CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. F.G. JACOBS

presentadas el 28 de enero de 1999 *

Índice

I. Introducción ... I-5755
II. Normativa nacional ... I-5756
III. Hechos de los procedimientos principales ... I-5762
A. Asunto C-67/96, Albany ... I-5762
B. Asuntos acumulados C-115/97, C-116/97 y C-117/97, Brentjens' ... I-5764
C. Asunto C-219/97, Drijvende Bokken ... I-5766
IV. Admisibilidad ... I-5769
V. Alcance de las cuestiones planteadas ... I-5771
VI. El apartado 1 del artículo 85 del Tratado ... I-5772
A. Análisis comparativo ... I-5774
B. Aplicabilidad ratione materiae del apartado 1 del artículo 85 del Tratado ... I-5784
1. ¿Existe una excepción general en el ámbito social? ... I-5785
2. ¿Existe una excepción en favor de los convenios colectivos entre empresarios y trabajadores? ... I-5787
a) ¿Existe un derecho fundamental a la negociación colectiva? ... I-5787
b) Fomento de la negociación colectiva en el Derecho comunitario ... I-5794
C. Acuerdo entre empresas ... I-5802
1. Empresa o asociación de empresas ... I-5802
a) Trabajadores ... I-5803
b) Sindicatos ... I-5805
c) Empresarios ... I-5807
2. Acuerdo u otra forma de concertación ... I-5808
D. Restricción de la competencia ... I-5809
1. El acuerdo de establecer un único fondo de pensiones que los empresarios administran conjuntamente con los sindicatos ... I-5811
a) Restricción de la competencia respecto de los empresarios ... I-5812
b) Restricciones respecto de las compañías de seguros de pensión ... I-5816

* Lengua original: inglés.

2. El acuerdo de solicitar al Ministro competente, conjuntamente con los sindicatos, que declare obligatoria la afiliación para todas las empresas del sector I-5818
VII. Los artículos 5 y 85 ..... I-5820
VIII. Calificación como empresas de los fondos de pensiones sectoriales neerlandeses .. I-5822
IX. Los artículos 90 y 86 ..... I-5835
A. Aplicabilidad del apartado 1 del artículo 90: empresas que disfrutan de derechos especiales o exclusivos I-5840
B. Aplicabilidad del artículo 86: posición dominante en una parte sustancial del mercado común I-5841
C. Medidas nacionales contrarias a los artículos 90 y 86 ..... I-5842
1. Compatibilidad de la obligación de afiliación con los artículos 90 y 86 ..... I-5842
a) Los asuntos del tipo ERT I-5844
b) Los asuntos del tipo Höfner y Elser I-5846
c) Los asuntos del tipo Corbeau I-5849
2. Las normas relativas a la concesión discrecional de exenciones de la obligación de afiliación I-5853
X. Efectos jurídicos de la sentencia del Tribunal de Justicia I-5858
XI. Conclusión I-5861

I. Introducción

1. En los presentes asuntos, sometidos al Tribunal de Justicia por el Hoge Raad der Nederlanden, el Kantongerecht te Roermond y el Kantongerecht te Arnhem, se pide al Tribunal que se pronuncie sobre una serie de cuestiones relativas a la compatibilidad de un sistema de afiliación obligatoria a fondos de pensiones sectoriales con las normas sobre la competencia del Tratado. Dichas cuestiones se suscitaron en el marco de las acciones ejercitadas por tres empresas contra otros tantos requerimientos instados por fondos de pensiones sectoriales en los que se reclamaba el pago de las cotizaciones a sus respectivos planes.

2. Estos asuntos plantean varias cuestiones de orden general que deben abordarse antes de poder considerar las cuestiones materiales más específicas de cada uno de ellos. En los tres casos se discute si un sistema nacional en el que, a instancia de los representantes de los empresarios y de los trabajadores de un sector concreto de la economía, se declare obligatoria la afiliación a un fondo de pensiones sectorial para todas las empresas de dicho sector infringe

bien el artículo 5 del Tratado, en relación con el artículo 85, o bien el apartado 1 del artículo 90 del Tratado, en relación con el artículo 86. Los asuntos que hoy nos ocupan también plantean la cuestión de si, en el marco de los artículos 5 y 85 del Tratado, un convenio colectivo entre empresarios y trabajadores de un determinado sector por el que se establece un plan de pensiones sectorial incurre en la prohibición del apartado 1 del artículo 85 del Tratado. Así pues, se pide a este Tribunal, por vez primera, que se pronuncie sobre la relación entre las normas sobre la competencia del Tratado y los convenios celebrados en virtud de la negociación colectiva entre las partes sociales. Una cuestión adicional, pertinente a efectos de la aplicación del apartado 1 del artículo 90 y del artículo 86 del Tratado, es la de si los fondos de pensiones sectoriales neerlandeses que operan al amparo de las normas que exigen la afiliación obligatoria a un fondo de pensiones sectorial constituyen empresas a efectos de las normas sobre la competencia del Tratado.

II. Normativa nacional

3. Al parecer, el sistema de pensiones en los Países Bajos se basa en tres pilares:

— En primer lugar, una pensión básica establecida por ley otorgada por el Estado con arreglo a la Algemene Ouderdomswet [1] (Ley general de prestaciones de vejez; en lo sucesivo, «AOW») y la Algemene Nabestaandenwet (Ley general de prestaciones de supervivencia), que proporciona a toda la población una prestación de cuantía fija calculada como un porcentaje del salario mínimo. Esta prestación se reduce por cada año en el que una persona no estuviera asegurada. La participación en este régimen es obligatoria.

— En segundo lugar, en la mayoría de los casos a esta pensión básica se le añaden pensiones complementarias establecidas en el marco del ejercicio de actividades por cuenta ajena o por cuenta propia. Normalmente, esas pensiones complementarias son gestionadas por planes colectivos que abarcan un sector de actividad, una profesión o a los trabajadores de una empresa.

— Por último, existe la posibilidad de suscribir planes de pensiones personales o contratos de seguro de vida con carácter voluntario.

4. Los presentes asuntos se refieren en todos los casos a planes de pensiones sectoriales del segundo de los pilares mencionados, que otorgan pensiones complementarias a los trabajadores. A este respecto, difieren del plan de pensiones complementarias de que se trataba en el asunto Van Schijndel y Van Veen, [2] que otorgaba

1 — Stbl. 1956, 281.

2 — Sentencia de 14 de diciembre de 1995 (asuntos acumulados C-430/93 y C-431/93, Rec. p. I-4705).

pensiones a los miembros de una determinada profesión.

5. Con arreglo a la legislación neerlandesa, en principio los empresarios pueden decidir libremente si ofrecen o no pensiones complementarias a sus trabajadores. Si se deciden a hacerlo, pueden establecer un plan de pensiones de empresa bien bajo la forma de un fondo de pensiones de empresa o a través de un contrato de seguro de pensión colectivo con una compañía aseguradora. También pueden establecer junto con otros empresarios un plan de pensiones sectorial o adherirse a un plan sectorial ya existente.

6. Sin embargo, en la práctica es frecuente que los empresarios estén obligados a afiliar a sus trabajadores a un fondo de pensiones sectorial obligatorio. Estos fondos se crean mediante convenios colectivos entre los empresarios y los trabajadores de un determinado sector de actividad. Posteriormente, el Estado declara obligatoria la afiliación al plan de pensiones que ofrecen dichos fondos.

7. El primer conjunto de normas aplicable a este tipo de planes es la Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds de 17 de marzo de 1949 [3] (Ley sobre la afiliación obligatoria a un fondo de pensiones sectorial; en lo sucesivo, «BPW»), modificada en varias ocasiones.

8. La disposición más importante de dicha Ley es el apartado 1 del artículo 3. En él se faculta al Minister van Sociale Zaken (Ministro de Asuntos Sociales) para, a instancia de un grupo de organizaciones de empresarios y sindicatos que a su juicio sean suficientemente representativas, dictar una resolución por la cual se exija a todos los grupos de personas que pertenezcan a un determinado sector de la economía afiliarse a un fondo de pensiones sectorial. A falta de una petición específica al efecto, el Ministro no dispone de dicha facultad. Antes de adoptar su decisión, el Ministro competente debe consultar, entre otros organismos, al Sociaal-Economische Raad (Comité Económico y Social) y a la Verzekeringskamer (Cámara de Seguros), que supervisa a las compañías de seguros y los fondos de pensiones.

9. En virtud del apartado 2 del artículo 3 de la BPW, todas las personas afectadas por la resolución, así como sus empresarios, están obligadas a cumplir las normas del fondo de pensiones sectorial correspondiente. Las obligaciones derivadas de dichas normas, entre ellas la obligación de pagar las cotizaciones, son jurídicamente exigibles. El artículo 18 faculta al fondo de pensiones a instar un requerimiento de cobro ejecutivo de las primas impagadas.

10. En el procedimiento parlamentario que precedió a la adopción de la BPW, el

3 — Stbl. 1949, J 121.

Gobierno dio la siguiente explicación sobre los objetivos de las normas de afiliación obligatoria: [4]

«[...] El presente proyecto de Ley tiene por objeto establecer normas que regulen los regímenes de pensiones para los particulares similares a las contenidas en la Wet op het Algemeen Verbindend Verklaren van Bepalingen van Collectieve Arbeidsovereenkomsten (Ley relativa a la obligación general de dar publicidad a las disposiciones de los convenios colectivos laborales) por lo que respecta a las condiciones de empleo. Por tanto, pretende evitar la posibilidad de que algunos empresarios del sector obtengan ventaja sobre otros empresarios del mismo sector por el hecho de no otorgar pensiones [...]»

El por entonces Minister van Sociale Zaken afirmó lo siguiente: [5]

«[...] un seguro de pensiones profesional como el que se pretende establecer mediante el presente proyecto de Ley resulta particularmente oportuno, ya que se basa en el concepto de seguro colectivo, es decir, el concepto de que los miembros de un determinado sector de actividad, y principalmente los empresarios y los trabajadores [...], deben asumir colectivamente la responsabilidad de recaudar los fondos necesarios para asegurar que todas las personas que hayan cubierto un número suficiente de años de trabajo en dicho sector y hayan alcanzado una determinada edad puedan recibir las prestaciones que necesitan. Cuando esto se hace a escala individual —como sucede en ciertos casos— y se dejan así las cosas, la consecuencia es que aquellas personas que se encuentran en unas condiciones más favorables son capaces de asegurar su propia previsión con relativa facilidad, algo que no sucede en el caso de aquellas otras que se encuentran en unas condiciones menos favorables.»

11. Con arreglo al apartado 2 del artículo 5 de la BPW, para que el Ministro pueda declarar obligatoria la afiliación a un fondo de pensiones sectorial, deben reunirse una serie de requisitos. Por ejemplo, con arreglo al punto IV del apartado 2 del artículo 5, en el Consejo de Administración del fondo debe haber un número igual de representantes de los empresarios y de los trabajadores y, con arreglo al punto V, el fondo de pensiones debe tener personalidad jurídica propia.

12. En el punto II del apartado 2 del artículo 5 se especifican una serie de cuestiones que deben regularse en los Estatutos y el Reglamento del fondo de pensiones. Más concretamente, en virtud de la letra l) del punto II del apartado 2 del artículo 5, los Estatutos y el Reglamento del fondo tienen que contemplar la posibilidad de conceder en determinados casos una exención de la obligación de afiliación o, al menos, de algunas de las obligaciones derivadas de dicha afiliación.

13. El apartado 3 del artículo 5 faculta al Minister van Sociale Zaken para adoptar

4 — Kamerstukken II 1948-1949, 785, nº 5, p. 2.
5 — Hand. II, 1 de febrero de 1949, p. 1101.

«richtlijnen» (directrices) relativas a la concesión de exenciones de la obligación de afiliación. De conformidad con dicha disposición, el Ministro competente dictó la Beschikking van 29 december 1952 betreffende de vaststelling van de richtlijnen voor de vrijstelling van deelneming in een bedrijfspensioenfonds wegens een bijzondere pensioenvoorziening (Resolución de 29 de diciembre de 1952 por la que se definen las directrices para la concesión de exenciones de afiliación a un fondo de pensiones sectorial en caso de haberse establecido un régimen especial de pensiones; en lo sucesivo, «directrices en materia de exenciones» o «directrices»), posteriormente modificada en varias ocasiones. [6]

14. En virtud del artículo 1 de dichas directrices, en la versión aplicable a los hechos de los procedimientos principales, es el propio fondo de pensiones sectorial el que concede las exenciones. Las exenciones deben ser solicitadas bien por un trabajador con carácter individual, o bien, como en los procedimientos principales, por un empresario para todos sus trabajadores.

15. Con arreglo al artículo 1, el fondo tiene la facultad discrecional de conceder una exención de la obligación de participar en el mismo cuando la empresa participante cuente con su propio régimen de pensiones y se cumplan los requisitos especificados en las letras a) a d) del artículo 1 de las directrices. En la letra a) del artículo 1 se enumeran los tipos de regímenes de pensiones alternativos aceptables, a saber, un fondo de pensiones de empresa, un fondo de pensiones sectorial diferente o un contrato de seguro colectivo con una aseguradora privada. En la letra b) del artículo 1 se dispone que las prestaciones otorgadas por los regímenes especiales de pensiones de la empresa deben ser al menos equivalentes a las otorgadas por el fondo sectorial. La letra c) del artículo 1 exige que el plan alternativo ofrezca suficientes garantías del cumplimiento de sus obligaciones en materia de pensiones. En la letra d) del artículo 1 se dispone que si la exención da lugar a la retirada de un grupo de trabajadores del fondo, deberá abonarse a éste una compensación razonable por la pérdida actuarial en que haya incurrido.

16. En virtud del artículo 5 de las directrices, el fondo debe conceder una exención siempre que los regímenes de pensiones de la empresa de que se trate cumplan los tres primeros requisitos anteriormente mencionados y se encontraran vigentes seis meses antes de la presentación de la petición como consecuencia de la cual se declaró obligatoria la participación en el fondo de pensiones.

17. De acuerdo con el artículo 8 de las directrices, cualquier resolución sobre una solicitud de exención debe ser motivada, y debe enviarse una copia de la misma a la Verzekeringskamer.

18. En el artículo 9 de las directrices se contempla la posibilidad de presentar una reclamación («bezwaar») contra la denegación de la exención por parte de un fondo de pensiones. De dicha reclamación conoce la Verzekeringskamer. Según el Gobierno neerlandés, la resolución de la Verzekeringskamer es tan sólo una pro-

6 — *Staatscourant* 1953, 1.

puesta de conciliación, y no tiene ninguna fuerza legal. No existe ninguna posibilidad de apelación contra la resolución de la Verzekeringskamer.

19. Según el Gobierno neerlandés, es posible que en el pasado se concediera una exención cuando una empresa perteneciente a un grupo de empresas tuviera su propia política en materia de condiciones de trabajo o cuando un empresario incurriera de manera sólo temporal en la obligación de afiliarse. Por el contrario, en la vista las empresas demandantes sostuvieron que, en la práctica, nunca o sólo muy raramente se han concedido exenciones. Más adelante, consideraré las modificaciones recientemente introducidas en la normativa que regula las exenciones.

20. El apartado 4 del artículo 3 de la BPW faculta al Ministro competente para derogar la obligación de afiliación para todo el sector. En virtud del apartado 5 del artículo 3 de la BPW, siempre que se modifiquen las normas que rigen el fondo de pensiones el Ministro competente debe derogar la obligación de afiliación, salvo que declare que no tiene ninguna objeción que formular a las modificaciones introducidas.

21. El segundo conjunto de normas aplicables a los fondos de pensiones sectoriales está contenido en la Wet van 15 mei 1962 houdende regelen betreffende pensioen- en spaarvoorzieningen (Ley de 15 de mayo de 1962 por la que se establecen normas en materia de fondos de pensiones y de ahorro; en lo sucesivo, «PSW»), modificada en varias ocasiones. Esta Ley establece un marco general para todas las categorías de fondos de pensiones y de ahorro. Su objetivo consiste en proteger a los asegurados cuando un empresario establece un régimen de este tipo, intentando garantizar que los fondos destinados a pensiones se utilizan efectivamente para ese fin.

22. Con objeto de alcanzar dicho objetivo, el apartado 1 del artículo 2 de la PSW obliga a los empresarios a elegir entre tres modalidades alternativas destinadas a segregar los fondos recaudados para pensiones del resto de los activos de la empresa. El empresario puede bien adherirse a un fondo de pensiones sectorial, bien establecer un fondo de pensiones de empresa, o bien suscribir pólizas de seguro de vida colectivas o individuales con una compañía de seguros.

23. El apartado 6 del artículo 1 de la PSW precisa que dicha disposición se aplica también a los fondos de pensiones sectoriales a los que se ha declarado obligatoria la afiliación con arreglo a la BPW.

24. Con arreglo a los artículos 6 *bis* y 6 *ter* de la PSW, introducidos en 1990, el Consejo de Administración de cada fondo debe establecer, a instancia de un determinado número de afiliados, un «deelnemersraad» (Consejo de Afiliados) con funciones consultivas en relación con la gestión del fondo.

25. Para proteger a los partícipes del plan de pensiones, los artículos 9 y 10 de la PSW

determinan el modo en que deben administrarse los fondos recaudados. La norma general es la del artículo 9, que obliga a los fondos de pensiones a transmitir los riesgos derivados de los compromisos de pensiones o a reasegurarlos. De este modo, para eliminar el riesgo de mala administración del fondo o de que éste realice inversiones poco afortunadas, este último sólo puede utilizar el capital acumulado para celebrar contratos con compañías de seguros.

26. Como excepción a esa norma, el artículo 10 faculta a los fondos para administrar e invertir el capital acumulado por su propia cuenta y riesgo. Antes de poder hacerlo, el fondo debe presentar a las autoridades competentes un plan de gestión en el que se explique con detalle el modo en que se propone gestionar los riesgos actuariales y financieros. Este plan debe ser aprobado por la Verzekeringskamer. Además, el fondo es objeto de una supervisión permanente. Las cuentas de pérdidas y ganancias actuariales del plan de pensiones deben presentarse periódicamente a la Verzekeringskamer para su aprobación. Al parecer, en la práctica todos los fondos de pensiones sectoriales existentes administran las cotizaciones percibidas por su propia cuenta y riesgo, de modo que la excepción se ha convertido en la regla. [7]

27. Los artículos 13 a 16 de la PSW establecen normas relativas a la inversión del capital acumulado. En virtud del artículo 13, los activos del plan de pensiones, junto con los beneficios esperados, deben ser suficientes para cubrir las obligaciones en concepto de pensiones. Con arreglo al artículo 14, las inversiones deben efectuarse «op solide wijze» (de manera prudente).

