Recopilación de la Jurisprudencia

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. NILS WAHL
presentadas el 21 de mayo de 2015 [1]

Asunto C-194/14 P

AC-Treuhand AG
contra

Comisión Europea

«Recurso de casación — Cártel — Mercados europeos de los estabilizadores térmicos — Fijación de precios, reparto de los mercados e intercambio de información comercial sensible — Decisión por la que se declara una infracción del artículo 81 CE (actualmente artículo 101 TFUE) y del artículo 53 del Acuerdo EEE — Decisión referida a una empresa asesora que no ejerce una presión competitiva en los mercados pertinentes»

1. Las normas aplicables a las empresas en virtud de los artículos 81 CE y 82 CE (actualmente 101 TFUE y 102 TFUE) tienen por objeto prohibir las restricciones al libre juego de la competencia. Para detectar una restricción de la competencia debe acreditarse, tras el pertinente análisis económico, que la empresa de que se trata ha renunciado total o parcialmente mediante su conducta a ejercer una presión, característica de una competencia efectiva, sobre los demás operadores del o de los mercados afectados, en perjuicio de la eficacia económica y del bienestar de los consumidores. Una conducta no restrictiva de la competencia, en el sentido indicado, por muy criticable que pueda resultar desde el punto de vista moral o ético, no puede quedar comprendida, no obstante, en el ámbito de las prohibiciones consagradas por el Derecho de la competencia de la Unión Europea y, en particular, en la prohibición de prácticas colusorias prevista en el artículo 81 CE, apartado 1.

2. En mi opinión, este asunto ofrece una oportunidad única para recordar esta regla fundamental.

3. En su recurso de casación, AC-Treuhand AG (en lo sucesivo, «Ac-Treudhand») solicita la anulación de la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea AC-Treuhand/Comisión, [2] mediante la cual dicho órgano jurisdiccional desestimó su recurso que tenía por objeto la anulación de la Decisión C(2009) 8682 final de la Comisión, de 11 de noviembre de 2009, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/38.589 — Termoestabilizadores; en lo sucesivo, «Decisión controvertida»), [3] y subsidiariamente la reducción del importe de las multas impuestas.

1 — Lengua original: francés.

2 — T-27/10, EU:T:2014:59; en lo sucesivo, «sentencia recurrida».

3 — Resumen en el DO 2010, C 307, p. 9.

4. Entre las cuestiones suscitadas en el presente procedimiento, una cuestión inédita merece atención. En efecto, el Tribunal de Justicia debe pronunciarse por primera vez [4] sobre si puede procederse contra una empresa asesora que no opera en los mercados controvertidos o en mercados relacionados por infringir las normas sobre competencia, al haber facilitado la puesta en práctica del cártel. Pues bien, este asunto plantea una cuestión importante, de gran actualidad, [5] que invita al Tribunal de Justicia a pronunciarse sobre el alcance de la prohibición de prácticas colusorias consagrada en las normas sobre competencia de los Tratados y, por tanto, sobre la naturaleza de los conductas que pueden quedar comprendidas dentro de dicha prohibición.

I. **Antecedentes del litigio**

5. Los antecedentes del litigio, según se exponen en los apartados 1 a 24 de la sentencia recurrida, pueden resumirse del siguiente modo:

«2 En la Decisión [controvertida] la Comisión [...] consideró que varias empresas habían infringido el artículo 81 CE y el artículo 53 del Acuerdo [EEE] al participar en dos conjuntos de acuerdos y de prácticas concertadas anticompetitivos que abarcaban el territorio del EEE y afectaban al sector de los estabilizadores de estaño, por una parte, y al sector del aceite epoxidado de soja y de los ésteres, por otra (en lo sucesivo, sector "ESBO/ésteres").

[...]

4 Según el artículo 1 de la Decisión [controvertida], cada una de ambas infracciones consistió en fijar los precios, repartir los mercados por medio de cuotas de venta, repartir los clientes e intercambiar informaciones comerciales sensibles, en particular sobre los clientes, la producción y las ventas.

5 La Decisión [controvertida] manifiesta que las empresas interesadas participaron en esas infracciones durante diferentes períodos comprendidos entre el 24 de febrero de 1987 y el 21 de marzo de 2000, en el caso de los estabilizadores de estaño, y entre el 11 de septiembre de 1991 y el 26 de septiembre de 2000 en el sector ESBO/ésteres.

6 La demandante, AC-Treuhand AG, cuyo domicilio social está en Zúrich (Suiza), es una sociedad asesora que ofrece una gama completa de servicios a la medida a las asociaciones nacionales e internacionales y a los grupos de interés, debiendo precisarse que de la Decisión [controvertida] resulta también que esa sociedad describe sus servicios como sigue: "gestión y administración de asociaciones profesionales suizas e internacionales y de federaciones y organizaciones sin ánimo de lucro; obtención, tratamiento y explotación de los datos del mercado; presentación de las estadísticas del mercado; control de las cifras comunicadas por los participantes" [...].

[...]

4 — Procede señalar que la sentencia del Tribunal General de 8 de julio de 2008, AC-Treuhand/Comisión (T-99/04, EU:T:2008:256) (en lo sucesivo, «sentencia AC-Treuhand I»), en virtud de la cual el Tribunal General se pronunció por primera vez sobre la aplicación del artículo 81 CE a una empresa asesora que contribuyó a la comisión de una infracción, no fue objeto de recurso de casación. A este respecto, ha de observarse que, aunque en el asunto que dio lugar a esa sentencia AC-Treuhand fue considerada responsable de una infracción del artículo 81 CE, únicamente se le impuso una multa de 1 000 euros —importe simbólico habida cuenta de las multas aplicadas a las empresas objeto de la decisión recurrida en dicho asunto [Decisión 2005/349/CE de la Comisión, de 10 de diciembre de 2003, relativa a un procedimiento de conformidad con el artículo 81 [CE] y el artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/E-2/37857 — Peróxidos Orgánicos) (DO L 110, p. 44)].

5 — En una reciente decisión de 4 de febrero de 2015, la Comisión Europea ha sancionado a ICAP, un corredor del sector financiero radicado en Reino Unido, con una multa por un importe de 14,96 millones de euros por haber facilitado seis de los siete cárteles detectados en el sector de los productos derivados con tipos de interés denominados en yenes, mediante diversas acciones que contribuyeron a los objetivos contrarios a la competencia perseguidos por los miembros de esos cárteles. El 14 de abril de 2015 se interpuso un recurso contra dicha decisión ante el Tribunal General (asunto T-180/15, pendiente de resolución).

