, no puede justificar la competencia respecto de las empresas participantes domiciliadas en el extranjero.

¿No es éste el sentido en que procede interpretar el texto elaborado por el «American Restatement of Foreign Relations Law», en la medida en que precisa que la competencia respecto de un comportamiento que tiene lugar fuera del territorio puede admitirse cuando el efecto se presenta como el *resultado directo de dicho comportamiento?*

b) El segundo requisito es el carácter *razonablemente previsible del efecto,* sin que proceda exigir, por otra parte, que sea intencional.

c) Por último, el tercer requisito es que *el efecto producido* en el territorio *sea considerable.*

¿Es necesario además que el efecto territorial sea uno de los *elementos constitutivos de la infracción?* ¿Procedería adoptar aquí este elemento del Derecho penal internacional y principalmente de la sentencia del Tribunal Permanente de Justicia, dictada en 1927 en el célebre asunto Lotus, a la que tanto las demandantes como la demandada se han referido largamente? El Tribunal Internacional admitió como hecho probado «que los órganos jurisdiccionales de muchos países interpretan la ley penal en el sentido de que los delitos, cuyos autores se encuentran, en el momento del acto delictivo, en el territorio de otro Estado, deben considerarse cometidos en el territorio nacional si en él se produjo *uno de los elementos constitutivos del delito y especialmente sus efectos».*

Haciendo la exégesis del texto anterior, podría sostenerse verdaderamente que el criterio del efecto prevalece sobre el del elemento constitutivo del delito, o incluso que bastaría con aquel para justificar la competencia extraterritorial. Pero, en el Derecho sobre prácticas colusorias, del que ya he dicho que no forma parte del Derecho penal clásico, ¿no debería admitirse que el propio efecto de la infracción es *uno de los elementos constitutivos* e, incluso probablemente, *el elemento esencial?* Ésta es la opinión que mantendré, única conforme, a mi juicio, con el análisis de los hechos.

Es cierto que Imperial Chemical Industries sostiene que los acuerdos o prácticas contrarios a la competencia no se consideran universalmente como infracciones. La solución admitida por el Tribunal Internacional de Justicia no viene al caso en este ámbito. Pero, si el Restatement of Foreign Relations Law subordina la aplicabilidad del criterio del «efecto» a la condición de que se considere reprensible el comportamiento del que procede, con arreglo a las legislaciones de los Estados «dotados de un sistema jurídico razonablemente desarrollado», no considero que falte esta condición tratándose de los comportamientos que irrogan un perjuicio a la competencia. Pues, en la generalidad de los países desarrollados e industrializados, los acuerdos o prácticas contrarios a la competencia son prohibidos y reprimidos por el Derecho positivo, sea penal o administrativo.

¿No es éste, como hemos visto, el caso del Reino Unido y de Suiza, de los que no cabe decir sin pecar de impertinencia que su sistema jurídico no está «razonablemente desarrollado»?

2. *Límites de la aplicación extraterritorial del Derecho sobre prácticas colusorias*

Una vez definidas las condiciones a que debe responder la aplicación extraterritorial del Derecho de la competencia, se trata ahora de fijar sus *límites.*

No ignoro que esta aplicación ha suscitado, en diversas ocasiones, vivas reacciones principalmente en Europa, tanto por parte de los Gobiernos como a nivel judicial; que ha ocasionado conflictos y que ha motivado la adopción por varios Estados de una «contra-legislación» de la que las demandantes han aportado ejemplos.

Pero ¿qué es lo que verdaderamente motivó las protestas? Y ¿cuál era el objeto de las contra-medidas legales?

Se observará, en primer lugar, que las objeciones de los Gobiernos fueron dirigidas contra la concepción extensiva y, a su juicio, abusiva de la competencia extraterritorial, tal como fue aplicada en ocasiones por determiados órganos jurisdiccionales de los Estados Unidos. Lo he dicho ya a propósito de los asuntos de los fabricantes de relojería suizos; protestas análogas se formularon en el Reino Unido contra la sentencia dictada en el asunto Estados Unidos contra Imperial Chemical Industries, pues determinadas disposiciones de esta sentencia pretendían obligar a esta firma a restituir a Du Pont de Nemours unas patentes británicas cuyas licencias se habían concedido en exclusiva a otra sociedad, también inglesa. Esto llevó a la Court of Appeal del Reino Unido a afirmar que «los órganos jurisdiccionales de los Estados Unidos no son competentes para dar órdenes cuyo cumplimiento por parte de nuestros tribunales exigiría que éstos *no ejercieran* la competencia de que (ellos a su vez) están investidos y que están obligados a ejercer».

Destacaré igualmente que la contra-legislación adoptada en Francia, en los Países Bajos y en otros países, pretende esencialmente prohibir a sus nacionales someterse a medidas de investigación y de control así como a órdenes conminatorias dimanantes de autoridades extranjeras.

Estas observaciones me llevan a adoptar la distinción establecida por el Derecho internacional público entre la «competencia legislativa» y la «competencia de ejecución» o entre *jurisdictio* e *imperium,* alegada por la Comisión y la doctrina.

