CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. GEORGES COSMAS

presentadas el 13 de mayo de 1997 *

En el presente asunto, el Tribunal de Justicia debe pronunciarse sobre los recursos de casación interpuestos por la Comisión de las Comunidades Europeas y la República Francesa, con arreglo al artículo 49 del Estatuto (CEE) del Tribunal de Justicia, contra la sentencia de 18 de septiembre de 1995 del Tribunal de Primera Instancia de las Comunidades Europeas. [1] Mediante la sentencia impugnada se estimó el recurso interpuesto por la sociedad inglesa Ladbroke Racing Ltd, con arreglo al artículo 173 del Tratado CE (en lo sucesivo, «Tratado»), destinado a obtener la anulación de la Decisión de la Comisión de 29 de julio de 1993; mediante dicha Decisión de la Comisión se desestimó la denuncia presentada por Ladbroke el 24 de noviembre de 1989 (IV/33.374), referente al modo de organización de las apuestas mutuas [2] sobre las carreras de caballos en Francia y a los derechos exclusivos concedidos por la legislación francesa al Pari mutuel urbain (en lo sucesivo, «PMU»), es decir, a un grupo de empresas nacional (francés).

En primer lugar, procede señalar que en la sentencia impugnada, el Tribunal de Primera Instancia adopta un enfoque interpretativo de los artículos 85 y 86 con ramificaciones particularmente interesantes, cuya corrección ha de ser enjuiciada por el Tribunal de Justicia.

I. Hechos y procedimiento

1. Los hechos del presente asunto se describen de forma pormenorizada en los apartados 1 a 25 de la sentencia impugnada, a los que me remito. En el presente procedimiento, basta con evocar lo siguiente:

2. El 24 de noviembre de 1989, Ladbroke presentó una denuncia (IV/33.374) ante la Comisión contra, en primer lugar, la República Francesa; en segundo lugar, las diez principales sociedades de carreras de caballos de Francia, [3] y, en tercer lugar, el

* Lengua original: griego.

1 — Sentencia Ladbroke Racing/Comisión (T-548/93, Rec. p. II-2565).

2 — El sistema de apuestas mutuas, único autorizado en Francia, se caracteriza porque las posturas constituyen una masa común que, tras las correspondientes deducciones, se distribuye a los ganadores. Los apostantes juegan unos contra otros y el porcentaje de ganancia depende del importe de las apuestas y del número de ganadores. La retribución del organizador de la apuesta no está en función de las apuestas no acertadas por los jugadores sino de las deducciones efectuadas de la masa de apuestas.

3 — Se trata de las sociedades autorizadas para organizar apuestas mutuas sobre las carreras de caballos dentro y fuera de los hipódromos.

PMU. [4] Solicitó a la Comisión, con arreglo al artículo 3 del Reglamento nº 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962 [5] (en lo sucesivo, «Reglamento nº 17»), lo siguiente:

En primer lugar, que se declarase y ordenase que se pusiera fin a las infracciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE, resultantes de acuerdos o prácticas concertadas de sociedades de carreras, autorizadas en Francia, entre ellas y con el PMU. Dichos acuerdos o prácticas concertadas tenían por objeto, por una parte, conceder al PMU derechos exclusivos para la gestión y organización de apuestas mutuas fuera del hipódromo sobre las carreras organizadas o controladas por las referidas sociedades; por otra parte, apoyar la solicitud y obtención de una ayuda de Estado para el PMU, y, por último, permitir al PMU ampliar sus actividades fuera de Francia.

En segundo lugar, que se declarase y ordenase que se pusiera fin a las infracciones del artículo 86 del Tratado CEE resultantes, por una parte, de la concesión al PMU de derechos exclusivos para la gestión y organización de apuestas fuera del hipódromo y, por otra parte, de la obtención por el PMU de una ayuda de Estado ilegal y de la utilización de las ventajas proporcionadas por dicha ayuda para hacer frente a la competencia. La demandante solicitó también a la Comisión que ordenase al PMU que reembolsara la ayuda de Estado ilegal de la que se había beneficiado, con sus intereses al tipo del mercado. Además, Ladbroke señaló a la Comisión otros abusos de posición dominante cometidos por el PMU. [6] Por último, según Ladbroke, se falsea la competencia, a causa de los estrechos vínculos que unían al PMU con sus principales proveedores.

3. En la medida en que su denuncia se dirigía contra la República Francesa, Ladbroke solicitó a la Comisión que adoptase una Decisión, con arreglo al apartado 3 del artículo 90 del Tratado, al objeto de poner fin a la infracción por la República Francesa de las disposiciones siguientes:

En primer lugar, la letra f) del artículo 3, los artículos 5, 52, 53, 85 y 86 y el apartado 1 del artículo 90 del Tratado, a causa de la adopción y mantenimiento de la citada legislación francesa, que confiere una base legal a los

4 — El PMU es una agrupación de interés económico integrada por las principales sociedades de carreras de Francia; fue creada para gestionar los derechos de dichas sociedades a la organización de apuestas mutuas fuera del hipódromo. La gestión por parte del PMU de los derechos de las sociedades de carreras para la organización de dichas apuestas se realizó inicialmente en forma de «servicio común» (Decreto de 11 de julio de 1930, relativo a la extensión de las apuestas mutuas fuera del hipódromo). Mediante el artículo 13 del Decreto nº 74-954, de 14 de noviembre de 1974, relativo a las sociedades de carreras de caballos, se encomendó al PMU con carácter exclusivo la gestión de los derechos de las sociedades de carreras sobre las apuestas mutuas fuera del hipódromo. En dicho artículo se dispone que «las sociedades de carreras autorizadas a organizar apuestas mutuas fuera de los hipódromos [...] encomendarán la gestión de las mismas a un servicio común denominado Pari mutuel urbain». Dicha exclusividad del PMU está protegida, además, por la prohibición a toda persona distinta del PMU de contratar o admitir apuestas sobre carreras de caballos (artículo 8 de la Orden Interministerial de 13 de septiembre de 1985 por la que se regula el Pari mutuel urbain). La referida exclusividad se extiende a las apuestas admitidas en el extranjero sobre las carreras organizadas en Francia, así como a las apuestas admitidas en Francia sobre carreras organizadas en el extranjero, las cuales sólo podrán ser contratadas, igualmente, por sociedades autorizadas y/o por el PMU (apartado III del artículo 15 de la Ley nº 64-1279, de 23 de diciembre de 1964, de Presupuestos para 1965).

5 — Se trata del Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado (DO 1962, 13 p. 204; EE 08/01, p. 22).

6 — Ladbroke sostiene que los apostantes que utilizan los servicios del PMU son explotados, dada la no organización de apuestas sobre las carreras celebradas en los hipódromos no pertenecientes a las principales sociedades de carreras y la concertación incompleta de apuestas para las carreras celebradas en pistas pertenecientes a éstas. Ladbroke reprocha asimismo una limitada cobertura de las carreras extranjeras por parte del PMU y de sus agencias, así como la mala calidad de los servicios prestados por el PMU y dichas agencias.

acuerdos de las sociedades de carreras entre ellas, por una parte, y con el PMU, por otra. Ladbroke reprocha a dicha legislación que concede al PMU derechos exclusivos en materia de admisión de apuestas fuera del hipódromo y prohíbe que cualquiera pueda contratar o admitir, si no es a través del PMU, apuestas fuera del hipódromo sobre las carreras de caballos organizadas en Francia.

En segundo lugar, la letra f) del artículo 3, los artículos 52, 53, 59, 62, 85 y 86 y el apartado 1 del artículo 90 del Tratado, a causa de la adopción y mantenimiento de la citada legislación, que prohíbe contratar libremente en Francia apuestas sobre carreras organizadas en el extranjero.

En tercer lugar, el apartado 1 del artículo 90 y los artículos 92 y 93 del Tratado, a causa de la concesión de ayudas ilegales al PMU.

4. Mediante escrito de 11 de agosto de 1992, Ladbroke requirió a la Comisión, de conformidad con el artículo 175 del Tratado CEE, para que definiera su postura sobre su denuncia de 24 de noviembre de 1989 en un plazo de dos meses. Mediante escrito de 12 de octubre de 1992, la Comisión comunicó a Ladbroke que continuaba examinando la denuncia, pero que dicho examen requería mucho tiempo. El 21 de diciembre de 1992, Ladbroke interpuso un recurso por omisión, con arreglo al artículo 175 del Tratado, con objeto de que se declarase que la Comisión se había abstenido, en violación del Tratado, de adoptar una decisión sobre los aspectos de su denuncia relacionados con el artículo 90. El Tribunal de Primera Instancia declaró la inadmisibilidad de dicho recurso, mediante sentencia de 27 de octubre de 1994. [7]

5. Por lo que respecta a los aspectos de la denuncia de Ladbroke relacionados con las presuntas infracciones de los artículos 85 y 86 del Tratado por las sociedades de carreras francesas y por el PMU, la Comisión, mediante escrito de 9 de febrero de 1993, comunicó a Ladbroke, con arreglo al artículo 6 del Reglamento nº 99/63/CEE (DO 1963, 127, p. 2268; EE 08/01, p. 62), que no tenía previsto acoger la denuncia en cuanto a dichos aspectos. Mediante Decisión de 29 de julio de 1993, en efecto, la Comisión desestimó la denuncia de Ladbroke, por los motivos que se recogen tanto en dicha Decisión como en su escrito de 9 de febrero de 1993.

6. En contra de la Decisión de la Comisión, el 19 de octubre de 1993, Ladbroke interpuso un recurso ante el Tribunal de Primera Instancia, que dio lugar a la intervención del Gobierno francés. Mediante sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1995 en el asunto T-548/93, [8] éste estimó el recurso y anuló la Decisión de la Comisión de 29 de julio de 1993. En contra de dicha sentencia interpusieron sucesivos recursos de casación, el 22 de noviembre de 1995, la Comisión (asunto C-359/95 P) y, el 27 de noviembre de 1995, la República Francesa (asunto C-379/95 P). Mediante auto del Presidente del Tribunal de Justicia de 29 de

7 — Sentencia Ladbroke/Comisión (T-32/93, Rec. p. II-1015).

8 — Véase la nota 1 *supra*.

enero de 1996, se acordó la acumulación de ambos asuntos a efectos de las fases escrita y oral y de la sentencia.

II. La sentencia impugnada

8. Los fundamentos decisivos en que se basa la parte dispositiva la sentencia del Tribunal de Primera Instancia están contenidos en los apartados 43 y 46 a 51 de la sentencia impugnada, que tienen el siguiente tenor:

7. La Comisión solicita que se anule la sentencia impugnada en la medida en que en ella se anuló la Decisión desestimatoria de la denuncia, que se desestime por infundado el recurso interpuesto por Ladbroke ante el Tribunal de Primera Instancia, y que se condene a esta última al pago de todas las costas.

«El Tribunal de Primera Instancia considera que procede, en el presente caso, examinar en primer lugar la alegación relativa al curso dado a los dos aspectos de la denuncia, relativos a las presuntas infracciones de los artículos 85 y 86 y del artículo 90 del Tratado, respectivamente, en la medida en que dicha cuestión pone en tela de juicio la forma en que, en general, la Comisión ha examinado la denuncia. Hay que analizar, en particular, si la Comisión estaba obligada a efectuar una valoración acerca de la compatibilidad de la legislación nacional francesa con el Tratado antes de adoptar la Decisión impugnada con arreglo a los artículos 85 y 86 del Tratado [apartado 43].

La República Francesa solicita al Tribunal de Justicia que anule la sentencia impugnada en la medida en que en ella se anuló la Decisión desestimatoria de la denuncia; asimismo, solicita que se estimen las pretensiones formuladas por la Comisión ante el Tribunal de Primera Instancia.

Ladbroke solicita al Tribunal de Justicia que desestime las pretensiones de anulación precedentes, condene a la Comisión y a la República Francesa al pago de las costas y, con carácter subsidiario, si el Tribunal de Justicia estimase las pretensiones anulatorias, que se examinen los aspectos del recurso de Ladbroke que no fueron resueltos en primera instancia mediante la sentencia impugnada o se devuelva el asunto al Tribunal de Primera Instancia para que se pronuncie sobre dichas cuestiones.

Este Tribunal destaca que, en el presente caso, la Comisión inició el procedimiento de examen de la denuncia de la demandante con arreglo al artículo 90 del Tratado, al objeto de determinar la compatibilidad de la legislación nacional francesa con las demás disposiciones del Tratado, y que dicho procedimiento sigue aún pendiente. Procede, por tanto, examinar si la Comisión podía desestimar definitivamente la denuncia de la demandante basada en los artículos 85 y 86 del Tratado y en el Reglamento n° 17 sin haber finalizado anteriormente el examen de

la denuncia basada en el artículo 90 del Tratado [apartado 46].

El Tribunal de Primera Instancia señala a este respecto que la Comisión afirmó, en el marco de la fase escrita y durante la fase oral, que el problema en materia de competencia planteado por la denuncia de la demandante sólo podía resolverse mediante el examen de la compatibilidad de la legislación nacional francesa relativa al monopolio legal del PMU con las normas del Tratado y mediante una posible intervención a tenor del artículo 90 del Tratado y que, por consiguiente, dicho examen tenía carácter prioritario, siendo válidos sus resultados para todos los acuerdos anteriores o futuros entre las sociedades de carreras (escrito de contestación, apartado 46). Por ello, el Tribunal de Primera Instancia estima que la valoración, con respecto a los artículos 85 y 86 del Tratado, de los comportamientos de las sociedades de carreras y del PMU, impugnados por Ladbroke en su denuncia, no ha podido efectuarse plenamente, sin haberse realizado un análisis previo de la legislación nacional con respecto a las disposiciones del Tratado [apartado 47].

En efecto, en el caso de que la Comisión declarase la conformidad de la legislación nacional de que se trata con las disposiciones del Tratado, la conformidad de los comportamientos de las sociedades de carreras y del PMU con dicha legislación nacional haría que también éstas debieran considerarse conformes a las disposiciones de los artículos 85 y 86 del Tratado, mientras que la no conformidad de dichos comportamientos con la legislación nacional podría conducir a la declaración de que constituyen por sí mismas infracciones de las referidas disposiciones del Tratado [apartado 48].