28. La normativa fiscal neerlandesa también tiene una cierta pertinencia a efectos de los presentes asuntos. Según la Comisión, con arreglo a la legislación neerlandesa las ventajas fiscales de que disfrutan las pensiones están limitadas a aquellos casos en que la pensión total no supere un nivel «razonable». En la práctica, ese nivel se ha fijado en el 70 % del último salario de una persona al cabo de una carrera profesional de cuarenta años. De este modo, en la práctica las normas limitan la cuantía de las prestaciones que pueden ofrecer los planes de pensiones.

29. Según el Gobierno neerlandés, actualmente existen en los Países Bajos ochenta y un fondos de pensiones sectoriales, en sesenta y seis de los cuales la afiliación es obligatoria. Según los fondos demandados, el 91,6 % de las personas afiliadas a un fondo de pensiones sectorial participan en un fondo en el que la participación es obligatoria. El 80 % de los trabajadores por cuenta ajena de los Países Bajos están obligatoriamente afiliados a un fondo de pensiones sectorial.

30. El Gobierno afirma que en la mayoría de los casos de los quince fondos de pensiones sectoriales a los que el Estado no ha declarado obligatoria la afiliación dicha intervención pública no es necesaria,

7 — Lutjens, E.: *Pensioenvoorzieningen voor werknemers: juridische beschouwingen over ouderdomspensioen*, Zwolle 1989, p. 364.

bien por existir convenios colectivos que obligan *de facto* a todos los empresarios del sector a afiliar a sus trabajadores, o bien porque en el sector de que se trate existe sólo un reducido número de grandes empresarios que han optado en todo caso por la afiliación de sus trabajadores al fondo sectorial correspondiente. El Gobierno de los Países Bajos afirma que el resto de los fondos sectoriales voluntarios operan tan sólo en un reducido número de pequeños sectores o en sectores en los que ya no existe una actividad industrial significativa.

III. Hechos de los procedimientos principales

A. *Asunto C-67/96, Albany*

31. La parte demandada en el procedimiento principal, Stichting Bedrijfspensioenfonds Textielindustrie (en lo sucesivo, «Fondo de la Industria Textil» o «Fondo») es un fondo de pensiones sectorial a efectos de la BPW que opera en el sector de la industria textil. La parte demandante en el procedimiento principal, Albany International BV (en lo sucesivo, «Albany») es una empresa que ejerce su actividad, entre otros, en dicho sector.

32. Según las partes en el procedimiento principal y el Gobierno neerlandés, la afiliación a distintos fondos de pensiones, cada uno de los cuales cubre un segmento diferente de la industria textil, se declaró obligatoria a petición de los representantes de los empresarios y los trabajadores mediante una Resolución publicada en 1952. Posteriormente, tuvieron lugar diversas fusiones, y en 1975 la fusión de los dos últimos fondos que quedaban en la industria textil y la creación de un único fondo para todo el sector hizo necesario publicar una nueva Resolución mediante la que se declaraba obligatoria la afiliación al Fondo demandado. Desde 1975, Albany ha cumplido su obligación de participar en ese plan de pensiones.

33. A partir de 1975, el Fondo funcionó con arreglo a un plan de los denominados de cuantía fija. Las prestaciones de pensión no están relacionadas con el salario, sino que consisten en una cuantía fija por año de trabajo. Según Albany, la pensión máxima que un trabajador podía esperar tras cincuenta años de trabajo era de tan sólo 200 NLG mensuales.

34. Por tanto, en 1981 Albany suscribió un plan de pensiones complementarias gestionado por una compañía de seguros. Este plan garantizaba a los trabajadores unas prestaciones que, unidas a la pensión básica con arreglo a la AOW y a la pensión complementaria otorgada por el Fondo, se traducía, al cabo de cuarenta años de trabajo, en una pensión total del 70 % del último salario.

35. Con efecto a 1 de enero de 1989, tras sendas negociaciones entre las partes socia-

les del sector, el Fondo modificó las normas que regulaban su plan de pensiones complementarias e introdujo un plan de pensiones basado en los salarios. El objetivo de este plan es similar al del plan complementario de Albany: los trabajadores deben percibir un pensión total del 70 % de su último salario si han trabajado durante cuarenta años.

36. Albany consideró que su propio régimen de pensiones seguía siendo más generoso que el nuevo plan, y que los cambios en su propio plan que se hacían necesarios tras la modificación del plan de pensiones sectorial obligatorio eran demasiado onerosos y desproporcionados. Por consiguiente, solicitó al Fondo que le concediera una exención de participar en él.

37. El Fondo denegó dicha solicitud mediante resolución de 28 de diciembre de 1990. Aducía, entre otras cosas, que de acuerdo con las directrices en materia de exenciones no estaba obligado a conceder una exención, ya que el régimen especial de pensiones de Albany no había estado vigente desde seis meses antes de la presentación de la petición para que se declarase obligatoria la participación en el plan de pensiones. En consecuencia, Albany sólo hubiera tenido derecho a una exención si hubiera creado su propio plan con anterioridad a 1975.

38. Albany presentó una reclamación contra esta resolución ante la Verzekeringskamer. Mediante escrito dirigido a las partes el 18 de marzo de 1992, la Verzekeringskamer señaló que, con arreglo a las directrices en materia de exenciones, el Fondo había obrado correctamente al no considerarse obligado a conceder la exención.

39. Sin embargo, la Verzekeringskamer proseguía así:

«Dado que en el momento de introducirse esta modificación (el 1 de enero de 1989) la reclamante hacía varios años que ofrecía a su personal un plan de pensiones complementarias cuando menos comparable al introducido en dicha fecha por el Fondo, esta Verzekeringskamer considera razonable instar al Fondo a que haga uso de su facultad para conceder la exención o, si puede demostrar a la Verzekeringskamer —lo que hasta ahora no ha hecho— que no existe ninguna justificación para actuar con flexibilidad en este caso, a que en todo caso otorgue un período de notificación.»

40. A pesar de dicho dictamen, el Fondo no reconsideró su resolución y, el 11 de noviembre de 1992, Albany recibió, a instancia del Fondo, una orden conminatoria en la que se le requería, de conformidad con el artículo 18 de la BPW, el pago de las cotizaciones legalmente establecidas correspondientes a 1989, más los intereses devengados sobre dicha cantidad y los gastos de cobro.

41. Albany apeló contra dicha orden conminatoria ante el Kantongerecht te Arn-

hem, alegando, entre otras cosas, que el sistema neerlandés de afiliación obligatoria era incompatible con las normas sobre la competencia del Tratado.

42. El Kantongerecht confirmó la conclusión de la Verzekeringskamer según la cual el plan de Albany era cuando menos comparable al régimen introducido a partir del 1 de enero de 1989 por el Fondo. Además, consideró que las relaciones entre el Fondo y sus partícipes se regían por «las exigencias de justicia y equidad y/o por los principios generales de una buena administración». En consecuencia, declaró que cualquier fondo de pensiones sectorial debe tener debidamente en cuenta, al decidir sobre la concesión o no de una exención, el dictamen de la Verzekeringskamer en cuanto organismo independiente legalmente establecido.

43. Por lo que respecta a la pretendida infracción del Derecho comunitario, el Kantongerecht decidió, mediante sentencia de 4 de marzo de 1996, someter al Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, las siguientes cuestiones:

«1) ¿Un fondo sectorial de pensiones, como el contemplado en el artículo 1, apartado 1, letra b), de la [BPW], es una empresa con arreglo a los artículos 85, 86 o 90 del Tratado CE?

2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, la obligación de afiliarse impuesta a las empresas industriales ¿constituye una medida tomada por un Estado miembro que priva de efecto útil a las normas de la competencia aplicables a las empresas?

3) En caso de que deba responderse negativamente a la última cuestión, ¿puede haber otras circunstancias que hagan incompatible dicha afiliación obligatoria con lo dispuesto en el artículo 90 del Tratado y, de ser así, cuáles?»

B. *Asuntos acumulados C-115/97, C-116/97 y C-117/97, Brentjens'*

44. Mediante una Resolución de 28 de junio de 1958 (en lo sucesivo, «Resolución de 1958» o «Resolución») adoptada a raíz de una petición efectuada el 8 de marzo de 1958 por los representantes de los empresarios y los trabajadores del sector de la distribución de materiales de construcción, el Staatssecretaris voor Sociale Zaken (Secretario de Estado de Asuntos Sociales) declaró obligatoria la participación en la Stichting Bredrijfspensioenfonds voor de Handel in Bouwmaterialen (en lo sucesivo, «Fondo de Pensiones del Sector de la Distribución de Materiales de Construcción» o «Fondo»). Posteriormente, esta Resolución, basada en la BPW, ha sido modificada en varias ocasiones. Con arreglo a dicha Resolución, la participación en el Fondo es obligatoria para todos los trabajadores con edades comprendidas entre los 23 y los 64 años, ambos incluidos,

que trabajen por cuenta ajena en una empresa dedicada exclusiva o principalmente a la distribución al por mayor de materiales de construcción.

45. Según las partes en los procedimientos principales, el Fondo funciona con arreglo a un plan de pensiones de cuantía fija. Las prestaciones de pensión otorgadas no están relacionadas con el salario, sino que consisten en una cuantía fija por año de trabajo igual para todos los trabajadores. Según el Fondo, la pensión máxima, que depende de la antigüedad, es de 5.300 NLG anuales. En la práctica, la mayoría de los trabajadores del sector alcanzan una pensión total del 70 % de su último salario.

46. Brentjens' Handelsonderneming BV (en lo sucesivo, «Brentjens») comenzó a ejercer su actividad en 1963. El 1 de enero de 1968, Brentjens suscribió un plan de pensiones para sus trabajadores con la compañía de seguros de vida De NV Levensverzekerings Maatschappij de Nederlanden van 1870, que posteriormente pasó a denominarse Generali Levensverzekeringsmaatschappij NV (en lo sucesivo, «Generali»), una empresa neerlandesa sujeta a la Wet Toezicht Verzekeringsbedrijf 1993 (Ley relativa al control de la actividad aseguradora de 1993) propiedad del grupo italiano Assicurazioni Generali.

47. En 1989, el Fondo tuvo conocimiento de la existencia de Brentjens y la afilió a su plan de pensiones con efecto a 1 de enero de 1990, eximiéndola de las cotizaciones correspondientes a períodos anteriores. De este modo, el Fondo respetó el régimen de pensiones establecido por Brentjens durante el período comprendido entre 1963 y el 1 de enero de 1990.

48. Brentjens consideró que el plan de pensiones suscrito con Generali era superior al plan ofrecido por el Fondo por lo que respecta a la cuantía tanto de las cotizaciones como de las prestaciones, y solicitó una exención de la obligación de afiliación. Mediante resolución de 23 de agosto de 1994, el Fondo denegó la solicitud de Brentjens. Brentjens presentó una reclamación contra esta resolución ante la Verzekeringskamer. Esta no acogió la reclamación de Brentjens y declaró, mediante dictamen de 18 de mayo de 1995, que la resolución del Fondo era correcta.

49. A raíz de este dictamen, el 13 de mayo de 1996 el Fondo notificó a Brentjens tres requerimientos distintos de pago de las cotizaciones adeudadas con arreglo a su régimen de pensiones correspondientes a los años 1990 a 1994, 1995 y 1996, respectivamente.

50. Brentjens inició tres procedimientos distintos ante el Kantongerecht te Roermond en los que solicitaba la anulación de los requerimientos. Al parecer, de forma paralela Brentjens y Generali presentaron ante la Comisión, de manera conjunta, una denuncia de infracción de la letra g) del artículo 3 y de los artículos 5 y 85, 90 y 86,

y 52 y 59 del Tratado por parte de los Países Bajos y del Fondo.

51. El 18 de marzo de 1997, el Kantongerecht dictó tres sentencias idénticas en las que desestimaba tres de los cuatro motivos formulados por Brentjens. Por lo que respecta al cuarto motivo de Brentjens, según el cual la participación obligatoria en el Fondo era contraria al Derecho comunitario, el Kantongerecht planteó al Tribunal de Justicia la siguientes cuestiones:

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 85, apartado 1, del Tratado CE en el sentido de que existe un acuerdo o una decisión de una asociación de empresas, que restringe el juego de la competencia o afecta al comercio entre los Estados miembros en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado CE, cuando en determinado sector económico los interlocutores sociales celebran acuerdos sobre pensiones en virtud de los cuales se crea para todo el sector un fondo de pensiones al que, en principio, serán afiliados obligatoriamente todos los trabajadores que ejercen su actividad en dicho sector y que obtendrá el derecho exclusivo para la gestión de los fondos recaudados en dicho sector económico?

2) ¿Deben interpretarse el artículo 3, letra g), y los artículos 5 y 85 del Tratado CE, considerados en mutua relación, en el sentido de que se infringen estos artículos cuando las autoridades públicas imponen a las empresas de un sector económico determinado la afiliación obligatoria a un fondo sectorial de pensiones como el descrito en la primera cuestión?

3) ¿Debe interpretarse el concepto de "empresa", al que se refieren las disposiciones del Tratado CE en materia de competencia (artículos 85 a 94 del Tratado CE), en el sentido de que comprende un fondo sectorial de pensiones en el sentido de la "Wet betreffende verplichte deelneming in een bedrijfspensioenfonds" [Ley sobre la afiliación obligatoria a un fondo sectorial de pensiones]?

4) ¿Deben interpretarse los artículos 86 y 90 del Tratado CE, considerados en mutua relación, en el sentido de que se infringen estas disposiciones cuando las autoridades públicas confieren a un fondo sectorial de pensiones un derecho exclusivo por el que se restringe seriamente la libertad de colocar un régimen de pensiones con un asegurador privado?»

C. *Asunto C-219/97, Drijvende Bokken*

52. La parte recurrente en casación en el procedimiento principal, BV Maatschappij Drijvende Bokken (en lo sucesivo, «Drijvende Bokken»), ejerce la actividad de arrendamiento de grúas flotantes, a menudo conjuntamente con remolcadoras, para su uso en plataformas marítimas, en actividades de construcción, en trabajos de

construcción y reparación de buques, en la industria química y para elevar cargas pesadas a puentes y buques.

53. La parte recurrida en casación en el procedimiento principal, Stichting Pensioenfonds voor de Vervoer- en Havenbedrijven (en lo sucesivo, «Fondo de Puertos» o «Fondo»), es un fondo de pensiones sectorial a efectos de la BPW. Mediante Resolución de 9 de septiembre de 1959 (en lo sucesivo, «Resolución de 1959» o «Resolución»), el Secretario de Estado de Asuntos Sociales y Salud Pública, actuando en nombre del Ministro, declaró obligatoria la afiliación al Fondo de todos los trabajadores masculinos con una edad de 18 años o más que ejercieran una actividad por cuenta ajena en una empresa portuaria en la zona portuaria del puerto de Rotterdam. Mediante Resolución de 17 de diciembre de 1991, se extendió el alcance de la Resolución a todos los trabajadores por cuenta ajena empleados regularmente en una empresa portuaria o afín.

54. Según Drijvende Bokken, el Fondo funciona con arreglo a un plan de pensiones de cuantía fija en el que las prestaciones no están relacionadas con el salario.

55. Drijvende Bokken consideró que no estaba incluida dentro del ámbito de aplicación de la Resolución y, en consecuencia, se adhirió a otro fondo de pensiones. Tras la extensión del alcance de la Resolución en 1991, el Fondo sostuvo que Drijvende Bokken estaba incluida dentro del ámbito de aplicación de la Resolución y que la afiliación al Fondo era obligatoria para los trabajadores de Drijvende Bokken. Por tanto, el Fondo notificó un último requerimiento a Drijvende Bokken en el que exigía el pago de cotizaciones al plan de pensiones por importe de 132.000 NLG, más los intereses devengados y los gastos.

56. Drijvende Bokken recurrió contra el requerimiento de pago ante el Kantongerecht. Alegó, en primer lugar, que no estaba comprendida dentro del ámbito de aplicación de la Resolución y, en segundo lugar, que la obligación de afiliación era contraria a las normas comunitarias sobre la competencia.

57. El Kantongerecht declaró que los trabajadores de Drijvende Bokken no estaban empleados en una empresa portuaria a efectos de la Resolución y que, por tanto, el recurso de Drijvende Bokken era fundado.

58. En el recurso de apelación interpuesto por el Fondo, el Rechtbank declaró que los trabajadores de Drijvende Bokken estaban empleados en una empresa portuaria o afín y que, por tanto, se les aplicaba la Resolución. Además, el Rechtbank desestimó la tesis de Drijvende Bokken según la cual la exigencia de afiliación obligatoria al Fondo era contraria a las normas comunitarias sobre la competencia. Declaró que el Fondo

no podía considerarse una empresa a efectos de los artículos 85 y 86 del Tratado, sino una institución social.

59. El recurso de casación interpuesto por Drijvende Bokken ante el Hoge Raad se basaba exclusivamente en el motivo según el cual la obligación de afiliación era contraria al Derecho comunitario. El Hoge Raad decidió someter al Tribunal de Justicia, con carácter prejudicial, las siguientes cuestiones:

«1) ¿Debe considerarse como una empresa, en el sentido de los artículos 85, 86 o 90 del Tratado CE, un fondo sectorial de pensiones como [el Fondo] al que, en virtud de la [BPW] y de conformidad con ésta, se ha declarado obligatoria la afiliación para todas, alguna o varias categorías profesionales?

2) Cuando cierto número de organizaciones, que el Ministro considera suficientemente representativas de las organizaciones de empresarios y de trabajadores, en el sentido del apartado 1 del artículo 3 de la [BPW], solicitan al Ministro, con arreglo a esta disposición, que declare obligatoria la afiliación a determinado fondo de pensiones a los efectos de la mencionada Ley, ¿esta actuación conjunta de dichas organizaciones debe calificarse de acuerdo entre empresas o de decisión de asociaciones de empresas o de práctica concertada, en el sentido del artículo 85, apartado 1, del Tratado CE, que, a tenor de esta disposición, (1°) pueda afectar al comercio entre los Estados miembros y (2°) tenga por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común?

3) ¿La imposición de la mencionada obligación debe considerarse como una medida que puede anular la eficacia de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas o, al menos, como una medida por la que un Estado miembro impone o favorece prácticas colusorias contrarias al artículo 85 o refuerza los efectos de las mismas, o sólo es así en determinadas circunstancias y, en tal caso, en cuáles?

4) Si se da una respuesta negativa a esta última cuestión, ¿pueden existir otras circunstancias que hagan que la imposición de dicha obligación sea incompatible con lo dispuesto en el artículo 90 del Tratado CE, y, en caso afirmativo, cuáles?