Tanto si se trata del Derecho penal o, como en los asuntos presentes, en el marco de un procedimiento administrativo, los órganos jurisdiccionales o las autoridades administrativas de un Estado –y, *mutatis mutandis,* de la Comunidad– no están autorizados, con arreglo al Derecho de gentes, a adoptar fuera de la esfera de su competencia territorial medidas coercitivas ni aún medidas de instrucción, de verificación o de control cuya ejecución choca inevitablemente con la soberanía del Estado en cuyo territorio pretenden actuar.

Por el contrario, debe reconocerse a estas mismas autoridades competencia para declarar prohibido un acuerdo o una práctica concertada que produzca efectos perjudiciales para la competencia directos, previsibles y sustanciales sobre su propio territorio, por consiguiente, en el presente caso, en el

mercado común, o incluso para imponer sanciones, aun pecuniarias, mediante resoluciones judiciales o administrativas.

Sin embargo, ¿no cabría objetar que la imposición de una multa corresponde *ipso facto* a la competencia de ejecución?

No lo creo así, y ello, por dos razones:

- El hecho de imponer una sanción pecuniaria destinada a reprimir un comportamiento contrario a la competencia, como por otra parte a prevenir su continuación o repetición, debe distinguirse del cobro de la multa impuesta que, en caso de que la empresa condenada se negara a pagarla, sólo podría efectuarse por vía de apremio.

- Asimismo, debe distinguirse, a mi juicio, entre la condena a una multa y la auténtica orden conminatoria que resulta, por ejemplo, de una resolución *coercitiva,* que ordena la comunicación de determinados documentos o constituye un medio de presión con vistas a lograr la anulación de ciertas cláusulas consideradas ilícitas.

Sin detenerme en el hecho de que la Comisión no posee vías jurídicas para garantizar su aplicación efectiva, estimo que ésta tenía competencia para adoptar la Decisión impugnada frente a firmas exteriores al mercado común.

En efecto, las condiciones que he considerado necesarias para el ejercicio de esta competencia se cumplen en el presente caso:

- Los aumentos lineales y uniformes de los precios de venta de las materias colorantes a los usuarios, acordados por las demandantes, eran *directa* e *inmediatamente* aplicables en el mercado común y he dicho ya, en la primera parte de estas conclusiones, que produjeron el efecto concreto de falsear el juego de la competencia en el referido mercado. En estas condiciones, es inútil investigar si, en la realidad económica, sus filiales podían o no sustraerse a las instrucciones de las sociedades matrices; hay constancia de que las aplicaron. En cualquier caso, no veo cómo a pesar de su independencia jurídica y del poder de decisión propio que, jurídicamente hablando, les confiere su personalidad, habrían podido evitar repercutir a sus clientes aumentos de precios que ellas mismas soportaban.

- El efecto de estas prácticas no ha sido exclusivamente directo; era manifiestamente *previsible,* y se sabe que fue querido, deliberado, puesto que es el fruto de una concertación; no volveré sobre ello.

- Por último, el efecto ha sido *considerable,* tanto por el índice de los aumentos y por su aplicación a todos los productos colorantes como debido al hecho de que los productores controlan las cuatro quintas partes del mercado de los colorantes.

Por consiguiente, no dudo en solicitar al Tribunal de Justicia que desestime el motivo alegado por Imperial Chemical Industries, Geigy y Sandoz sobre la competencia de la Comisión. No obstante, me permitiré una última observación, relacionada con una de las que hice al inicio de esta exposición.

De la misma forma que no debe atribuirse al concepto de práctica concertada un sentido tan restringido que no se vea en él más que una expresión particular del concepto de acuerdo, con el riesgo evidente de no dar al apartado 1 del artículo 85 el alcance efectivo que los autores del Tratado pretendieron conferirle, negar a las autoridades comunitarias el derecho de ejercitar las facultades que les atribuye el propio artículo 85 frente a cualquier empresa exterior al mercado común –sin perjuicio de las competencias de ejecución– conduciría a privar, en gran parte, de sentido a estas disposiciones y, en cualquier caso, a anular su eficacia.

¿No estaría desarmada la Comisión si, ante una práctica concertada adoptada por iniciativa y bajo la responsabilidad exclusiva de empresas exteriores al mercado común, no tuviera la posibilidad de adoptar alguna decisión contra estas últimas? Ello supondría al mismo tiempo renunciar a la protección del mercado común necesaria para el logro de los objetivos primordiales de la Comunidad Económica Europea.

Quedan por examinar, muy brevemente, dos motivos basados, el primero en la insuficiente motivación de la Decisión impugnada respecto a la competencia extraterritorial de la Comisión, y el segundo en la falta de notificación de la Decisión impugnada a las tres empresas establecidas fuera del mercado común.

En relación con el primer punto, que aparecerá más tarde bajo otra forma, me limitaré a recordar que, contrariamente a lo defendido por las demandantes, la Comisión no estaba obligada en modo alguno a responder, punto por punto, a la argumentación invocada por éstas en sus observaciones tanto escritas como orales, en respuesta al pliego de cargos, sobre la pretendida incompetencia de la Comisión.