Por el contrario, en el caso de que la Comisión declarase que la legislación nacional no es conforme con las disposiciones del Tratado, habría de examinar, posteriormente, si el hecho de que dichas sociedades y el PMU se atengan a las disposiciones de una legislación nacional contraria a las disposiciones del Tratado, podía o no dar lugar a la adopción de medidas contra ellas, destinadas a poner fin a las infracciones de lo dispuesto en los artículos 85 y 86 del Tratado [apartado 49].

En consecuencia, al adoptar la Decisión de desestimar definitivamente la denuncia de la demandante, con arreglo a los artículos 85 y 86 del Tratado, sin haber concluido previamente su examen de la compatibilidad de la legislación nacional francesa con las disposiciones del Tratado, no puede considerarse que la Comisión ha respondido a su obligación de examinar atentamente los elementos de hecho y de derecho puestos en su conocimiento por los denunciantes (véase la sentencia Automec/Comisión, antes citada, apartado 79) al objeto de poder satisfacer la exigencia de certeza que debe caracterizar a una Decisión final relativa a la existencia o no de una infracción (véase la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de enero de 1992, La Cinq/Comisión, T-44/90, Rec. p. II-1, apartado 61). La Comisión no estaba facultada, pues, para declarar, en dicha fase, la inaplicabilidad de las citadas disposiciones del Tratado a los comportamientos de las principales sociedades de carreras francesas y del PMU impugnados por la demandante y, en consecuencia, la inexistencia de interés comunitario para declarar las infrac-

ciones alegadas por la demandante, debido a que se trataba de antiguas infracciones de las normas sobre la competencia [apartado 50].

Resulta de lo antedicho que, al haber desestimado definitivamente la denuncia de la demandante invocando la inaplicabilidad de los artículos 85 y 86 del Tratado y la inexistencia de interés comunitario antes de concluir su examen respecto a la compatibilidad de la legislación nacional francesa, impugnada mediante la citada denuncia, con las normas sobre la competencia del Tratado, la Comisión ha basado su razonamiento en una interpretación jurídicamente errónea de las condiciones en que debe llevarse a cabo una apreciación definitiva acerca de la existencia o no de las presuntas infracciones [apartado 51].»

III. Motivos del recurso

A. *En el asunto C-359/95 P*

La Comisión aduce tres motivos en apoyo de su recurso de casación:

1. *Sobre el primer motivo del recurso*

9. La Comisión alega que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en error al considerar que, cuando para la resolución de un mismo asunto parecen pertinentes tanto el artículo 90 como los artículos 85 y 86 del Tratado, la Comisión debe concluir su examen con arreglo al artículo 90 antes de pronunciarse en relación con los artículos 85 y 86 o antes de desestimar la denuncia por falta de interés comunitario.

a) Sobre la primera parte del primer motivo

La primera parte del primer motivo versa sobre el apartado 47 de la sentencia impugnada, antes citado.

10. La Comisión alega que nunca sostuvo que el único modo de examinar las denuncias por infracción de los artículos 85 y 86 del Tratado consistiera en dilucidar, en primer lugar, la compatibilidad con el Tratado de la legislación francesa pertinente. En el escrito de contestación que presentó ante el Tribunal de Primera Instancia, se limitó a explicar que dio prioridad al examen de la legislación francesa a la luz del artículo 90 debido a que consideró que dicha legislación constituía el obstáculo más inmediato a la competencia. Por otra parte, estimó que el examen del comportamiento de las sociedades de carreras anterior a 1974 no revestía interés comunitario.

b) Sobre la segunda parte del primer motivo

11. Según la recurrente, el Tribunal de Primera Instancia, al llegar a la conclusión de que la Comisión debía terminar su examen

con arreglo al artículo 90 antes de desestimar las pretensiones de la denuncia basadas en los artículos 85 y 86 del Tratado, estableció una jerarquía entre el procedimiento previsto en el Reglamento nº 17 y el dirigido contra un Estado miembro por incumplimiento de sus obligaciones. La Comisión sostiene que el establecimiento de dicha jerarquía no está debidamente motivado en la sentencia impugnada y no es compatible con la potestad discrecional que le reconoce el Derecho comunitario para decidir en qué orden ha de examinar los fundamentos jurídicos de una denuncia. [9]

12. La parte recurrida estima que el argumento que la recurrente basa en la sentencia Rendo y otros/Comisión no puede prosperar, ya que la Comisión, en realidad, no dio prioridad a la parte de la denuncia fundamentada en el artículo 90 sino que hizo caso omiso de ella hasta el momento en que Ladbroke amenazó con utilizar el procedimiento del artículo 175. A juicio de la parte recurrida, la única aspiración de la Comisión en el presente asunto consistía en evitar dar respuesta a la cuestión relativa a en qué medida las disposiciones francesas pertinentes vulneraban el Tratado, pese a que dicha respuesta era necesaria para la correcta tramitación de la denuncia presentada por Ladbroke. Según ésta, las intenciones de la Comisión quedan patentes por el hecho de que hasta hoy no haya adoptado una Decisión sobre la compatibilidad o incompatibilidad de la legislación francesa de que se trata con el Derecho comunitario.

9 — Sentencia de 19 de octubre de 1995, Rendo y otros/Comisión (C-19/93 P, Rec. p. I-3319).

2. Sobre el segundo motivo del recurso

13. En el marco del segundo motivo del recurso, la Comisión alega que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en error al no tener en cuenta su declaración según la cual no existía una infracción de los artículos 85 y 86 del Tratado, al margen de la compatibilidad o incompatibilidad de la legislación francesa con el mismo Tratado. La Comisión señala que su declaración, según la cual faltaban algunos de los requisitos exigidos para la aplicación de las referidas disposiciones, constituía una motivación suficiente para justificar la desestimación de la denuncia por lo que respecta a dichos fundamentos jurídicos, sin que fuera necesario proceder a un análisis previo de la compatibilidad con el Tratado de la legislación francesa.

a) Sobre la primera parte del segundo motivo

14. La Comisión remite a los apartados 6 a 10, 13 y 14 de su Decisión, en los que se explican las razones por las cuales procedía desestimar la denuncia de Ladbroke y se expone lo siguiente: en primer lugar, no existía acuerdo ni práctica concertada demostrada alguna, en virtud de los cuales las principales sociedades de carreras hubieran concedido derechos exclusivos al PMU antes de la legislación de 1974. En segundo lugar, no existía ninguna prueba que sustentase las alegaciones de Ladbroke según las cuales dichas sociedades efectuaron gestiones ante las autoridades francesas encaminadas a conseguir la concesión de una ayuda de Estado en favor del PMU; y, en todo caso, de haberse

demostrado, dichos actos no constituyen una práctica concertada de conformidad con las normas comunitarias sobre la competencia. En tercer lugar, faltan pruebas relativas al alcance de las actividades del PMU fuera de Francia. En cuarto lugar, en todo caso, el comercio de los Estados miembros no resultó afectado por lo que antecede, ya que la legislación francesa, por lo demás, había aislado plenamente el mercado francés.

b) Sobre la segunda parte del segundo motivo

15. La Comisión recuerda que, en los apartados 11 y 12 de su Decisión, llegó a la conclusión de que no cabía hablar de una infracción del artículo 86. En primer lugar, el hecho de confiar al PMU la coordinación y concentración de las apuestas hípicas organizadas por las sociedades de carreras no constituye un abuso. En segundo lugar, los intercambios entre los Estados miembros no podrían resultar afectados por la concesión de derechos exclusivos al PMU, debido al ya mencionado aislamiento del mercado francés efectuado por la legislación francesa. En tercer lugar, las alegadas gestiones encaminadas a la concesión de una ayuda de Estado no constituyen una conducta abusiva. En cuarto lugar, por lo que respecta a la reprochada explotación de los apostantes del PMU, según la demandante, procede destacar lo siguiente: dicha hipotética explotación no fue objeto de ninguna solicitud formal de declaración de infracción; por otra parte fue consecuencia de la voluntad del legislador francés de limitar el alcance de las apuestas. En todo caso, no ha sido probada y, por último, no puede afectar al comercio entre los Estados miembros.

c) Sobre la tercera parte del segundo motivo

16. La Comisión asegura que pudo examinar de forma suficiente la denuncia y llegar a la conclusión de que no existía interés comunitario en declarar una eventual infracción de los artículos 85 y 86 del Tratado, al margen de los resultados de su examen relativo a la declaración de una eventual infracción del artículo 90.

17. En contra de las alegaciones precedentes, Ladbroke sostiene que la Comisión no puede fundarse en la legislación francesa para concluir que faltan determinados requisitos necesarios para la aplicación del artículo 85, sin examinar previamente hasta qué punto dicha legislación es compatible con el Derecho comunitario. En su opinión, si la referida legislación vulnera las disposiciones del Tratado, sin conducir a resultados lícitos, las conductas de las empresas que, de no ser por la legislación francesa de que se trata, estarían directamente comprendidas en el ámbito de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado no pueden ampararse en dicha legislación. [10]

10 — La parte recurrida remite a las sentencias del Tribunal de Justicia de 3 de diciembre de 1987, BNIC (136/86, Rec. p. 4789); de 30 de enero de 1985, BNIC (123/83, Rec. p. 391), y de 11 de abril de 1989, Ahmed Saeed Flugreisen y otros (66/86, Rec. p. 803).

3. *Sobre el tercer motivo del recurso*

18. La Comisión sostiene que la sentencia impugnada no está suficientemente motivada. En primer lugar, no aclara los motivos por los cuales la Comisión debía examinar la legislación francesa a la luz del artículo 90 antes de desestimar las pretensiones de la denuncia, que se basa en los artículos 85 y 86. En segundo lugar, no explica por qué razones la Comisión no podía tener en cuenta el interés comunitario para determinar el orden en que debían abordarse los distintos fundamentos jurídicos de la denuncia; además, de ningún punto de la sentencia impugnada se desprende por qué razón era errónea la apreciación de la Comisión relativa a la inexistencia de interés comunitario en el asunto presente.

19. La parte recurrida responde que las cuestiones que anteceden se explican suficientemente en los apartados 42 a 47 de la sentencia impugnada.

B. *En el asunto C-379/95 P*

El Gobierno francés invoca tres motivos en apoyo de su recurso de casación.

1. *Sobre el primer motivo del recurso*

20. La parte recurrente considera que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en error en la medida en que no tuvo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia relativa a la aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado en aquellos casos en que la conducta de las empresas interesadas se encuentra prescrita en una legislación nacional que priva a dichas empresas de la posibilidad de actuar libremente.

El Gobierno francés sostiene, en particular, que cuando las empresas conservan la libertad de actuación, los artículos 85 y 86 pueden aplicarse con independencia del contenido de las medidas nacionales. [11] No obstante, cuando las medidas nacionales no dejan libertad de acción a las empresas, los artículos 85 y 86 no pueden aplicarse mientras continúen vigentes dichas medidas. [12] En tal caso, a juicio de la recurrente, el examen de la compatibilidad de la legislación nacional con el Tratado únicamente sería útil si la Comisión pudiera imponer a las empresas, con arreglo a los artículos 85 y 86, la obligación de no observar las referidas normas nacionales por ser contrarias al Derecho comunitario. Ahora bien, hasta la fecha, ni el Tribunal de Justicia ni el Tribunal de Primera Instancia han admitido la existencia de una obligación de las empresas de desobedecer una medida nacional que les impone obligaciones contrarias al Derecho comunitario. El Gobierno francés remite a la jurisprudencia en la cual el Tribunal de Justicia se ha negado a admitir el efecto directo horizontal de las Directivas. [13]

11 — Véanse las sentencias de 3 de diciembre de 1987 y de 30 de enero de 1985, BNIC, citadas en la nota 10 *supra*.

12 — La recurrente remite a las sentencias del Tribunal de Justicia de 16 de diciembre de 1975, Suiker Unie y otros/Comisión (asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663), y de 10 de diciembre de 1985, Stichting Sigarettenindustrie/Comisión (asuntos acumulados 240/82 a 242/82, 261/82, 262/82, 268/82 y 269/82, Rec. p. 3831), así como a la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 29 de junio de 1993, Asia Motor France y otros/Comisión (T-7/92, Rec. p. II-669).

13 — Sentencia de 14 de julio de 1994, Faccini Dori (C-91/92, Rec. p. I-3325).

En consecuencia, dado que la legislación francesa vigente con posterioridad a 1974 no dejaba ningún margen de libre actuación a las sociedades de carreras francesas, la Comisión podía desestimar la parte de la denuncia basada en los artículos 85 y 86 del Tratado sin entrar, previamente, en el examen de la correspondiente legislación francesa a la luz del artículo 90.

No obstante, en el caso presente, la Comisión se adhiere a la tesis que defiende el Gobierno francés, ya que estima que la legislación francesa de 1974 no exige la conclusión de un acuerdo entre las sociedades de carreras sino que confía, en exclusiva, al PMU la organización de las apuestas mutuas fuera del hipódromo. En consecuencia, de conformidad con el razonamiento antes expuesto de la Comisión, la restricción de la competencia se deriva directamente de la medida nacional. [15]

21. En su escrito de contestación, la Comisión sostiene que, a efectos del Derecho comunitario, ha de distinguirse entre las medidas estatales que obligan a las empresas a comportarse de forma contraria a los artículos 85 y 86 del Tratado y aquellas otras que, sin obligar a dicha conducta contraria a las referidas disposiciones comunitarias, crean un marco jurídico que, por sí solo, restringe la libre competencia. En este segundo caso, el artículo 85 del Tratado puede no ser aplicable a los acuerdos entre empresas, en determinadas circunstancias, cuando no exista un efecto sensible en la competencia y en los intercambios entre los Estados miembros. Por el contrario, añade la Comisión, en el primer caso dicho artículo se aplica aun cuando el comportamiento de las empresas venga dictado plenamente por la legislación nacional, al margen del tratamiento que el Derecho comunitario dispense a dichas disposiciones nacionales. [14] La Comisión alega que una empresa no sólo puede sino que debe, en virtud de la primacía del Derecho comunitario y del efecto directo del apartado 1 del artículo 85 y del artículo 86 del Tratado, negarse a atenerse a una medida nacional que le impone una conducta contraria a las normas sobre la competencia comunitarias.