10 La Decisión [controvertida] considera a la demandante responsable porque jugó un papel esencial y similar en las dos infracciones en cuestión, organizando reuniones para los participantes en el cartel a las que ella asistió y en las que participó activamente, recogiendo y comunicando a los participantes datos sobre las ventas en los mercados afectados, proponiendo actuar como moderador en caso de tensión entre las empresas interesadas y animando a las partes a llegar a compromisos, a cambio de una remuneración [...].

[...]

20 El artículo 1 de la Decisión [controvertida] declara que la demandante es responsable por su participación en la infracción relacionada con los estabilizadores de estaño del 1 de diciembre de 1993 al 21 de marzo de 2000, y en la relacionada con el sector ESBO/ésteres del 1 de diciembre de 1993 al 26 de septiembre de 2000.

[...]

24 El artículo 2 de la Decisión [controvertida] establece lo siguiente:

"Por la/s infracción/es en el mercado de los estabilizadores de estaño [...], se imponen las siguiente multas:

[...]

17) AC-Treuhand es responsable por importe de 174 000 euros;

[...]

Por la/s infracción/es en el mercado del ESBO/los ésteres [...], se imponen las siguientes multas:

[...]

38) AC-Treuhand es responsable por importe de 174 000 euros;

[...]"».

II. **Procedimiento ante el Tribunal General y sentencia recurrida**

6. Mediante recurso presentado en la Secretaría del Tribunal General el 27 de enero de 2010, la recurrente solicitó la anulación de la Decisión controvertida o, con carácter subsidiario, la reducción del importe de las multas impuestas.

7. En apoyo de su recurso, la recurrente presentó nueve motivos, que el Tribunal General, tras haber tomado nota de la renuncia de la recurrente al noveno motivo, resume del modo siguiente en los apartados 36 y 268 de la sentencia recurrida:

«36 Para la anulación de la Decisión [controvertida] la demandante aduce cuatro motivos y la primera parte del quinto motivo, basados en la infracción del artículo 81 CE y del principio de legalidad de los delitos y de las penas (tercer motivo); en la prescripción de la facultad de la Comisión de imponer multas en aplicación del artículo 25, apartado 5, del Reglamento nº 1/2003 (segundo motivo); en la vulneración del derecho de defensa, a causa de la información tardía del procedimiento de investigación tramitado respecto a ella (octavo motivo); en la

infracción del principio de plazo razonable, a causa de la duración del procedimiento administrativo (séptimo motivo), y en la vulneración del artículo 23, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003 (primera parte del sexto motivo).

[...]

268 En apoyo de su pretensión de reforma de la Decisión [controvertida] en lo que se refiere al importe de las multas impuestas la demandante aduce cuatro motivos y la segunda parte del quinto motivo, basados en un error de apreciación de la duración de las infracciones (primer motivo), en la duración del procedimiento administrativo (séptimo motivo), en la obligación a cargo de la Comisión de imponer únicamente una multa simbólica dadas las circunstancias del presente asunto (cuarto motivo), en la vulneración de las Directrices de 2006 en el cálculo del importe de base de la multa (quinto motivo) y en la infracción de esas Directrices al apreciar su capacidad contributiva (segunda parte del sexto motivo).»

8. Tras rechazar todos los motivos invocados, el Tribunal General desestimó el recurso en su totalidad.

III. **Pretensiones de las partes y procedimiento ante el Tribunal de Justicia**

9. En su recurso de casación, la recurrente solicita al Tribunal de Justicia que:

— Anule la sentencia recurrida.

— Anule la Decisión controvertida en la medida en que le afecte o, con carácter subsidiario, que reduzca la cuantía de las multas impuestas a la recurrente.

— Con carácter subsidiario de segundo grado, devuelva el asunto al Tribunal General.

— Condene a la Comisión a pagar las costas en que incurra la recurrente en los procedimientos ante el Tribunal General y ante el Tribunal de Justicia.

10. La Comisión solicita que se desestime el recurso de casación y se condene en costas a la recurrente.

11. Las partes formularon observaciones escritas y orales durante la vista celebrada el 4 de marzo de 2015.

IV. **Análisis del recurso de casación**

12. En apoyo de su recurso, la recurrente invoca cuatro motivos de casación basados, respectivamente, 1) en la infracción del artículo 81 CE y en la vulneración del principio de legalidad de los delitos y las penas, reconocido en el artículo 49, apartado 1, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»), por haber considerado que los actos que había cometido constituían un acuerdo contrario a la competencia; 2) en la vulneración de ese último principio y del principio de igualdad de trato y del deber de motivación cuando se imponen multas; 3) en la infracción del artículo 23, apartados 2 y 3, del Reglamento (CE) nº 1/2003 [6] y de las Directrices para el

6 — Reglamento del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 [CE] y 82 [CE] (DO 2003, L 1, p. 1).

cálculo de las multas impuestas en aplicación del artículo 23, apartado 2, letra a), del Reglamento nº 1/2003,[7] y 4) en la infracción del artículo 261 TFUE y de los artículos 23, apartado 3, y 31 del Reglamento nº 1/2003 en el ejercicio por parte del Tribunal General de su competencia jurisdiccional plena.

13. Como ya señalé en la introducción de las presentes conclusiones, el primer motivo plantea una cuestión de principio en la que centraré mi análisis tras haber expuesto brevemente los argumentos específicamente formulados por las partes sobre dicho motivo. En efecto, se suscita la cuestión de si una empresa que no opera en el mercado objeto de un cártel puede ser considerada, en relación con ese cártel, una empresa que ha participado en un acuerdo contrario a la competencia en el sentido del artículo 81 CE y, por consiguiente, si se le puede imputar una infracción de la citada disposición y, en su caso, condenar al pago de una multa por ese motivo.

A. *Alegaciones de las partes*

14. El primer motivo de casación hace referencia a los apartados 43 a 45 de la sentencia recurrida, en los cuales el Tribunal General rechazó el tercer motivo planteado por la recurrente en el procedimiento de primera instancia, así como a distintas cuestiones de la sentencia AC-Treuhand I, a las que se remite la sentencia recurrida.

15. La *recurrente* reprocha al Tribunal General haber considerado, por un lado, que el artículo 81 CE podía aplicarse a su conducta y, por otro, que dicha interpretación extensiva era razonablemente previsible en el momento en que se produjeron los hechos constitutivos de la infracción. Por consiguiente, en su opinión, el Tribunal General, por una parte, infringió el artículo 81 CE y, por otra, incumplió los requisitos de precisión y previsibilidad que se derivan del principio de legalidad de los delitos y de las penas (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), recogido en el artículo 49, apartado 1, de la Carta.