La Decisión impugnada está motivada desde el punto de vista jurídico mediante la explicación concisa pero, a mi juicio, exacta que da el artículo 85 del Tratado a este respecto. De hecho, como se ha visto ya, imputa la responsabilidad de la existencia de una práctica concertada exclusivamente a los productores y no a sus filiales o representantes, debido a que las órdenes de aumento enviadas a estos últimos eran imperativas. Me he permitido sugerir al Tribunal de Justicia una razón para resolver de forma un poco diferente, pero su competencia jurisdiccional plena parece autorizarle, a mi juicio, a realizar esta rectificación de la apreciación de los hechos y, por consiguiente, de los fundamentos jurídicos.

Respecto al segundo punto, responderé que, si la notificación de la Decisión destinada a Imperial Chemical Industries, Geigy y Sandoz se hizo, no en el domicilio de las

propias sociedades, sino en el de sus filiales establecidas en el mercado común, debido precisamente a que aquéllas se negaron a recibirla, la pretendida irregularidad de esta notificación carece, en todo caso, de incidencia sobre la legalidad de la Decisión impugnada, dado que la notificación es una formalidad posterior a la Decisión. Por lo tanto, no es preciso reproducir aquí el razonamiento de la Comisión de que estas filiales, totalmente controladas, según ella, por las sociedades matrices, forman parte de la «esfera interna» de éstas, ni por consiguiente recurrir a la jurisprudencia ALMA del Tribunal de Justicia (sentencia de 10 de diciembre de 1957, 8/56, Rec. p. 179).

Diré tan sólo que el único efecto de la irregularidad de la notificación de esta Decisión, que las demandantes no niegan haber conocido cabalmente, habría sido sin duda impedir que corriera el plazo de recurso en perjuicio de las mismas, pero las demandantes ejercitaron su derecho a recurrir ante el Tribunal de Justicia, antes incluso del vencimiento de dicho plazo; por consiguiente dicha cuestión no se plantea.

Título III

Motivos de forma y de procedimiento

Tras esta exposición sin duda algo dilatada, me propongo abordar ahora el examen de los motivos de procedimiento y de forma alegados por las demandantes.

En la sentencia Consten y Grundig/Comisión, el Tribunal de Justicia admitió en principio que los procedimientos entablados con arreglo al Reglamento nº 17 del Consejo son de carácter administrativo. Por otra parte, este Tribunal de Justicia resolvió, en las citadas sentencias de 15 de julio de 1970, Chemiefarma/Comisión, Buchler & Co./Comisión y Böhringer Mannheim/Comisión, algunas de las cuestiones relativas al ejercicio de la facultad que posee la Comisión de imponer multas en materia de prácticas colusorias. Los presentes asuntos llevarán al Tribunal de Justicia a confirmar la citada jurisprudencia y a precisar la interpretación del Reglamento de ejecución nº 99 adoptado por la Comisión el 25 de julio de 1963.

Las sociedades demandantes reprochan efectivamente a la Comisión haber hecho una aplicación ilegal de estos dos textos.

Intentaré sintetizar sus alegaciones siguiendo la exposición cronológica del procedimiento administrativo. Como ya sabe el Tribunal de Justicia, este procedimiento supone, en primer lugar, una decisión cuyo objeto es iniciar el propio procedimiento, en segundo lugar, la comunicación a las empresas afectadas del pliego de los cargos que pueden presentarse contra ellas y, en tercer lugar, la audiencia de sus representantes, debiendo presentárseles un acta de la citada audiencia para su aprobación; por último, antes de adoptar su decisión, la Comisión debe tener en cuenta el dictamen del Comité Consultivo competente en materia de política de la competencia.

Sección I

Apertura del procedimiento

Las demandantes reprochan a la Comisión que el 31 de mayo de 1967 iniciara contra ellas un procedimiento fundado únicamente en el artículo 3 del Reglamento nº 17, a tenor del cual (apartado 1): «Si la Comisión comprobare, de oficio o a instancia de parte, una infracción a las disposiciones del artículo 85 o del artículo 86 del Tratado, podrá obligar, mediante decisión, a las empresas y asociaciones de empresas interesadas a poner fin a la infracción comprobada.»

La Comisión impuso multas a las demandantes, en virtud del artículo 15 del mismo Reglamento, pero no las informó de que se exponían a sufrir dichas sanciones pecuniarias.

Este motivo no puede prosperar. Hay constancia de que la Decisión de 31 de mayo de 1967, por la que se inició el procedimiento, se refiere al Reglamento nº 17 en su conjunto y «*principalmente*» a su artículo 3, fórmula que no puede considerarse limitativa.