22. La parte recurrida, por su parte, no admite que los artículos 85 y 86 del Tratado no se apliquen cuando la acción de una empresa está impuesta en una medida nacional, mientras continúe vigente dicha medida. Discute, asimismo, la tesis según la cual deben contemplarse de forma distinta los acuerdos preexistentes que, posteriormente, adquieren eficacia obligatoria en virtud de la ley nacional y aquellos acuerdos que son obligatorios desde el momento de su celebración. En todo caso, habida cuenta del enfoque que adopta el Gobierno francés en la interpretación de las disposiciones comunitarias pertinentes, a juicio de Ladbroke, debe admitirse que en el asunto examinado existía un margen de libertad de actuación de las empresas de carreras interesadas, en el marco del cual celebraron los correspondientes acuerdos antes de 1974. Alega Ladbroke que la autonomía tanto de las sociedades miembros del PMU como del propio PMU no se suprimió con carácter definitivo hasta después de la adopción del Decreto de 1974.

Por último, la parte recurrida sostiene que no cabe invocar disposiciones nacionales que

14 — Se hace referencia a la sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de noviembre de 1977, Inno/ATAB (13/77, Rec. p. 2115).

15 — Se hace referencia a la sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de noviembre de 1993, Meng (C-2/91, Rec. p. I-5751).

vulneran el Tratado para negar la existencia de efectos negativos en el comercio intracomunitario. Según Ladbroke, el hecho de que no pueda reprocharse a las empresas el que se atuvieran a sus ordenamientos jurídicos nacionales no impide declarar que incurrieron en infracción del Derecho comunitario.

2. *Sobre el segundo motivo del recurso*

a) Sobre la primera parte del segundo motivo

23. Según el Gobierno francés, el Tribunal de Primera Instancia incurrió en error al no tener en cuenta la jurisprudencia reiterada de conformidad con la cual una persona que presente una denuncia con arreglo al Reglamento nº 17 no tiene derecho a exigir a la Comisión que adopte una decisión definitiva sobre la existencia o inexistencia de una infracción de los artículos 85 y 86 del Tratado. [16]

b) Sobre la segunda parte del segundo motivo

24. El Gobierno francés alega que la Comisión siempre puede desestimar una denuncia dirigida contra la conducta de una empresa que vulnera las normas sobre la competencia pese a venir impuesta por la legislación nacional, sin que deba pronunciarse sobre la compatibilidad de dicha legislación con el Tratado. Según la parte demandante, procede señalar que la motivación subsidiaria, relativa a la inexistencia de interés comunitario, que justifica la desestimación de la denuncia se basa en un hecho indubitable: después de 1974, la inexistencia de condiciones de libre competencia en el mercado francés de apuestas hípicas era resultado directo de la legislación francesa. Por tanto, una eventual declaración de las infracciones de los artículos 85 y 86 del Tratado cometidas por las sociedades de carreras no ocasionaría ninguna alteración práctica en las condiciones de competencia vigentes en el mercado francés de apuestas hípicas con posterioridad a 1974.

25. De conformidad con las alegaciones de Ladbroke, el Tribunal de Primera Instancia no declaró que la Comisión no pudiera desestimar una denuncia por falta de interés comunitario. En realidad, anuló la Decisión de la Comisión debido a que la denuncia de Ladbroke fue desestimada en razón de las consecuencias de la legislación francesa relativa al mercado de apuestas francés, sin, no obstante, examinar la compatibilidad de dicha legislación con las normas comunitarias sobre la competencia.

3. *Sobre el tercer motivo del recurso*

26. El Gobierno francés sostiene que el Tribunal de Primera Instancia, en su sentencia impugnada, pone en tela de juicio, *de facto*, la facultad discrecional de que dispone la Comisión para decidir la adopción de medidas en contra de un Estado miembro que

16 — En apoyo de sus alegaciones, la parte recurrente invoca la sentencia del Tribunal de Justicia de 18 de octubre de 1979, GEMA/Comisión (125/78, Rec. p. 3173), y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 18 de septiembre de 1992, Automec/Comisión (T-24/90, Rec. p. II-2223).

mantiene una legislación nacional contraria al Tratado. En este sentido, señala que, según una reiterada jurisprudencia, la Comisión dispone de una amplia potestad de apreciación a la hora de decidir si y, en su caso, cuándo procede iniciar un procedimiento con arreglo al artículo 169 o al apartado 3 del artículo 90 del Tratado. Si bien en la sentencia impugnada no se admite expresamente que la Comisión esté obligada a utilizar los citados procedimientos, el Gobierno francés se pregunta cuál sería la importancia práctica del examen de la legislación francesa a la luz de las disposiciones comunitarias sobre la competencia si, en caso de comprobarse que dicha legislación no es compatible con las normas comunitarias, la Comisión no dedujese ninguna consecuencia jurídica de dicha comprobación, es decir, no utilizase el procedimiento del artículo 169 o no adoptase una Decisión con arreglo al apartado 3 del artículo 90.

Por último, el Gobierno francés censura el apartado 46 de la sentencia impugnada, en el que entiende que el Tribunal de Primera Instancia admite que si la Comisión no hubiera iniciado el procedimiento del artículo 90 del Tratado podría desestimar las pretensiones de la denuncia referentes a los artículos 85 y 86 sin proceder, previamente, al examen de la legislación francesa. Dicha interpretación puede conducir a la Comisión a anunciar ya desde la presentación de una denuncia que no tiene intención de examinar la legislación nacional a la luz del artículo 90, con el fin de preservar su potestad de apreciación discrecional.

27. La parte recurrida estima que el razonamiento del Gobierno francés puede privar al denunciante del derecho que le otorga el Reglamento n° 17 a obtener una Decisión de la Comisión sobre el fondo de la denuncia. De conformidad con el artículo 90,[17] la Comisión no está obligada, a intervenir y, en consecuencia, las denuncias basadas en los artículos 85 y 86 del Tratado pueden ser desestimadas sistemáticamente por el motivo de que la conducta examinada viene impuesta por medidas nacionales, que no está obligada a controlar la Comisión. Ladbroke admite que, en determinadas circunstancias, la Comisión puede, justificadamente, desestimar una denuncia referente a infracciones de los artículos 85 y 86 sin que deba, previamente, examinar las normas nacionales pertinentes. No obstante, en el presente asunto, el examen de las medidas nacionales era obligado, según la parte recurrida, para comprobar la corrección del *iter* lógico seguido por la Comisión para desestimar las pretensiones deducidas en la denuncia de Ladbroke con arreglo a los artículos 85 y 86. Si la Comisión comprobó la contrariedad de dichas medidas nacionales con las normas comunitarias, estaba obligada, con arreglo al artículo 155 del Tratado, a adoptar las medidas necesarias para el restablecimiento de la situación, al margen de que se hubiera o no presentado una denuncia con arreglo a lo dispuesto en el Reglamento n° 17.

IV. Examen de los motivos del recurso

Las imputaciones formuladas por la Comisión y la República Francesa en contra de la sentencia recurrida se refieren a las siguientes cuestiones:

A. *Por lo que respecta a la alegada omisión en que incurrió el Tribunal de Primera Instancia al no examinar los restantes motivos de la Decisión impugnada*

28. 1) En las partes primera y segunda del segundo motivo del recurso, la Comisión

17 — Véase la sentencia Ladbroke/Comisión, citada en la nota 7 *supra*.

alega que procede anular la sentencia impugnada en casación debido a que el Tribunal de Primera Instancia omitió examinar íntegramente los motivos en que se basó la desestimación de la denuncia. Según la Comisión, de dichos motivos se desprende que no se vulneraron los artículos 85 y 86 del Tratado, al margen de que la legislación francesa sea o no compatible con las normas comunitarias. Asimismo, sostiene que el Tribunal de Primera Instancia interpretó erróneamente el acto impugnado por cuanto la desestimación de la denuncia no se basa en la existencia de una legislación nacional francesa que excluya la competencia y el comercio entre los Estados miembros, sino en el hecho de que la Comisión no detectó una conducta de las sociedades contra los cuales se presentó la denuncia que estuviera comprendida en el ámbito de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado.

29. El acto de la Comisión, tal como se describe en los apartados 14 a 18 de la sentencia impugnada, aparte de la referencia al hecho de que la legislación francesa había excluido el mercado de las apuestas del régimen de libre competencia, contiene asimismo motivos subsidiarios compatibles con la inexistencia de una infracción de los artículos 85 y 86. Sin embargo, para que dicha apreciación del Tribunal de Primera Instancia sea anulable en casación, dichos motivos subsidiarios hubieran debido ser invocados por la Comisión para basar la Decisión desestimatoria en su totalidad, es decir, hubieran debido, de ser fundados, basar la desestimación en su totalidad, y no sólo en parte, del capítulo de la denuncia referente a la conducta de las empresas de apuestas y del PMU. Si, por el contrario, dichos motivos se refieren exclusivamente a algunas de las pretensiones de la denuncia, no pueden, por su propia naturaleza, aun cuando se considerasen fundados, justificar la desestimación definitiva de la denuncia con arreglo a los artículos 85 y 86 del Tratado. En tal caso, la desestimación definitiva de la denuncia se basa, sin embargo, al menos en parte, en el motivo según el cual, en razón de la legislación francesa vigente, no cabe hablar de infracción de los artículos 85 y 86 del Tratado, ya que no existe competencia ni comercio intracomunitario en el mercado francés de apuestas hípicas; en consecuencia, en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia apreció que dicha motivación era jurídicamente errónea, podía, sin que fuera necesario proceder asimismo a un análisis de los restantes motivos, declarar nula la desestimación de la denuncia por basarse en una motivación constitutiva de error de Derecho.

30. Por consiguiente, es obligado examinar el alcance de los restantes motivos, distintos del considerado ilegal, en que se basa la Decisión impugnada de la Comisión. Esta última invoca los apartados 6 a 14 de su Decisión, que a su juicio justifican suficientemente la inexistencia de infracciones de los artículos 85 y 86 sin que sea necesario referirse a la legislación francesa pertinente.

31. Del acto controvertido, tal como se describe en los apartados 14 a 18 de la sentencia recurrida, se desprende que dichos motivos subsidiarios versan sobre la totalidad de las pretensiones formuladas por Ladbroke en la denuncia referentes a la infracción del artículo 86, y sobre buena parte de las pretensiones referentes a infracciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado. Sin embargo, no se refieren a la totalidad de las infracciones del apartado 1 del artículo 85 alegadas por Ladbroke en razón de la exclusividad concedida al PMU para la gestión de las apuestas mutuas en Francia, exclusividad que, según la denunciante, es consecuencia de acuerdos y prácticas concertadas entre las principales

sociedades de carreras. La argumentación sobre cuya base la Comisión refutó y desestimó dichas imputaciones (apartados 6 a 8 de la Decisión impugnada, tal como se exponen en el apartado 14 de la sentencia impugnada) se basa, primordialmente, en el razonamiento según el cual las referidas disposiciones del artículo 85 no son aplicables, puesto que la legislación francesa vigente suprimió toda competencia y aisló plenamente el mercado francés de apuestas hípicas; no se invocó ninguna otra motivación subsidiaria plenamente articulada para sustentar la respuesta desestimatoria de la Comisión sobre dicho capítulo de la denuncia de Ladbroke.

32. En este punto, procede destacar que, a diferencia de lo sostenido por la Comisión, tanto por escrito como en la vista oral, ante el Tribunal de Justicia, el Tribunal de Primera Instancia no comprendió erróneamente los pasajes correspondientes de la Decisión impugnada, es decir, no incurrió en distorsión (alteración) de los elementos de prueba. Por lo que respecta a la parte de la denuncia que hace referencia a la concesión de derechos exclusivos por las sociedades de carreras francesas a favor del PMU, la Comisión reconoce que existió una concertación entre dichas sociedades, si bien ésta les fue impuesta por el Decreto francés de 11 de marzo de 1930. Asimismo, considera que no cabe hablar de legalización, mediante el Decreto de 1974, de un acuerdo o práctica concertada preexistente, contrario al artículo 85 del Tratado, «dado que dicha concertación, así como los acuerdos entre las sociedades de carreras resultantes de ella [...] eran una de las condiciones establecidas en 1930, es decir, mucho antes de la firma del Tratado de Roma, por el Gobierno francés para la organización de apuestas mutuas fuera del hipódromo». [18] Además, la Comisión señaló en su Decisión que «en realidad, las sociedades de carreras no estaban autorizadas para admitir individualmente apuestas fuera del hipódromo [...] y, por tanto, no podía existir ninguna competencia entre ellas en cuanto a la elección del operador al que confiaran la organización de sus apuestas». [19]

33. De dicho razonamiento se desprenden dos elementos. En primer lugar, existió en efecto una concertación entre las sociedades de carreras, pero dicha concertación, siempre según la Comisión, no puede ser examinada a la luz del artículo 85 ya que está comprendido en el marco de una legislación nacional que impuso esa conducta y excluyó el mercado de apuestas francés del régimen de competencia. En segundo lugar, el análisis de la Comisión no se centra en el examen pormenorizado de la conducta de las sociedades contra las que se dirige la denuncia —sobre la cual se dice, de forma lacónica y sin motivación adicional, que no se detectó un acuerdo relativo a la concesión de un privilegio de exclusividad— sino que se basa en el régimen legal y reglamentario francés como causa de la inaplicabilidad, en el presente caso, del artículo 85 del Tratado.

34. En consecuencia, el Tribunal de Primera Instancia, en la medida en que consideró que el referido enfoque interpretativo del artículo 85 no era el más acertado jurídicamente, podía sustentar su apreciación en el carácter

18 — Apartado 6 de la Decisión impugnada de la Comisión, el cual fue tenido en cuenta debidamente por el Tribunal de Primera Instancia, puesto que se remite a él en el apartado 14 de la sentencia impugnada.