5) ¿El hecho de declarar obligatoria la afiliación puede ser considerado como la concesión a un fondo sectorial de

pensiones de un derecho exclusivo en el sentido del artículo 90, apartado 1, del Tratado CE, proporcionando de este modo a dicho fondo de pensiones una posición dominante de la que abusa por el mero ejercicio del derecho exclusivo que se le ha concedido, en particular porque la declaración de la obligatoriedad de la afiliación puede afectar al comercio entre los Estados miembros y porque, en contra de lo dispuesto en la el artículo 86, párrafo segundo, letra b), la prestación de servicios se limita en perjuicio de las empresas obligatoriamente afiliadas, en el presente caso los trabajadores? ¿O puede dicha declaración de obligatoriedad crear una situación en la que un fondo de pensiones sea inducido a cometer tal abuso o sea colocado en una situación en la que él mismo no podría ponerse sin infringir el artículo 86, mientras que, en todo caso, no se garantiza un sistema en el que la competencia no resulte falseada?

6) Si el hecho de haber declarado obligatoria la afiliación es contrario al Derecho comunitario, ¿implica esto que es jurídicamente inválido?»

IV. Admisibilidad

60. En el asunto C-67/96, Albany, los Gobiernos francés y neerlandés, citando las sentencias Meilicke [8] y Telemarsicabruzzo y otros, [9] así como el auto Max Mara, [10] señalan que las cuestiones pueden ser inadmisibles debido a que el órgano jurisdiccional remitente no explica suficientemente el contexto fáctico y el régimen normativo en el que se suscitaron sus cuestiones. También la Comisión expresa sus dudas a este respecto. En los asuntos acumulados C-115/97, C-116/97 y C-117/97, Brentjens, el Gobierno francés plantea una objeción similar.

61. De la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia se desprende que la información sobre el contexto fáctico y el régimen normativo que se proporciona en las resoluciones de remisión prejudicial sirve fundamentalmente para dos fines.

62. En primer lugar, permite al Tribunal llegar a una interpretación del Derecho comunitario que sea útil para el órgano jurisdiccional nacional. [11] Tal como ha señalado el Tribunal, la necesidad de una información adecuada es particularmente acusada en el ámbito del Derecho de la competencia, que se caracteriza por complejas situaciones de hecho y de Derecho. [12] A este respecto, las partes de los procedimientos principales, el Gobierno neerlandés y la Comisión han proporcionado al Tribunal, en sus respectivas observaciones

8 — Sentencia de 16 de julio de 1992 (C-83/91, Rec. p. I-4871).

9 — Sentencia de 26 de enero de 1993 (asuntos acumulados C-320/90, C-321/90 y C-322/90, Rec. p. I-393).

10 — Auto de 21 de diciembre de 1995 (C-307/95, Rec. p. I-5083).

11 — Véanse las sentencias Meilicke, citada en la nota 8 *supra*, apartado 26, y Telemarsicabruzzo y otros, citada en la nota 9 *supra*, apartado 6.

12 — Sentencia Telemarsicabruzzo y otros, citada en la nota 9 *supra*, apartado 7, y auto del Tribunal de Justicia de 19 de marzo de 1993, Banchero (C-157/92, Rec. p. I-1085), apartado 5.

escritas, una cantidad considerable de información general sobre las circunstancias fácticas en las que se suscitaron los litigios y sobre la legislación neerlandesa. Por ello, considero que, independientemente de las lagunas que pueda haber en las resoluciones de los órganos remitentes, el Tribunal de Justicia está en condiciones de dar una respuesta útil a las cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales nacionales.

63. La exigencia de proporcionar una información adecuada sobre el contexto jurídico y fáctico tiene asimismo una segunda finalidad, a saber, ofrecer a los Gobiernos de los Estados miembros y a las demás partes interesadas la posibilidad de presentar observaciones conforme a lo dispuesto en el artículo 20 del Estatuto CE del Tribunal de Justicia. Incumbe al Tribunal de Justicia velar por la salvaguardia de dicha posibilidad. [13] A este respecto, debe tenerse en cuenta que a las partes interesadas sólo se les notifican las resoluciones de remisión. [14]

64. Por lo que respecta, en primer lugar, al régimen normativo, convengo con ambos Gobiernos y con la Comisión en que, en el asunto Albany, el Kantongerecht proporciona relativamente poca información. De hecho, se limita a mencionar algunas de las normas aplicables de la BPW. Sin embargo, las dos resoluciones de remisión paralelas en los asuntos Brentjens y Drijvende Bokken fueron notificadas a los Gobiernos y a la Comisión, respectivamente, cuatro y tres meses antes de la conclusión de la fase escrita del procedimiento en el asunto Albany como consecuencia de la suspensión de este último. La resolución de remisión del Hoge Raad en el asunto Drijvende Bokken, en particular, contiene una descripción detallada del marco jurídico neerlandés. Los Gobiernos francés y neerlandés y la Comisión presentaron sus observaciones escritas en el asunto Albany con posterioridad a las presentadas en el asunto Brentjens y simultáneamente a las presentadas en el asunto Drijvende Bokken. De sus observaciones en el asunto Albany se desprende claramente que tenían conocimiento de las otras dos resoluciones de remisión. Así pues, en estas circunstancias está claro que quienes pretendían presentar observaciones tuvieron un conocimiento apropiado del marco jurídico neerlandés pertinente con suficiente antelación como para tomar postura sobre las cuestiones suscitadas.

65. Por lo que respecta, en segundo lugar, al contexto fáctico, no estoy de acuerdo con la alegación según la cual las resoluciones de remisión en los asuntos Albany y Brentjens no fueron suficientemente explícitas. Las resoluciones explican claramente por qué los órganos jurisdiccionales remitentes necesitan una interpretación del Derecho comunitario para poder dictar sentencia en los respectivos asuntos, así como el razonamiento subyacente en sus cuestiones.

66. En consecuencia, considero que debe declararse la admisibilidad de las cuestiones sometidas en los tres procedimientos.

13 — Autos Max Mara, citado en la nota 10 *supra*, apartado 8, y de 13 de marzo de 1996, Banco de Fomento e Exterior (C-326/95, Rec. p. I-1385), apartado 7.

14 — Autos Max Mara, citado en la nota 10 *supra*, apartado 8, y de 20 de marzo de 1996, Sunino y Data (C-2/96, Rec. p. I-1543), apartado 5.

V. Alcance de las cuestiones planteadas

67. Estoy de acuerdo con la Comisión en que las cuestiones planteadas por los órganos jurisdiccionales remitentes suscitan las cinco preguntas distintas siguientes.

68. En primer lugar, ¿se infringe el apartado 1 del artículo 85 del Tratado cuando los representantes de los empresarios y los trabajadores de un determinado sector de la economía acuerdan, en el marco de la negociación colectiva, establecer un único fondo de pensiones sectorial con un derecho exclusivo para administrar las cotizaciones percibidas y solicitan conjuntamente a las autoridades que declaren obligatoria la afiliación a dicho fondo para todas las personas que trabajen en dicho sector? [15] En segundo lugar, ¿infringe un Estado miembro el artículo 5, en relación con el artículo 85 del Tratado, cuando, a petición de los representantes de los empresarios y los trabajadores, declara obligatoria la participación en un plan de pensiones sectorial para todas las empresas pertenecientes a dicho sector? [16] En tercer lugar, ¿son los fondos de pensiones sectoriales neerlandeses «empresas» a efectos de las disposiciones sobre la competencia del Tratado? [17] En cuarto lugar, ¿infringe un Estado miembro el artículo 86, en relación con el artículo 90 del Tratado, cuando establece la afiliación obligatoria a un fondo de pensiones sectorial y concede a dicho fondo de pensiones un derecho exclusivo para administrar las cotizaciones percibidas? [18] En quinto lugar, si se declara que dicha obligación de afiliación es contraria al Derecho comunitario, ¿cuáles son las consecuencias jurídicas de dicha decisión? [19]

69. Albany, Brentjens y Drijvende Bokken solicitan al Tribunal de Justicia que resuelva, como si de una sexta cuestión se tratara, la compatibilidad de la legislación neerlandesa con el artículo 90, en relación con los artículos 52 o 59 del Tratado. Sostienen que el Kantongerecht te Arnhem plantea este problema de manera indirecta en su tercera cuestión en el asunto Albany, al preguntar si existen «otras circunstancias» que puedan hacer la obligación de afiliación incompatible con el artículo 90 del Tratado.

70. De la resolución de remisión en el asunto Albany se desprende claramente que el Kantongerecht formuló sus cuestiones siguiendo el modelo de las últimas tres cuestiones planteadas por el Hoge Raad en el asunto Van Schijndel y Van Veen, [20] que por razones de procedimiento el Tribunal no tuvo que responder. También está claro que el Kantongerecht entendía que las tres

15 — Primera cuestión en el asunto Brentjens y segunda cuestión en el asunto Drijvende Bokken.

16 — Segunda cuestión en el asunto Brentjens, tercera cuestión en el asunto Drijvende Bokken, y, en cierta medida, segunda cuestión en el asunto Albany.

17 — Tercera cuestión en el asunto Brentjens, primera cuestión en el asunto Drijvende Bokken y primera cuestión en el asunto Albany.

18 — Cuarta cuestión en el asunto Brentjens, cuestiones cuarta y quinta en el asunto Drijvende Bokken y tercera cuestión en el asunto Albany.

19 — Sexta cuestión en el asunto Drijvende Bokken.

20 — Citado en la nota 2 *supra*.

cuestiones se referían únicamente a las normas comunitarias sobre la competencia. Nada en los autos indica que las partes o el órgano jurisdiccional nacional plantearan la aplicabilidad del artículo 52 o del artículo 59 del Tratado, que exige la supresión de las restricciones a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios dentro de la Comunidad. En el asunto Albany, a diferencia de lo que sucede en el asunto Brentjens, en el que se ve afectada una compañía de seguros extranjera que actúa por medio de su filial en los Países Bajos, no parece haber ningún elemento transfronterizo. Por tanto, considero que la cuestión del Kantongerecht, pese a estar formulada en unos términos aparentemente muy generales, no puede interpretarse en el sentido de que incluye la cuestión de la aplicabilidad de los artículos 52 o 59 del Tratado.

VI. El apartado 1 del artículo 85 del Tratado

71. Paso a ocuparme ahora de la primera cuestión, a saber, la de si se infringe el apartado 1 del artículo 85 del Tratado cuando los representantes de los empresarios y los trabajadores de un determinado sector de la economía acuerdan, en el marco de la negociación colectiva, establecer un único fondo de pensiones sectorial con un derecho exclusivo para administrar las cotizaciones percibidas y solicitan conjuntamente a las autoridades que declaren obligatoria la afiliación a dicho fondo para todas las personas que trabajen en dicho sector.

72. Albany, Brentjens y Drijvende Bokken sostienen que en unas circunstancias como éstas los empresarios de un determinado sector infringen el apartado 1 del artículo 85 del Tratado. Su argumento es el siguiente.

73. En primer lugar, se trata de «acuerdos entre empresas» en el sentido del apartado 1 del artículo 85. Cualquier convenio colectivo entre representantes de los empresarios y de los trabajadores implica un acuerdo entre empresarios para negociar conjuntamente y quedar vinculados por el resultado de la negociación. En los presentes asuntos, todos los empresarios se comprometieron a afiliar a sus trabajadores a un único fondo de pensiones y a cumplir las normas del fondo.

74. En segundo lugar, estos acuerdos «restringen el juego de la competencia». La competencia entre las empresas empleadoras se restringe porque se armoniza un importante factor de costes en todo un sector, se limita la libertad de elegir el régimen de pensiones más atractivo y los empresarios no pueden atraer a los traba-

jadores mediante regímenes de pensiones más ventajosos. Por lo que respecta al seguro de vida, las compañías de seguros quedan excluidas de una importante parte del mercado.

75. En tercer lugar, los acuerdos también «afectan al comercio entre los Estados miembros». Los empresarios interesados tienen actividades internacionales. Además, en la práctica se impide a las compañías de seguros extranjeras ofrecer servicios transfronterizos o establecerse mediante filiales en los Países Bajos.

76. Por último, los acuerdos tienen un impacto considerable en la competencia y el comercio entre los Estados miembros. Cada fondo de pensiones abarca todo un sector de la economía. Además, dado que prácticamente en todos los sectores de la economía neerlandesa existen acuerdos de este tipo, debe tenerse en cuenta su efecto acumulado.

77. Tanto la Comisión como los tres Gobiernos que presentaron observaciones ante el Tribunal a este respecto y los Fondos que intervinieron como partes en los procedimientos principales están de acuerdo en que no se infringe el apartado 1 del artículo 85 del Tratado. En apoyo de dicha conclusión, formulan diversos argumentos.

78. En primer lugar, sostienen que el apartado 1 del artículo 85 no es aplicable *ratione materiae* a los convenios colectivos celebrados entre representantes de los empresarios y de los trabajadores. Con carácter subsidiario, se afirma que o bien no hay acuerdo entre «empresas», o bien no se restringe la competencia, o bien no se afecta al comercio entre los Estados miembros, o bien, en todo caso, en virtud de la norma *de minimis*, los acuerdos no están comprendidos dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, ya que su impacto sobre la competencia o el comercio es inapreciable.

79. Estos argumentos plantean la cuestión fundamental de la relación entre la prohibición contenida en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado y los convenios colectivos celebrados entre representantes de los empresarios y de los trabajadores, una cuestión que este Tribunal aún no ha tenido ocasión de considerar.[21] Habida cuenta de la relativa novedad y las trascendentales implicaciones que puede tener la respuesta del Tribunal de Justicia, puede ser útil examinar de qué modo los sistemas de defensa de la competencia de diferentes Estados miembros y de Estados Unidos abordan este problema.

21 — No obstante, véanse las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz presentadas el 20 de septiembre de 1995 en el asunto en el que recayó la sentencia de 15 de diciembre de 1995, Bosman (C-415/93, Rec. p. I-4921), puntos 273 y 274; véase también la Decisión 86/507/CEE de la Comisión, de 30 de septiembre de 1986, relativa a un procedimiento derivado del artículo 85 del Tratado CEE (IV/31.362 — Irish Banks' Standing Committee) (DO L 295, p. 28), y la respuesta a la Pregunta Escrita nº 777/89 (DO 1990, C 328, p. 3). Más adelante, analizaré con mayor detalle dichas declaraciones.

A. *Análisis comparativo*

80. En Francia, la prohibición de las prácticas colusorias [22] se aplica a los convenios colectivos entre empresarios y trabajadores. Según el Conseil de la Concurrence (Tribunal de Defensa de la Competencia), los convenios colectivos no están excluidos, por su naturaleza, del ámbito de aplicación material de las normas sobre la competencia. La libertad de negociación colectiva se considera una mera variante de la libertad de contratación, sujeta a unas limitaciones generales similares, entre ellas la prohibición de las prácticas colusorias. [23] Los sindicatos son tratados como agentes económicos que, conjuntamente con las organizaciones empresariales, pueden influir en el proceso competitivo. [24] Sin embargo, tras analizar los efectos restrictivos o ponderar sus elementos contrarios a la competencia frente a sus ventajas sociales, el Conseil de la Concurrence ha considerado que la mayoría de las cláusulas de los convenios examinados son compatibles con las normas francesas sobre la competencia. [25]

81. Un buen ejemplo de esta línea de razonamiento lo ofrece un avis (dictamen) del Conseil de la Concurrence en un asunto similar a los presentes casos referido al sistema francés de «prévoyance collective». [26] Dicho sistema proporciona prestaciones sociales complementarias a las del sistema de Seguridad Social del Estado. Cubre tres tipos de riesgos: en primer lugar, la enfermedad y la maternidad; en segundo lugar, la incapacidad y la invalidez laboral, y, en tercer lugar, la muerte. Dicho régimen ha sido establecido —al menos en parte— mediante convenios colectivos sectoriales entre los empresarios y los trabajadores. Entre otras cosas, dichos convenios designan a un «organisme de prévoyance» como contratista exclusivo para la administración de los fondos. Con frecuencia, la afiliación a este sistema se declara obligatoria para todo el sector mediante una Resolución del Ministro competente adoptada a raíz de una petición conjunta de los empresarios y los trabajadores.

82. Una asociación de «assureurs-conseils» que deseaba ofrecer sus servicios en el mercado de «prévoyance» denunció ante las autoridades de defensa de la competencia las dos características de este sistema mencionadas en último lugar, a saber, la exclusividad del contratista y la afiliación obligatoria de los empresarios que no habían participado en el proceso de negociación colectiva. El Conseil de la Concurrence declaró que los «organismes de prévoyance» prestaban servicios y que, por consiguiente, estaban sujetos a las normas sobre la competencia. Los empresarios y trabajadores también estaban sujetos a las normas del Derecho de la competencia, bien directa o bien indirectamente a

22 — Artículo 7 de la Ordonnance nº 86-1243 du 1er décembre 1986.

23 — Conseil de la Concurrence, 26 de junio de 1990, Décision Nº 90-D-21, Syndicats d'artistes-interprètes.

24 — Cour d'appel de Paris, 6 de marzo de 1991, Syndicat français des artistes interprètes et autres, reproducido en *Contrats-Concurrence-Consommation*, 1991, p. 108: «[L]a prohibition édictée par l'ordonnance [...] intéresse toute forme de concertation, quels qu'en soient les auteurs et les victimes directes, dès lors qu'objectivement elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché.»

25 — Véanse los fundamentos de la Décision del Conseil de la Concurrence citada en la nota 23 *supra*.

26 — Conseil de la Concurrence, avis Nº 92-A-01, de 21 de enero de 1992, Syndicat français des assureurs-conseils.

través de sus representantes, por lo que se refería al contenido de sus convenios colectivos. Ahora bien, al designar a un único contratista, los representantes de los empresarios y los trabajadores se limitaban a ejercer su derecho normal a elegir prestador de servicios. Por lo que respecta a la extensión del convenio a todo el sector, el Conseil declaró que contribuía, por un lado, a igualar las condiciones de la competencia en todo el sector y, por otro, al progreso económico y social. Por consiguiente, no había ninguna infracción de las normas sobre la competencia.