Además, procede hacer dos observaciones a propósito de este motivo:

a) El apartado 3 del artículo 3 del Reglamento nº 17 dispone: «*sin perjuicio de las otras disposiciones* del Reglamento, la Comisión podrá [...] dirigir a las empresas [...] recomendaciones tendentes a hacer cesar la infracción». Por consiguiente, este texto no excluye en modo alguno que la presunta infracción pueda dar lugar a multas en virtud del artículo 15.

b) Por otra parte, considero que en el desarrollo del procedimiento es determinante la comunicación del pliego de cargos a las empresas afectadas, por ser el primer acto del procedimiento contradictorio. Ahora bien, esta comunicación, efectuada el 11 de diciembre de 1967, a cada una de las empresas afectadas, contiene *in fine* una referencia expresa al artículo 15 del Reglamento y precisa que la práctica concertada que se les imputa puede justificar la imposición de multas a las empresas que han tomado parte en ella.

Sección II

Comunicación de pliego de cargos

A propósito de esta comunicación del pliego de cargos se han invocado diversos motivos que llevan a pensar por otra parte que las demandantes, sin tener en cuenta la jurisprudencia Consten y Grundig/Comisión del Tribunal de Justicia, razonaron como si el procedimiento seguido ante la Comisión fuera de carácter jurisdiccional y no administrativo. Es manifiesto que la concepción de la protección del derecho de defensa expuesta por aquéllas va más allá de las exigencias de un simple procedimiento administrativo.

a) Pero antes se debe descartar un motivo relacionado con el hecho de que el pliego de cargos que se les comunicó fue firmado indebidamente por el Director General de la Competencia, que actuaba por delegación. Ahora bien, según las demandantes, la existencia de esta delegación no se deduce de ninguno de los documentos obrantes en autos; por otra parte, esta delegación es ilícita. Pero, no se trata en el presente caso de una delegación de funciones; lo que se discute es una simple delegación de firma otorgada al Director General de la Competencia por el miembro de la Comisión responsable de examinar los problemas de la competencia. Esta delegación es conforme a Derecho porque, en tanto que medida organizativa interna de la Comisión y de sus servicios, fue acordada con arreglo al artículo 27 del Reglamento interno provisional, adoptado en virtud del artículo 7 del Tratado de fusión, es decir del Tratado por el que se constituye un Consejo único y una Comisión única de las Comunidades Europeas de 8 de abril de 1965.

b) Respecto al contenido mismo del pliego de cargos, las demandantes afirman que es incompleto e impreciso; que esta comunicación no les ha dado la oportunidad de presentar sus observaciones de manera útil; que la Decisión impugnada hace referencia a hechos que no han llegado a su conocimiento. En el citado asunto Consten y Grundig/Comisión el Tribunal de Justicia decidió sobre este tema que basta con que las empresas interesadas estén informadas de los elementos de hecho esenciales en que se basan los cargos, sin que sea preciso comunicarles la totalidad del expediente de la Comisión. El Tribunal de Justicia confirmó esta solución en caso de que la Comisión imponga multas en virtud del artículo 15 del Reglamento nº 17. Ahora bien, basta una simple lectura del pliego de cargos para comprobar que los hechos referidos, es decir los aumentos uniformes de precios de enero de 1964, de enero de 1965 y por último de 1967, fueron expuestos claramente y en su totalidad, y que, por otra parte, la Comisión precisó las circunstancias de tiempo y de lugar en que los aumentos fueron anunciados y aplicados e incluso indicó las empresas que recibieron instrucciones de aumentar así como los medios por los que recibieron dichas instrucciones.

El hecho de que los textos de las circulares, télex y demás instrucciones no se hayan adjuntado al pliego de cargos me parece irrelevante en relación con la regularidad del procedimiento, ya que las empresas afectadas tenían acceso a ellos. Por consiguiente, la Decisión impugnada no se refiere a ningún hecho esencial que no haya sido comunicado previamente a las demandantes. A lo sumo se puede afirmar que en lo referente a la reunión de Basilea, expresamente mencionada en la página 9 del pliego de cargos, la Decisión impugnada contiene una mera rectificación en relación con el texto del citado pliego, en el sentido de que precisa que Geigy anunció en el curso de dicha reunión que «preveía un aumento de sus precios de venta a los clientes antes de fin de año», sin reproducir la conclusión que el pliego de cargos sacaba de ello al decir: «el aumento de precios de 1967 *fue acordado por todos los productores* de que se trata durante una reunión celebrada en Basilea en el mes de agosto de 1967». De la misma forma, si bien la Decisión impugna-

da se refiere a la resolución del Bundeskartellamt de 28 de noviembre de 1967, de la que se deduce que Geigy anunció «que el 16 de octubre de 1967 aumentaría un 8 % el precio de sus colorantes», no se trata aquí de una motivación de la Decisión impugnada, sino de una mera referencia de hecho a la resolución del Bundeskartellamt.

c) Las demandantes alegan igualmente que la comunicación del pliego de cargos, se realizó antes incluso de que concluyera la investigación de la Comisión sobre los hechos imputados; las verificaciones se llevaron a cabo con posterioridad a esta comunicación. Ello es exacto, pero no estimo que esta forma de proceder haya sido irregular. Ninguna disposición prohíbe a la Comisión, tras haber sido informada de la existencia de determinados acuerdos o comportamientos que considera contrarios al artículo 85 del Tratado, proseguir sus controles, investigaciones o verificaciones aun después de haber comunicado a las empresas inculpadas los hechos que se les imputan.