19 — Párrafo segundo del apartado 6 de la Decisión impugnada de la Comisión.

ilegal de dicha motivación y considerar que la desestimación definitiva de la denuncia de Ladbroke con arreglo a los artículos 85 y 86 del Tratado fue ilegal y debía anularse. Las alegaciones de la Comisión y del Gobierno francés, que se refieren a la omisión en que incurrió el Tribunal de Primera Instancia al no examinar los restantes motivos de la Decisión controvertida, deben desestimarse por infundadas, ya que dichos motivos no podían justificar la respuesta desestimatoria en su totalidad. [20]

35. 2) En la tercera parte del segundo motivo del recurso de la Comisión y la segunda parte del segundo motivo del recurso del Gobierno francés se imputa al Tribunal de Primera Instancia el no haber examinado el fundamento de la motivación subsidiaria contenida en la Decisión desestimatoria de la Comisión, descrita en el apartado 19 de la sentencia impugnada. De conformidad con dicha motivación, aun suponiendo que algunas de las conductas examinadas se rigieran por los artículos 85 y 86 del Tratado, no existía un interés comunitario en declarar una posible infracción. Dichas infracciones, si finalmente fuesen comprobadas, se refieren exclusivamente al período comprendido entre los años 1962, en que se adoptó el Reglamento nº 17, y 1974, en que se adoptaron los textos legales mediante los cuales se consagraron legalmente en Francia los derechos exclusivos del PMU. La declaración de las referidas infracciones no produciría ninguna alteración práctica de las condiciones de competencia con posterioridad a 1974. Las partes recurrentes sostienen que el Tribunal de Primera Instancia incurrió en error en la medida en que no tomó en consideración dicha motivación, a su juicio fundada.

36. En primer lugar, procede recordar que el Tribunal de Primera Instancia no negó, como se desprende de los apartados 44 y 45 de la sentencia impugnada, el derecho de la Comisión a desestimar una denuncia por falta de interés comunitario. Sin embargo, en el presente caso, la postura de la Comisión relativa a la inexistencia de interés comunitario en el examen de la denuncia de Ladbroke se basa en su apreciación, previa en el plano lógico, sobre la inexistencia de competencia y de intercambios intracomunitarios en el sector francés de las apuestas hípicas con posterioridad a la entrada en vigor del Decreto francés de 14 de noviembre de 1974.

37. Más concretamente, la Comisión da por hecho que la actuación de las sociedades de carreras francesas y del PMU no podía influir en modo alguno en el mercado francés después de 1974, ya que la Ley francesa de 14 de noviembre de 1974 aisló plenamente el mercado e impuso a las sociedades de que se trata la obligación de ejercer su actividad fuera del marco de las normas sobre la competencia. Por consiguiente, para llegar a la conclusión de que no existía un interés comunitario en la declaración de una posible infracción, la Comisión no examinó de forma detallada la actuación de las sociedades contra las que se dirigía la denuncia, sino que, también en este punto, se basó en su tesis según la cual no existe infracción de las disposiciones de los artículos 85 y 86 cuando las repercusiones en la competencia y en el comercio entre los Estados miembros se derivan, exclusiva y obligatoriamente, de la

20 — No obstante, de las consideraciones que anteceden se desprende que la desestimación de la denuncia por parte de la Comisión no puede anularse, sin más, en su totalidad. El error cometido por la Comisión (de acuerdo con lo considerado por el Tribunal de Primera Instancia en el marco de la interpretación del artículo 85), estriba en el modo en que desestimó el primer capítulo de la denuncia de Ladbroke, es decir, el relativo a los acuerdos y prácticas concertadas mediante los cuales las sociedades de carreras concedieron un privilegio de exclusividad al PMU para la gestión de las apuestas mutuas en Francia. A mi juicio, esta distinción es necesaria para una mejor comprensión del contenido de la sentencia impugnada.

legislación nacional vigente. Así pues, en la medida en que el Tribunal de Primera Instancia consideró que dicha interpretación de los artículo 85 y 86 no era compatible con el Tratado, obró de forma correcta al no tener en cuenta la motivación relativa a la existencia de interés comunitario; ello, ciertamente, a condición de que la interpretación de las referidas disposiciones a que se atuvo el Tribunal de Primera Instancia sea compatible con el Derecho comunitario, aspecto éste que paso a analizar a continuación.

B. *Sobre la limitación de la facultad discrecional de la Comisión que se deriva de los artículos 85 y 86 en relación con el artículo 90 del Tratado*

38. 1) En primer lugar, según mi parecer, no cabe acoger la alegación formulada en la primera parte del segundo motivo del recurso del Gobierno francés, según la cual el Tribunal de Primera Instancia incurrió en error por no atenerse a la reiterada jurisprudencia que establece que los particulares que presentan una denuncia no tienen derecho a exigir la adopción por la Comisión de una Decisión definitiva. Dicha alegación descansa en un presupuesto erróneo. El Tribunal de Primera Instancia no pone en tela de juicio la facultad discrecional de la Comisión de pronunciarse sobre una denuncia o no hacerlo, ni reconoce el derecho de los denunciantes a exigir la adopción de la Decisión. [21] No obstante, a la Comisión le está prohibido desestimar definitivamente una denuncia basada en los artículos 85 y 86 sin, previamente, haber concluido el examen necesario para la correcta aplicación de dichas disposiciones.

21 — Dicho derecho, por otra parte, no existe. Véase la sentencia GEMA/Comisión, citada en la nota 16 *supra*.

Por consiguiente, la referida alegación es infundada.

39. 2) Tanto la Comisión como el Gobierno francés sostienen que el Tribunal de Primera Instancia, mediante su sentencia impugnada, vulnera la facultad discrecional de la Comisión de elegir el orden en el cual examina los fundamentos jurídicos de una denuncia. Según las partes recurrentes, el Tribunal de Primera Instancia estableció, de hecho o de Derecho, una jerarquía entre el procedimiento de los artículos 85 y 86, tal como fue organizado mediante el Reglamento nº 17, y el del artículo 90.

40. En este punto, en mi opinión, se plantea una cuestión de interpretación de los pasajes pertinentes (apartados 46 a 51) de la sentencia impugnada. Del tenor del apartado 46 se desprende, en principio, que el Tribunal de Primera Instancia, tras considerar que, en el presente asunto, se había iniciado y estaba pendiente un procedimiento de examen de la denuncia de Ladbroke con arreglo al artículo 90, estimó oportuno dilucidar si dicho procedimiento debía concluir antes de darse una respuesta definitiva al capítulo de la denuncia referente a las infracciones de los artículos 85 y 86 del Tratado. A primera vista, da la impresión de que el Tribunal de Primera Instancia procedió a una interpretación conjunta de las mencionadas disposiciones, llegando a la conclusión de que, ante la denuncia controvertida, la Comisión debía concluir su examen basándose en el artículo 90 antes de pronunciarse, con carácter definitivo, sobre la base de los artículos 85 y 86. Es decir, aparentemente, en determinadas circunstancias, el procedimiento del artículo 90 precede cronológicamente al de los artículos 85 y 86.

41. Esta es la interpretación de la sentencia impugnada que hacen las partes recurrentes, que no es, sin embargo, la más correcta. [22]

42. En primer lugar, es dudoso que el examen de la Comisión sobre la base del artículo 90 pueda, efectivamente, sustituir o, cuando menos, justificar la respuesta que debe darse a todas las pretensiones formuladas por Ladbroke con arreglo a los artículos 85 y 86. Como ya se ha señalado, [23] uno de los aspectos más interesantes en el marco del examen del presente recurso de casación se encuentra en el primer capítulo de la denuncia de Ladbroke, en el que se hace referencia a los acuerdos y prácticas concertadas de las sociedades de carreras establecidas en Francia, tanto entre ellas como con el PMU. Por lo que respecta a la apreciación de la conducta de las sociedades de carreras francesas a la luz del Derecho comunitario, no está claro que el examen sobre la base del artículo 90 responda a las cuestiones jurídicas pertinentes, en la medida en que dicho artículo no versa sobre el control de la compatibilidad de la legislación nacional en general con el Derecho comunitario sino, exclusivamente, sobre las legislaciones referentes a las empresas a las que se han concedido derechos especiales o exclusivos. Por consiguiente, al menos en relación con determinados puntos de la denuncia, referentes a conductas de empresas que están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 85, no parece que tenga una utilidad inmediata la previa conclusión del procedimiento con arreglo al artículo 90. Es decir, el elemento decisivo de la denuncia de que se trata no puede ser la conclusión del procedimiento del artículo 90 sino, eventualmente, la conclusión del examen de la compatibilidad de la legislación francesa con el Derecho de la competencia comunitario en general.

43. Para completar este último punto de vista, soy del parecer de que la exposición de la sentencia impugnada que realizan las recurrentes no transmite su verdadero sentido. En el presente asunto, el Tribunal de Primera Instancia no trata de comparar las disposiciones de los artículos 85, 86 y 90 del Tratado ni de establecer una jerarquía de prioridades entre los procedimientos, por una parte, del artículo 90 y, por otra, de los artículos 85 y 86 [24] ni, por último, de limitar la facultad discrecional de la Comisión a la hora de elegir el modo en que intervendrá, facultad que se reconoce expresamente en el apartado 44 de la sentencia impugnada, antes citado. Su objetivo prioritario no consiste en obligar a la Comisión a examinar las imputaciones relativas a infracciones del artículo 90 antes de pronunciarse, con carácter definitivo, sobre aquellas que versan sobre los artículos 85 y 86. Como se desprende del tenor del apartado 50 de la sentencia impugnada, el Tribunal de Primera Instancia examina en

22 — Si dicho enfoque fuese correcto, en mi opinión, procedería anular la sentencia del Tribunal de Primera Instancia. Los dos procedimientos que inicia la Comisión con arreglo al artículo 90, por un lado, y a los artículos 85 y 86, por otro, son absolutamente independientes uno de otro. Por otra parte, de una interpretación conjunta de los referidos artículos no se desprende que la conclusión del examen a la luz del artículo 90 deba preceder a la del examen que ordena la aplicación de los artículos 85 y 86. Así pues, en la medida en que el Tratado otorga a la Comisión una facultad de apreciación discrecional para elegir el momento y modo de su intervención, no existe fundamento legal, derivado de una comparación entre dichos procedimientos, para limitar esa facultad de elegir el procedimiento adecuado. Por lo demás, semejante limitación tan sólo podría tener una importancia práctica muy escasa. Como correctamente observa el Gobierno francés, en lo sucesivo, la Comisión podrá abstenerse de iniciar el procedimiento del artículo 90 antes de desestimar con carácter definitivo la denuncia a la luz de los artículos 85 y 86, precisamente para evitar las obligaciones que le impone el Tribunal de Primera Instancia.

23 — Véase el punto 31 *supra*.

24 — Resulta útil remitir a la sentencia/Rendo y otros/Comisión, citada en la nota 9 *supra* (apartados 21 a 23), en la cual el Tribunal de Justicia debió pronunciarse sobre una cuestión conexa en un procedimiento de casación.

qué medida la Comisión, al dar una respuesta definitiva a la denuncia de Ladbroke, cumplió las exigencias que le impone el Derecho comunitario; en efecto, concluye que no cumplió su obligación de examinar con la debida atención y exhaustividad los elementos de hecho y de Derecho de la denuncia de referencia, de tal modo que la desestimación definitiva de esta última no suscitase dudas en cuanto a su corrección.

Por consiguiente, la postura del Tribunal de Primera Instancia que discuten las partes recurrentes se basa en la interpretación, *exclusivamente*, de los artículos 85 y 86, y no de dichos artículos en relación con el artículo 90.

44. Dicho enfoque interpretativo se deduce de la redacción de la sentencia impugnada y, más concretamente, de sus apartados 48, 49 y 51, antes citados. [25] Según este razonamiento del Tribunal de Primera Instancia, existen casos en los que, para juzgar si la conducta de una o varias empresas vulnera los artículos 85 y 86, en determinadas circunstancias, es necesario el examen de la legislación nacional vigente, en el marco de la cual se desarrolló la actividad examinada. [26] Porque, si las medidas estatales fuesen contrarias al Derecho comunitario, la Comisión habría quizás de examinar si el hecho de que las sociedades «[...] se atengan a las disposiciones de una legislación nacional contraria a las disposiciones del Tratado, podía o no dar lugar a la adopción de medidas contra ellas, destinadas a poner fin a las infracciones de lo dispuesto en los artículos 85 y 86 del Tratado». [27] El examen de la compatibilidad de la legislación nacional es, desde este punto de vista, necesario al margen de que, a tal fin se haya iniciado el procedimiento del apartado 3 del artículo 90 o se haya presentado a la Comisión la correspondiente denuncia dirigida a la referida legislación.

45. En otras palabras, la piedra angular del razonamiento del Tribunal de Primera Instancia se encuentra en la interpretación de los artículos 85 y 86 del Tratado, que puede resumirse como sigue: *en los casos en que existe una legislación nacional que obstaculiza la libre competencia o el comercio intracomunitario e impone a las empresas, con carácter vinculante, unas conductas que, de*

25 — El lector de la sentencia impugnada no debería dar importancia al hecho de que en la última frase del apartado 46 se haga referencia al artículo 90. En primer lugar, en dicho apartado, el Tribunal de Primera Instancia no se pronuncia sobre la cuestión sino que, simplemente, plantea el problema, al estimar que en el asunto del que conocía se encontraba pendiente una denuncia ante la Comisión con arreglo al artículo 90. Es decir, la obligación de la Comisión de examinar la legislación francesa antes de pronunciarse sobre la desestimación definitiva de los capítulos de la denuncia en los que se invocaron los artículos 85 y 86 no se deriva del hecho de que estuviese también pendiente una denuncia por incumplimiento del artículo 90. Dicha obligación emana directamente de los artículos 85 y 86, como claramente se pone de manifiesto, en mi opinión, por la formulación de los apartados 50 y 51 de la sentencia impugnada; en el presente asunto, sencillamente, sucede que ya se había iniciado el procedimiento del artículo 90, que fue establecido en el Tratado precisamente para la apreciación por la Comisión de la compatibilidad de una legislación nacional con el ordenamiento jurídico comunitario (véanse los puntos 68 y ss. de las presentes conclusiones).