16. En este contexto, alega, en primer lugar, que la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia, de 27 de septiembre de 2011, ha establecido claramente la naturaleza penal de los procedimientos sancionadores en el marco del Derecho de las prácticas colusorias. Por consiguiente, procede aplicar el elevado nivel de protección del principio de legalidad de los delitos y de las penas que establece el Derecho penal. Asimismo, la recurrente sostiene que la exigencia de claridad jurídica es, como reconoce el propio Tribunal de Justicia,[8] particularmente imperiosa en un ámbito como el que es objeto del presente procedimiento, en el que es previsible que se apliquen sanciones especialmente onerosas.

17. A continuación, la recurrente aduce que no ha participado en un acuerdo o práctica concertada en el sentido del artículo 81 CE.

18. Sostiene que del claro tenor de ese artículo se desprende que la mera colaboración prestada a un cártel no está incluida en su ámbito de aplicación, dado que dicha disposición únicamente hace referencia a las propias partes intervinientes en el acuerdo o en la práctica concertada. En este asunto, el acuerdo restrictivo de la competencia consistía en un acuerdo entre fabricantes que perseguía fijar los precios y repartir y atribuir cuotas de ventas y clientes. La conducta de la recurrente no puede calificarse como participación en esa convergencia de voluntades, dado que se limitaba a prestar servicios al citado cártel. Pues bien, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la existencia de un acuerdo implica la concordancia de voluntades de entre por lo menos dos partes.[9]

7 — DO 2006, C 210, p. 2; en lo sucesivo, «Directrices de 2006».

8 — Sentencia Comisión/Reino Unido (32/79, EU:C:1980:189), apartado 46.

9 — Sentencias Comisión/Anic Partecipazioni (C-49/92 P, EU:C:1999:356), apartado 79, y Comisión/Volkswagen (C-74/04 P, EU:C:2006:460), apartado 37.

19. La recurrente aduce igualmente que, conforme a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, la existencia de un acuerdo exige una voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado. Sin embargo, en el presente asunto, los contratos de prestación de servicios celebrados entre ella y cada uno de los productores no guardan relación alguna con el mercado, conforme exige el Tribunal de Justicia. No existe ningún vínculo directo entre los citados contratos y la restricción a la competencia detectada, que es únicamente el resultado de un cártel entre los productores. Es más, la recurrente ni siquiera opera en los mercados anteriores, posteriores o similares a los mercados afectados por el cártel.

20. La recurrente estima que no puede reprochársele haber participado en una «práctica concertada». En efecto, no ha renunciado a su autonomía de acción en el mercado, ni la ha limitado, a raíz de su coordinación o colaboración con los productores, como exige la jurisprudencia.

21. Por otra parte, la recurrente manifiesta que, a lo sumo, sus actos «de complicidad» podrían haberse sancionado de conformidad con las exigencias del principio de legalidad si, en el momento en que se constituyó el cártel, hubiera existido una jurisprudencia reiterada de la cual se hubiera podido deducir una incriminación de forma suficientemente clara. [10] Pues bien, señala que, antes de la sentencia AC-Treuhand I, no existía jurisprudencia al respecto. Por otra parte, de dicha sentencia y de la Decisión de la Comisión que la originó [11] se desprende que la decisión de la Comisión de proceder contra una empresa asesora constituía una reorientación de la práctica seguida en sus decisiones anteriores.

22. Por último, la recurrente opina que consideraciones de oportunidad en el ámbito de la competencia no pueden llevar a vulnerar el principio de legalidad mediante una interpretación extensiva del artículo 81 CE, apartado 1. En el presente asunto únicamente se suscita la cuestión de si los servicios de asesoramiento prestados por la recurrente pueden ser castigados en virtud del artículo 81, apartado 1, pero no si merecen serlo.

23. La *Comisión* considera que el primer motivo debe desestimarse por infundado.

24. En primer lugar, observa que el principio de legalidad recogido en el artículo 49, apartado 1, de la Carta incluye el principio de precisión, la prohibición del razonamiento por analogía, y el principio de irretroactividad. Sin embargo, el artículo 23, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003, en relación con el artículo 81 CE, no forman parte del «núcleo» del Derecho penal, de modo que los principios que lo rigen no se aplican necesariamente en este ámbito con todo su rigor. Ello no va en contra de lo dispuesto en la sentencia A. Menarini Diagnostics S.r.l. c. Italia, antes citada, en la que se declaró que el procedimiento sancionador en el ámbito del Derecho de las prácticas colusorias es un procedimiento de naturaleza administrativa, antes de señalar que las sanciones impuestas pueden tener un cierto carácter penal.

25. Sostiene que, en cualquier caso, los principios de precisión y de prohibición del razonamiento por analogía no se oponen a que la jurisprudencia aclare gradualmente el contenido exacto de las normas penales. Por otra parte, aunque cabe alegar que el principio de irretroactividad se opone a la aplicación retroactiva de una nueva interpretación de una norma penal que no sea razonablemente previsible, dicha previsibilidad dependerá, en particular, del contenido y del ámbito de aplicación de la norma de que se trate y de las personas a las que está dirigida. Además, cuando una norma penal ya cumple el principio de precisión por ser claro su tenor, ya no es preciso recurrir a la jurisprudencia interpretativa para que se cumpla el principio de precisión. [12]

10 — Sentencia Evonik Degussa/Comisión (C-266/06 P, EU:C:2008:295).

11 — Decisión 2005/349/CE.

12 — Sentencia Dansk Rørindustri y otros/Comisión (C-189/02 P, C-202/02 P, C-205/02 P a C-208/02 P y C-213/02 P, EU:C:2005:408), apartados 217 y ss.

26. A continuación, la Comisión señala que las alegaciones de la recurrente, dirigidas a obtener una interpretación excesivamente restrictiva del concepto de «acuerdo entre empresas» previsto en el artículo 81 CE, no pueden admitirse, dado que la transferencia de determinadas funciones concretas por parte de un cártel a una empresa de prestación de servicios a efectos de la puesta en práctica efectiva del citado cártel está efectivamente incluida en la prohibición prevista en dicha disposición.

27. A este respecto, sostiene, en primer lugar, que el tenor del artículo 81 CE es muy amplio y puede englobar toda voluntad común concordante o toda conducta coordinada o colusoria de al menos dos empresas. [13] Dado que los servicios que la recurrente prestó servían objetiva y subjetivamente para apoyar a dos cárteles del mercado de los estabilizadores térmicos, entre la recurrente y los demás participantes del cártel existía la voluntad concordante exigida para la existencia de un acuerdo.