La Comisión explica, asimismo, que la realización de las investigaciones perseguía únicamente comprobar determinadas declaraciones hechas por diversas empresas, bien por escrito, en respuesta a la comunicación del pliego de cargos, o verbalmente. De todas formas, sólo existiría aquí una violación del derecho de defensa si, tras estas verificaciones posteriores a la comunicación del pliego de cargos, la Comisión hubiera imputado elementos nuevos a las demandantes y hubiera fundado su Decisión sobre estos elementos, sin haberlos comunicado previamente a las empresas, es decir, sin que éstas hubieran tenido ocasión de presentar sus observaciones sobre los citados hechos. Pero no es éste el caso, pues, como he dicho anteriormente, la Decisión impugnada no contiene ningún elemento del que las demandantes no hayan tenido conocimiento a través de la comunicación de 11 de diciembre de 1967.

Por último, las demandantes tenían derecho, tras la recepción del pliego de cargos, a un plazo razonable para presentar sus observaciones escritas. A este respecto, el plazo de ocho semanas concedido por la Comisión para exponer su punto de vista era, a mi juicio, suficiente. Además, se les ofreció la posibilidad de solicitar, en sus observaciones escritas, una audiencia para sus representantes con arreglo al artículo 7 del Reglamento nº 99/63 de la Comisión. Ahora bien, sabemos que la audiencia de los representantes de las empresas no se efectuó hasta el 10 de diciembre de 1968, es decir, un año después de la comunicación del pliego de cargos. En resumen, las demandantes gozaron de un período de tiempo apreciable para explicarse sobre dichos motivos. Por consiguiente, el derecho de defensa no ha sido infringido.

d) Por último, según las demandantes Geigy y Sandoz, la comunicación del pliego de cargos efectuada mediante carta certificada con acuse de recibo en su domicilio social de Basilea constituye un «acto oficial de una autoridad extranjera de carácter coercitivo». Ahora bien, a falta de reciprocidad o de autorización de las autoridades helvéticas, el Derecho suizo no permite la realización de un acto semejante en el terri-

torio confederal. Esta comunicación, efectuada en infracción tanto del Derecho suizo como de los principios generales del Derecho internacional es nula y sin efecto.

Las demandantes, siguiendo las instrucciones de las autoridades de su país, devolvieron esta comunicación al remitente; tampoco participaron, como tales, en la audiencia de diciembre de 1968.

Por ello, se vieron privadas del derecho a ser oídas, en infracción del artículo 19 del Reglamento nº 17 y de los artículos 2 y 4 del Reglamento nº 99/63.

Me limitaré a decir, con la Comisión, que la comunicación del pliego de cargos no tiene en sí misma carácter coercitivo: su único objeto es dar a las empresas interesadas la oportunidad, por una parte, de conocer los hechos esenciales que se les imputan, y por otra, de expresar su punto de vista, en el marco de un procedimiento administrativo que puede dar lugar a la imposición de una multa.

Por todo ello, considero al menos dudosa la utilidad de invocar los principios del Derecho de gentes; la Comisión no ha violado estos principios al enviar el pliego de cargos directamente al domicilio de las sociedades suizas. Pero, sea como fuere, hay constancia de que éstas tuvieron conocimiento efectivo de los cargos que se les imputaban y de que tuvieron la oportunidad de hacer todas las observaciones que les parecieran de utilidad en defensa de sus intereses.

Procede, por consiguiente, desestimar este motivo.

Sección III

Audiencia de los representantes de las empresas afectadas

En lo referente a la audiencia de sus representantes, algunas de las demandantes (Bayer y Hoechst) alegaron que fueron convocadas con poco tiempo de antelación. En realidad, se les envió una convocatoria el 20 de noviembre de 1968, es decir, casi tres semanas antes de la fecha señalada para la audiencia. Pienso, también en esta ocasión, que dicho plazo era suficiente, dado sobre todo que las sociedades estaban a la sazón informadas de los hechos que se les imputaban desde hacía más de once meses.

A propósito de esta audiencia, BASF se queja de que los funcionarios de la Comisión encargados de llevarla a cabo no le permitieron comparecer representada por su mandantario *ad litem,* como lo había solicitado, pues el apartado 2 del artículo 9 del Reglamento nº 99/63 sólo autoriza la comparecencia de las empresas convocadas en la persona de sus representantes legales o estatutarios. Esta disposición no es contraria al Tratado ni al Reglamento nº 17 del Consejo, ya que el artículo 24 de este último Reglamento atribuye a la Comisión la facultad de adoptar las disposiciones de aplicación en materia de audiencias. También responde al hecho de que los represen-

tantes legales o estatutarios de las empresas son en principio las personas mejor informadas y en mejor posición para refutar los cargos. Además, en caso de no estar representada por un mandatario *ad litem,* nada impedía a BASF pedir a su asesor que asistiera a sus representantes legales.