26 — Se trata de los casos en que, como en el asunto presente, la acción de los particulares que podría suscitar reservas fundadas en cuanto a su conformidad con las normas comunitarias sobre la competencia se encuentra prohibida por medidas nacionales que rigen dicha acción y han aislado el mercado nacional del régimen de competencia y de los intercambios entre Estados miembros. Ciertamente, tampoco en esos casos se requiere *a priori* un control de las normas estatales para dar una respuesta definitiva sobre los artículos 85 y 86. La Comisión, por ejemplo, puede declarar que del nuevo examen de la acción de las empresas interesadas se desprende que estas últimas no incurrieron en acuerdo, práctica concertada o explotación abusiva de posición dominante alguna. No obstante, al igual que en el caso presente, la Comisión puede abstenerse de fundar su análisis en la conducta de dichas empresas, basándolo en cambio en el hecho de que la referida conducta, en todo caso, no podía afectar a la competencia o a los intercambios intracomunitarios, en razón de la existencia de una legislación nacional que había provocado, absoluta y necesariamente, dicho resultado. En tal caso, a juicio del Tribunal de Primera Instancia, la correcta interpretación y aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado, pasa, necesariamente, por la previa apreciación de la compatibilidad de la referida legislación nacional con el Derecho comunitario.

27 — Apartado 49 de la sentencia impugnada.

otro modo, probablemente estarían comprendidas en el ámbito de aplicación de los artículos 85 y 86, la correcta interpretación y aplicación de dichas disposiciones exige que no se dé una respuesta definitiva sobre la existencia de una infracción de los artículos 85 y 86 hasta que se haya dilucidado si dicha legislación nacional es compatible con el Derecho comunitario, ya que, en caso de que la respuesta sea negativa, deberá considerarse que las sociedades que se atuvieron a la legislación nacional de que se trate vulneraron las disposiciones de los citados artículos.

46. Adoptada esta postura, el Tribunal de Primera Instancia tuvo en cuenta lo siguiente:

En primer lugar, la desestimación definitiva de la denuncia por la Comisión en relación con los artículos 85 y 86 se basa [28] en la existencia de una legislación nacional que obstaculiza la competencia y no deja libertad de actuación a las empresas.

En segundo lugar, por lo que respecta a la determinación de la compatibilidad de la legislación francesa de que se trata con el Derecho comunitario, está pendiente una denuncia de Ladbroke, basada en el artículo 90, cuya tramitación ya ha iniciado la Comisión.

En tercer lugar, la propia Comisión reconoce que la cuestión de la determinación de la compatibilidad de la legislación francesa con el Derecho comunitario es esencial para resolver las cuestiones relativas al régimen de competencia que rige o debe regir el mercado francés de apuestas hípicas. [29]

47. Habida cuenta de lo que antecede, el Tribunal de Primera Instancia llegó a la conclusión de que la respuesta definitiva de la Comisión a la denuncia de Ladbroke *no satisfacía las exigencias de certeza y exhaustividad,* ya que la Comisión no había respondido a «[...] su obligación de examinar atentamente los elementos de hecho y de Derecho puestos en su conocimiento por los denunciantes [...]». [30] En consecuencia, en el marco de la denuncia examinada, el elemento

28 — Como se ha indicado anteriormente (punto 34), los restantes motivos de la Comisión no bastaban, por sí solos, para justificar la desestimación definitiva de la denuncia con arreglo a los artículos 85 y 86 del Tratado.

29 — Véase el apartado 47 de la sentencia impugnada, antes citado. En la primera parte del primer motivo del recurso, la Comisión discute la corrección de ese apartado, por entender que se basa en una comprensión errónea del escrito de contestación que presentó en el procedimiento ante el Tribunal de Primera Instancia. No obstante, en realidad, la Comisión no ha captado el verdadero sentido del apartado 47. El Tribunal de Primera Instancia no considera que la Comisión hubiera reconocido la necesidad de concluir previamente el procedimiento pendiente con arreglo al artículo 90, antes de dar una respuesta definitiva con arreglo a los artículos 85 y 86; sin embargo, tiene en cuenta el hecho de que, incluso a juicio de la Comisión, el problema de competencia que, en general, plantea la denuncia de Ladbroke únicamente puede resolverse de forma satisfactoria dilucidando en qué medida la legislación francesa relativa al monopolio del PMU es compatible con las disposiciones del Tratado.

30 — Apartado 50 de la sentencia impugnada.

decisivo para dar una respuesta definitiva sobre la existencia de una infracción de los artículos 85 y 86 no es la conclusión del procedimiento pendiente con arreglo al artículo 90, sino la respuesta a la cuestión que versa sobre en qué medida la legislación nacional francesa es compatible con las normas comunitarias sobre la competencia. Es esto lo que exige el Tribunal de Primera Instancia, sin pretender limitar la facultad discrecional de la Comisión [31] o establecer un orden de prioridad entre los procedimientos del artículo 90, por un lado, y de los artículos 85 y 86, por otro.

48. Ciertamente, incluso con este planteamiento, la solución que dio el Tribunal de Primera Instancia termina por limitar, *de facto*, la facultad de la Comisión de determinar cuándo y cómo iniciará, siempre en el marco de la denuncia de que se trata, el procedimiento con arreglo al artículo 90, con objeto de examinar la compatibilidad de la legislación francesa con el Derecho comunitario. Sin embargo, la cuestión relativa a si dicha consecuencia práctica descansa en una aplicación correcta del Derecho comunitario está relacionada con la problemática, más general, que versa sobre hasta qué punto la interpretación precedente de los artículos 85 y 86, seguida en el presente caso, es conforme con el ordenamiento jurídico comunitario, problemática que paso a examinar de inmediato.

31 — De conformidad con el razonamiento del Tribunal de Primera Instancia, la Comisión está directamente obligada por los artículos 85 y 86, así como por los mandatos del artículo 155 del Tratado, a proceder al examen de la compatibilidad de la legislación nacional con las normas comunitarias sobre la competencia. Así pues, a diferencia de lo que afirma el Gobierno francés en el tercer motivo de su recurso, la Comisión no puede soslayar dicha obligación anunciando, desde el momento de la presentación de la denuncia, que no tiene intención de examinar la legislación nacional a la luz del artículo 90, para así preservar su potestad discrecional.

C. *Sobre la correcta interpretación de los artículos 85 y 86 del Tratado*

1. *Los artículos 85 y 86 del Tratado a la luz del apartado 49 de la sentencia impugnada*

49. Mediante el primer motivo de su recurso, el Gobierno francés alega que la solución que dio el Tribunal de Primera Instancia en su sentencia impugnada es contraria a la reiteradamente aceptada en la jurisprudencia relativa a la posibilidad de aplicar las disposiciones de los artículos 85 y 86 del Tratado en aquellos casos en que la conducta litigiosa de las empresas interesadas viene impuesta por la legislación nacional. Señala asimismo que nunca hasta ahora se había declarado una obligación de las empresas nacionales de desobedecer una medida nacional que les impone obligaciones contrarias al Derecho comunitario.

50. La Comisión discrepa de la postura sostenida por el Gobierno francés, en la medida en que distingue entre los casos en que la legislación nacional impone a las empresas obligaciones contrarias a los artículos 85 y 86 y aquellos otros en que las medidas estatales, por sí solas, crean un marco jurídico que limita la competencia, de tal modo que no existe un comportamiento de las empresas (a efectos de los artículos 85 y 86) que incida en la competencia y los intercambios intracomunitarios. Según la Comisión, sólo en este segundo caso los artículos 85 y 86 son incompatibles.

a) Enfoque interpretativo de los artículos 85 y 86 adoptado por el Tribunal de Primera Instancia y en la jurisprudencia existente

51. En efecto, la tesis que sostiene el Tribunal de Primera Instancia [32] en la sentencia impugnada no parece ser conforme con la jurisprudencia existente, al menos en relación con dos cuestiones de importancia. Por un lado, en relación con la cuestión de la existencia de una infracción de los artículos 85 y 86, cometida por empresas cuya conducta contraria a las normas comunitarias sobre la competencia viene impuesta, íntegramente, por medidas nacionales vinculantes. Por otro, y esto es en mi opinión lo más importante, la sentencia impugnada se aparta del criterio generalmente aceptado en la jurisprudencia en lo que respecta a las condiciones en las cuales una normativa nacional de carácter económico puede ser examinada a la luz de los artículos 5 y 85 del Tratado.

52. i) El Tribunal de Primera Instancia, como se desprende de la formulación del apartado 49 de la sentencia impugnada, no sigue la solución inicialmente aceptada en la sentencia Suiker Unie y otros/Comisión, la cual hasta la fecha no ha sido revocada expresamente. [33] Según la interpretación más aceptada, mediante dicha sentencia, el Tribunal de Justicia consideró que no existe infracción del artículo 85 del Tratado en aquellos casos en que la acción de las empresas, si bien, en principio, parece estar comprendida en el ámbito de aplicación de las prohibiciones contenidas en dicho artículo, viene impuesta por normas estatales que no permiten ningún margen de actuación a dichas empresas.

53. Es cierto que, en las sentencias que siguieron, el Tribunal de Justicia trató de mitigar las consecuencias de dicha jurisprudencia. [34] Más concretamente, sin que se

32 — En relación con la obligación de la Comisión de proceder, en determinados casos, a una evaluación previa de la compatibilidad de la legislación nacional con el Derecho de la competencia comunitario, antes de responder con carácter definitivo a una denuncia con arreglo a los artículos 85 y 86.

33 — En dicha sentencia, citada en la nota 12 *supra*, en relación con empresas dedicadas a la comercialización de azúcar, el Tribunal de Justicia enunció el razonamiento siguiente (apartados 65 a 72):
«[...] la normativa italiana y su ejecución tienen una incidencia decisiva en elementos esenciales de la conducta reprochada a las empresas interesadas, de tal modo que, aparentemente, de no ser por dicha normativa y su ejecución, la cooperación controvertida bien no hubiera tenido lugar o bien hubiera tenido lugar en una forma distinta de la declarada por la Comisión [...]
[...] por otra parte [...] la normativa italiana y su ejecución tenían por objeto y efecto adaptar estrictamente la cantidad de la oferta a la de la demanda y, de ese modo, eliminar un elemento esencial del normal juego de la competencia;
[...] asimismo, el régimen antes descrito redujo de forma sustancial la posibilidad de los interesados de negociar el precio que hubiera resultado del libre juego de la oferta y la demanda;
[...] además, la normativa italiana obstaculizó, indirecta pero fundamentalmente, la libre elección de proveedor por parte del comprador y a la inversa [...]
[...] como se ha declarado anteriormente que si, en particular, el sistema de cuotas nacionales, al tender a compartimentar los mercados nacionales, no deja ya a las normas de la competencia más que un ámbito residual, éste, a su vez, se encuentra en gran medida restringido, de forma fundamental, por la particular organización del mercado italiano;
[...] de las consideraciones que anteceden se desprende que la conducta reprochada no pudo obstaculizar de manera sensible el juego de la competencia y, en consecuencia, no está incursa en la prohibición del artículo 85 del Tratado».

34 — A mi juicio, procede destacar que, en el asunto Suiker Unie y otros/Comisión, el Tribunal de Justicia sabía que el contenido de la normativa italiana relativa al comercio del azúcar no era manifiestamente contraria al ordenamiento jurídico comunitario. Por otra parte, las Instituciones comunitarias no habían logrado crear un régimen de libre competencia plena para el azúcar. La organización común del mercado de dicho producto contemplaba importantes excepciones para el mercado italiano, que permitían al legislador italiano limitar al mínimo la libre competencia. Si bien no aludió expresamente a la compatibilidad de la normativa italiana con el Derecho comunitario, soy del parecer de que el Tribunal de Justicia la tuvo finalmente en cuenta, de forma tácita, antes de pronunciarse sobre la inaplicabilidad de los artículos 85 y 86 del Tratado a las empresas que ejercían actividades en el mercado italiano. En mi opinión, no es seguro que la sentencia hubiera tenido finalmente el mismo contenido de haber sido directamente contraria a las normas comunitarias la normativa nacional que impedía la aplicación de los artículos 85 y 86.

abandone nunca del todo, la excepción declarada por vez primera en la sentencia Suiker Unie y otros/Comisión encuentra difícil aplicación en la práctica, en la medida en que el Tribunal de Justicia es muy estricto a la hora de declarar la existencia de una legislación nacional que priva a las empresas de toda posibilidad de configurar con libertad su actuación y les impone, necesariamente, una conducta contraria a las normas comunitarias sobre la competencia. [35] Por otra parte, no se discute la responsabilidad de las empresas cuando el comportamiento contrario a los artículos 85 y 86 ha sido favorecido o incentivado por las autoridades nacionales. [36]

54. ii) Si la jurisprudencia precedente interesa ante todo a las empresas, la que paso a exponer acto seguido está directamente relacionada con los intereses de los Estados miembros en lo que respecta a la validez de las normas nacionales que limitan o suprimen la libre competencia. El Abogado General Sr. Tesauro, en sus conclusiones en el asunto Meng, [37] señaló que la postura del Tribunal de Justicia sobre esta cuestión puede resumirse del siguiente modo:

«[...] el Tribunal de Justicia ha afirmado siempre, por una parte, que las normativas nacionales que rigen el ejercicio de la actividad económica de las empresas no están incluidas en el ámbito de aplicación material de los artículos 85 y 86. En efecto, estos último, *ratione personae*, no se dirigen a los Estados miembros sino a las empresas y, *ratione materiae*, su finalidad consiste en proteger la libre competencia y no en limitar las prerrogativas de los Estados miembros en materia de política económica, prerrogativas a las que, en su caso, serán aplicables otras disposiciones del Tratado.

Por otra parte, el Tribunal de Justicia ha afirmado reiteradamente que "los artículos 85 y 86, considerados en relación con el artículo 5 del Tratado, obligan a los Estados miembros a no adoptar ni mantener en vigor medidas, incluso legales o reglamentarias, que puedan anular la eficacia de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas". [38]

Las dos afirmaciones son perfectamente coherentes entre sí. En efecto, aunque los artículos 85 y 86 se refieren a comportamientos de las empresas contrarios a las normas de competencia, los Estados miembros no deben permitir a estas empresas eludir las prohibiciones impuestas por estos artículos ofreciéndoles el escudo de una normativa estatal. De no ser así, los artículos 85 y 86 quedarían vacíos de contenido: *por tanto, se obliga a los Estados miembros a no comprometer el efecto útil de las normas sobre competencia dirigidas a las empresas.*»

35 — Es característico el ejemplo de la sentencia Stichting Sigarettenindustrie/Comisión, citada en la nota 12 *supra*.