28. En segundo lugar, asevera que carece de pertinencia que la restricción a la competencia en los mercados de los estabilizadores térmicos sea el objetivo principal o una consecuencia accesoria de la conducta de la recurrente o si existe o no una relación directa entre dicha conducta y esa restricción de la competencia. Aunque conforme a la jurisprudencia un «acuerdo» es «una voluntad común de comportarse de una determinada manera en el mercado», ello no supone que la necesaria concordancia de voluntades deba tener para todas las partes una finalidad vinculada al mercado o estar encaminada a limitar la libertad de acción de todas las partes. Carece asimismo de importancia que la recurrente no haya operado ni en los mercados objeto del cártel ni en los mercados conexos o emergentes, puesto que los servicios que la recurrente prestó sirvieron objetiva y subjetivamente para limitar la competencia por parte de los cárteles de estabilizadores térmicos.

29. En tercer lugar, en lo que concierne a si la recurrente podía prever razonablemente la interpretación adoptada en el momento del acuerdo, la Comisión alega que ya en una decisión adoptada en 1980, [14] es decir, antes de que se cometieran las infracciones controvertidas en el presente asunto, había señalado que los servicios colusorios prestados por una empresa de gestión administrativa eran contrarios al artículo 81 CE.

30. En cuarto lugar, la Comisión afirma que el Tribunal General, en lugar de extender la aplicación del artículo 81 CE más allá del límite de su tenor literal, se mostró contrario, invocando la finalidad y el objetivo protector del Derecho de la competencia, a una restricción teleológica de dicha norma y no cometió error de Derecho alguno al formular consideraciones sobre el efecto útil del artículo 81 CE.

B. *Apreciación*

31. En el análisis del primer motivo se suscitan dos cuestiones.

32. La primera de ellas consiste en saber si el 81 CE, apartado 1, puede aplicarse a una empresa que, como la recurrente, no opera en el mercado controvertido o en los mercados vinculados y que, *stricto sensu*, no ha celebrado ningún acuerdo restrictivo de la competencia ni ha ejecutado prácticas concertadas en los citados mercados.

33. La segunda de ellas, accesoria y que sólo tiene sentido en caso de que se concluya que la conducta de la recurrente está comprendida en el ámbito de la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1, tiene por objeto determinar si, en el presente asunto, la recurrente podía prever razonablemente que la prohibición recogida en el artículo 81 CE, apartado 1, le resultaba en principio aplicable.

13 — Sentencia Consten y Grundig/Comisión (56/64 y 58/64, EU:C:1966:41).

14 — Decisión 80/1334/CEE de la Comisión, de 17 de diciembre de 1980, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado de la CEE (IV/29.869 — Vidrio colado en Italia) (DO L 383, p. 19).

34. Por los motivos que expondré a continuación, estoy convencido de que procede responder en sentido negativo a la primera cuestión y que, por consiguiente, no es preciso responder a la segunda. En primer lugar, me centraré en el alcance que ha de atribuirse al artículo 81 CE, apartado 1, y abordaré en un segundo momento la situación particular de la recurrente.

1. Alcance de la prohibición de cárteles consagrada en los Tratados: prohibición de conductas colusorias que restrinjan la competencia, conforme al pertinente análisis económico

35. Considero conveniente recordar que el Tribunal General justifica la posibilidad de sancionar a una empresa en la situación de la recurrente en los apartados 43 y 44 de la sentencia recurrida, remitiéndose a las consideraciones que realizó en el asunto que dio lugar a la sentencia AC-Treuhand I.

36. En esa sentencia, el Tribunal General ratificó el principio de la responsabilidad de AC-Treuhand por infringir el artículo 81 CE, apartado 1. Las conductas que se reprochaban a la recurrente en ese asunto eran muy similares a los que constituyen el objeto del presente procedimiento. Se le censuraba por haber desempeñado un papel clave en el cártel de los peróxidos orgánicos al organizar reuniones entre los productores, archivar determinados documentos secretos relacionados con el cártel, recabar y tratar determinados datos cifrados y desempeñar ciertas tareas logísticas y de secretaría asociadas a la organización de las reuniones.

37. Los motivos invocados por el Tribunal General en la sentencia AC-Treuhand I, son, básicamente, los siguientes.

38. En primer lugar, el término «acuerdo» previsto en el artículo 81 CE debe interpretarse en sentido amplio. La existencia de una «voluntad común» de comportarse de una determinada manera en el mercado es suficiente y no se exige una plena coincidencia entre el mercado pertinente en el que opera la empresa «autora» de la restricción de la competencia y el mercado en el que se considera que esa restricción se materializa. Por tanto, cualquier conducta, en coordinación con la de otras empresas, que tenga la finalidad de restringir la competencia en un mercado pertinente puede infringir la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1 (véanse los apartados 117 a 122 de la sentencia AC-Treuhand I).

39. En segundo lugar, no se excluye que una empresa pueda participar en la puesta en práctica de una restricción de la competencia aunque ella misma no restrinja su propia libertad de acción en el mercado en el que opera principalmente. Cualquier otra interpretación podría reducir el alcance de la prohibición establecida en el artículo 81 CE, apartado 1, de forma contraria a su eficacia, ya que no permitiría perseguir la contribución activa de una empresa a una restricción de la competencia (véanse los apartados 124 a 128 de la sentencia AC-Treuhand I).

40. En tercer lugar, para acreditar la participación de una empresa en un cártel y, por tanto, determinar su responsabilidad al respecto, basta que la Comisión pruebe que la empresa pretendía contribuir con su propia conducta —incluso de forma subordinada, accesoria o pasiva— a la consecución de los objetivos comunes perseguidos y que tuvo conocimiento de las conductas materiales previstas o ejecutadas por otras empresas o que pudo de forma razonable haberlas previsto y que estaba dispuesta a asumir el riesgo. Estos principios se aplican *mutatis mutandis* a la participación de una empresa cuya actividad económica y competencia profesional permiten que no pueda ignorar el carácter contrario a la competencia de las conductas de que se trata y que pueda aportar de esa forma un sostén no carente de importancia a la comisión de la infracción (véanse los apartados 129 a 136 de la sentencia AC-Treuhand I).