Sección IV

Acta de la audiencia

Por último, algunas de las demandantes exponen que no pudieron dar su conformidad al acta de la audiencia y que, por este hecho, el procedimiento está viciado. Según el apartado 4 del artículo 9 del Reglamento nº 99/63, las declaraciones esenciales de cada persona oída serán consignadas en un acta a la que esa persona dará conformidad tras haberla leído. La observancia de esta formalidad tiene por objeto facilitar al Comité consultivo y a la Comisión informaciones completas sobre el contenido esencial de las declaraciones formuladas durante la audiencia de las partes (sentencia de 15 de julio de 1970, 44/69, Rec. pp. 733 y ss., especialmente p. 756). Si se hubiera omitido esta formalidad , pero se demostrara por otros medios que las declaraciones de los interesados no fueron reproducidas de forma inexacta y que no se han hecho constar en su perjuicio, no veo en qué medida esta omisión podría perjudicarles en la práctica.

No se discute que en la audiencia de 10 de diciembre de 1968 se acordara que el acta de esta audiencia sólo posteriormente se redactaría y sometería a la conformidad de las personas oídas. Consta, asimismo, que el proyecto de acta fue comunicado a las empresas representadas mediante escrito de 27 de junio de 1969 y que en él se les pedía que comunicaran su acuerdo «en el más breve plazo». Si bien es cierto que en el caso de Bayer se envió por descuido a su representante una copia sin firmar, indicando que el plazo para dar su conformidad al citado acta expiraba el 15 de septiembre de 1969, no lo es menos que el mismo día la citada empresa recibió un original firmado y se le pidió, al igual que a las otras demandantes, que diera su conformidad al proyecto de acta con la mayor celeridad. Si hubiera sido diligente, su conformidad con el acta y, en su caso, sus obervaciones hubieran podido recibirse dentro del plazo. Bayer no ha intentado nunca ejercitar su derecho de pedir las modificaciones pertinentes para eliminar eventuales inexactitudes en la transcripción de las declaraciones de su representante, y con razón. La Comisión ha presentado la grabación íntegra de las declaraciones de los representantes de Bayer. De ella resulta que éstos no han dado ninguna explicación sobre el fondo del asunto y que, en lo esencial se han atenido a la afirmación de que del pliego de cargos no se deducían, por falta de precisión, los puntos sobre los que deberían haber dado explicaciones. Pero esta afirmación no es nueva; Bayer la formuló desde el principio (véase el escrito de esta empresa a la Comisión, de 9 de diciembre de 1968) y fue íntegramente transcrita y desarrollada en el acta, páginas 16 y 24. Por consiguiente, su «redacción no induce a error sobre un punto esencial» (sentencia de 15 de julio de 1970, 44/69, antes citada).

Sección V

Motivación de la Decisión impugnada desde el punto de vista formal

Por último, algunas de las demandantes (BASF, Sandoz, Cassella y Hoechst) imputan a la Comisión el hecho de haber motivado insuficientemente, en cuanto a la forma, su Decisión en lo que se refiere a la existencia de una práctica concertada.

Si, con arreglo al artículo 190 del Tratado, la Comisión está efectivamente obligada a motivar sus Decisiones, el Tribunal de Justicia estima que se cumple esta exigencia cuando dicha motivación indica claramente y de forma coherente los elementos esenciales de hecho y de Derecho en que se basa la Decisión, sin que la Comisión tenga la obligación de reproducir todos los puntos discutidos a lo largo del procedimiento administrativo.

Como he dicho, en el presente caso la Decisión impugnada no se refiere, en su motivación, a ningun punto esencial que no se haya comunicado a las demandantes mediante el pliego de cargos. Esta Decisión expone, de forma clara y completa, el conjunto de hechos que demuestran la existencia de una práctica concertada. Por otra parte, la Comisión se ha tomado la molestia de motivar jurídicamente su Decisión en relación con cada uno de los requisitos exigidos por el apartado 1 del artículo 85, respecto a la práctica concertada, en especial en lo que se refiere a los efectos que debe tener dicha práctica sobre el juego de la competencia y en cuanto a la incidencia en el comercio entre Estados miembros. A mi juicio, la Comisión no tenía obligación de imputar a cada una de las empresas de que se trata los hechos que se les reprochaban en particular, porque, en definitiva, el cargo más importante que se imputaba a todas ellas era haber tomado parte en dicha concertación; por otra parte, la Comisión aportó, en la motivación de su Decisión, precisiones especiales para determinadas firmas que, sin duda, no eran indispensables en el marco de un procedimiento común por las mismas infracciones, cometidas en condiciones análogas, por varias empresas.

Por último, las propias demandantes sostienen que la Comisión debía haber respondido en su Decisión a las alegaciones escritas u orales vertidas durante el procedimiento administrativo. Suscitan así cuestiones que constituyen precisamente el objeto del litigio sometido al Tribunal de Justicia, las cuales guardan una relación muy estrecha con la existencia misma de la infracción que se les imputa y, por consiguiente, sólo podían recibir un tratamiento adecuado en el marco del procedimiento judicial.