83. En Finlandia, la Ley 480/1992 de la competencia (Laki kilpailunrajoituksista) excluye de su ámbito de aplicación, mediante el apartado 1 de su artículo 2, los convenios relativos al mercado de trabajo. Por tanto, de acuerdo con los trabajos preparatorios de la Ley, los convenios colectivos relativos a las condiciones de trabajo no están sujetos a las normas sobre la competencia. Sin embargo, se ha afirmado que las normas sobre la competencia se aplican a los convenios colectivos que no se refieran a las condiciones de trabajo, sino, por ejemplo, a las relaciones comerciales entre el empresario y sus clientes. [27]

84. El Tribunal Superior de lo Contencioso-Administrativo resolvió sobre el alcance de dicha excepción en un asunto [28] referido a un convenio colectivo en la industria papelera que limitaba la posibilidad de que los empresarios subcontrataran a prestadores de servicios independientes determinadas tareas (por ejemplo, la limpieza) que tradicionalmente realizaban sus propios trabajadores. El tribunal declaró que sólo las cláusulas directamente referidas a las condiciones de trabajo, como por ejemplo los salarios, la jornada laboral y la protección contra el despido, estaban excluidas del ámbito de aplicación de la prohibición de las prácticas colusorias. En consecuencia, las limitaciones de que se trataba no estaban amparadas por dicha excepción. Según el tribunal, los trabajadores estaban suficientemente protegidos por una disposición legal que prohibía el despido en caso de subcontratación.

85. En Dinamarca, el apartado 1 del artículo 2 de la recientemente adoptada Ley de la competencia [29] establece que dicha Ley se aplica a todo tipo de actividades económicas. Según los trabajos preparatorios de la Ley, el concepto de «actividad económica» debe interpretarse de manera amplia, e incluye todo tipo de actividades económicas en los mercados de bienes y servicios. Para que se aplique la Ley, no se exige ni ánimo de lucro ni la adopción de una determinada forma jurídica.

86. En el artículo 3 se establece que la Ley no se aplica a los salarios ni a las condiciones de trabajo. Según los trabajos pre-

27 — Kom. 1987:4, p. 61; HE 148/1987 vp., p. 14 y HE 162/1991 vp., p. 9.

28 — KHO taltio 1586, de 11 de abril de 1995.

29 — Lov nº 384, de 10 de junio de 1997.

paratorios de la Ley, dicha excepción se limita a la relación entre empresarios y trabajadores.

87. De los trabajos preparatorios de la Ley se desprende asimismo que la excepción contenida en la nueva Ley debe interpretarse de conformidad con la interpretación de las Leyes anteriores sobre los monopolios. Por tanto, sigue siendo relevante una sentencia del Tribunal Supremo dictada en 1965. [30] El tribunal debía pronunciarse sobre las normas contenidas en un convenio colectivo que causaban la exclusión de determinados grupos de consumidores de la oferta de artículos de confección producidos de un modo más barato. El tribunal declaró que la excepción no era aplicable a aquel caso, ya que el convenio no se limitaba a regular los salarios y las condiciones de trabajo. Además, señaló que la Ley era aplicable *ratione personae* a los «interlocutores sociales» en la medida en que trataran sobre «este tipo de intereses económicos». De este modo, la prohibición danesa de las prácticas colusorias se aplica a las normas contenidas en convenios colectivos que «se refieran a una actividad económica» y que «no afecten a los salarios o a las condiciones de trabajo».

88. En Alemania, la Ley federal contra las restricciones de la competencia (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen; en lo sucesivo, «GWB») excluye determinados ámbitos de la economía y acuerdos de su ámbito de aplicación material. Sin embargo, no se mencionan expresamente ni el mercado de trabajo ni los convenios colectivos.

89. La prohibición general de las prácticas colusorias afecta tan sólo a aquellos acuerdos «que puedan influir [...] en la producción o las condiciones de mercado por lo que respecta al comercio de bienes o servicios comerciales». [31] Según los trabajos preparatorios de la Ley, el trabajo por cuenta ajena no puede considerarse un «servicio comercial». De este modo, se afirma que los convenios colectivos entre empresarios y trabajadores sobre los salarios y las condiciones de trabajo no están sometidos a la prohibición de las prácticas colusorias. [32]

90. Tanto los tribunales como el Bundeskartellamt (Oficina Federal de Defensa de la Competencia) han tenido que pronunciarse en varias ocasiones sobre la legalidad de convenios colectivos entre empresarios y trabajadores que afectaban a los horarios de apertura comercial o, más en general, a la jornada laboral en determinados sectores de actividad, bien directamente, bien indirectamente a través de la regulación de la jornada laboral.

91. El Bundesarbeitsgericht declaró [33] que los convenios colectivos entre empresarios

30 — Ufr. 1965.634H, véase Ufr. 1965B.260.

31 — «[...] soweit sie geeignet sind, die Erzeugung oder die Marktverhältnisse für den Verkehr mit Waren oder *gewerblichen Leistungen* durch Beschränkung des Wettbewerbs zu beeinflussen.»

32 — Amtliche Begründung für den Entwurf eines Gesetzes gegen Wettbewerbsbeschränkungen, BT-Drucks. 2/1158, p. 30.

33 — Sentencia de 27 de junio de 1989, 1 AZR 404/88, parcialmente reproducida en WuW/E VG 347.

y trabajadores no están en principio comprendidos dentro del ámbito de aplicación de las normas sobre la competencia. Al efecto, dio varias razones. En primer lugar, el tribunal señaló, con carácter preliminar, que la negociación colectiva era una de las actividades protegidas por los derechos fundamentales reconocidos por el apartado 3 del artículo 9 de la Grundgesetz (Ley básica alemana). En segundo lugar, el mercado de trabajo ocupaba una posición especial (ordnungspolitische Sonderstellung). En tercer lugar, no se cumplían los requisitos para la aplicación del artículo 1 de la GWB: no era posible considerar a los sindicatos como empresas a efectos del Derecho de la competencia, ya que no actuaban en los mercados de bienes o servicios. De este modo, los convenios colectivos no eran acuerdos entre empresas. En consecuencia, la condición previa necesaria para la celebración de dichos convenios, a saber, la decisión de los empresarios de negociar conjuntamente, también tenía que gozar de inmunidad respecto de las normas de defensa de la competencia. En cuarto lugar, no era posible ponderar los intereses en juego, ya que no se disponía de criterios normativos claros. En quinto lugar, la prohibición de las prácticas colusorias sólo se aplicaría en el caso de que hubiera una colusión abusiva entre los empresarios, que utilizaran deliberadamente el marco de los convenios colectivos para encubrir una práctica colusoria contraria a la competencia en los mercados de bienes o servicios.

92. El Bundeskartellamt llegó a un conclusión diferente. En un dictamen relativo a un convenio colectivo que armonizaba directamente el fin de la actividad comercial los sábados y los períodos de vacaciones en el sector de la distribución mayorista,[34] el Bundeskartellamt declaró que este tipo de convenios afectaban directamente a los mercados de bienes y servicios comerciales y que, por consiguiente, no estaban *a priori* exentos de la aplicación del artículo 1 de la GWB. El Bundeskartellamt distinguía este tipo de convenios de los convenios que se limitan a regular la jornada laboral.

93. En una segunda ocasión, el Bundeskartellamt fue aún más lejos.[35] Empresarios y trabajadores del sector de la distribución minorista habían acordado una jornada laboral armonizada que indirectamente impedía a los propietarios de comercios abrir después de una determinada hora. El Bundeskartellamt declaró que la regulación de la jornada laboral mediante la negociación colectiva era un caso especial, debido a su naturaleza dual. Por un lado, en el sector de la distribución minorista los horarios de apertura eran un importante factor de competencia. Los sindicatos y empresarios influían, indirecta pero efectivamente, en la actividad de las empresas empleadoras en los mercados de bienes y servicios, por lo que ejercían una actividad económica. Por otro lado, la negociación colectiva estaba protegida por derechos fundamentales en la medida en que se refería a las condiciones de trabajo. En ese caso concreto y excepcional de conflicto, sólo una ponderación entre los intereses en juego podía llevar a una solución practicable. En el caso exami-

34 — Escrito del Bundeskartellamt de 31 de enero de 1961 — Z 2 — 121 100 — 465/60, reproducido en WuW/E BKartA 339.

35 — Observaciones escritas presentadas por el Bundeskartellamt en el procedimiento seguido ante el Landgericht Berlin, de 3 de abril de 1989 — P-178/88, resumidas en WuW 1989, pp. 563 y 564.

nado, debía prevalecer el interés de la competencia.

94. El Kammergericht de Berlín, pronunciándose en instancia de apelación [36] sobre la misma jornada laboral sobre la que el Bundeskartellamt había emitido su dictamen, [37] adoptó una tercera línea de razonamiento. Declaró que ni los convenios colectivos ni las partes de dichos convenios estaban *a priori* excluidos del ámbito de aplicación de la Ley alemana de defensa de la competencia. No obstante, normalmente los convenios colectivos relativos a las condiciones de trabajo y los salarios eran legales con arreglo al artículo 1 de la GWB, ya que era poco probable que influyeran en las «condiciones de mercado por lo que respecta al comercio de bienes o servicios comerciales». Por lo que respecta a los convenios colectivos concretos examinados, en principio el efecto restrictivo indirecto pero efectivo que tenían sobre los horarios de apertura comercial en el mercado de bienes daba lugar a una infracción de la prohibición de las prácticas colusorias. Sin embargo, los convenios relativos a la jornada laboral constituían un elemento central *(im Kernbereich)* del derecho fundamental alemán a la negociación colectiva. Este tipo de convenios estaban totalmente excluidos de las prohibiciones contenidas en la legislación ordinaria.

95. En el Reino Unido, con arreglo a la Fair Trading Act 1973 (Ley de Competencia Desleal), el Secretary of State puede someter las prácticas laborales restrictivas a la Monopolies and Mergers Commission para que considere cómo afectan al interés público. Hasta hace poco, dicha disposición nunca había sido aplicada: tradicionalmente, en el Reino Unido el Derecho de la competencia no se ha invocado en relación con cuestiones relacionadas con las relaciones industriales. [38] En 1988, se procedió a la primera remisión de este tipo con arreglo a la Ley: se trataba de las prácticas laborales aplicadas en el sector de la televisión y la cinematografía. La Monopolies and Mergers Commission concluyó que las prácticas de que se trataba no iban en contra del interés público. [39] La situación no parece haber cambiado sustancialmente con arreglo a la nueva Competition Act 1998 (Ley de la competencia), que en general sigue el modelo de los artículos 85 y 86 del Tratado.

96. En Estados Unidos, las actividades de los sindicatos están en principio exentas de la prohibición de las prácticas colusorias contenida en el artículo 1 de la Sherman Act [40] en virtud de una exención laboral (labour exemption) «establecida mediante Ley» («statutory») y una exención laboral «no establecida mediante Ley» («non sta-

36 — Sentencia del Kammergericht de 21 de febrero de 1990, Kart. U 4357/89, reproducida en WuW/E OLG 4531.

37 — Véase la nota 35 *supra*.

38 — Whish, R.: *Competition Law*, Butterworths, 3.ª ed., 1993, p. 77. Véanse también, con arreglo a la antigua Restrictive Trade Practices Act 1976 (Ley de Prácticas Comerciales Restrictivas), las excepciones en materia de empleo recogidas en el apartado 6 del artículo 9 (bienes) y el apartado 6 del artículo 18 (servicios): los acuerdos relativos a la retribución, las condiciones de empleo, la jornada laboral y las condiciones de trabajo no podían ser denunciados.

39 — Labour Practices in TV and Film-making, Cm 666 (1989).

40 — «Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States or with foreign nations is hereby declared to be illegal.»

tutory»). Sin embargo, dichas excepciones tienen en ambos casos un alcance limitado.

97. Por lo que respecta a la exención «establecida mediante Ley», el Congreso adoptó ya en 1914 la Clayton Act, que estaba destinada a otorgar inmunidad respecto de las normas de defensa de la competencia a las acciones unilaterales de los sindicatos en el marco de los conflictos laborales. Entre otras cosas, dicha Ley establecía que «el trabajo de un ser humano no es un producto o artículo de comercio». Dado que la intención del legislador quedó parcialmente frustrada por la interpretación restrictiva de la Ley que hicieron los órganos jurisdiccionales federales,[41] el Congreso adoptó en 1932 la Norris-La Guardia Act, que pretendía extender el alcance de la anterior exención. En el asunto United States/Hutcheson,[42] la Supreme Court enunció los tres requisitos para que se aplicara esta exención establecida mediante Ley. En primer lugar, debía haber un conflicto laboral. En segundo lugar, el sindicato debía actuar en su «propio interés». En tercer lugar, el sindicato no debía concertarse con otros grupos no representativos de los trabajadores, como por ejemplo los empresarios.

98. Aunque la exención establecida mediante Ley no se extendía a los convenios suscritos entre sindicatos y empresarios, la Supreme Court reconoció, en su posterior jurisprudencia, la existencia de una exención no establecida mediante Ley, aunque limitada en principio a los convenios sobre salarios y condiciones de trabajo. En el asunto Connell,[43] la Supreme Court declaró lo siguiente:

«La exención no establecida mediante Ley tiene su origen en la decidida política laboral en favor de que los trabajadores se asocien para eliminar la competencia en materia de salarios y condiciones de trabajo. En última instancia, el éxito de los sindicatos en la organización de los trabajadores y la uniformización de los salarios afectará a la competencia de precios entre empresarios, pero los objetivos de la legislación laboral federal nunca podrían alcanzarse si se considerara que dichos efectos sobre la competencia constituyen una violación de la legislación de defensa de la competencia. En consecuencia, este tribunal ha reconocido que la política laboral requiere una cierta tolerancia hacia la reducción de la competencia basada en las diferencias de salarios y condiciones de trabajo. [...] Sin embargo, está claro que la política laboral no requiere que un sindicato pueda imponer libremente restricciones directas de la competencia entre los empleadores de sus miembros. Así pues, mientras que la exención establecida mediante Ley permite a los sindicatos introducir algunas restricciones derivadas de sus acciones unilaterales [...], la exención no establecida mediante Ley no ofrece una protección similar cuando un sindicato y otra parte no representativa de los trabajadores acuerdan restringir la competencia en un mercado competitivo.»

41 — Duplex Printing Press Co./Deering, 254 US 443.
42 — 312 US 219.
43 — Sentencia de 2 de junio de 1975, Connell Construction/Plumbers and Steamfitters Local Union nº 100, 421 US 616.

(«The non-statutory exemption has its source in the strong labour policy favouring the association of employees to eliminate competition over wages and working conditions. Union success in organising workers and standardising wages ultimately will affect price competition among employers, but the goals of federal labour law never could be achieved if these effects on business competition were held a violation of the antitrust laws. The Court therefore has acknowledged that labour policy requires tolerance for the lessening of business competition based on differences in wages and working conditions.... Labour policy clearly does not require, however, that a union have freedom to impose direct restraints on competition among those who employ its members. Thus, while the statutory exemption allows unions to accomplish some restraints by acting unilaterally..., the non-statutory exemption offers no similar protection when a union and a non-labour party agree to restrain competition in a business market.»)

99. Será útil examinar brevemente tres importantes sentencias de la Supreme Court de Estados Unidos sobre el alcance de la exención laboral no establecida mediante Ley.

100. El asunto United Mine Workers of America/Pennington [44] se refería a una supuesta conspiración entre los sindicatos y las grandes compañías del carbón para imponer, entre otras condiciones, los salarios establecidos en un convenio colectivo a todos las empresas que operaban en el sector, independientemente de su capacidad para pagarlos, con el fin de empujar a la quiebra a los pequeños empresarios.

101. La mayoría del tribunal (seis votos contra tres) declaró que esa conducta no gozaba de inmunidad respecto de las normas de defensa de la competencia. En su opinión, la exención establecida mediante Ley no se aplicaba en aquel caso, pues se trataba de un acuerdo entre un sindicato y empresarios. A su entender, no había duda de que un convenio colectivo que estableciera los precios de venta del carbón constituía una infracción de las normas de defensa de la competencia. En cambio, los salarios eran un elemento central de la negociación entre empresarios y sindicatos. Por tanto, el efecto en el mercado de productos derivado de la eliminación de la competencia basada en los salarios entre los empresarios de una unidad de negociación no era, en principio, «el tipo de restricción que el Congreso pretendía eliminar mediante las Sherman Act». Consiguientemente, un sindicato tenía derecho a celebrar un convenio salarial con una unidad de negociación integrada por múltiples empresarios y exigir los mismos salarios a otros empresarios siempre que fuera en aras de sus propios intereses, y no en virtud de un convenio con la totalidad o una parte de los empresarios integrantes de dicha unidad. Sin embargo, «un grupo de empresarios no puede conspirar para eliminar competidores del sector, y el sindicato será corresponsable junto con los empresarios si participa en esa conspiración». Por tanto, el supuesto acuerdo entre el sindicato y los grandes productores de carbón para asegu-

44 — Sentencia de 7 de junio de 1965, 381 US 657.

rar unas condiciones laborales uniformes en todo el sector no estaba exento de las leyes de defensa de la competencia.

102. El asunto Meat Cutters/Jewel Tea Co.,[45] resuelto ese mismo día, se refería a los horarios de apertura comercial. Un sindicato local que representaba a la práctica totalidad de los carniceros de la zona acordó con una asociación de distribuidores de productos alimenticios que las secciones de productos cárnicos de los supermercados de alimentación sólo estarían abiertas entre las 9 de la mañana y las 6 de la tarde de lunes a sábados, ambos incluidos. Ante la amenaza de una huelga si no aceptaba dichas condiciones, un empresario suscribió el contrato para después denunciar al sindicato solicitando su anulación con arreglo a la Sherman Act.

103. La mayoría del tribunal (seis votos contra tres) declaró que las normas de defensa de la competencia no eran aplicables en aquel caso, pero discrepó sobre los fundamentos de dicha decisión. Tres miembros de la mayoría sostuvieron que la restricción de los horarios comerciales estaba tan íntimamente ligada a los salarios, la jornada laboral y las condiciones de trabajo que la negociación competitiva de buena fe de una disposición como esa estaba exenta de la Sherman Act. Los otros tres Jueces de la mayoría, que habían formulado un voto particular en el asunto Pennington, declararon que las negociaciones colectivas referidas a materias de negociación obligatorias con arreglo a la legislación laboral pertinente no estaban, por su propia naturaleza, sujetas al Derecho de la competencia. Sostuvieron, en primer lugar, que los Jueces tenían que respetar las intenciones del legislador, y que los Jueces de defensa de la competencia no disponían de ningún criterio normativo para distinguir los convenios colectivos beneficiosos de los perjudiciales.

104. La minoría expresó la opinión según la cual el convenio afectaba directamente al mercado de productos y no tenía ningún efecto favorable a la competencia. Por consiguiente, estaba prohibido por la Sherman Act.

105. En su reciente sentencia en el asunto Brown/Pro Football,[46] la Supreme Court hubo de pronunciarse sobre un caso en el que los empresarios habían impuesto a sus trabajadores de forma colectiva y unilateral unas determinadas condiciones de empleo tras no llegar a ningún resultado en el marco de la negociación colectiva. El asunto se refería al caso, un tanto especial, de la negociación entre la National Foot-

45 — Sentencia de 7 de junio de 1965, 381 US 676.