41. En cuarto y último lugar, el Tribunal General consideró, en el apartado 164 de la mencionada sentencia AC-Treuhand I, que una práctica decisoria de la Comisión seguida durante más de veinte años, que se limita a no reprobar ni sancionar a las empresas asesoras implicadas en cárteles, sin excluir no obstante que pudieran ser consideradas responsables de la infracción, no podía generar una esperanza fundada de que la Comisión se abstendría en el futuro de emprender acción sancionadora alguna contra las empresas asesoras cuando éstas participaran en un cártel. La circunstancia de que la multa impuesta en ese caso fuera muy limitada no incide en el presente asunto puesto que, como la Comisión sostuvo acertadamente, se trataba de sancionar a entidades, en particular, empresas asesoras, que en el pasado había decidido no sancionar por su eventual implicación en las actividades de cártel.

42. Estas consideraciones, que acreditan todas ellas que el artículo 81 CE no establece en definitiva prácticamente ningún límite a la naturaleza de las conductas colusorias que pueden quedar comprendidas en el ámbito de la prohibición prevista en su apartado 1, pasan completamente por alto, en mi opinión, el alcance de la prohibición y el objetivo que pretende alcanzar.

43. Según el artículo 81 CE, apartado 1, «serán incompatibles con el mercado común y quedarán prohibidos todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros y *que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común*».[15]

44. A riesgo de recordar lo que muchos pueden considerar evidente, el artículo 81 CE, al igual que el artículo 82 CE, establece varias reglas destinadas a las *empresas* que les prohíben adoptar cualquier conducta que se acredite que menoscaba el juego de la competencia o con respecto al cual, tras efectuar un análisis económico, quepa legítimamente presuponer, que tiene ese efecto.

45. El objetivo de las normas de competencia consiste, con carácter general, en garantizar que los efectos de la libre competencia, que constituyen el reflejo de la apertura de los mercados, no se vean falseados por medidas, en el sentido más amplio de la palabra, que favorezcan o perjudiquen a determinadas empresas y que, a largo plazo, vayan en detrimento de los consumidores.

46. Al margen de que se considere que las citadas conductas tienen una finalidad anticompetitiva o más bien un efecto contrario a la competencia, la prohibición de esas conductas prevista en las normas de los Tratados destinadas a las empresas se fundamenta en que éstas entrañan efectos perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia.

47. Para considerar a una empresa responsable de una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, ha de determinarse en qué medida se ha coordinado con otras empresas para renunciar a ejercer una presión competitiva sobre ellas.

48. En este sentido, el Tribunal de Justicia recordó hace mucho tiempo la necesidad de recurrir al análisis económico, teniendo en cuenta, en particular, la posición y la importancia de las partes en el mercado de los productos o servicios afectados.[16] Ha recordado recientemente también que, en lo que respecta a la metodología para identificar conductas colusorias que tienen una finalidad contraria a la competencia, debe atribuirse importancia al análisis económico y a la experiencia[17] para identificar las presiones competitivas que pesan sobre las empresas.

15 — El subrayado es mío.

16 — Véase la sentencia LTM (56/65, EU:C:1966:38), que, aun indicando que el artículo 85 TCE, apartado 1 (posteriormente artículo 81 CE, apartado 1) no distinguía según que las partes se encuentren situadas en la misma fase (acuerdos denominados «horizontales») o en distintas fases (acuerdos denominados «verticales») del proceso económico, señalaba que las alteraciones del juego de la competencia alegadas deben analizarse en el marco real en el que se produciría de no existir el acuerdo litigioso (véanse, en particular, las páginas 358 y 360 de la sentencia).

17 — Véase la sentencia CB/Comisión (C-67/13 P, EU:C:2014:2204), apartado 51.

49. Asimismo, tanto la Comisión [18] como el Tribunal de Justicia han subrayado, en reiteradas ocasiones, que la aplicabilidad de las disposiciones del Tratado que prohíben los acuerdos colusorios contrarios a la competencia presupone que la situación de los terceros «en el mercado» se vea modificada de forma sustancial.

50. Para quedar comprendidos en el ámbito de la prohibición establecida al respecto por los Tratados es pues preciso, al menos, que las conductas de las empresas mencionadas en el Tratado *puedan eliminar una presión o un obstáculo que, en principio, existe en el mercado*. Aunque, en definitiva, la naturaleza de las medidas empleadas por las empresas carece de importancia, [19] es preciso no obstante que exista una presión económica que pueda limitar la competencia. [20]

51. Dicho de otro modo, para formar parte de un cártel que tenga por objeto o efecto restringir la competencia, es preciso que la empresa interesada ejerza, en el juego normal del mercado, una presión competitiva («competitive constraint») sobre los demás participantes del cártel. Únicamente en el caso de que ejerza una presión competitiva que merezca la pena limitar, podrá ejercer la empresa de que se trata una presión de este tipo.

52. En ese sentido, la definición del mercado pertinente reviste una importancia primordial, tanto en el marco de la aplicación del artículo 82 CE como del artículo 81 CE, apartado 1. Aunque la definición del mercado pertinente no suele resultar controvertida en el marco de la aplicación del artículo 81 CE, tiene en todo caso por objeto identificar de forma sistemática las presiones que la competencia ejerce sobre las empresas de que se trata. [21]

53. A este respecto, pese a que cabe afirmar que el Derecho europeo de la competencia no exige que todos los participantes en un cártel desarrollen una actividad económica en el marcado afectado por dicho cártel, sí que exige, en cambio, que se determine de qué modo la celebración del acuerdo litigioso tiene por objeto o efecto restringir la competencia en un mercado pertinente particular.

54. No se trata únicamente de determinar si las empresas que pueden celebrar un acuerdo prohibido en el sentido del artículo 81 CE pueden operar en mercados distintos sino de establecer si pueden ejercer una presión competitiva las unas sobre a las otras. Si bien es cierto que la competencia a que hace referencia el artículo 81 CE, apartado 1, no es únicamente la que puede desarrollarse entre las partes de un acuerdo, sino también la existente entre una de ellas y terceros, [22] es preciso que la entidad de que se trate esté en condiciones de ser beneficiaria o autora de compromisos contrarios a la competencia.

18 — Véase, en particular, el apartado I.2 de la Comunicación de la Comisión de 3 de septiembre de 1986 relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (DO C 231, p. 2) según el cual «sólo están prohibidos los acuerdos que tengan efectos sensibles sobre las condiciones del mercado o, en otras palabras, que modifiquen de forma sensible la posición en el mercado de las empresas terceras respecto a los acuerdos y la de los usuarios, en cuanto a las ventas o fuentes de suministro». La Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del artículo 81 [CE] (*de minimis*) (DO 2001, C 368, p. 13) contiene consideraciones similares en su punto I y, en particular, precisa que «el Tribunal de Justicia [...] ha aclarado que [el artículo 81 CE, apartado 1] no es aplicable cuando los efectos sobre el comercio intracomunitario o sobre la competencia no son sensibles».