Sección VI

Publicación de la Decisión impugnada

La demandante Francolor reprocha a la Comisión haber publicado la Decisión impugnada en el Diario Oficial de las Comunidades, en tanto que el artículo 21 del Reglamento nº 17, que prevé la publicación de determinadas decisiones, no incluye las

adoptadas con arreglo al artículo 15 del citado Reglamento, es decir, las decisiones por las que se impone una multa.

Pero la Comisión responde con razón que la publicación de la Decisión impugnada, tras su notificación, no puede constituir por sí sola una causa de nulidad de dicha Decisión. Lo único importante es la notificación de la Decisión: lo que cuenta para el cómputo del plazo de recurso es la fecha de esta notificación y el texto notificado al destinatario, que es el único auténtico.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia decidió en su citada sentencia de 15 de julio de 1970, Chemiefarma/Comisión, que, aunque la Comisión no estaba obligada a publicar una Decisión por la que se imponía una multa, «nada en la letra ni en el espíritu del artículo 21 le impedía efectuar esta publicación, ya que ésta no constituía una divulgación de los secretos comerciales de las empresas» y que «la publicación de la Decisión puede incluso contribuir a garantizar el cumplimiento de las normas sobre competencia recogidas en el Tratado».

Título IV

La multa

Llegamos por fin a las cuestiones relativas a las multas impuestas.

Como defendía el Abogado General en sus conclusiones sobre los asuntos relativos a la práctica colusoria internacional de la quinina, las decisiones que imponen una multa se fundan en el apartado 2 del artículo 15 del Reglamento n° 17, según el cual la Comisión puede imponer multas a las empresas que, deliberadamente o por negligencia, cometan una infracción a las disposiciones del artículo 85 del Tratado. El texto precisa que, para establecer la cuantía de la multa se debe tomar en consideración la gravedad de la infracción y la duración de ésta.

El propio Tribunal de Justicia juzgó en dichos asuntos que para establecer la cuantía de la multa, la gravedad de la infracción debía valorarse teniendo en cuenta principalmente la naturaleza de las restricciones introducidas en la competencia, el número y la importancia de las empresas afectadas, la fracción respectiva del mercado que éstas controlan, así como la situación del mercado en el momento en que se cometió la infracción. La situación, el comportamiento individual de cada empresa y la importancia del papel que ha desempeñado en la práctica colusoria, añade este Tribunal de Justicia, pueden tenerse en cuenta a la hora de la estimación individual de la cuantía de la multa.

Me propongo seguir las directrices que se deducen de las sentencias del Tribunal de Justicia. Pero procede examinar, con carácter previo, un motivo ya invocado a propósito de la práctica colusoria internacional de la quinina y que se refiere a la prescripción de las infracciones.

Sección I

La prescripción

En los asuntos presentes, las demandantes alegan que al no existir una prescripción de las infracciones, por no haber sido instituida por el Derecho comunitario en materia de prácticas colusorias, debería aplicarse el principio existente en las legislaciones similares de los Estados miembros. Sostienen que las infracciones consecuencia de los aumentos de precios de 1964 e incluso de 1965 han prescrito por haberse producido mucho antes de que la Comisión iniciara el procedimiento administrativo, el 31 de mayo de 1967.

Formulada de esta forma, la cuestión me parece idéntica a la que el Tribunal de Justicia resolvió en sus citadas sentencias de 15 de julio de 1970, Chemiefarma/ Comisión, y otras (Rec. p. 661): tras declarar que los textos que regulan la facultad de la Comisión de imponer multas en caso de infracciones a las normas de la competencia no establecen ninguna prescripción, este Tribunal de Justicia recordó que «el plazo de prescripción debe establecerse por anticipado, para cumplir su función de garante de la seguridad jurídica» y admitió que «la determinación de su duración y de sus modalidades de aplicación incumbe al legislador comunitario». Al decir esto, el Tribunal de Justicia rechazó de forma implícita pero indiscutible la alegación relativa a la aplicación en Derecho comunitario de un principio común a los Derechos nacionales, por considerar que dicho principio no puede disociarse de la normativa en que está inscrito.

No pretendo volver sobre esta jurisprudencia por cuanto, si mis informaciones son exactas, existe la posibilidad de que, en un futuro próximo, la Comisión presente una propuesta al Consejo con vistas a solucionar el mencionado problema de la prescripción.

Pero la alegación de las demandantes me lleva a preguntarme si la Comisión no habrá renunciado tácitamente al derecho de instruir expediente, al menos en lo tocante al aumento de 1964.