36 — Véanse las sentencias del Tribunal de Primera Instancia de 10 de enero de 1985, Leclerc (229/83, Rec. p. 1), y de 29 de enero e 1985, Cullet (231/83, Rec. p. 305).

37 — Sentencia citada en la nota 15 *supra*.

38 — Véase, como más reciente, la sentencia de 28 de febrero de 1991, Marchandise y otros (C-332/89, Rec. p. I-1027), apartado 22.

55. Habida cuenta de lo que antecede, sólo en determinadas circunstancias y con carácter excepcional puede el Tribunal de Justicia entrar en el examen de la compatibilidad de una medida nacional con el Derecho comunitario a la luz de los artículos 85 y 86, cuando dichas medidas no ponen en peligro la eficacia de las disposiciones de los referidos artículos. [39] Las conclusiones de la correspondiente jurisprudencia en particular sobre el artículo 85, que es el que interesa en el presente asunto, se resumen en el apartado 14 de la sentencia Meng:

«[...] según reiterada jurisprudencia, el artículo 85, en relación con el artículo 5 del Tratado, obliga a los Estados miembros a no adoptar o mantener en vigor medidas, ni siquiera legislativas o reglamentarias, que puedan desvirtuar el efecto útil de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas. Tal es el caso, en virtud de esta misma jurisprudencia, cuando un Estado miembro impone o favorece la concertación de prácticas colusorias contrarias al artículo 85 o refuerza los efectos de tales prácticas, o bien despoja a su propia normativa del carácter estatal, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica [...]»

A contrario, cuando la legislación nacional no se refiere a acuerdos o prácticas concertadas de las empresas sino que establece, ella misma, las normas reguladoras del mercado, el perjuicio de la competencia procede exclusivamente de un acto estatal, que no está comprendido en el ámbito de aplicación del artículo 85. [40]

56. La postura adoptada por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia impugnada no puede conciliarse con cuanto acabo de exponer. Más concretamente, no respeta la diferencia entre medidas nacionales que privan de efecto útil a los artículos 85 y 86 y aquellas que no están comprendidas en el ámbito de aplicación de las referidas disposiciones. Por el contrario, el Tribunal de Primera Instancia, con la formulación general del apartado 49 de la sentencia impugnada, insta a la Comisión a someter las medidas nacionales en general a un control basándose en las disposiciones comunitarias sobre la competencia y a utilizar los resultados de dicho control para apreciar, sobre la base de las mismas disposiciones, la conducta de las empresas que se hayan atenido a las medidas de que se trata. Sin decirlo expresamente, el Tribunal de Primera Instancia se aparta de la postura mantenida hasta ahora en la jurisprudencia en relación con los requisitos que se requieren para proceder al examen de una norma nacional a la luz de los artículos 85 y 86 del Tratado.

39 — Véanse las sentencias, antes citadas, del Tribunal de Justicia Inno/ATAB, de 3 de diciembre de 1987, BNIC, y de 30 de enero de 1985, BNIC, Ahmed Saeed Flugreisen y otros, Meng, así como las sentencias del Tribunal de Justicia de 30 de abril de 1986, Asjes (asuntos acumulados 209/84 a 213/84, Rec. p. 1425); de 1 de octubre de 1987, VVR (311/85, Rec. p. 3801); Leclerc, citada en la nota 36, y de 21 de septiembre de 1988, Van Eycke (267/86, Rec. p. 4769).

40 — En la sentencia Meng, antes citada, el Tribunal de Justicia hubo de proceder a un análisis de la legislación nacional alemana en materia de seguros que prohibía la cesión a los clientes de una parte de la comisión. La postura que finalmente adoptó sobre esta cuestión se basó en las consideraciones siguientes: «[...] es preciso señalar que la propia normativa formula la prohibición de conceder ventajas a los tomadores de seguros y no delega en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica. De las consideraciones que preceden resulta que una normativa como la controvertida en el litigio principal no está comprendida dentro de las categorías de normativas estatales que, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, menoscaban el efecto útil de la letra f) del artículo 3, el párrafo segundo del artículo 5 y el artículo 85 del Tratado. En consecuencia, procede responder a la cuestión planteada por el órgano jurisdiccional nacional que la letra f) del artículo 3, el párrafo segundo del artículo 5 y el artículo 85 del Tratado CEE no se oponen a que una normativa estatal prohíba a los mediadores de seguros ceder a sus clientes la totalidad o parte de las comisiones pagadas por las entidades aseguradoras, si no existe ninguna relación con alguno de los comportamientos de empresas contemplados por el apartado 1 del artículo 85 del Tratado» (apartados 20 a 22).

En consecuencia, cabe preguntarse si dicho razonamiento del Tribunal de Primera Instancia ha de ser mantenido incluso después del control ejercido por el Tribunal de Justicia en el marco de un recurso de casación.

b) Ramificaciones del enfoque interpretativo de los artículos 85 y 86 adoptado por el Tribunal de Primera Instancia en la sentencia impugnada

57. i) Antes de proseguir, considero particularmente útil reiterar que los artículos 85 y 86 del Tratado contienen normas jurídicas perfectas con pleno efecto directo (vertical y horizontal). [41] Asimismo, por ser disposiciones del Tratado, tienen un rango formal superior al de las normas nacionales. Así pues, en la medida en que las referidas disposiciones se encuentran en una posición superior, en la jerarquía de las normas jurídicas, a la de las disposiciones nacionales, en principio, habría de considerase inconcebible el que estas últimas pudieran obstaculizar su aplicación. Por otra parte, es un lugar común en todos los sistemas jurídicos la obligación de los sujetos de Derecho de atenerse a la normas de rango formal superior, aun cuando exista una medida vigente de rango inferior con contenido contrario. Dicha obligación debería extenderse asimismo a los sujetos del Derecho comunitario, aun cuando les exija, finalmente, no atenerse a la legislación nacional contraria en vigor. De lo contrario, se pondrían en tela de juicio no sólo el rango formal superior sino también el efecto directo de las disposiciones contenidas en los artículos 85 y 86 del Tratado.

58. Ahora bien, por más que los referidos principios fundamentales parezcan evidentes en los sistemas nacionales, hasta la fecha no se han aplicado plenamente en el Derecho comunitario y no garantizan de manera absoluta la primacía del ordenamiento jurídico comunitario sobre el correspondiente ordenamiento nacional. Las normas comunitarias no producen la totalidad de las consecuencias jurídicas que dimanan de su rango formal superior, cuando menos de conformidad con lo declarado en la jurisprudencia existente.

59. ii) En este punto, merece la pena subrayar las consecuencias que tendría una revocación de la jurisprudencia existente hasta ahora. A mi entender, procede trazar una distinción entre las ramificaciones que tendría una eventual confirmación del enfoque interpretativo de los artículos 85 y 86 adoptado en la sentencia impugnada, de un lado, en el tratamiento jurídico de las empresas y, de otro, la legislación económica de los Estados miembros.

60. aa) Por lo que respecta a las empresas, debe asimismo admitirse que en cada ocasión en que se declare una conducta contraria a las prohibiciones de los artículos 85 y 86, las

41 — Basta con recordar la trayectoria de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia desde la sentencia de 6 de abril de 1962, Bosch (13/61, Rec. p. 89), hasta la sentencia de 30 de enero de 1974, BRT (127/73, Rec. p. 51), y la sentencia de 10 de julio de 1980, Marty (37/79, Rec. p. 2481).

empresas incursas en ella sufrirán las consecuencias contempladas en los mencionados artículos del Tratado, sin que puedan invocar, como causa anulatoria del carácter ilícito de su comportamiento, la existencia de una legislación nacional vinculante de contenido contrario. Por el contrario, estarán obligadas, para no quedar sometidas a lo previsto en los artículos 85 y 86, a no atenerse a las medidas estatales que se refieran a ellas.

61. En principio, no sería contrario a un cambio de rumbo de la jurisprudencia en ese sentido. Ahora bien, pueden plantearse dos cuestiones de importancia. En primer lugar, parece en extremo riguroso hacer soportar a las empresas interesadas las consecuencias adversas de una infracción del Derecho comunitario de la que, normalmente, deberían responder los Estados miembros. En segundo lugar, cabría oponer a la precedente interpretación de los artículos 85 y 86 que da preferencia a la protección del ordenamiento jurídico comunitario a expensas de los intereses de los particulares, al exigir de estos últimos que soporten las consecuencias de su contraposición a la legislación nacional y se conviertan, en cierto modo, en «mártires» de la defensa del Derecho comunitario.

62. En mi opinión, es posible dar una respuesta satisfactoria a estos reproches.

63. En primer lugar, sin duda alguna ha de causar extrañeza la formulación de un principio general según el cual los particulares que se atengan a las normas nacionales pueden incurrir en responsabilidad ante el Derecho comunitario. Sin embargo, ello es consecuencia del principio del rango formal superior de la norma comunitaria frente a la correspondiente norma nacional. Por otra parte, es especialmente útil distinguir entre la declaración de la existencia de una infracción del Derecho comunitario y la imputación de la responsabilidad al infractor. El hecho de que una empresa se atenga a una norma nacional vinculante contraria a los artículos 85 y 86 no suprime la ilegalidad, a la luz del Derecho comunitario, de su conducta, si bien puede constituir una causa eximente o atenuante de su responsabilidad. [42] De conformidad con este planteamiento, la Comisión, una vez haya considerado que la norma nacional que impuso o exigió una conducta concreta a las empresas examinadas no es conforme con el Derecho comunitario, acto seguido, declarará que las referidas empresas vulneraron las disposiciones de los artículos 85 y 86, prohibirá la continuación de dicha conducta ilegal pero no impondrá una sanción pecuniaria, o podrá limitar la cuantía de ésta. [43] Desde esta perspectiva, no considero

42 — En este punto, cabría hacer referencia al problema más general que se plantea en los ordenamientos jurídicos nacionales, tanto en el ámbito del Derecho penal como en el del Derecho sancionador, referente a la medida en la cual una orden de un superior jerárquico o la ignorancia de la ley elimina la ilegalidad del acto o, simplemente, impide o limita la imputación de responsabilidad.

43 — Por ejemplo, si dichas empresas demostrasen que se atuvieron a las normas nacionales bien porque, justificadamente, las consideraron conformes con las correspondientes disposiciones comunitarias o bien en razón de la gravedad de las sanciones que llevaría aparejada su inobservancia. Sin embargo, si la legislación nacional fuese manifiestamente contraria al Derecho comunitario, teniendo la empresa conocimiento de esta circunstancia, no veo razón para permitir que ésta se ampare en el escudo de la medida nacional con el fin de evitar las correspondientes sanciones con arreglo al artículo 85.
En todo caso, soy del parecer de que la referida distinción es imprescindible; de lo contrario, sería exageradamente riguroso hacer que una empresa que se ha visto impelida por la legislación nacional a obrar de forma contraria a los artículos 85 y 86 soporte, sin más requisitos, las sanciones contempladas. A propósito de esta cuestión, véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Jacobs presentadas el 27 de febrero de 1997 en los asuntos en los que recayeron las sentencias de 17 de julio de 1997, Haahr Petroleum (C-90/94, Rec. pp. I-4085 y ss., especialmente p. I-4087); Texaco y Olieselskabet Danmark (asuntos acumulados C-114/95 y C-115/95, Rec. p. I-4263), y GT-Link (C-242/95, Rec. p. I-4449).

que la modificación propuesta de la interpretación de los artículos 85 y 86 sea excesivamente restrictiva o injusta para las empresas.

64. Por lo que respecta a la imputación según la cual se invitaría a las empresas a obrar de forma contraria a sus legislaciones nacionales y a soportar las consecuencias previsibles de dicha conducta, cabe observar lo siguiente: el ordenamiento jurídico comunitario ya pone a disposición de los particulares los medios jurídicos adecuados para defender los derechos que reconoce a su favor, cuando son puestos en peligro o menoscabados por una medida nacional. En relación con esta cuestión, reviste especial importancia, como es sabido, la aportación del Tribunal de Justicia en el marco de las respuestas que da a las cuestiones prejudiciales ante él planteadas. En este punto, basta con evocar la postura adoptada por el Tribunal de Justicia en el asunto Factortame I [44] para admitir que el Derecho comunitario otorga a los particulares una protección jurídica suficiente, incluso en el marco de los sistemas jurídicos nacionales, en aquellos casos en que una medida estatal lesiona los derechos que les reconoce el ordenamiento jurídico comunitario. En el presente caso, la empresa que soportase sanciones por haberse atenido a la legislación nacional contraria al Derecho comunitario de la competencia tiene la posibilidad de acudir a los órganos jurisdiccionales nacionales, quienes no sólo deben excluir la aplicación de dicha legislación sino que están obligados a proporcionar, asimismo, una protección jurisdiccional cautelar suficiente. En consecuencia, no cabría acoger la imputación antes referida sin reconocer, indirectamente, la insuficiencia de la protección jurídica garantizada por el ordenamiento jurídico comunitario a los particulares, circunstancia que, en mi opinión, no responde en modo alguno a la realidad.

65. De todo lo que antecede concluyo que la interpretación adoptada por el Tribunal de Primera Instancia en su sentencia impugnada, que, indirectamente, se aparta de la línea trazada en la sentencia Suiker Unie y otros/Comisión, tiene un fundamento adecuado y se concilia mejor con el principio fundamental del rango formal superior del Derecho comunitario.