19 — A este respecto, no se discute que el artículo 81 CE prevé muy distintas formas de colusión —que se materializan en acuerdos más o menos formales o incluso en prácticas concertadas no ratificadas por acuerdos propiamente dichos—. En efecto, basta que los comportamientos anticompetitivos de que se trate sean el reflejo de una voluntad concordante entre, al menos, dos partes, careciendo de importancia, en sí misma, la forma en la que se manifieste dicha concordancia (véase, en particular, la sentencia Comisión/Volkswagen, C-74/04 P, EU:C:2006:460, apartado 37).

20 — Conclusiones del Abogado General Mayras presentadas en los asuntos acumulados Suiker Unie y otros/Comisión (40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, EU:C:1975:78).

21 — Véase, sobre este particular, la sentencia Erste Group Bank y otros/Comisión (C-125/07 P, C-133/07 P y C-137/07 P, EU:C:2009:576), apartado 60.

22 — Sentencia Italia/Consejo y Comisión (32/65, EU:C:1966:42).

55. En mi opinión, esta exigencia se deriva, no sólo de la interpretación teleológica del artículo 81 CE, apartado 1, sino también de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia dictada en la materia, en particular, en lo que respecta a las restricciones de naturaleza vertical, a partir de la sentencia Consten y Grundig/Comisión.[23] El Tribunal de Justicia, tras recordar que el artículo 85 del Tratado (posteriormente artículo 81 CE), al referirse con carácter general a todos los acuerdos que falsean el juego de la competencia dentro del mercado común, no establecía distinción alguna entre dichos acuerdos según vinculasen a dos empresas que compiten en la misma fase o a empresas no competidoras situadas en fases distintas, precisó a continuación en qué medida las conductas examinadas en ese asunto, a saber, acuerdos de concesión exclusiva celebrados entre el concedente y su concesionario, podían tener por efecto limitar la competencia entre los productos controvertidos ejercida entre los concesionarios y los terceros que compiten con ellos. En particular, la situación creada por dichos acuerdos tenía por efecto aislar los mercados nacionales de los productos de que se trataba y permitía fijar para esos productos unos precios que se sustraían a una competencia eficaz.

56. Analizaré el caso objeto del presente procedimiento a la luz de estas consideraciones.

2. Aplicación al presente asunto

57. En este caso, el Tribunal de Justicia debe determinar si el artículo 81 CE puede aplicarse a la conducta de los «cartels facilitators», es decir, a los operadores que colaboran en poner en práctica un acuerdo contrario a la competencia organizando, en particular, encuentros entre competidores y prestando servicios en el marco de acuerdos contrarios a la competencia.

58. En el apartado 381 de la Decisión controvertida, la Comisión describió el papel que la recurrente desempeñaba en los siguientes términos:

«De los hechos expuestos en los considerandos 356 a 359 se desprende que AC-Treuhand ha desempeñado un papel significativo en la organización y la celebración de las reuniones. AC-Treuhand conocía en profundidad el contenido de los acuerdos contrarios a la competencia, y, de hecho, redactó y circuló con gran profesionalidad todos los datos relativos a los precios, cuotas y clientes. Estaba facultada para efectuar auditorías en los locales de las empresas participantes en los cárteles. Únicamente los datos oportunamente aprobados por AC-Treuhand podían servir de base para las negociaciones y pactos. AC-Treuhand puso sus locales a disposición para ocultar los cárteles. En ambos cárteles, su función consistía en impedir que se descubrieran esas dos infracciones. En su condición de moderador, su función era alentar compromisos para permitir que se celebraran acuerdos contrarios a la competencia. AC-Treuhand puso sus servicios, su experiencia profesional y su infraestructura a disposición de los dos cárteles, para poder beneficiarse de ellos [...].»

59. Ha de señalarse que los hechos que se imputan a la recurrente conforman un conjunto de conductas, pero no se ha descrito jurídica y claramente si su función era la de un autor (participante) o la de un cómplice (o facilitador).[24]

60. Descrita de este modo, la situación de la recurrente incita a preguntarse, en primer lugar, y al hilo de lo mencionado anteriormente, si se puede perseguir a una empresa que no está presente en el mercado o en un mercado vinculado como autora de una infracción del artículo 81 CE, apartado 1, y, a continuación, si puede actuarse contra ella por ser cómplice de conductas contrarias a la competencia.

23 — 56/64 y 58/64, EU:C:1966:41, p. 493.

24 — El considerando 668 de la Decisión controvertida, relativo a la determinación del importe de las multas señala, no obstante, que AC-Treuhand era considerada responsable por su «participación directa» en los cárteles durante esos períodos.

a) Una sociedad que no opera en el mercado afectado o en mercados vinculados ¿puede ser *autora* de una infracción de la prohibición de cárteles?

61. Como ya he señalado, el artículo 81 CE, apartado 1, únicamente prohíbe los acuerdos y prácticas concertadas que tengan por objeto o efecto restringir la competencia.

62. Pues bien, para poder restringir la competencia, la persona o entidad perseguida debe poder ejercer, en circunstancias normales, una presión competitiva («competitive constraint») sobre los operadores presentes en el mercado, presión que puede ser eliminada o reducida mediante actos de colusión.

63. Por otro lado, al margen de que la empresa de que se trate opere en el mismo mercado o en la misma fase que las empresas miembros del cártel, ha de determinarse en qué medida la competencia que ejercen en el mercado los productos afectados se ha visto potencialmente limitada o eliminada por el hecho de su participación.

64. En este caso, no cabe duda alguna que AC-Treuhand puede calificarse de empresa, con carácter general, en el sentido de que constituye una entidad económica que consiste en una organización unitaria de elementos personales, materiales e inmateriales que persigue de manera duradera un fin económico determinado. En efecto, según se desprende del apartado 6 de la sentencia recurrida, se trata efectivamente de una empresa que ejerce una actividad económica consistente, en concreto, en prestar servicios en el mercado de la asesoría. [25]

65. Sin embargo, ha de señalarse que, en el presente asunto, no puede ser considerada una empresa activa en el mercado pertinente o en un mercado vinculado. En este caso, actuó como asesora pero no ha ofrecido ni recibido una oferta de pacto contrario a la competencia. No opera, ni siquiera de forma potencial, en los mercados controvertidos, que se refieren a productos muy concretos, a saber, los estabilizadores térmicos de una determinada clase, sino únicamente en su ámbito de actividad, la prestación de servicios de asesoría.