El Abogado de ACNA afirmó que, en el marco de la competencia jurisdiccional plena que ostenta en materia de recursos contra sanciones pecuniarias, corresponde al Tribunal de Justicia valorar si el período de tiempo transcurrido entre los hechos y la adopción de la primera medida por la que la Comisión hizo uso de su derecho de instruir expediente no supone una renuncia a dicho derecho. Aun admitiendo que tal valoración pueda estar comprendida dentro de la competencia jurisdiccional plena del Tribunal de Justicia, esta tesis es, a mi juicio, infundada. Es cierto que en el estado actual del Derecho comunitario, la Comisión tiene la facultad de instruir o de no instruir expedientes en materia de prácticas colusorias: es igualmente cierto que, si decide instruir expediente, puede hacerlo en cualquier momento; es ésta una aplicación del principio general de oportunidad, sin duda aplicable en este ámbito.

Pero, por una parte:

- ¿Por medio de qué acto ha manifestado concretamente la Comisión su intención de instruir expediente?

Y por otra:

- ¿Qué plazo debe haber transcurrido para considerar que la Comisión ha renunciado al derecho de instruir expediente, a falta de un nuevo acto?

Estas dos preguntas nos conducen, inexorablemente, al terreno de la prescripción.

La primera pregunta plantea, en realidad, cuál ha sido el primer acto que interrumpió una prescripción que, precisamente, no existe en Derecho comunitario. No obstante, razonando como si se planteara esta pregunta, diré que, en mi opinión, las medidas de verificación efectuadas en junio-julio de 1965 por Agentes de la Comisión, con arreglo al Reglamento nº 17 y provistos de mandatos escritos, conforme a lo dispuesto en el artículo 14 del citado Reglamento, deberían equipararse a actos de instrucción que interrumpieron el curso de una prescripción. La tesis de las demandantes de que la decisión de instruir expediente (31 de mayo de 1967) fue la primera diligencia es pues, en este punto, muy discutible.

La segunda pregunta, relativa al abandono del expediente, exige la respuesta siguiente: cualquier autoridad, facultada para perseguir y sancionar infracciones posee únicamente dos medios para renunciar a un procedimiento ya iniciado:

- la renuncia expresa, y éste no es el caso en el presente asunto,

- o dejar que transcurra el plazo sin adoptar medida alguna que pueda interrumpir la prescripción, hasta que ésta se produzca. Pero esto supone volver a la hipótesis teórica de una prescripción que no existe en Derecho comunitario.

Añadiré que en el asunto presente el plazo transcurrido entre las primeras verificaciones de junio de 1965 y la decisión de apertura del procedimiento administrativo, de 31 de mayo de 1967, es demasiado breve, en todo caso, para justificar la idea de una renuncia implícita del derecho a instruir expediente. Por último, como hemos visto, los aumentos controvertidos, constitutivos de una práctica concertada, no son disociables entre sí; por consiguiente, en términos de derecho represivo, puede decirse que esta práctica concertada ha constituido una infracción continuada.

Por consiguiente, sea cual fuere la interpretación que se le dé, procede desestimar el motivo relativo a la prescripción.

Sección II

Consideración de la multa impuesta por las autoridades nacionales

Tres de las empresas demandantes alemanas, Bayer, Cassella y Hoechst, reprochan a la Decisión impugnada el hecho de no

haber tenido en cuenta la multa que les había impuesto el Bundeskartellamt en su resolución de 28 de noviembre de 1967 con motivo del aumento de 1967, siendo así que el principio de no acumulación de sanciones fue consagrado en la sentencia Walt Wilhelm, de 13 de febrero de 1969 del Tribunal de Justicia.

Sin querer examinar, en el marco de los presentes litigios, la interpretación que las citadas demandantes pretenden deducir de dicha sentencia, me contentaré con responder, con la Comisión, que la resolución administrativa impugnada nunca ha sido ejecutada en razón del efecto suspensivo de los recursos interpuestos contra ella y que posteriormente ha sido anulada por los órganos jurisdiccionales alemanes.

Sección III

La cuantía de la multa

Si el Tribunal de Justicia decide acoger las consideraciones expuestas por este Abogado General, ello debe llevarle a confirmar íntegramente la cuantía de las multas impuestas por la Comisión.

En efecto, los repetidos aumentos de los productos colorantes son la consecuencia de un plan global que revela un propósito deliberado. La gravedad de la infracción me parece igualmente demostrada. Debido al mecanismo del «recorte de los precios», la duración de dichos aumentos fue relativamente breve, pero la cuantía, a fin de cuentas moderada, de la multa frente a la importancia de las empresas de que se trata, parece, a mi juicio, tener adecuadamente en cuenta dicha consideración.

En particular, considero la cuantía, muy reducida, de la multa impuesta a ACNA totalmente proporcionada con el comportamiento observado por esta empresa: si bien es cierto que impidió la implantación del aumento de 1967 en el mercado italiano al no seguir el movimiento, sí que se unió al aumento de 1964 y, al menos en lo referente al aumento del 10 % sobre los pigmentos de 1965, lo aplicó en los mercados del Benelux.

En definitiva, propongo al Tribunal de Justicia que:

- Desestime los recursos n^{os} 48/69, 49/69, 51/69 a 57/69.

- Condene en costas a las demandantes.