46 — 116 S. Ct. 2116 (1996).

ball League y el sindicato de jugadores de fútbol.

106. La mayoría del tribunal (ocho votos contra uno) declaró que la exención laboral no establecida mediante Ley amparaba a los acuerdos alcanzados entre varios empresarios tras no obtener ningún resultado en la negociación colectiva para aplicar las condiciones de la última oferta salarial realizada de buena fe por los empresarios, en el supuesto de que dicha conducta fuera inobjetable con arreglo a la legislación y la política laborales. La mayoría del tribunal sostenía, en primer lugar, que la negociación simultánea con múltiples empresarios constituía en sí misma un método consolidado, importante y generalizado de negociación colectiva, que tenía ventajas tanto para los empresarios como para los trabajadores. En segundo lugar, someter la práctica de que se trataba a la legislación de defensa de la competencia equivalía a obligar a los órganos jurisdiccionales de defensa de la competencia a responder a toda una serie de cuestiones prácticas de gran trascendencia sobre cómo debía desarrollarse la negociación colectiva sobre las condiciones de trabajo, precisamente el resultado que pretendía evitar la exención laboral. En tercer lugar, permitir la aplicabilidad de las normas de defensa de la competencia corría el riesgo de introducir inestabilidad e incertidumbre en el proceso de negociación colectiva.

107. El Magistrado discrepante (el Magistrado Sr. Stevens) expresó la opinión según la cual ni las políticas que subyacen en la legislación laboral y de defensa de la competencia ni el objetivo perseguido mediante la exención no establecida mediante Ley justificaban sustraer al examen con arreglo a las normas de defensa de la competencia las acciones colectivas emprendidas por los empresarios con el fin de reducir los salarios por debajo del nivel que hubieran alcanzado en un mercado libre.

108. Los resultados de este análisis comparativo pueden resumirse del siguiente modo.

109. En todos los sistemas examinados, los convenios colectivos entre empresarios y trabajadores están en alguna medida exentos de la prohibición de las prácticas colusorias contrarias a la competencia. Sin embargo, esa inmunidad no es ilimitada.

110. Las fuentes jurídicas de las que se deriva la inmunidad y los mecanismos jurídicos de aplicación de la misma difieren considerablemente. Es posible encontrar:

— la primacía de un derecho fundamental a la negociación colectiva (Alemania),

— una exención expresamente recogida en la legislación de defensa de la

competencia o en otras disposiciones legales (Dinamarca, Finlandia, exención establecida mediante Ley en Estados Unidos),

— creaciones de los órganos jurisdiccionales (exención no establecida mediante Ley en Estados Unidos),

— la exigencia de un requisito concreto, normalmente no satisfecho por los acuerdos de que se trata, sin el cual no se infringe la prohibición de las prácticas colusorias (Alemania),

— la aplicación de los requisitos generales para que exista una infracción de la prohibición de las prácticas colusorias de tal modo que se obtenga el resultado deseado (Francia),

— una práctica tradicional consistente en no aplicar las normas sobre la competencia a las relaciones industriales (Reino Unido).

111. También el alcance de la inmunidad varía. Sin embargo, los órganos jurisdiccionales plantean casi siempre las siguientes cuestiones:

— ¿Se refieren los convenios examinados a los salarios, la jornada laboral u otras condiciones de trabajo que sean elementos centrales de la negociación colectiva?

— ¿En qué medida afectan los convenios a los mercados de bienes y servicios en los que operan los empresarios?

— ¿En qué medida afectan los convenios a terceros? Los terceros potencialmente afectados son las empresas que operan en el mismo mercado y que no participaron en el proceso de negociación, las empresas que operan en otros mercados y los consumidores.

— ¿Tienen los convenios una finalidad contraria a la competencia?

— ¿Qué es más adecuado: aplicar reglas generales sin paliativos o emprender un proceso de ponderación caso por caso de los intereses contrapuestos en juego?

112. Sentadas estas premisas, paso ahora a analizar el apartado 1 del artículo 85 del Tratado. Examinaré sucesivamente, en primer lugar, la aplicabilidad *ratione materiae* del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, en segundo lugar, si existe un acuerdo o

práctica concertada entre empresas y, en tercer lugar, si dicha práctica concertada restringe la competencia en una medida apreciable.

B. *Aplicabilidad* ratione materiae *del apartado 1 del artículo 85 del Tratado*

113. Según los Fondos y los Gobiernos neerlandés, francés y sueco, el apartado 1 del artículo 85 no es, en principio, aplicable *ratione materiae* a los convenios colectivos sobre pensiones entre representantes de los empresarios y de los trabajadores. Sus argumentos pueden sintetizarse del siguiente modo.

114. En primer lugar, dichos convenios tratan sobre cuestiones sociales y promueven los objetivos del Tratado en el ámbito social. La aplicabilidad del apartado 1 del artículo 85 pondría en peligro la consecución de dichos objetivos.

115. En segundo lugar, la aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado privaría a las partes sociales de su derecho fundamental a la negociación colectiva, reconocido por distintos instrumentos internacionales y europeos.

116. En tercer lugar, la aplicabilidad del apartado 1 del artículo 85 sería incompatible con diversas normas de Derecho comunitario que fomentan y promueven expresamente la negociación colectiva entre los representantes de los empresarios y los trabajadores.

117. Estos argumentos plantean dos cuestiones diferentes, que abordaré por separado.

118. El primer argumento está relacionado con el objeto de los convenios. Plantea la cuestión de si un determinado acuerdo, independientemente de su forma, queda fuera del ámbito de aplicación de las normas sobre la competencia por el hecho de tratar de cuestiones sociales como las condiciones de trabajo o las pensiones y de tener un objetivo social. En otras palabras, ¿existe en el Derecho comunitario de la competencia una excepción generalizada en favor del ámbito social?

119. Los argumentos segundo y tercero están relacionadas con el marco en el que se celebran los convenios de que se trata. Plantean la cuestión, más limitada, de si los convenios colectivos entre empresarios y trabajadores tienen un estatuto especial con

arreglo al Derecho comunitario que tenga como resultado que el apartado 1 del artículo 85 no puede, en principio, aplicárseles. ¿Existe una excepción en favor de la negociación colectiva entre empresarios y trabajadores?

1. *¿Existe una excepción general en el ámbito social?*

120. El apartado 1 del artículo 85 del Tratado forma parte del «régimen que garantice que la competencia no sea falseada en el mercado interior» que es, con arreglo a la letra g) del artículo 3 del Tratado, una de las acciones que debe emprender la Comunidad.

121. En la letra i) del artículo 3 se establece que la acción de la Comunidad implicará asimismo «una política en el ámbito social». En el artículo 2 se definen como tareas de la Comunidad, entre otras, «promover [...] un desarrollo armonioso y equilibrado de las actividades económicas» y «un alto nivel de empleo y de protección social».

122. Según los Fondos, de dichas disposiciones se desprende que el ámbito social no está sujeto a las normas sobre la competencia. Debido a las características especiales de dicho ámbito, el Derecho de la competencia no puede ni debe interferir en él. Sostienen que los convenios colectivos entre representantes de los empresarios y de los trabajadores tienen por objeto la promoción de los objetivos sociales del Tratado. En consecuencia, forman parte del ámbito social, que, por principio, no está sujeto a los artículos 85 y 86 del Tratado.

123. No comparto esta opinión. El Tribunal ha declarado reiteradamente que «cuando el Tratado ha querido sustraer ciertas actividades a la aplicación de las normas sobre competencia, ha previsto una excepción expresa a tal efecto»: [47] algunos ejemplos de este tipo de normas del Tratado son el apartado 1 del artículo 42 por lo que respecta a la agricultura, la letra b) del apartado 1 del artículo 223 por lo que respecta al material de guerra y, en cierta medida, el apartado 2 del artículo 90 por lo que respecta a determinadas empresas.

124. Por lo que respecta al ámbito social, no hay ninguna disposición en el Tratado que, al igual que hace el artículo 42, excluya expresamente la aplicación de las normas sobre la competencia o la supedite a una Decisión del Consejo.

125. Además, el Tribunal ha confirmado de manera inequívoca la aplicabilidad de las normas comunitarias sobre la competencia a una serie de otros sectores «especiales» que, en determinados Estados miembros, quedan fuera del ámbito de aplicación de

47 — Véase, por ejemplo, la sentencia de 30 de abril de 1986, Asjes (asuntos acumulados 209/84 a 213/84, Rec. p. 1425), apartado 40.

las normas sobre la competencia. En dichos sectores, con frecuencia se ha cuestionado la aplicabilidad de las normas sobre la competencia con argumentos basados en las características específicas de cada uno de ellos y en las contradicciones de los objetivos de política enunciados en el artículo 3 del Tratado.

126. Sin embargo, normalmente el Tribunal ha desestimado dichas alegaciones y aplicado los artículos 85 y 86 a sectores como el transporte,[48] la energía,[49] la banca,[50] y los seguros[51] sobre la base de que hay otros mecanismos, como por ejemplo las exenciones con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado, mediante los cuales el Derecho comunitario de la competencia permite tener en cuenta las particularidades de determinadas ramas de actividad económica.[52] En dichos asuntos, el Tribunal no estimó que la existencia de objetivos de política contradictorios —como los contenidos, por ejemplo, en la letra f) del artículo 3 (una política común en el ámbito de los transportes) y en la letra t) del artículo 3 (medidas comunitarias en el ámbito de la energía)— impidiera por sí sola la aplicación de las normas sobre la competencia a los respectivos sectores. Del hecho de que la Comunidad aplique una determinada política no se desprende que dicho ámbito de la economía quede por ello excluido de las normas sobre la competencia.

127. Además, y esto es algo de particular relevancia en los presentes asuntos, el Tribunal ya ha aceptado en una serie de importantes sentencias el principio según el cual las normas sobre la competencia se aplican en el ámbito social y, en particular, al empleo y las pensiones. Así, el Tribunal aceptó dicho principio por lo que respecta a los mercados de trabajo en las sentencias Höfner y Elser[53] y Job Centre[54] y, por lo que respecta a las pensiones, en las sentencias Poucet y Pistre[55] y Fédération française des sociétés d'assurance y otros.[56] Más adelante, será preciso considerar dichos asuntos de una manera más pormenorizada. Pero por ahora basta señalar que, al examinar si las entidades de que se trataba debían calificarse de empresas a efectos del artículos 85 o del artículo 86, el Tribunal aceptó implícitamente que las normas sobre la competencia se aplicaban *ratione materiae* en dichos ámbitos. Más recientemente, en la sentencia Sodemare y otros, el Tribunal de Justicia —sin entrar siquiera a examinar si las entidades privadas sin ánimo de lucro dedicadas a actividades de atención sanitaria debían calificarse como empresas— se limitó a aplicar las normas sobre la competencia y concluyó que no había ningún acuerdo en el sentido del apartado 1 de artículo 85.[57]

128. Dicha conclusión no quedó enervada por la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto García y otros, invocada, en particular, por el Gobierno francés.[58] El objeto de litigio en aquel asunto era la

48 — Sentencia Asjes, citada en la nota 47 *supra*, apartado 40, así como sentencia de 11 de abril de 1989, Ahmed Saeed Flugreisen y otros (66/86, Rec. p. 803).

49 — Sentencia de 27 de abril de 1994, Almelo (C-393/92, Rec. p. I-1477).

50 — Sentencia de 14 de julio de 1981, Züchner (172/80, Rec. p. 2021), apartados 6 a 9.

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

52 — Sentencia Verband der Sachversicherer/Comisión, citada en la nota 51 *supra*, apartado 15.

53 — Sentencia de 23 de abril de 1991 (C-41/90, Rec. p. I-1979).

54 — Sentencia de 11 de diciembre de 1997 (C-55/96, Rec. p. I-7119).

55 — Sentencia de 17 de febrero de 1993 (asuntos acumulados C-159/91 y C-160/91, Rec. p. I-637).

56 — Sentencia de 16 de noviembre de 1995 (C-244/94, Rec. p. I-4013).

57 — Sentencia de 17 de junio de 1997 (C-70/95, Rec. p. I-3395), apartado 43.

58 — Sentencia de 26 de marzo de 1996 (C-238/94, Rec. p. I-1673).

aplicabilidad *ratione personae* de la Tercera Directiva [59] de seguros distintos del seguro de vida, basada en las normas sobre la libre circulación de servicios y sobre la libertad de establecimiento. El Tribunal declaró que el apartado 2 del artículo 2 de la Directiva «debe interpretarse en el sentido de que regímenes de Seguridad Social como los que constituyen el objeto de los procedimientos principales están excluidos del ámbito de aplicación de la Directiva».

129. A diferencia de lo que sostiene el Gobierno francés, el apartado 14 de dicha sentencia se refiere al ámbito de aplicación personal de la Directiva de que se trata, es decir, a las entidades a las que se aplica la Directiva, y no a la aplicabilidad de las normas sobre la competencia en el ámbito social. El Tribunal, remitiéndose a los fundamentos de Derecho de la sentencia Poucet y Pistre, se limitó a recordar su jurisprudencia sobre la aplicabilidad *ratione personae* de las normas sobre la competencia a determinadas instituciones que ofrecen prestaciones sociales. Además, en el apartado 12 de la sentencia se confirma que el Tribunal se adhirió al enfoque adoptado en las sentencias Poucet y Pistre y Fédération française des sociétés d'assurance y otros, antes citadas. Como he explicado, dicho enfoque presupone que el ámbito de las pensiones y otras prestaciones sociales no queda automáticamente excluido del ámbito de aplicación material de las normas sobre la competencia.

130. En consecuencia, considero que no existe una excepción generalizada que excluya el ámbito social en su conjunto del ámbito de aplicación de las normas sobre la competencia. [60]

2. ¿Existe una excepción en favor de los convenios colectivos entre empresarios y trabajadores?

131. Como ya he observado, dos son los argumentos formulados en apoyo de la tesis según la cual los convenios colectivos entre empresarios y trabajadores deben disfrutar de un estatuto especial. El primero de ellos se basa en un supuesto derecho fundamental a la negociación colectiva y el segundo en el hecho de que el propio Derecho comunitario promueve la celebración de este tipo de convenios colectivos.

a) ¿Existe un derecho fundamental a la negociación colectiva?

132. Los Fondos, los Gobiernos neerlandés y francés y la Comisión mantienen que de una serie de instrumentos jurídicos internacionales se desprende que, en el ordenamiento jurídico comunitario, existe un derecho fundamental a la negociación

59 — Directiva 92/49/CEE del Consejo, de 18 de junio de 1992, sobre coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas relativas al seguro directo distinto del seguro de vida y por la que se modifican las Directivas 73/239/CEE y 88/357/CEE (DO L 228, p. 1).

60 — Véase, en el mismo sentido, el punto 273 de las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz en el asunto en el que recayó la sentencia Bosman, citada en la nota 21 *supra*, en el que afirmó: «En efecto, no existe en mi opinión ninguna norma que diga que acuerdos que afectan a las relaciones laborales queden, de modo general y completo, fuera del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado CE relativas a la competencia». En el apartado 138 de su sentencia, el Tribunal consideró que no era necesario pronunciarse sobre la interpretación de los artículos 85 y 86 del Tratado.

colectiva. Según afirman, aplicar el apartado 1 del artículo 85 a dichos convenios equivaldría a privar de dicho derecho fundamental a empresarios y trabajadores.

133. ¿Contiene efectivamente el ordenamiento jurídico comunitario dicho derecho fundamental? Se trata de una cuestión básica, ya que, si existe dicho derecho, cualquier menoscabo de su esencia, aun cuando responda a objetivos de interés general, podría ser ilegal. [61]

134. A efectos analíticos, distinguiré entre tres derechos: en primer lugar, el derecho de los particulares a crear un sindicato o a una asociación de empresarios y afiliarse a ellos; en segundo lugar, el derecho general de un sindicato o asociación a emprender acciones colectivas con el fin de proteger intereses profesionales, y, en tercer lugar, el derecho específico a la negociación colectiva de los sindicatos y asociaciones de empresarios, controvertido en los presentes asuntos.

135. El propio Tratado CE, aunque —como se verá más adelante— alienta la negociación colectiva, no confiere expresamente ninguno de los tres derechos anteriores.

136. Con arreglo a la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, [62] los empresarios y trabajadores tienen derecho a constituir y adherirse a organizaciones profesionales o sindicales «para defender sus intereses económicos y sociales» (artículo 11). Los empresarios y trabajadores tienen «derecho, en las condiciones establecidas por las legislaciones y prácticas nacionales, a negociar y celebrar convenios colectivos» (artículo 12). En consecuencia, la Carta contiene los tres «derechos» antes mencionados.

137. Sin embargo, la Carta tiene unos efectos jurídicos muy limitados. No constituye un acto jurídico de la Comunidad, sino una declaración política solemne adoptada por los Jefes de Estado o de Gobierno de once de los doce Estados miembros, y no ha sido publicada en el Diario Oficial. En el Acuerdo sobre la política social anexo al Tratado de la Unión Europea, los mismos once Estados miembros que adoptaron la Carta no quisieron atribuir efectos jurídicos a los derechos a los que habían dado su apoyo político en la Carta.

138. La jurisprudencia de este Tribunal ofrece una orientación más clara sobre la cuestión general de si el Derecho comunitario reconoce o no cualquiera de los tres derechos antes mencionados. El Tribunal de Justicia ha declarado reiteradamente que los «derechos fundamentales forman parte de los principios generales del Derecho

61 — Sentencia de 5 de octubre de 1994, Alemania/Consejo (C-280/93, Rec. p. I-4973), apartados 78 y 87.

62 — Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, adoptada por los Jefes de Estado o de Gobierno de los Estados miembros de la Comunidad Europea reunidos en Estrasburgo el 9 de diciembre de 1989.

cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia. A este respecto, el Tribunal de Justicia se inspira en las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros así como en las indicaciones proporcionadas por los instrumentos internacionales relativos a la protección de los derechos humanos con los que los Estados miembros han cooperado o a los que se han adherido». [63] «El Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos reviste a este respecto un significado particular». [64]

139. En la sentencia Union Syndicale, Massa y Kortner/Consejo, [65] el Tribunal de Justicia declaró lo siguiente: «considerando que, con arreglo a los principios generales del Derecho laboral, la libertad de sindicación reconocida en el artículo 24 *bis* del Estatuto de los Funcionarios implica no sólo el derecho, para los funcionarios y agentes, de constituir libremente las asociaciones que deseen, sino también el de dichas asociaciones de realizar cualquier actividad lícita en defensa de los intereses profesionales de sus miembros». Así, cabe sostener que el Tribunal de Justicia reconoció, en primer lugar, el derecho individual a crear y adherirse a una asociación y, en segundo lugar, el derecho colectivo a la acción. El carácter fundamental de estos dos derechos quedó confirmado en la sentencia Bosman con respecto a la libertad de asociación en general [66] y en la sentencia Maurissen y Union Syndicale/Tribunal de Cuentas más concretamente por lo que respecta a los sindicatos. [67] La cuestión de si existe un tercer derecho fundamental específico a la negociación colectiva no ha sido aún resuelta.