66. Al parecer, los únicos acuerdos en los que AC-Treuhand es parte son contratos de prestación de servicios concluidos con las empresas participantes en el cártel de los estabilizadores térmicos. Además, tampoco puede ser considerada miembro propiamente dicho del cártel mencionado en el artículo 1 de la Decisión controvertida, es decir, un conjunto de acuerdos y prácticas concertadas, relativos a determinados estabilizadores términos y que, en esencia, tiene por finalidad fijar los precios, repartirse los mercados y los clientes e intercambiar información confidencial sensible.

67. El objeto de los contratos celebrados entre AC-Treuhand y las empresas que operan en el mercado se refería, exclusivamente, a la prestación de servicios que, es cierto, tienen que ver con la puesta en práctica del cártel, pero que, en cuanto tales, son independientes de las conductas que se reprochan a los miembros del cártel.

68. Por otra parte, la Comisión no alegó ni demostró que AC-Treuhand ejerciera una presión como la que, con carácter general, la competencia ejerce sobre las empresas miembros del cártel. Al no ejercer esa presión sobre los miembros del cártel detectado en el sector de los estabilizadores térmicos, la conducta de AC-Treuhand no podía restringir, en cuanto tal, la competencia y, por consiguiente, quedar incluida en el ámbito de aplicación de la prohibición de cárteles prevista en el artículo 81 CE, apartado 1.

25 — Véase en ese sentido, en particular, la sentencia Wouters y otros (C-309/99, EU:C:2002:98), apartado 47 y jurisprudencia citada.

69. Aun suponiendo que se demostrase que las acciones emprendidas por AC-Treuhand tuvieron un efecto positivo en el funcionamiento del cártel, haciéndolo más eficaz y ocultando su existencia, los efectos sobre la competencia de dichos actos se derivan *exclusivamente* de la conducta de los miembros del cártel. Una vez más, si en circunstancias normales AC-Treuhand no ejerce una presión como la que la competencia hace recaer sobre las empresas controvertidas, sus acciones no pueden restringir la competencia.

70. Por consiguiente, por muy generales que sean los términos recogidos en el Tratado, no pueden quedar comprendidos en la prohibición prevista en el artículo 81 CE, apartado 1, los acuerdos que, en sí mismos, no tengan por objeto o por efecto restringir la competencia, sino que se refieren a la prestación de servicios encaminados a permitir que las partes de un acuerdo restrictivo de la competencia puedan adoptar conductas ilegales. [26] La mera intención de una empresa de restringir la competencia no basta, a falta de la capacidad efectiva para hacerlo.

71. Si el Tribunal de Justicia adopta el planteamiento que la Comisión preconiza en el presente asunto, ratificada por el Tribunal General, el método de identificación de las conductas contrarias a la competencia previstas en los Tratados se vería profundamente perturbado. En mi opinión se produciría una tal desconexión entre las conductas de que se trate y la necesidad de identificar una restricción a la competencia, en el sentido económico del término, que la delimitación del mercado pertinente y la identificación de las presiones que, en principio, se ejercen en el citado mercado resultaría completamente superflua.

72. Esta desvinculación podría resultar problemática no sólo a efectos de detectar conductas colusorias comprendidas en el ámbito del artículo 81 CE, sino también, por analogía, en los casos de abuso de posición dominante, prohibidos por el artículo 82 CE. Después de todo, no puede excluirse que la conducta de un facilitador, consistente por ejemplo en realizar asesorías de tipo estratégico o elaborar dictámenes económicos, también sea sancionado en el marco de la aplicación del artículo 82 CE.

73. Por ejemplo, en el marco de la aplicación del artículo 81 CE, bastaría demostrar que una empresa ha prestado ayuda, de forma directa o indirecta, o brindado asistencia a empresas que han adoptado conductas colusorias en un determinado mercado, sin que se exija acreditar que, al margen de que esté presente o no en el mercado, haya podido efectivamente ejercer una presión competitiva sobre las empresas que operan o desean operar en el citado mercado, es decir, sin apreciar el poder económico del cártel. [27] En ese mismo sentido, podría imputarse a uno o varios socios comerciales la participación en una situación de abuso de posición dominante, sin examinar si la empresa posee efectivamente esa posición en un mercado bien delimitado y si podía limitar efectivamente la competencia existente en un mercado determinado.

74. Al validar las conclusiones de la Comisión, el Tribunal General ha infringido, en mi opinión, el artículo 81 CE, apartado 1, en relación con el principio de legalidad.

75. En estas circunstancias, no es preciso determinar, en principio, si, como sostiene la Comisión, la recurrente podía prever razonablemente que la prohibición contenida en el artículo 81 CE, apartado 1, le resultaba aplicable.

76. A la luz de las consideraciones anteriores, considero que la Comisión no podía considerar a AC-Treuhand responsable directa de una infracción del artículo 81 CE, apartado 1.

26 — Como el Tribunal de Justicia señaló hace tiempo, si bien la generalidad de los términos empleados en el Tratado en lo que atañe a la prohibición de cárteles muestra el deseo de contemplar todas las categorías de prácticas colusorias, el carácter restrictivo del artículo 81 CE, apartado 1, es incompatible con toda ampliación de la prohibición que establece más allá de las tres categorías de prácticas colusorias enumeradas de modo taxativo (véase la sentencia Parke, Davis and Co., 24/67, EU:C:1968:11, p. 109).

27 — Para un ejemplo de este riesgo, véanse, en particular, las sentencias Deltafina/Comisión (T-29/05, EU:T:2010:355), apartados 45 y ss., y Gütermann/Comisión (T-456/05 y T-457/05, EU:T:2010:168), apartado 53.

77. ¿Podía ser responsable en otra calidad? Analizaré esa cuestión en los puntos siguientes.

b) Una sociedad que no ejerce presión competitiva sobre los miembros del cártel ¿puede ser *cómplice* de una infracción de la prohibición de carteles?

78. Aunque, a mi juicio, ha de excluirse la responsabilidad, como autora principal, de una empresa como AC-Treuhand, dado que no opera en el mercado pertinente o en los mercados vinculados al cártel, se plantea todavía la duda de si se la puede considerar responsable como cómplice, bien entendido, no obstante, que a diferencia de lo que ocurría en la sentencia AC-Treuhand I (véase, en particular, el apartado 133), no se ha recurrido expresamente a ese concepto en la Decisión controvertida ni en la sentencia recurrida.

79. En principio, esa postura parece convincente. En efecto, con carácter general, la complicidad abarca cualquier contribución a la comisión de una infracción, en particular, mediante una ayuda o asistencia a su autor. Así, en el Derecho penal de muchos Estados miembros, cómplice puede ser toda persona que, sin concurrir en ella los elementos constitutivos de la infracción, facilita o ayuda mediante una conducta activa, en la mayoría de los casos intencionada, a su realización.