66. bb) No obstante, como señalé anteriormente, esta postura implica una modificación de la jurisprudencia también en relación con otra cuestión de importancia capital, a saber, la referente a la posibilidad de invocar los artículos 85 y 86, en relación con el artículo 5 del Tratado, con objeto de controlar la compatibilidad de un régimen nacional con dichas disposiciones. De conformidad con lo antes expuesto, [45] es en este punto en el que radica, en mi opinión, la esencia de la problemática referente a la corrección de la sentencia impugnada, y no en los argumentos invocados por las partes recurrentes a propósito de la limitación *de facto* de la facultad discrecional de la Comisión a la hora de decidir si una denuncia ha de ser examinada en primer lugar a la luz del artículo 90 o con arreglo a los artículos 85 y 86. La limitación concreta de la facultad discrecional de la Comisión no es más que una —y, quizás, no la más importante— de las consecuencias jurídicas del razonamiento seguido por el Tribunal de

44 — Sentencia de 19 de junio de 1990, Factortame y otros (C-213/89, Rec. p. I-2433).

45 — Véanse los puntos 56 y ss. *supra*.

Primera Instancia en el apartado 49 de la sentencia impugnada.

67. En particular, suponiendo que se acepte el enfoque interpretativo de los artículos 85 y 86 que propone el Tribunal de Primera Instancia, será necesario examinar la conformidad de las medidas nacionales con el ordenamiento jurídico comunitario en cada caso en que la conducta de las empresas sometidas al control sea contraria a las normas comunitarias sobre la competencia pero haya venido impuesta por medidas nacionales de carácter vinculante que determinen el marco dentro del cual ha de ejercerse una actividad económica concreta. [46] Así, en tales casos, se establece una obligación de control de las normas nacionales a la luz del Derecho comunitario, en el marco de la aplicación, exclusivamente, de los artículos 85 y 86 del Tratado. Dicha obligación incumbe principalmente a la Comisión para el ejercicio de las competencias que tiene atribuidas en relación con el respeto de las disposiciones del Tratado y, en particular, para la vigilancia del respeto de las disposiciones de los artículos 85 y 86 por parte de los sujetos del Derecho comunitario.

68. Según jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia, una legislación nacional que restringe la competencia, exceptuadas las ayudas de Estado, puede, en primer lugar, estar comprendida en el ámbito de aplicación del artículo 90 (cuando se refiere a empresas públicas o a empresas a las que se concedan derechos especiales o exclusivos); en segundo lugar, estar comprendida en el ámbito de aplicación de los artículos 85 y 86 en relación con el artículo 5 (cuando menoscabe el efecto útil de dichas disposiciones), [47] y, en tercer lugar, sustraerse al ámbito de aplicación de las normas comunitarias sobre la competencia, establecidas en las disposiciones de los artículos 85 a 94 del Tratado. La clasificación precedente resulta trastocada si se admite la tesis introducida por el Tribunal de Primera Instancia en su sentencia impugnada. Las normas nacionales que limitan o afectan a la competencia pueden, en determinadas circunstancias, ser examinadas en su totalidad para comprobar su compatibilidad con los artículos 85 y 86; dicho examen es un requisito previo para la adopción, por parte de las Instituciones comunitarias competentes, de una Decisión sobre las conductas de las empresas que se hayan atenido a las referidas normas.

69. En el marco del precedente enfoque interpretativo de los artículos 85 y 86, es menester establecer una distinción entre las normas nacionales que están también comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 90 y aquellas otras que no guardan relación con él. En el primer caso, teóricamente, la Comisión tiene tres posibilidades. En primer lugar, dar curso a una denuncia presentada ante ella sobre la base del artículo 90, relativa a la compatibilidad de la legislación nacional de que se trate con las normas comunitarias (es éste el caso que más se asemeja a los hechos del presente asunto). En segundo lugar, iniciar el procedimiento de los artículos 169 y siguientes o proceder de oficio al control de la legislación nacional, con arreglo al artículo 90, iniciando el correspon-

46 — Ciertamente, en el supuesto de que la Comisión compruebe, mediante el ejercicio de su control, que se ha producido un comportamiento de las empresas comprendido en el ámbito de aplicación de los artículos 85 y 86.

47 — Véase la sentencia Meng, citada en la nota 15 *supra*.

diente procedimiento. [48] En tercer lugar, efectuar un control incidental de la legislación nacional en el marco de los artículos 5, 85 y 86.

70. Si la medida nacional no está comprendida entre las que se rigen por el artículo 90, la Comisión, teóricamente, puede bien intentar conseguir una declaración de ilegalidad de la medida a la luz del Derecho nacional con arreglo al procedimiento de los artículos 169 y siguientes, o bien proceder a un control incidental de la legislación nacional en el marco de la aplicación de los artículos 5, 85 y 86.

71. Si bien el método del control incidental tiene la ventaja de ser más sencillo, sin embargo, también suscita más cuestiones desde la perspectiva del Derecho comunitario institucional. No está claro en qué medida la concesión de esta facultad es compatible con el sistema del Tratado. Según la jurisprudencia, cuando la Comisión comprueba que una legislación nacional no es conforme al ordenamiento jurídico comunitario, se dirige contra el Estado miembro que la ha adoptado. Con este fin está disponible el procedimiento general de los artículos 169 y siguientes, destinado a resolver en vía jurisdiccional el litigio en caso de que el Estado miembro no se atenga a la posición de la Comisión; no obstante, antes de la sentencia definitiva del Tribunal de Justicia, no existe una ilegalidad declarada del Estado miembro —ni, por extensión, de la medida nacional controvertida— puesto que el Tratado únicamente atribuye competencia a la Comisión para pronunciarse sobre esta cuestión mediante actos de carácter consultivo. [49] Con carácter excepcional, en especial en los casos en que pueda aplicarse el artículo 90, la Comisión puede elegir entre el procedimiento general antes mencionado de los artículos 169 y siguientes y el procedimiento especial del apartado 3 del artículo 90; con arreglo a esta última disposición, la Comisión se pronuncia ella misma sobre la compatibilidad de las normativas estatales con el Derecho comunitario. [50] No obstante, en todo caso, contradiría la lógica del Derecho comunitario originario generalmente aceptada hasta la fecha el que la Comisión pudiera intervenir en contra de medidas nacionales sin adoptar directamente una

48 — De la jurisprudencia de este Tribunal referente a la aplicación a una legislación nacional del artículo 90, por un lado, y de los artículos 85 y 86 en relación con el artículo 5, por otro, se desprende que, en principio, no cabe acumular dichas bases jurídicas. Más concretamente, el criterio básico para considerar que, con carácter excepcional, una legislación nacional está comprendida en el ámbito de aplicación de los artículos 85 y 86 consiste en comprobar que la legislación de que se trata ha perdido su «estatalidad» precisamente bien por haber impuesto, favorecido o reforzado conductas privadas contrarias a la competencia o bien por haber facultado a los particulares para adoptar las medidas adecuadas de intervención en la economía (véase la sentencia Meng, citada en la nota 15 *supra*). Por el contrario, para que se aplique el artículo 90, el perjuicio de la competencia debe haber sido provocado por una medida estrictamente estatal [*véase*, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 1991, Francia/Comisión (C-202/88, Rec. p. I-1223), por la que se anuló una Decisión de la Comisión en la medida en que obligaba a los Estados miembros a adoptar medidas para resolver los contratos de arrendamiento de terminales celebrados por las empresas públicas de telecomunicaciones con los usuarios; dichos contratos no estaban comprendidos en el ámbito de aplicación del artículo 90 puesto que no habían sido impuestos, con carácter obligatorio, por los Estados miembros].
Ciertamente, cuando la legislación nacional se aplica tanto a las empresas del artículo 90 como a empresas no comprendidas en dicha categoría, su compatibilidad con el Derecho comunitario ha de examinarse en parte a la luz del artículo 90 y en parte a la luz de los artículos 5, 85 y 86 (véase la sentencia Ahmed Saeed Flugreisen y otros, citada en la nota 10 *supra*). Es probable que un análisis atento de la legislación francesa relativa a las apuestas hípicas ponga de manifiesto que la legislación de que se trata está asimismo comprendida en el ámbito de ambos grupos de disposiciones.

49 — Véase la sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de mayo de 1981, Essevi y Salengo (asuntos acumulados 142/80 y 143/80, Rec. p. 1413).

50 — Procede señalar que, cuando se plantea una cuestión de compatibilidad con el Derecho comunitario de medidas nacionales por las que se conceden a empresas derechos especiales o exclusivos, el artículo 90 constituye la *lex specialis* que, presumiblemente, habría de aplicarse. [Por lo que respecta al carácter específico del artículo 90, véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Reischl en los asuntos en los que recayó la sentencia de 6 de julio de 1982, Francia, Italia y Reino Unido/Comisión (asuntos acumulados 188/90, 189/80 y 190/80, Rec. p. 2545)].

postura, es decir, sin dirigir «a los Estados miembros directivas o decisiones apropiadas» a efectos del artículo 90 [51] y sin presentar observaciones y un dictamen motivado en el marco del procedimiento del artículo 169; [52] [53] pese a todo ello, la solución del control incidental es, en mi opinión, la más progresista.

72. Sin embargo, si se exceptúa la solución del control incidental de la legislación nacional con arreglo a los artículos 85 y 86, la aplicación de dichos artículos, también de conformidad con la vía interpretativa seguida por el Tribunal de Primera Instancia, termina por depender, en determinados casos, de que la Comisión esté dispuesta a iniciar los procedimientos de los artículos 90 y 169 y siguientes. Hasta ahora, el Tribunal de Justicia ha reconocido a la Comisión una amplia potestad discrecional en orden al comienzo y la tramitación de dichos procedimientos y, en general, en relación con las gestiones que pueden conducirle a una confrontación con un determinado Estado miembro. [54] Es decir, de los artículos 85 y 86 no cabe deducir una obligación directa o, siquiera, indirecta de la Comisión de intervenir en contra de una legislación nacional con arreglo a los artículos 90 y 169 y siguientes.

73. Resta el caso particular de la existencia de una denuncia basada en el artículo 90 cuyo examen haya sido ya iniciado por la Comisión. Por otra parte, ésta es la situación de hecho que se presenta en el caso de autos. En primer lugar, considero que sería contrario al rigor lógico que debe imperar en el ordenamiento jurídico comunitario, en tanto que sistema de Derecho, el que la solución que haya de darse en una categoría de litigios tan importante dependa de la circunstancia accidental de la existencia o inexistencia de una denuncia pendiente con arreglo al artículo 90. Asimismo, el problema institucional antes señalado no está del todo resuelto. Se pone en tela de juicio, aunque sea de forma

51 — No debe pasarse por alto que el procedimiento de los artículos 85 y 86, en relación con el artículo 5 del Tratado, no puede conducir a la adopción de una decisión de la Comisión dirigida a Estados miembros y no a empresas. Véanse el auto del Tribunal de Justicia de 30 de septiembre de 1987, Brother Industries/Comisión (C-229/86, Rec. p. 3757), y, en particular, la sentencia de 13 de diciembre de 1990, Nefarma/Comisión (T-113/89, Rec. p. II-797).

52 — Por otra parte, cabe dudar que dicha perspectiva no lesione también el derecho de defensa del Estado miembro. En la medida en que el procedimiento del Reglamento nº 17 se dirige contra empresas, el Estado miembro no estará presente en el momento en que se plantee la cuestión relativa a si las disposiciones nacionales pertinentes son conformes al Derecho comunitario. Ciertamente, es posible instar al Estado miembro a presentar sus observaciones, aunque las disposiciones escritas no contemplen esta posibilidad [véase la postura del Tribunal de Justicia en las sentencias de 14 de febrero de 1990, Francia/Comisión (C-301/87, Rec. p. I-307), y de 12 de febrero de 1992, Países Bajos y otros/Comisión (asuntos acumulados C-48/90 y C-66/90, Rec. p. I-565)]. Asimismo, puede interponer un recurso con arreglo al artículo 173 en contra de la Decisión que adopte la Comisión al término del procedimiento del Reglamento nº 17.

53 — Por otra parte, como observó la Comisión durante el procedimiento en el asunto Meng, antes citado, dicha eventualidad podría quizás trastocar la uniformidad del Derecho comunitario: la Comisión podrá asegurar la salvaguardia de las normas comunitarias sobre la competencia disponiendo de un arma jurídica distinta de la que normalmente utiliza para exigir la supresión de las medidas nacionales contrarias a la aplicación de normas comunitarias con contenido dispar. Es cierto que cabe excluir este último argumento teniendo en cuenta la singularidad de las normas contenidas en los artículos 85 y 86, así como el carácter económico de las Comunidades, al menos en su origen. Cabe añadir que el hecho de que las facultades de la Comisión se amplíen en relación con uno solo de los objetos del ordenamiento jurídico comunitario no es un motivo que baste para desestimar este planteamiento; en la práctica, está demostrado que la integración europea no puede progresar del mismo modo en todas las cuestiones.

54 — Por lo que respecta al procedimiento del artículo 169, véase la sentencia de 1 de marzo de 1966, Lütticke/Comisión (48/65, Rec. p. 27). En relación con el procedimiento del artículo 90, véase la sentencia Ladbroke/Comisión, citada en la nota 7 *supra*. No obstante, no debe excluirse la posibilidad de una evolución de la jurisprudencia tendente hacia una nueva limitación de la facultad discrecional de la Comisión. En este sentido apuntan las conclusiones del Abogado General Sr. La Pergola de 11 de julio de 1996 en el asunto en el que recayó la sentencia de 20 de febrero de 1997, Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Comisión (C-107/95 P, Rec. pp. I-947 y ss., especialmente p. I-949) las cuales, si bien no fueron seguidas por el Tribunal de Justicia, dan a entender que esta cuestión jurídica no puede considerarse cerrada.

indirecta la facultad discrecional de la Comisión en el ejercicio de aquellas de sus competencias que, eventualmente, pueden oponerle a los Estados miembros; la Comisión no dispone ya de una libertad de elección absoluta a la hora de determinar el orden en que serán examinadas dos denuncias basadas, respectivamente, en el artículo 90 y en los artículos 85 y 86 del Tratado.