140. Paso a ocuparme ahora de los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes invocados por los Fondos, determinados Estados miembros y la Comisión.

141. La Comisión, en particular, sostiene que el derecho a la negociación colectiva sobre la retribución y otras condiciones de empleo es un derecho fundamental garantizado por el artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el artículo 6 de la Carta Social Europea, el artículo 22 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como los Convenios n^{os} 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo.

142. Sin embargo, un análisis de los instrumentos jurídicos internacionales pertinentes no sustenta dicha tesis.

143. Por empezar por el Convenio Europeo de Derechos Humanos, el principal derecho pertinente garantizado por el Convenio (artículo 11) es el derecho individual de fundar sindicatos y de afiliarse a los mismos. Este derecho está reconocido asimismo en la Carta Social Europea (artículo 5), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 22), el Pacto Internacional de Derechos Económi-

63 — Dictamen 2/94 del Tribunal de Justicia, de 28 de marzo de 1996 (Rec. p. I-1759), apartado 33.

64 — Sentencia de 18 de junio de 1991, ERT (C-260/89, Rec. p. I-2925), apartado 41.

65 — Sentencia de 8 de octubre de 1974 (175/73, Rec. p. 917), apartado 14.

66 — Sentencia Bosman, citada en la nota 21 *supra*, apartados 79 y 80.

67 — Sentencia de 18 de enero de 1990 (asuntos acumulados C-193/87 y C-194/87, Rec. p. I-95), apartados 11 a 16 y 21.

cos, Sociales y Culturales (artículo 8), así como en el Convenio relativo a la libertad sindical y a la protección del derecho de sindicación y el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, ambos adoptados en el marco de la Organización Internacional del Trabajo.

144. Por lo que respecta al derecho de los sindicatos a la acción colectiva, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos invocó la expresión «para la defensa de sus intereses» que figura en el apartado 1 del artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos para declarar que la libertad de asociación incluía los derechos que eran «indispensables para el ejercicio efectivo» o «elementos necesariamente inherentes» a la libertad sindical.[68] Por tanto, el artículo 11 también «protege la libertad de defender los intereses profesionales de los miembros de los sindicatos mediante la acción sindical, cuya realización y desarrollo deben hacer posible los Estados Contratantes».[69]

145. Sin embargo, esa afirmación aparentemente tan general parece abarcar tan sólo un núcleo de actividades específicas. Hasta la fecha, el único derecho expresamente reconocido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha sido el derecho a ser «oído» por el Estado.[70] Por otro lado, un sindicato no tiene derecho a ser consultado por el Estado,[71] ni éste está obligado a celebrar convenios colectivos,[72] ni el artículo 11 implica necesariamente un derecho de huelga, ya que los intereses de los miembros pueden defenderse por otros medios.[73]

146. Por lo que respecta al derecho de negociación colectiva, a diferencia de lo que sostienen los Fondos, la Comisión y los Gobiernos antes mencionados, únicamente el artículo 6 de la Carta Social Europea parece reconocer expresamente su existencia. Sin embargo, el mero hecho de que un derecho esté incluido en la Carta no significa que sea generalmente reconocido como un derecho fundamental. La estructura de la Carta hace que los derechos enunciados en ella constituyan más objetivos de política que derechos exigibles, y sólo se exige a los Estados que se adhirieron a ella que especifiquen cuáles de entre los derechos enunciados se comprometen a proteger.

147. El artículo 4 del «Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva», redactado con sumo cuidado, impone a los Estados Contratantes la obligación de «estimular y fomentar» la

68 — Sentencia de 27 de octubre de 1975, National Union of Belgian Police/Belgium, Eur. Court HR Rep., Serie A, 19 (1975), apartado 39.

69 — Sentencia National Union of Belgian Police/Belgium, citada en la nota 68 *supra*, apartado 40.

70 — Sentencia National Union of Belgian Police/Belgium, citada en la nota 68 *supra*, apartado 39; sentencia de 6 de febrero de 1976, Swedish Engine Drivers' Union/Sweden, Eur. Court HR Rep., Serie A, 20 (1976), apartado 40.

71 — National Union of Belgian Police/Belgium, citada en la nota 68 *supra*, apartado 38.

72 — Sentencia Swedish Engine Drivers' Union/Sweden, citada en la nota 70 *supra*, apartado 39.

73 — Sentencia de 6 de febrero de 1976, Schmidt and Dahlström/Sweden, Eur. Court HR Rep., Serie A, 21 (1976), apartado 36.

negociación colectiva. No se confiere derecho alguno.

148. En la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se aprecia una reveladora ausencia de cualquier referencia al derecho a la negociación colectiva. En la sentencia Swedish Engine Drivers' Union/Sweden, por ejemplo, la mayoría de la Comisión de Derechos Humanos se había pronunciado a favor del reconocimiento del derecho de los sindicatos a la negociación colectiva. El Tribunal declaró que no tenía que pronunciarse sobre dicha cuestión, ya que, según afirmó, dicho derecho no era objeto de aquel asunto y se le confería al sindicato demandante con arreglo al Derecho nacional. [74] Desde entonces, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos nunca ha reconocido expresamente la existencia de dicho derecho. Por el contrario, existen pruebas de que el Tribunal se muestra reticente a hacerlo.

149. En primer lugar, la interpretación que hizo dicho Tribunal del artículo 6 de la Carta Social Europea es todo un indicio de dichas reticencias. Por lo que respecta al apartado 1 del artículo 6, que exige a los Estados «favorecer la consulta paritaria entre trabajadores y empleadores», el Tribunal ha afirmado que «la prudencia de los términos utilizados pone de manifiesto que la Carta no establece un verdadero derecho de consulta». [75] Por lo que respecta al apartado 2 del artículo 6, que exige al Estado «promover, cuando ello sea necesario y conveniente, el establecimiento de procedimientos de negociación voluntaria entre los empleadores o las organizaciones de empleadores, de una parte, y las organizaciones de trabajadores de otra», el Tribunal ha declarado que «la prudencia de la formulación [...] demuestra que la Carta no establece un verdadero derecho a la celebración de ningún acuerdo de este tipo [...]». [76]

150. En segundo lugar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha subrayado reiteradamente que «la libertad sindical no es más que una forma o un aspecto especial de la libertad de asociación» y que «dicho artículo [11] no garantiza ningún trato especial a los sindicatos». [77]

151. En tercer lugar, resulta interesante la sentencia en el asunto Gustafsson/Sweden. [78] El Tribunal conocía de un conflicto entre un sindicato y un empresario que no

74 — Sentencia Swedish Engine Drivers' Union/Sweden, citada en la nota 70 *supra*, apartado 38.

75 — Sentencia National Union of Belgian Police/Belgium, citada en la nota 68 *supra*, apartado 38. El Tribunal comentó el significado del apartado 1 del artículo 6 de la Carta en el marco de la interpretación del apartado 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

76 — Sentencia Swedish Engine Drivers' Union/Sweden, citada en la nota 70 *supra*, apartado 39. También en este caso, el Tribunal comentó el significado del apartado 2 del artículo 6 de la Carta en el marco de la interpretación del artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

77 — Sentencia Schmidt and Dahlström/Sweden, citada en la nota 73 *supra*, apartado 34.

78 — Sentencia de 25 de abril de 1996, Gustafsson/Sweden, R.J.D., 1996-II, nº 9.

deseaba participar en el proceso de negociación colectiva de su sector. Mediante boicots y otras acciones, el sindicato le presionó para que se adhiriese a los empresarios que habían suscrito un convenio colectivo sectorial. El empresario sostuvo que la obligación de participar en el convenio colectivo equivaldría en la práctica a la obligación de adherirse a una asociación de empresarios. De este modo, en su opinión el Gobierno sueco debería haber intervenido para proteger su libertad negativa de no adherirse a una asociación de empresarios.

152. Es interesante considerar primero dos votos particulares discrepantes.

153. Ocho Jueces sostuvieron en su voto particular parcialmente discrepante que, en realidad, el derecho del empresario no se basaba en su libertad negativa de no adherirse a una asociación, sino en su libertad negativa de no participar en la negociación colectiva. Estos Jueces interpretaron la jurisprudencia anterior en el sentido de que significaba que «el derecho a la negociación colectiva no es un elemento inherente a la libertad de asociación». Por tanto, consideraban que el artículo 11 no era en modo alguno aplicable. [79]

154. Dos Jueces discrepantes optaron por la opinión opuesta. Consideraron que el derecho a la negociación colectiva era un elemento inherente a la libertad de asociación. En consecuencia, estimaron que el Tribunal debería haber procedido a una ponderación de la importancia relativa del derecho positivo del sindicato a la negociación colectiva y del derecho negativo del empresario a no participar contra su voluntad en dicho proceso. [80]

155. Ambas opiniones tienen en común que el Tribunal habría tenido que adoptar una postura definitiva sobre la existencia de dicho derecho.

156. En cambio, la mayoría del Tribunal optó por una tercera solución. Respecto de las actividades sindicales, declaró en primer lugar que «a la vista del carácter sensible de las cuestiones sociales y políticas que implica encontrar un equilibrio adecuado entre los diferentes intereses en juego [...] y el alto grado de divergencia entre los sistemas nacionales en el ámbito concreto que se examina, los Estados Contratantes deben disponer de un amplio margen de apreciación en su elección de los medios que emplean». [81] A continuación, se limitó a subrayar que no veía «ninguna razón para dudar de que la acción sindical persiguiera intereses legítimos compatibles con el artículo 11 del Convenio». Prosiguió

79 — Voto particular parcialmente discrepante de los Jueces Sr. Ryssdal, Sr. Spielmann, Sra. Palm, Sr. Foighel, Sr. Pekkanen, Sr. Loizou, Sr. Makarczyk y Sr. Repik en el asunto Gustafsson/Sweden, citado en la nota 78 *supra*.

80 — Voto particular discrepante del Juez Sr. Martens, al que se adhirió el Juez Sr. Matscher, en el asunto Gustafsson/Sweden, citado en la nota 78 *supra*, apartado 6.

81 — Sentencia Gustafsson/Sweden, citada en la nota 78 *supra*, apartado 45.

afirmando que «también debe recordarse, en este contexto, que el carácter legítimo de la negociación colectiva ha sido reconocido en diversos instrumentos internacionales». [82] De este modo, parece que el Tribunal evitó cuidadosamente llegar a la conclusión de que el Convenio garantiza el derecho a la negociación colectiva.

157. Este análisis me lleva a las siguientes conclusiones por lo que respecta al reconocimiento de un derecho a la negociación colectiva por parte del Derecho comunitario.

158. El ordenamiento jurídico comunitario protege el derecho a constituir sindicatos y asociaciones de empresarios y adherirse a los mismos, que constituye un elemento central de la libertad de asociación.

159. En mi opinión, el derecho a la acción colectiva para defender intereses profesionales, en la medida en que es indispensable para el ejercicio de la libertad de asociación, también está protegido por el Derecho comunitario.

160. Sin embargo, no puede decirse que exista un grado de convergencia suficiente entre los ordenamientos jurídicos nacionales y los instrumentos jurídicos internacionales sobre el reconocimiento de un derecho fundamental específico a la negociación colectiva.

161. Además, el proceso de negociación colectiva, al igual que cualquier otra negociación entre agentes económicos, está suficientemente protegido, en mi opinión, por el principio general de la libertad de contratación. Por tanto, no se necesita un derecho fundamental más específico a la protección del mismo. En cualquier caso, las limitaciones justificadas al supuesto derecho a la negociación colectiva serían lógicamente las mismas que las limitaciones a la libertad de contratación.

162. En este contexto, cabe recordar también que, en su jurisprudencia sobre la libre circulación de trabajadores y la igualdad de retribución, normalmente el Tribunal de Justicia examina si las cláusulas incluidas en los convenios entre empresarios y trabajadores infringen las prohibiciones comunitarias de discriminación por razones de nacionalidad [83] o de sexo [84]. Esto puede considerarse como una aplicación de la norma general según la cual pueden imponerse restricciones al ejercicio de un derecho fundamental siempre y cuando estas restricciones respondan efectivamente a objetivos de interés general perseguidos por la Comunidad y no constituya, habida cuenta del objetivo perseguido, una intervención desmesurada o intolerable que afecte a la propia esencia de los derechos así garantizados. [85] No puede haber nin-

82 — Sentencia Gustafsson/Sweden, citada en la nota 78 *supra*, apartado 53.

83 — Sentencias de 15 de enero de 1998, Schöning-Kougebetopoulou (C-15/96, Rec. p. I-47), y de 24 de septiembre de 1998, Comisión/Francia (C-35/97, Rec. p. I-5325).

84 — Sentencia de 13 de mayo de 1986, Bilka (170/84, Rec. p. 1607).

85 — Sentencia de 17 de octubre de 1995, Fishermen's Organisations y otros (C-44/94, Rec. p. I-3115), apartado 55.

guna duda de que, en los presentes asuntos, el apartado 1 del artículo 85 persigue un importante objetivo del Tratado, a saber, la creación de un régimen que garantice que la competencia no sea falseada en el mercado interior [letra g) del apartado 3].

163. De estas consideraciones se desprende que, si bien en principio los empresarios y trabajadores pueden suscribir libremente este tipo de acuerdos cuando lo consideren necesario, deben respetar, al igual que cualquier otro agente económico, las limitaciones impuestas por el Derecho comunitario. Por tanto, el mero reconocimiento de un derecho fundamental a la negociación colectiva no bastaría para eximir la negociación colectiva de la aplicación de las normas sobre la competencia.

164. Sin embargo, del análisis anterior se desprende también claramente que existe un consenso internacional sobre el carácter legítimo y socialmente deseable de la negociación colectiva.

165. Esto me lleva al segundo argumento en contra de la aplicabilidad de las normas sobre la competencia, a saber, que dichas normas son incompatibles con diversas disposiciones del Tratado que fomentan la negociación colectiva.

b) Fomento de la negociación colectiva en el Derecho comunitario

166. En el artículo 118 del Tratado se dispone que «la Comisión tendrá por misión promover una estrecha colaboración entre los Estados miembros en el ámbito social, particularmente en las materias relacionadas con:

[...]

— el derecho de sindicación y las negociaciones colectivas entre empresarios y trabajadores».

167. En el artículo 118 B del Tratado se dispone lo siguiente:

«La Comisión procurará desarrollar el diálogo entre las partes sociales a nivel europeo, que podrá dar lugar, si éstas lo consideraran deseable, al establecimiento de relaciones basadas en un acuerdo entre dichas partes.»

168. Además, el Acuerdo sobre la política social celebrado entre los Estados miembros de la Comunidad Europea a excepción del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, anexo al Protocolo relativo a la

política social[86] anexo al Tratado de la Unión Europea, contiene las siguientes disposiciones.

169. De acuerdo con el artículo 1 de dicho Acuerdo, «los objetivos de la Comunidad y de los Estados miembros son el fomento del [...] diálogo social [...]».

170. En el apartado 4 del artículo 2 se dispone lo siguiente: «Todo Estado miembro podrá confiar a los interlocutores sociales, a petición conjunta de estos últimos, la aplicación de las Directivas [...]»

171. Con arreglo al apartado 1 del artículo 3, «la Comisión tendrá como cometido fomentar la consulta a los interlocutores sociales a nivel comunitario [...]».

172. En el apartado 1 del artículo 4 se establece lo siguiente: «El diálogo entre interlocutores sociales en el ámbito comunitario podrá conducir, si estos lo desean, al establecimiento de relaciones convencionales, acuerdos incluidos.»

173. De acuerdo con el apartado 2 del artículo 4, «la aplicación de los acuerdos celebrados a nivel comunitario se realizará [...] en los ámbitos sujetos al artículo 2 y a petición conjunta de las partes firmantes, sobre la base de una decisión del Consejo adoptada a propuesta de la Comisión».

174. Los Fondos, los Gobiernos neerlandés y francés y la Comisión extraen las siguientes conclusiones de dichas normas. El Tratado y el Acuerdo sobre la política social fomentan expresamente el proceso de negociación colectiva y la celebración de acuerdos entre los interlocutores sociales. El Derecho comunitario acepta que el diálogo social contribuya al proceso legislativo a nivel de los Estados miembros e incluso a nivel comunitario. Por tanto, está

86 — DO 1992, C 191, p. 90.

claro que el artículo 85 del Tratado no se aplica a esta categoría de acuerdos.

175. En sus observaciones escritas, la Comisión sostiene que, si se aplicara el artículo 85, la mayoría de los convenios colectivos cumplirían los requisitos de restricción de la competencia y perjuicio del comercio entre los Estados miembros. Por tanto, estarían prohibidos y serían nulos con arreglo a los apartados 1 y 2 del artículo 85. Ni siquiera sería probable que pudieran disfrutar de una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85, ya que, según se afirma, dicha disposición no permite tener en cuenta los objetivos sociales.

176. En cierta medida, estoy de acuerdo con estos argumentos.

177. Así se desprende, en primer lugar, de una interpretación sistemática del Tratado. A este respecto, resultan pertinentes dos conjuntos de normas potencialmente contradictorios. Por un lado, están las referidas normas que fomentan la celebración de convenios colectivos. Estas normas parten claramente del supuesto de que los convenios colectivos entre empresarios y trabajadores son en principio legales. Por otra parte, está el artículo 85. De acuerdo con el apartado 1 del artículo 85, determinadas categorías de acuerdos están prohibidas. Con arreglo al apartado 2 del artículo 85, estos acuerdos prohibidos son automáticamente nulos de pleno Derecho. Sólo si se cumplen los requisitos establecidos en el apartado 3 del artículo 85, la Comisión puede declarar inaplicable la prohibición del apartado 1 del artículo 85.