80. Los hechos que se imputan a AC-Treuhand (organización de las reuniones, distribución y custodia de la documentación, asistencias y acciones diversas para mantener en secreto el cártel) pueden quedar incluidos, en principio, en dicho concepto, pues la conducta de esa empresa ha consistido, sin lugar a dudas, en ayudar a los miembros del cártel en la puesta en práctica y desarrollo de éste.

81. No es menos cierto, sin embargo, que a falta de una identificación y calificación exacta de las conductas consideradas censurables en el presente asunto, no puede llegarse a esa conclusión. Por otra parte, a este respecto no se ha alegado que el papel desempeñado por AC-Treuhand fuera secundario o accesorio al desempeñado por la empresas miembros del cártel objeto de la Decisión controvertida.

82. Además y sobre todo aunque, según mi leal saber y entender, se admite de forma casi unánime la distinción entre el «autor» y el «cómplice» de un delito en el ámbito penal, con carácter general se desconoce esa distinción en el entorno administrativo. Pues bien, como el Tribunal de Justicia ha declarado en numerosas ocasiones y pese a que esa cuestión ha sido objeto de debate, el Derecho de la competencia de la Unión es de naturaleza administrativa. Por tanto, recurrir al concepto de complicidad en este contexto carece de sentido. En el Derecho de los Estado miembros, aunque efectivamente han existido situaciones en las que se ha planteado sancionar a personas o entidades que han brindado asistencia para la comisión de una infracción de las normas de competencia, los casos que he logrado identificar son escasos, se refieren a disposiciones nacionales particulares [28] o son consecuencia directa de la sentencia AC-Treuhand I. [29]

83. En cualquier caso, dicha incriminación no se deriva del tenor del artículo 81 CE ni de las reglas adoptadas en su aplicación.

28 — Véase, en particular, una sentencia de la Cour d'appel de Paris, de 26 de septiembre de 1991, en virtud de la cual se sancionó a un abogado por un asesoramiento jurídico relacionado con un mecanismo de prácticas concertadas, considerando no obstante que dicho asesoramiento estaba cubierto por el secreto profesional. Procede mencionar, por un lado, que el artículo L. 420.1 del code de commerce francés, referente a los cárteles, no establece como condición para su aplicación que las partes sean empresas y que, por otro lado, el artículo L. 420-6 del citado código prevé la posibilidad de sancionar con una multa o con una pena de prisión a «toda persona física que haya tomado parte fraudulentamente, de forma personal y determinante, en la concepción, organización o realización de las prácticas [contrarias a la competencia] citadas en los artículos L. 420-1 y L. 420-2».

29 — La Nederlandse Mededingingsautoriteit (autoridad de competencia neerlandesa), actualmente Autoriteit Consument & Markt, sancionó el 12 de junio de 2009 a una empresa de ingeniería por su papel de facilitador en el sector de la pintura (https://www.acm.nl/en/publications/publication/6366/NMa-imposes-fine-on-two-cartels-and-cartel-facilitator-in-Dutch-painting-industry/). Más recientemente, impuso una multa de 5 000 euros a un facilitador del sector agrícola (https://www.acm.nl/en/publications/publication/6749/NMa-fines-two-cartels-in-agricultural-industry/).

84. Habida cuenta de todas estas consideraciones, estimo que, en el estado actual del Derecho de la Unión, actuar contra AC-Treuhand al amparo del artículo 81 CE, apartado 1, carece de fundamento jurídico.

85. No cabe excluir que los actos de complicidad que se imputan a AC-Treuhand puedan sancionarse, en el futuro, en virtud de una disposición específica.

86. A este respecto, considero importante señalar que, en determinados Estados miembros, el legislador ha optado por adoptar normas específicas para sancionar las conductas de «facilitador» que, en la mayoría de los casos, son de orden penal. El caso del Reino Unido ilustra, en mi opinión, los límites intrínsecos de las normas de competencia para englobar las medidas de apoyo a la puesta en práctica de conductas contrarias a la competencia, dado que, mediante la introducción de un delito concreto («criminal cartel offence») establecido en el artículo 188 de la Enterprise Act de 2002, [30] que entró en vigor en junio de 2003, decidió sancionar a un facilitador en el asunto denominado «del cártel de las mangueras marinas». [31]

87. En mi opinión, incumbe en exclusiva al legislador de la Unión prever una sanción para los cómplices de infracciones del Derecho de la competencia. A este respecto, conviene subrayar que el deseo de las instituciones de garantizar la eficacia de sus políticas debe conciliarse con la legalidad y la seguridad jurídica. Como señalaba un autor, la doctrina del efecto útil no puede llevar al Tribunal de Justicia a interpretar disposiciones del Tratado en el sentido de extender al máximo la competencia de las instituciones, pero debe permitir interpretar las normas pertinentes con arreglo a su objetivo y finalidad. [32]

88. Por estas razones, considero fundado el primer motivo y que la sentencia recurrida debe ser anulada, no procediendo pronunciarse sobre los restantes motivos de recurso.

89. Habida cuenta de que, en mi opinión, el estado del litigio permite su resolución, propongo además al Tribunal de Justicia que anule la Decisión controvertida en la parte en la que se refiere a AC-Treuhand.

V. **Conclusión**

90. A la luz de las consideraciones anteriores, propongo al Tribunal de Justicia que:

1) Anule la sentencia del Tribunal General de la Unión Europea de 6 de febrero de 2014, AC-Treuhand/Comisión (T-27/10, EU:T:2014:59).

2) Anule la Decisión C(2009) 8682 final de la Comisión, de 11 de noviembre de 2009, relativa a un procedimiento en virtud del artículo 81 CE y del artículo 53 del Acuerdo EEE (Asunto COMP/38.589 — Termoestabilizadores) en la parte en la que se refiere a AC-Treuhand AG.

3) Condene a la Comisión Europea al pago de las costas tanto del procedimiento en primera instancia como del procedimiento de casación.

30 — Dicha disposición establece lo siguiente: «An individual is guilty of an offence if he dishonestly agrees with one or more other persons to make or implement, or to cause to be made or implemented, arrangements of the following kind relating to at least two undertakings».

31 — En virtud de la decisión adoptada por la UK Office of Fair Trading, se condenó a varias personas físicas a penas de prisión de hasta tres años por haber participado en dicho cártel.

32 — Véase Pescatore, P.: «Monisme et dualisme et 'effet utile' dans la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne», en *Une communauté de droit*, 2003, p. 340.