74. Como ya he señalado, [55] la limitación de que se trata no constituye el núcleo del problema sino sólo una de sus manifestaciones. La cuestión jurídica que suscita la sentencia impugnada, en particular en su apartado 49, debe situarse fuera del marco particular de los hechos concretos del presente asunto y del «pseudodilema» de la elección entre el procedimiento del artículo 90 y el de los artículos 85 y 86. La cuestión que requiere una respuesta del Tribunal de Justicia, en la presente fase, no es otra que la ya expuesta al comienzo de la presente sección: la interpretación de los artículos 85 y 86 contenida en el apartado 49 de la sentencia impugnada, según la cual, en determinadas circunstancias, es necesario apreciar la compatibilidad de la legislación nacional con las normas comunitarias sobre la competencia antes de pronunciarse con carácter definitivo sobre si determinadas empresas han incumplido las disposiciones de los artículos 85 y 86, ¿es o no es compatible con la letra y el espíritu del Derecho comunitario?

75. iii) Del análisis precedente se desprende la conclusión de que esa postura, sin ser directamente contraria a las disposiciones del Tratado, rompe con la interpretación vigente de una serie de principios y normas fundamentales del Derecho comunitario y equivale a abandonar algunas de las más importantes soluciones jurisprudenciales del Tribunal de Justicia. Por más que se trate de describir las transformaciones que podría provocar en el ordenamiento jurídico comunitario la postura del Tribunal de Primera Instancia, tal como resulta del apartado 49 de la sentencia impugnada, es indudable que dichos cambios no son todos ellos ni previsibles ni deseables. No obstante, en todo caso, considero que el referido enfoque interpretativo de los artículos 85 y 86 garantiza la más plena protección jurídica posible de los derechos que dichos artículos reconocen a los particulares y, más concretamente, a las empresas que soportan las consecuencias de las concentraciones y de la explotación abusiva de posiciones dominantes por parte de sus competidores. Estimo útil remitirme, a guisa de comparación, al texto de la sentencia Factortame III [56] a propósito de la cuestión de la salvaguardia de los derechos que reconoce el Derecho comunitario a los particulares que han sufrido un perjuicio causado por los Estados miembros:

«Además, supeditar la reparación del daño a la exigencia de una declaración previa, por parte del Tribunal de Justicia, de un incumplimiento del Derecho comunitario imputable a un Estado miembro sería contrario al principio de efectividad del Derecho comunitario, puesto que excluiría todo derecho a indemnización mientras el presunto incum-

55 — Véanse los puntos 48 y 66 *supra*.

56 — Sentencia del Tribunal de Justicia de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame (asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029), relativa a las condiciones de la responsabilidad de un Estado miembro por los perjuicios causados a los particulares por infracciones del Derecho comunitario imputables al mismo.

plimiento no hubiera sido objeto de un recurso interpuesto por la Comisión en virtud del artículo 169 del Tratado y de una condena por parte del Tribunal de Justicia. Pues bien, los derechos a favor de particulares derivados de las disposiciones comunitarias que tiene efecto directo en el ordenamiento jurídico interno de los Estados miembros, no pueden depender de la apreciación por parte de la Comisión de la oportunidad de actuar, con arreglo al artículo 169 del Tratado, en contra de un Estado miembro ni de que se dicte por el Tribunal de Justicia una eventual sentencia en la que se declare el incumplimiento.»

76. Desde esta perspectiva, la postura del Tribunal de Primera Instancia expresada en el apartado 49 de la sentencia impugnada se encuentra en perfecta armonía con el principio de efectividad del Derecho comunitario, si bien suscita interrogantes sobre las consecuencias que entraña para la Comisión en relación con el control de la compatibilidad de las medidas nacionales con el Derecho comunitario que le encomienda efectuar el Tratado.

2. Para el supuesto de que no se acoja la interpretación contenida en el apartado 49 de la sentencia impugnada

77. En aras de la exhaustividad de la respuesta, considero oportuno examinar la sentencia impugnada también para el supuesto de que no se adopte el referido enfoque interpretativo de los artículos 85 y 86. Según mi parecer, el fallo de la misma es correcto, si bien se basa en un razonamiento distinto, menos ambicioso, en el que puede faltar el principio interpretativo general del apartado 49, así como las referencias al procedimiento del artículo 90 pendiente ante la Comisión.

78. Ciertamente, el punto de partida para la solución del litigio sigue siendo el examen del contenido de la impugnada Decisión inicial de la Comisión, mediante la cual se desestimó, con carácter definitivo, la denuncia de Ladbroke en lo que respecta a las pretensiones referentes a infracciones de los artículos 85 y 86 del Tratado por parte del PMU francés y de un grupo de sociedades de carreras de caballos. De conformidad con lo antes expuesto, la motivación de la Decisión impugnada, al menos por lo que respecta a la imputación de Ladbroke que alude a una concentración ilegal tanto entre las diez principales sociedades de carreras de Francia como entre ellas y el PMU descansa, al menos en parte, en remisiones al marco normativo vigente en Francia, por el que se rige el mercado de las apuestas hípicas en dicho país. La Comisión invoca las repercusiones de la legislación nacional francesa en el mercado de las apuestas y sostiene, con esa base, que no existe un interés comunitario en declarar una eventual infracción por parte de las sociedades de carreras, en la medida en que, en todo caso, la libre competencia no resulta obstaculizada por eventuales conductas de las empresas sino por las normativas estatales vigentes.

79. En este punto, procede señalar que dicha legislación francesa puede, teóricamente,

interesar al Derecho comunitario de la competencia por dos razones distintas. Por una parte, en la medida en que se refiere a empresas a las que se conceden derechos especiales o exclusivos, se rige por lo dispuesto en el artículo 90 del Tratado. Por otra, en la medida en que se aplica a empresas distintas de las contempladas en el artículo 90, está comprendida en el ámbito de aplicación de los artículos 85 y 86 si priva a dichas disposiciones de su efectividad práctica, de conformidad con lo declarado en la sentencia Meng, antes citada. [57]

80. En todo caso, del texto de la Decisión impugnada de la Comisión se desprende que la apreciación de dicha legislación nacional reviste una importancia capital para la comprensión del problema de competencia suscitado en la denuncia de que se trata. Asimismo, si finalmente se declarase que las normativas estatales privan de efecto útil a los artículos 85 y 86 de tal modo que, de conformidad con la jurisprudencia Meng, [58] están comprendidas en el ámbito de aplicación de los referidos artículos, eventualmente debería examinarse hasta qué punto esa declaración reviste importancia en relación con el tratamiento que, con arreglo a los artículos 85 y 86 del Tratado, deba dispensarse a las empresas que se hubieran atenido a la legislación francesa controvertida. Dicha necesidad fue también admitida expresamente por la Comisión en sus observaciones relativas al primer motivo del recurso interpuesto por el Gobierno francés. [59]

81. Como acertadamente declaró el Tribunal de Primera Instancia, en relación con esta cuestión, el análisis realizado por la Comisión en su acto controvertido es defectuoso. Simplemente se hace referencia a la función desempeñada por la legislación nacional en el mercado de las apuestas hípicas, sin explicar suficientemente el vínculo existente entre dicha legislación y la conducta examinada de las empresas; por otra parte, no se analiza la legislación controvertida a la luz de los artículos 85 y 86 en relación con el artículo 5 del Tratado, y no queda claro si dicha legislación pertenece o no a la categoría de aquellas que privan de efecto útil a esas disposiciones. [60] La Comisión incurre en una contradicción lógica cuando alega que, en razón de la particular dificultad que presenta la apreciación de la legislación controvertida, durante tantos años no pudo pronunciarse sobre la compatibilidad de las referidas medidas estatales con el Derecho comunitario de la competencia, y que sin embargo está en condiciones de evaluar suficientemente esa misma legislación a la luz de los artículos 85 y 86 recurriendo a la lacónica formulación de la Decisión impugnada. [61] En consecuencia, la motivación de la Comisión, con arreglo a la cual desestimó definitivamente la denuncia de Ladbroke en lo que respecta a las alegadas

57 — Véase la nota 15 *supra*.

58 — Véase la nota 15 *supra*.

59 — Véase el punto 21 *supra*.

60 — El análisis de la legislación francesa realizado por la Comisión (apartado 6 de la Decisión impugnada) se limita a que no puede considerarse que el Decreto de 1974 constituyera una legalización, por parte del legislador, de acuerdos o prácticas concertadas preexistentes de las empresas de carreras, puesto que éstos habían sido impuestos por el Decreto francés de 1930.

61 — Por otra parte, no corresponde al procedimiento del Tribunal de Justicia o del Tribunal de Primera Instancia sustituir o completar la motivación de la Decisión impugnada. En consecuencia, las observaciones formuladas por los agentes de la Comisión tanto en la fase escrita como en la fase oral del procedimiento, según las cuales la legislación francesa pertinente no pertenece a la categoría de aquellas que privan de efecto útil a los artículos 85 y 86, no pueden prosperar. Dicha declaración debería desprenderse de forma clara y motivada de la Decisión impugnada, dentro del análisis específico del marco normativo nacional a la luz de los artículos 85 y 86. Es decir, la Decisión impugnada no abordó con la debida seriedad la referida cuestión jurídica, cuya importancia y dificultad, sin embargo, reconoce expresamente la Comisión cuando entiende que ha de examinar esa misma legislación a la luz del artículo 90.

infracciones de los artículos 85 y 86 es defectuosa y, por tanto, la Decisión fue correctamente anulada. Como expresamente subraya el Tribunal de Primera Instancia, la Comisión no respondió a su obligación de examinar atentamente los elementos de hecho y de Derecho puestos en su conocimiento por la denunciante, [62] por lo que su Decisión no satisface las exigencias de certeza y exhaustividad que exige la jurisprudencia. [63]

82. Ciertamente, incluso con este razonamiento, la solución adoptada en la sentencia impugnada no es enteramente conforme con la jurisprudencia o, al menos, con la interpretación habitual realizada en dicha jurisprudencia. Por una parte, se pone en tela de juicio indirectamente la norma interpretativa en la que se basa la sentencia Suiker Unie y otros/Comisión, según la cual no existe infracción de los artículos 85 y 86 del Tratado por parte de las empresas cuando su conducta ha venido impuesta enteramente por medidas nacionales obligatorias. [64] Por otra parte, lo que a mi juicio es más importante, los criterios de la jurisprudencia referentes a las condiciones en las cuales las normativas nacionales privan de efecto útil a los artículos 85 y 86 y están, por tanto, comprendidas en el ámbito de aplicación de los referidos artículos vinculan también a la Comisión en el ejercicio del control de la conducta de las empresas que efectúa con arreglo a los artículos 85 y 86. [65]

83. En última instancia, pienso que esta solución es la más indicada ya que atribuye a las disposiciones de los artículos 85 y 86 la eficacia vinculante que les corresponde [66] y, además, viene impuesta por el principio fundamental de efectividad del Derecho comunitario. En consecuencia, la sentencia impugnada, aun cuando su motivación deba ser modificada o completada de la forma que he indicado anteriormente, llega a una solución correcta, y procede desestimar los recursos de casación.

62 — Véanse la sentencia Automec/Comisión, citada en la nota 16 *supra*, y la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 24 de enero de 1995, BEMIM/Comisión (T-114/92, Rec. p. II-147), apartados 47 a 57.

63 — Véase el apartado 50 de la sentencia impugnada, en el que se efectúan otras remisiones a la jurisprudencia.

64 — Por otra parte, ¿qué utilidad tendría un examen de la compatibilidad de la legislación francesa relativa a las apuestas hípicas a la luz del Derecho comunitario si bastara, simplemente, con comprobar su carácter vinculante en relación con la conducta de las empresas para eximir a estas últimas de la aplicación de los artículos 85 y 86?

65 — Procede señalar que dichos criterios jurisprudenciales, reiterados en la sentencia Meng, antes citada, fueron declarados por el Tribunal de Justicia en el marco de respuestas a cuestiones prejudiciales; es decir, se trataba de casos en los que el control de la legislación nacional con arreglo a los artículos 85 y 86 lo realizaría un órgano jurisdiccional nacional, y no la Comisión. Esta última, cuando examina la conducta de empresas con arreglo a los referidos artículos, concentra su control en esa conducta. Asimismo, el Tribunal de Justicia, cuando ha de controlar las Decisiones de la Comisión con arreglo al Reglamento nº 17, se limita a lo referente a la acción de las empresas y efectúa una apreciación de la legislación nacional exclusivamente para determinar hasta qué punto impone dichas conductas y no para emitir un juicio sobre su compatibilidad con las normas comunitarias.
Mediante el razonamiento que he expuesto, se insta a la Comisión a que declare en qué medida la legislación francesa pertinente priva de efecto útil a los artículos 85 y 86, en el marco del control por su parte de la conducta de las empresas. Es decir, se solicita a la Comisión que formula un juicio incidental de la compatibilidad de la legislación nacional con el Derecho comunitario; por consiguiente, se aplica también en este caso cuanto dije en los puntos 71 y siguientes de estas conclusiones. Dicho juicio incidental no se refiere a la totalidad de las medidas estatales que, eventualmente, restrinjan la competencia (como da a entender la formulación general del apartado 49 de la sentencia impugnada) sino, exclusivamente, a las normas nacionales que privan de efecto útil a los artículos 85 y 86, conforme a lo declarado por el Tribunal de Justicia en las sentencias Inno y Meng, antes citadas. En otras palabras, el presente enfoque sencillamente refuerza y amplía a mi juicio correctamente, la aplicación de dicha jurisprudencia.

66 — La balanza se inclina más en favor de la aplicación más estricta de los artículos 85 y 86 del Tratado, en detrimento de las legislaciones nacionales. Véase la sentencia de 11 de julio de 1996, Metropole Television y otros/Comisión (asuntos acumulados T-528/93, T-542/93, T-543/93 y T-546/93, Rec. p. II-649), referente a las condiciones en las cuales una actividad puede declararse exenta del artículo 85 por constituir una «función especial de interés público». Asimismo, como mencioné anteriormente (véase la nota 54 *supra*), existe un problema urgente que versa sobre la necesidad de limitar la potestad discrecional de la Comisión en relación con las facultades que le ha conferido el Derecho comunitario de la competencia, aun cuando el ejercicio de éstas pueda conducirle a una confrontación con un Estado miembro.

V. Conclusión

84. Habida cuenta de todo lo que antecede, propongo al Tribunal de Justicia lo siguiente:

1) Desestimar, en su totalidad, los recursos de casación interpuestos por la Comisión y por la República Francesa.

2) Condenar en costas a las recurrentes.