178. Tal y como queda patente en los presentes asuntos y se deriva del análisis comparativo del Derecho nacional que he efectuado, en cualquier ordenamiento jurídico existe una tensión potencial entre estos dos conjuntos de normas. No se puede negar que los convenios colectivos normales sobre cuestiones centrales de la negociación colectiva como los salarios y otras condiciones de trabajo restringen la competencia entre los trabajadores: en efecto, éstos no pueden ofrecerse a trabajar por un salario inferior al mínimo convenido. Sin embargo, el principal objetivo de los sindicatos y del proceso de negociación colectiva consiste precisamente en evitar que los trabajadores se lancen a una «carrera a la baja» con respecto a los salarios y las condiciones de trabajo. Ésta es la razón por la cual la negociación colectiva se fomenta en todos los ordenamientos jurídicos nacionales, instrumentos jurídicos internacionales y, más concretamente, en el propio Tratado; además, la legislación comunitaria en materia de empleo contiene disposiciones precisas para la aplicación de medidas a través de la negociación colectiva y no sólo de la legislación.[87] Si este tipo de acuerdos estuvieran sujetos a la prohibición del apartado 1 del artículo 85, sería necesario solicitar a la Comisión una declaración negativa o una exención. Ahora bien, por su propia naturaleza, este tipo de acuerdos no encajan bien en el marco de las normas sobre la competencia.

87 — Véanse, por ejemplo, los artículos 4 y 6, el apartado 3 del artículo 17 y el apartado 1 del artículo 18 de la Directiva 93/104/CEE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (DO L 307, p. 18).

179. Los autores del Tratado o bien no fueron conscientes del problema, o bien no consiguieron acordar una solución. Por ello, el Tratado no ofrece una orientación clara. En estas circunstancias, hay que establecer una línea de demarcación con arreglo a los principios consolidados de interpretación. Puesto que ambos conjuntos de normas constituyen disposiciones del Tratado del mismo rango, no hay razón para que uno de ellos tenga una primacía absoluta sobre el otro, y ninguno de los dos debe quedar completamente vaciado de su contenido. Puesto que las normas del Tratado que fomentan la negociación colectiva presuponen que los convenios colectivos son en principio legales, no podía pretenderse que el apartado 1 del artículo 85 se aplicara a los convenios colectivos entre empresarios y trabajadores relativos a cuestiones centrales de la negociación colectiva como los salarios y otras condiciones de trabajo. En consecuencia, los convenios colectivos entre empresarios y trabajadores relativos a los salarios y condiciones de trabajo deben disfrutar de una inmunidad automática respecto del examen con arreglo a las normas de defensa de la competencia.

180. Hay también consideraciones de orden práctico que avalan esta conclusión básica.

181. Existe un amplio consenso acerca de que los convenios colectivos entre empresarios y trabajadores evitan costosos conflictos laborales, reducen los costes de transacción mediante un proceso de negociación colectivo y reglado y aumentan la predictibilidad y la transparencia. Un cierto grado de equilibrio entre el poder negociador de ambas partes contribuye a asegurar un resultado equilibrado para ambas y para la sociedad en su conjunto.

182. Además, los convenios colectivos sobre salarios, jornada laboral y otras condiciones de trabajo, aunque pueden restringir la competencia entre los trabajadores, probablemente no tengan un efecto restrictivo apreciable sobre la competencia entre empresarios. Por lo que respecta a la competencia por el lado de la demanda del mercado de trabajo, normalmente cada empresario sigue pudiendo ofrecer libremente unas condiciones más ventajosas a sus trabajadores. Por lo que respecta a la competencia en los mercados de productos o servicios en los que operan los empresarios, en primer lugar los convenios sobre salarios o condiciones de trabajo tan sólo armonizan uno de los muchos factores de costes de producción. Por tanto, sólo se ve afectado un aspecto de la competencia. [88] En segundo lugar, tal como se desprende de la práctica de la Comisión, [89] la proximidad al mercado del factor de que se trate es un criterio importante para valorar el carácter apreciable de su impacto. En el caso de los convenios colectivos sobre salarios y condiciones de trabajo, el precio final de los productos o servicios de que se trate estará influido por muchos otros factores antes de llegar al mercado. En tercer lugar, y tal vez lo más importante, los costes de los factores de producción sólo se armonizan de manera aparente, ya que en

88 — Decisión 86/507, citada en la nota 21 *supra*, punto 16.

89 — Comunicación de la Comisión sobre el tratamiento de las empresas en participación de carácter cooperativo en virtud del artículo 85 del Tratado CEE (DO 1993, C 43, p. 2), letra d) del apartado 2 del punto III.

términos económicos la mano de obra —a diferencia de las materias primas— no es un producto homogéneo. El hecho de que los trabajadores ganen el mismo salario nominal no significa que los costes reales para sus respectivos empresarios sean idénticos. Los costes reales tan sólo pueden determinarse una vez tenida en cuenta la productividad de los trabajadores. A su vez, la productividad está determinada por muchos factores, como por ejemplo las cualificaciones profesionales, la motivación, el entorno tecnológico y la organización del trabajo. Sobre todos estos factores pueden influir y efectivamente influyen los empresarios. Esa es precisamente la tarea de una dirección eficiente de los recursos humanos. Así, la competencia basada en la mano de obra como factor de coste es en realidad muy intensa. Por último, el hecho de que el primer caso relativo a la compatibilidad de un convenio colectivo con el artículo 85 haya tardado casi cuarenta años en llegar al Tribunal de Justicia y que en el análisis de los Derechos nacionales que antes se ha efectuado no se haya encontrado ni un solo asunto que tenga por objeto convenios normales sobre salarios y condiciones de trabajo puede considerarse una evidencia empírica de la falta de efectos apreciables.

183. Esta conclusión favorable a una inmunidad limitada respecto de las normas de defensa de la competencia para los convenios colectivos entre empresarios y trabajadores no es incompatible con los argumentos anteriormente expuestos en el sentido de que no existe una excepción para el ámbito social en general. La principal diferencia radica en que, por lo que respecta a la negociación colectiva, propugno una excepción basada no sólo en el contenido del convenio, sino principalmente en el marco en el que se celebra.

184. La lógica subyacente en el vasto ámbito de aplicación *ratione materiae* de las normas sobre la competencia es muy simple. Cabe suponer que, normalmente, cuando celebran acuerdos entre sí los agentes privados actúan en función de sus propios intereses y no del interés general. Así pues, las consecuencias de sus acuerdos no siempre responden al interés general. Por tanto, las autoridades de defensa de la competencia deben estar en condiciones de examinar los acuerdos entre agentes privados incluso en ámbitos específicos de la economía como la banca, los seguros o incluso el ámbito social. Consiguientemente, el Tratado tan sólo contiene un número muy limitado de excepciones sectoriales a la aplicabilidad de las normas sobre la competencia basadas exclusivamente en el contenido del acuerdo. Como queda indicado, el Tribunal de Justicia debe seguir interpretando dichas excepciones de manera estricta.

185. Sin embargo, al fomentar la celebración de convenios colectivos entre empresarios y trabajadores, el Tratado reconoce la posibilidad de que haya una excepción al supuesto general sobre las consecuencias de los acuerdos entre agentes privados debido a que, en condiciones normales, esta categoría concreta de acuerdos responde al interés general. Así lo confirman los Derechos nacionales y la práctica de las autoridades de defensa de la competencia y los tribunales de los Estados miembros, que

consideran que la negociación colectiva satisface normalmente una función social valiosa. En realidad, considerar la negociación colectiva sujeta al ámbito de aplicación de las normas sobre la competencia iría en contra de la práctica generalmente seguida en los Estados miembros. Ello supondría no sólo que este tipo de acuerdos deberían ser notificados con arreglo al Derecho comunitario y/o nacional de la competencia, sino que los convertiría en posible objeto de acciones jurisdiccionales.

186. No obstante, considero que la inmunidad respecto de las normas de la competencia que propongo para los convenios colectivos entre empresarios y trabajadores no debe estar exenta de limitaciones.

187. Así se desprende sobre todo y ante todo de la interpretación del Tratado que he defendido antes. Si por una parte el apartado 1 del artículo 85 no puede interferir con la mayoría de los convenios fomentados por las normas relativas a la negociación colectiva, por otra dichas normas no pueden privar al apartado 1 del artículo 85 de todo su significado.

188. Esto resulta evidente asimismo si se atiende a la formulación del Tratado: el artículo 117 («[...] dicha evolución [la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores] resultará [...] del funcionamiento del mercado común [...]») y el artículo 118 («Sin perjuicio de las restantes disposiciones del presente Tratado [...]») parecen presuponer que las normas sobre la competencia se aplican en cierta medida a los convenios colectivos entre empresarios y trabajadores. Por lo que respecta al Acuerdo sobre la política social, en el preámbulo del Protocolo se afirma expresamente que «el presente Protocolo y el Acuerdo mencionado se entienden sin perjuicio de lo dispuesto en el [...] Tratado [...]».

189. Además, el anterior análisis de los Derechos nacionales ha puesto de manifiesto que puede haber casos en los que la negociación colectiva se utilice como marco para celebrar acuerdos entre los empresarios con efectos gravemente contrarios a la competencia para terceros o para otros mercados. De hecho, los convenios examinados por los diferentes órganos jurisdiccionales y autoridades nacionales a los que me he referido se referían a otros mercados o a terceras personas. Ninguno de dichos convenios era un convenio normal sobre salarios y condiciones de trabajo.

190. Por ello, propongo tres requisitos para aplicar la inmunidad automática.

191. En primer lugar, tal y como ha señalado la Comisión, el convenio debe haberse celebrado dentro del marco formal de la negociación colectiva entre las dos partes sociales. La coordinación unilateral entre los empresarios al margen del proceso de negociación colectiva no debe queda amparada de forma automática por esta

inmunidad, independientemente de cuál sea el objeto de la coordinación.

192. En segundo lugar, el convenio debe haberse celebrado de buena fe. En ese contexto, deben tenerse en cuenta los convenios que aparentemente tratan sobre cuestiones centrales de la negociación colectiva, como la jornada laboral, pero que sirven únicamente para encubrir una grave restricción de la competencia entre empresarios en sus mercados de productos. También en estos casos excepcionales las autoridades de defensa de la competencia deberían poder examinar el convenio de que se trate.

193. En tercer lugar, es necesario delimitar el alcance de la inmunidad de que goza la negociación colectiva con el fin de que la inmunidad se extienda tan sólo a aquellos convenios para los cuales esté verdaderamente justificada. No será fácil encontrar un criterio que establezca una línea de demarcación adecuada y al mismo tiempo proporcione la seguridad jurídica requerida. De manera tentativa, yo propondría como posible criterio el hecho de que el convenio colectivo debe tratar sobre cuestiones centrales de la negociación colectiva, como los salarios y las condiciones de trabajo, y no afectar a terceros o a otros mercados. El criterio determinante sería si el convenio se limita a modificar o establecer derechos y obligaciones en el marco de la relación laboral entre empresarios y trabajadores o si va más allá y afecta directamente a las relaciones entre los empresarios y terceros, como los clientes, los proveedores, los empresarios competidores o los consumidores. El anterior análisis de los Derechos nacionales proporciona varios ejemplos de este último tipo de convenio. Puesto que dichos convenios tienen efectos potencialmente perjudiciales para el proceso competitivo, deberían ser objeto de examen con arreglo a las normas de defensa de la competencia por parte de la Comisión o de otras autoridades competentes, que examinaran si efectivamente se produjo una restricción apreciable de la competencia. De ser así, la Comisión debería ser capaz de ponderar los diferentes intereses en juego y, en caso de ser procedente, conceder una exención con arreglo al apartado 3 del artículo 85 del Tratado. Tanto este Tribunal de Justicia como la Comisión han reconocido en ocasiones la posibilidad de tener en cuenta razones sociales en ese contexto, en particular haciendo una interpretación extensiva del apartado 3 del artículo 85 para que incluya los objetivos relacionados con el empleo. [90]

194. En consecuencia, mi conclusión con respecto a la inmunidad respecto de las normas de defensa de la competencia para los convenios colectivos es que los convenios colectivos entre empresarios y trabajadores celebrados de buena fe sobre cuestiones centrales de la negociación colectiva, como los salarios y las condiciones de trabajo, que no afecten directamente a otros mercados ni a terceros no están comprendidos dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

90 — Sentencias de 25 de octubre de 1977, Metro/Comisión (26/76, Rec. p. 1875), apartado 43, y de 11 de julio de 1985, Remia/Comisión (42/84, Rec. p. 2545), apartado 42; así como la Decisión 84/380/CEE de la Comisión, de 4 de julio de 1984 (DO L 207, p. 17), punto 37, y la Decisión 93/49/CEE de la Comisión, de 23 de noviembre de 1992, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 (IV/33.814 — Ford/Volkswagen) (DO 1993, L 20, p. 14), punto 23.

195. ¿Se encuentran los convenios examinados en los presentes procedimientos amparados por esta inmunidad?

196. Recordaré que, con arreglo al Derecho neerlandés, los empresarios pueden en principio decidir libremente si ofrecen o no pensiones complementarias a sus trabajadores. Si deciden hacerlo, pueden celebrar convenios colectivos en los que empresarios y trabajadores se limiten a acordar unas pensiones mínimas. En esos casos, las empresas empleadoras deciden qué hacer con las cotizaciones percibidas. Empresarios y trabajadores pueden acordar asimismo el establecimiento de un plan de pensiones sectorial. El plan sectorial, a su vez, puede ser gestionado bien por los representantes de empresarios y trabajadores, o bien por una compañía de seguros. Una vez que empresarios y trabajadores han decidido el establecimiento de un fondo de pensiones sectorial, tienen que decidir si solicitan al Ministro competente que declare obligatoria la afiliación al fondo sectorial para todo el sector.

197. De esta variedad de opciones se desprende que los convenios examinados pueden analizarse como si de tres acuerdos distintos se tratara, cada uno de ellos con el siguiente contenido:

a) Por cada trabajador perteneciente a un determinado sector, los empresarios abonan una cotización de pensión convenida de una determinada cuantía.

b) Con las cotizaciones de pensión percibidas, se establece un plan de pensiones sectorial gestionado conjuntamente por los representantes de los empresarios y los sindicatos.

c) Ambas partes sociales solicitan conjuntamente al Ministro competente que declare obligatoria la afiliación de todas las empresas del sector.

198. Por lo que respecta al primer acuerdo, las cotizaciones de pensión de los empresarios forman parte de la retribución que los trabajadores reciben.[91] Estas cotizaciones plantean los mismos problemas analíticos que los salarios y otras condiciones de trabajo. Por ello, la negociación colectiva sobre unas cotizaciones de pensión uniformes forma parte de la negociación sobre el contenido del contrato de trabajo, y no afecta directamente a terceros. En consecuencia, está amparada por la inmunidad que antes he propugnado.

199. La situación es más complicada por lo que respecta a los otros dos acuerdos. Ambos pueden considerarse meramente auxiliares con respecto al primero. Sin embargo, es posible sostener, basándose en el criterio antes propuesto, que no deben estar amparados por la inmunidad. Por una parte, existe una restricción de la libertad de los empresarios que participan en ellos para confiar la administración de los fon-

91 — Sentencia de 17 de mayo de 1990, Barber (C-262/88, Rec. p. I-1889).

dos a compañías de seguros (o de su libertad para hacerlo ellos mismos). Por otra parte, empresarios y trabajadores intentan conjuntamente obligar a los empresarios que no tomaron parte en el proceso de negociación colectiva a plegarse al resultado del mismo. De este modo, ambos acuerdos no son simples negociaciones colectivas sobre el contenido de la relación laboral, sino que afectan directamente a las relaciones de los empresarios con terceros y no están amparados por la inmunidad que he propuesto.

200. En consecuencia, paso ahora a analizar el apartado 1 del artículo 85 por lo que respecta a los últimos dos acuerdos.

C. *Acuerdo entre empresas*

201. Según los Gobiernos neerlandés, francés y sueco y la Comisión, no hay acuerdo entre «empresas» y, por ende, el apartado 1 del artículo 85 del Tratado no es aplicable *ratione personae*. Según se afirma, los trabajadores no son «empresas», ya que no son entidades independientes que ejerzan una actividad económica, sino que dependen de su empresario. Sus representantes, es decir, los sindicatos, no ejercen una actividad económica, al menos cuando participan en la negociación colectiva sobre las condiciones de trabajo o las pensiones. Así pues, una de las dos partes de los convenios de que se trata no puede ser calificada de empresa.

202. Por lo que respecta al argumento según el cual existe un «acuerdo entre empresas» implícito o una «decisión de asociación de empresas» por el lado de los empresarios, el Gobierno neerlandés sostiene que los empresarios que participan en la negociación colectiva sobre las pensiones no ejercen una actividad económica, sino una actividad social.

203. La Comisión llega a una conclusión idéntica. Sin embargo, de sus observaciones no se desprende claramente cómo considera que debe llegarse a dicha conclusión. Se limita a llamar la atención del Tribunal sobre las consecuencias de una decisión en sentido contrario.

204. Examinaré en primer lugar si los agentes económicos de que se trata pueden ser calificados de empresas o asociaciones de empresas. En segundo lugar, consideraré si existe un acuerdo u otra forma de concertación.

1. *Empresa o asociación de empresas*

205. El Tribunal de Justicia ha declarado que «el concepto de empresa comprende

cualquier entidad que ejerza una actividad económica con independencia del estatuto jurídico de dicha entidad y de su modo de financiación». [92] A este respecto, puede ser útil hacer dos observaciones preliminares.

206. En primer lugar, considero que el concepto de «empresa» tiene un doble objetivo en el sistema del artículo 85. Por un lado —y ésta es la función más obvia—, permite determinar las categorías de agentes a la que se aplican las normas sobre la competencia. Esta cuestión se plantea, por ejemplo, en los asuntos relativos a organismos públicos. [93] En esos casos, el criterio determinante es el de si el agente ejerce una actividad de carácter económico o comercial. Por otro lado, sirve para establecer la entidad a la que puede atribuirse un determinado comportamiento. Esta segunda cuestión se plantea, por ejemplo, en los casos relativos a la relación entre filiales y empresas matrices. [94] En este caso, el criterio determinante es el de si existe una entidad independiente que actúa por su propia cuenta o si se trata tan sólo de un «agente» sin autonomía para decidir su manera de actuar.

207. En segundo lugar, el Tribunal ha declarado que «en el Derecho de la competencia, el término "empresa" debe entenderse en el sentido de que designa a una unidad económica *a efectos del objeto del acuerdo de que se trate*». [95] En consecuencia, el concepto de «empresa» es relativo y debe determinarse en cada caso concreto con respecto a la actividad específica que se esté examinando. En la sentencia Höfner y Elser, [96] por ejemplo, un organismo público dedicado, entre otras actividades, a prestar servicios de colocación, fue calificada a este respecto como una empresa. En cambio, en la sentencia Diego Calì & Figli [97] se declaró que una sociedad anónima a la que el Estado le había encomendado actividades de vigilancia preventiva anticontaminación no estaba comprendida dentro del ámbito de aplicación personal de las normas sobre la competencia respecto de esa actividad concreta.

208. Por lo que respecta a los presentes casos, examinaré sucesivamente si deben considerarse empresas o asociaciones de empresas a efectos del Derecho de la competencia a) a los trabajadores, b) a los sindicatos, o c) a los empresarios.

a) Trabajadores

209. En la sentencia Suiker Unie y otros/Comisión, el Tribunal de Justicia afirmó que los trabajadores forman «una unidad económica» [98] junto con la empresa que les

92 — Sentencia Höfner y Elser, citada en la nota 53 *supra*.

93 — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 4 de mayo de 1988, Bodson (30/87, Rec. p. 2479); Höfner y Elser, citada en la nota 53 *supra*, y de 19 de enero de 1994, SAT Fluggesellschaft (C-364/92, Rec. p. I-43).

94 — Sentencia de 24 de octubre de 1996, Viho/Comisión (C-73/95 P, Rec. p. I-5457), así como los asuntos citados en el apartado 16 de dicha sentencia.

95 — Sentencia de 12 de julio de 1984, Hydrotherm (170/83, Rec. p. 2999), apartado 11 (el subrayado es mío).

96 — Citada en la nota 53 *supra*.

97 — Sentencia de 18 de marzo de 1997 (C-343/95, Rec. p. I-1547).

98 — Sentencia de 16 de diciembre de 1975 (asuntos acumulados 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 y 114/73, Rec. p. 1663), apartado 539.

emplea. Los «órganos auxiliares que forman parte integrante de la empresa principal» [99] no pueden considerarse empresas. En aquel asunto, el Tribunal tan sólo tenía que establecer la línea de demarcación entre trabajadores y agentes comerciales independientes en sus respectivas relaciones con terceros. Ello le permitió basar su razonamiento principalmente en la imputabilidad de las actividades de los trabajadores a su empresario.

210. Sin embargo, en los presentes casos se trata de la relación entre trabajadores y sus empresarios. En ellos, los trabajadores participan, a través de sus sindicatos, en negociaciones sobre pensiones complementarias y su administración. Dichas pensiones forman parte de su retribución. [100] A ese respecto, los trabajadores actúan de manera autónoma y por su propia cuenta. Por tanto, el razonamiento del Tribunal de Justicia en la sentencia Suiker Unie y otros/Comisión no es directamente pertinente.

211. En consecuencia, se plantea la cuestión de cómo calificar el hecho de que los trabajadores ofrezcan su trabajo a cambio de una retribución.

212. Cabría sostener que se trata de una actividad económica similar a la venta de bienes o la prestación de servicios. Y, desde un punto de vista económico, eso puede ser —según puede afirmarse— cierto. Sin embargo, no creo que, desde una perspectiva jurídica, dicha afirmación sea correcta.

213. En primer lugar, resulta difícil de comprender cómo podría entenderse el término «empresa» en el sentido de «trabajador». Interpretar el Tratado de un modo que incluyera este último término dentro del primero excedería, en mi opinión, de los límites que impone su propio tenor.

214. En segundo lugar, la interpretación funcional del término «empresa» que este Tribunal ha adoptado en su jurisprudencia conduce al mismo resultado. En el caso de los organismos públicos, el Tribunal examina si la actividad de que se trate la ejercen —al menos potencialmente— entidades privadas dedicadas a la entrega de bienes y servicios. [101] También los particulares pueden ser calificados de empresas [102] si operan como agentes económicos independientes en los mercados de bienes o servicios. La lógica subyacente en esos casos es que las entidades examinadas desempeñan la «función» de una empresa. La aplicación de los artículos 85 y 86 está justificada por el hecho de que dichos organismos públicos o particulares operan en los mismos o similares mercados y de

99 — *Ibidem*, apartado 542.

100 — Sentencia Barber, citada en la nota 91 *supra*.

101 — Véanse las sentencias Diego Calì & Figli, citada en la nota 97 *supra*, y Höfner y Elser, citada en la nota 53 *supra*.

102 — Véase, como más reciente, la sentencia de 18 de junio de 1998, Comisión/Italia (C-35/96, Rec. p. I-3851).

acuerdo con los mismos principios que las empresas «normales».[103]

215. El trabajo por cuenta ajena es, por su propia naturaleza, lo opuesto al ejercicio independiente de una actividad económica o comercial. Normalmente, los trabajadores por cuenta ajena no asumen el riesgo comercial directo de una determinada transacción. Están sujetos a las órdenes de su empresario. No ofrecen sus servicios a distintos clientes, sino que trabajan par un único empresario. Por estas razones, existe una diferencia funcional significativa entre un trabajador y una empresa que presta servicios. Esa diferencia tiene su reflejo en su estatuto jurídico especial en distintos ámbitos del Derecho comunitario[104] o nacional.

216. En tercer lugar, el sistema del Derecho comunitario de la competencia no está concebido para su aplicación a los trabajadores. Los ejemplos de prácticas contrarias a la competencia que figuran en el apartado 1 del artículo 85 y en el artículo 86 o los requisitos para poder disfrutar de una exención que figuran en el apartado 3 del artículo 85 están tomados claramente pensando en agentes económicos dedicados a la entrega de bienes y servicios. La letra a) del apartado 1 del artículo 85, por ejemplo, se refiere a «los precios de compra o de venta» y a «otras condiciones de transacción». En cambio, en el caso de los trabajadores se trata de «salarios» y «condiciones de trabajo». Por tanto, la aplicación del apartado 1 del artículo 85 a los trabajadores requeriría hacer difíciles analogías entre los mercados de bienes y servicios y los mercados de trabajo.

217. En consecuencia, considero que, en principio, los trabajadores no están comprendidos dentro del ámbito de aplicación personal de la prohibición del apartado 1 del artículo 85. Probablemente, el futuro demuestre si ese principio se aplica asimismo en algunos ámbitos fronterizos como por ejemplo el deporte profesional.

b) Sindicatos

218. Dado que los trabajadores no pueden calificarse de empresas a efectos del artículo 85, los sindicatos u otras asociaciones que representen a los trabajadores no son «asociaciones de empresas».

219. Sin embargo, ¿son los propios sindicatos «empresas»?

220. El mero hecho de que un sindicato sea una entidad sin ánimo de lucro no priva

103 — Para una comparación detallada con las empresas «normales», véase la sentencia Comisión/Italia, citada en la nota 102 *supra*, apartados 36 a 38.

104 — Por ejemplo, los artículos 48 y 59 del Tratado.

automáticamente a las actividades que ejerce de su carácter económico. [105]

221. Un sindicato es una asociación de trabajadores. Ha quedado acreditado que también las asociaciones pueden ser consideradas «empresas» en la medida en que ejerzan una actividad económica. [106]

222. Debe tenerse presente que una asociación puede actuar bien por su propia cuenta, de manera hasta cierto punto independiente de la voluntad de sus miembros, o bien meramente como órgano ejecutivo de un acuerdo entre sus miembros. En el primero de los casos, su comportamiento será imputable a la propia asociación, mientras que en el segundo los miembros serán responsables de su actividad.

223. Por lo que respecta a las asociaciones profesionales ordinarias, el resultado de esa distinción carece a menudo de relevancia, ya que el artículo 85 se aplica por igual a los acuerdos entre empresas y a las decisiones de asociaciones de empresas. [107] Puede ser relevante cuando la Comisión tenga que decidir a quién dirigir su Decisión y a quién imponer multas. [108]

224. Sin embargo, en el caso de los sindicatos dicha delimitación adquiere una importancia determinante, ya que si el sindicato actúa meramente como agente, será tan sólo un órgano ejecutivo de un acuerdo entre sus miembros, los cuales —como hemos visto— no son destinatarios de la prohibición del apartado 1 del artículo 85.

225. Por lo que respecta a las actividades sindicales, hay que proceder, por tanto, en dos tiempos: en primer lugar, hay que preguntarse si una determinada actividad es imputable al propio sindicato y, de ser así, en segundo lugar, si dicha actividad tiene un carácter económico.

226. Ciertamente, hay circunstancias en que las actividades de los sindicatos cumplen ambos requisitos. Por ejemplo, algunos sindicatos pueden gestionar por sí mismos supermercados, cajas de ahorro, agencias de viajes u otros negocios. Cuando lo hacen, se aplican las normas sobre la competencia.

105 — Sentencias de 29 de octubre de 1980, Van Landewyck/Comisión (asuntos acumulados 209/78 a 215/78 y 218/78, Rec. p. 3125), apartado 88, y Fédération française des sociétés d'assurance y otros, citada en la nota 56 *supra*, apartado 21.

106 — Así se desprende implícitamente de la sentencia de 21 de marzo de 1974, BRT (127/73, Rec. p. 313), apartado 7; véanse también las conclusiones del Abogado General Sr. Mayras en dicho asunto (Rec. p. 322), así como las conclusiones del Abogado General Sr. Lenz en el asunto en el que recayó la sentencia Bosman, citada en la nota 21 *supra*, punto 256.

107 — Conclusiones del Abogado General Sr. Lenz en el asunto en el que recayó la sentencia Bosman, citada en la nota 21 *supra*, punto 258.

108 — Véanse los problemas planteados en el auto del Tribunal de Primera Instancia de 4 de junio de 1996, SCK y FNK/Comisión (T-18/96 R, Rec. p. II-407), y en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 22 de octubre de 1997, SCK y FNK/Comisión (asuntos acumulados T-213/95 y T-18/96, Rec. p. II-1739).

227. Sin embargo, en los presentes casos los sindicatos participan en una negociación colectiva con los empresarios sobre pensiones para los trabajadores del sector. A este respecto, los sindicatos actúan meramente como agentes de los trabajadores pertenecientes a un determinado sector, y no por su propia cuenta. Esto basta, por sí solo, para poner de manifiesto que en los presentes asuntos no actúan como empresas a efectos del Derecho de la competencia.

c) Empresarios

228. En los presentes casos, los empresarios ejercen actividades económicas en diferentes mercados de bienes y servicios. A ese respecto, deben ser calificados de empresas.

229. Para poder producir dichos bienes o servicios, contratan trabajadores. Por consiguiente, la contratación de personas es una parte integrante de sus actividades económicas principales.

230. Como queda indicado, el Gobierno neerlandés sostiene que los empresarios que participan en la negociación colectiva sobre salarios o condiciones de trabajo no ejercen una actividad económica, sino social, y no pueden considerarse empresas, al menos por lo que respecta a dicha actividad. La Comisión llega a idéntica conclusión.

231. Dado que propongo en todo caso una excepción limitada a la aplicabilidad *ratione materiae* de las normas sobre la competencia que incluye la categoría de acuerdos a la que se refieren el Gobierno neerlandés y la Comisión, no es realmente necesario analizar en profundidad dicha alegación. Sin embargo, pienso que es útil observar que los empresarios ejercen actividades económicas.

232. En primer lugar, los empresarios que participan en la negociación colectiva sobre condiciones de trabajo, salarios o pensiones normalmente no están motivados, o al menos no sólo, por consideraciones sociales. Resulta más realista considerar que tienen motivos económicos, por ejemplo evitar costosos conflictos laborales, reducir los costes de transacción mediante un proceso de negociación colectivo y reglado, y tener una mayor certidumbre a efectos de su planificación y transparencia en materia de costes de producción.

233. En segundo lugar, el éxito económico de una empresa en los mercados nacionales o internacionales de bienes o servicios

dependerá de su capacidad para celebrar un convenio colectivo óptimo con sus trabajadores, que afectará a su estructura de costes. Por tanto, la negociación con los trabajadores es una parte integrante de su actividad económica en los mercados, y no puede segregarse de la misma de manera artificial.

234. En tercer lugar, el propio concepto de negociación colectiva implica que cada una de las partes defiende sus propios intereses. La parte de los trabajadores intenta asegurar el máximo posible de ventajas sociales. La parte de los empresarios intenta defender los intereses económicos de las empresas participantes. El resultado óptimo para ambas partes y para la sociedad se garantiza supuestamente mediante un equilibrio del poder negociador de cada una de las partes. Por consiguiente, ni siquiera sería deseable que los empresarios actuaran por cualquier otro tipo de consideraciones distintas de las económicas.

235. En consecuencia, los empresarios siguen siendo empresas cuando participan en la negociación colectiva.

236. De ello se desprende asimismo que las asociaciones de empresarios de que se trata en los presentes casos son asociaciones de empresas.

2. *Acuerdo u otra forma de concertación*

237. Puesto que ni los trabajadores ni sus representantes son empresas, me centraré en la cuestión de si un convenio colectivo entre empresarios y trabajadores contiene un acuerdo implícito entre las empresas empleadoras.

238. En la sentencia BNIC, el Tribunal declaró que «el marco jurídico en el que se celebran dichos acuerdos [entre empresas] y se toman tales decisiones [de asociaciones de empresas], así como la calificación jurídica que a dicho marco dan los distintos ordenamientos jurídicos nacionales no tienen influencia alguna en la aplicabilidad de las normas comunitarias de la competencia y, particularmente, del artículo 85 del Tratado». [109]

239. En la sentencia Frubo/Comisión, el Tribunal declaró que «el apartado 1 del artículo 85 se aplica a las asociaciones en la medida en que sus propias actividades o las de las empresas que pertenecen a ellas estén destinadas a producir los resultados a que el mismo se refiere. Atribuir cualquier otra interpretación al apartado 1 del artículo 85 supondría privarle de su esencia». [110]

109 — Sentencia de 30 de enero de 1985 (123/83, Rec. p. 391), apartado 17.

110 — Sentencia de 15 de mayo de 1975 (71/74, Rec. p. 563), apartados 30 y 31.

240. Además, de la jurisprudencia del Tribunal se desprende que un acuerdo puede ser oral [111] o tácito [112] y que es suficiente que las empresas de que se trate hayan expresado su voluntad común de comportarse de una manera concreta. [113]

241. Para que tenga lugar un convenio colectivo entre empresarios y trabajadores, ambas partes deben coordinar su acción, ya sea mediante acuerdos *ad hoc* o de manera institucionalizada a través de asociaciones. Como mínimo, tienen que acordar negociar conjuntamente y respetar el resultado de la negociación obtenido por sus representantes.

242. De este modo, a la luz de las sentencias del Tribunal de Justicia antes consideradas, no puede haber ninguna duda de que, por parte de los empresarios, existe un acuerdo implícito entre empresas a efectos del apartado 1 del artículo 85. Como mínimo, se trata de una práctica concertada, asimismo contemplada en el apartado 1 del artículo 85.

243. La Comisión obró de acuerdo con dicho planteamiento en la única Decisión que ha adoptado sobre la relación entre el apartado 1 del artículo 85 y los convenios colectivos celebrados entre empresarios y trabajadores. En la Decisión Irish Banks' Standing Committee, [114] una asociación de bancos irlandeses solicitó una declaración negativa con respecto a un acuerdo sobre el horario de apertura celebrado entre los bancos interesados «y también con el Sindicato de empleados bancarios». La Comisión declaró, en primer lugar, que las normas sobre la competencia eran aplicables al sector bancario y, en segundo lugar, que «los bancos que participan en los acuerdos para los que se ha solicitado una declaración negativa, son empresas de acuerdo con el artículo 85 del Tratado CEE». A continuación, afirmó lo siguiente: «La solicitud de declaración negativa se refiere a los acuerdos que en la misma se contienen, considerados acuerdos entre las partes en cuyo nombre se hizo la solicitud. Como tales, puede considerarse que los acuerdos constituyen acuerdos entre empresas a efectos del artículo 85.»

244. En consecuencia, concluyo que cualquier convenio colectivo entre empresarios y trabajadores contiene un acuerdo implícito entre empresas por parte de los empresarios.

D. *Restricción de la competencia*

245. La cuestión es si los acuerdos implícitos entre empresarios —en la medida en que no estén amparados por la inmunidad respecto de las normas de defensa de la competencia— tienen «por objeto o efecto,

111 — Sentencia de 20 de junio de 1978, Tepea/Comisión (28/77, Rec. p. 1391), apartado 41.

112 — Sentencia de 25 de octubre de 1983, AEG/Comisión (107/82, Rec. p. 3151), apartado 38.

113 — Sentencias de 15 de julio de 1970, ACF Chemiefarma/Comisión (41/69, Rec. p. 661), apartado 112, y Van Landewyck/Comisión, citada en la nota 105 *supra*, apartado 86.

114 — Citada en la nota 21 *supra*.

impedir, restringir o falsear el juego de la competencia» a efectos del apartado 1 del artículo 85.

246. Los Fondos y el Gobierno neerlandés sostienen que ni el objeto ni el efecto de los convenios colectivos de que se trata consisten en restringir el juego de la competencia. Dichos convenios tienen una finalidad social y no pretenden limitar la competencia entre las empresas que participan en ellos. En el caso de que haya alguna restricción, está causada no por las acciones de los empresarios, sino por la acción del Estado al declarar obligatoria la afiliación para todas las empresas.

247. Antes de entrar en el análisis, conviene hacer dos observaciones preliminares.

248. La primera es que, en los presentes asuntos, la interacción entre los convenios colectivos examinados y la intervención del Estado es compleja. Está el convenio colectivo entre los representantes de los empresarios y los trabajadores. Dicho convenio presupone dos acuerdos implícitos, uno entre los empresarios y otro entre los trabajadores. Por último, está la intervención del Gobierno neerlandés declarando obligatoria la afiliación al fondo.

249. El análisis debe centrarse en las consecuencias del acuerdo implícito entre empresarios y, de este modo, en el nexo causal existente en cada caso entre el acuerdo y sus efectos para los diferentes agentes y mercados.

250. En segundo lugar, en los presentes asuntos es preciso efectuar un cuidadoso análisis que tenga en cuenta el contexto económico específico.

251. A diferencia de lo que sucede en muchos sistemas nacionales de Derecho de la competencia, las normas comunitarias sobre la competencia se aplican prácticamente en todos los sectores de la economía (por ejemplo, agricultura, banca, seguros, energía, transporte, ámbito social) y a todas las categorías de acuerdos (por ejemplo, los acuerdos verticales). Esta amplitud de su alcance otorga mayor importancia al hecho de tener en cuenta las características económicas específicas de un determinado sector o una categoría de acuerdos a la hora de apreciar si se infringen las normas sobre la competencia en un caso concreto.

252. Por lo que respecta a la interpretación de la expresión «impedir, restringir o

falsear el juego de la competencia» a efectos del apartado 1 del artículo 85, normalmente unas normas claras, que se limitan a identificar determinadas restricciones del comportamiento de los operadores individuales, proporcionan una base válida para presumir la existencia de un efecto contrario a la competencia, a la vez que garantizan la seguridad jurídica deseable. Sin embargo, en asuntos relativos a sectores específicos [115] o categorías concretas de acuerdos, [116] este Tribunal ha ido más allá de dicho planteamiento mecánico y ha optado por realizar un análisis más exhaustivo. Por tanto, habida cuenta del objeto y la naturaleza de los acuerdos de que se trata en los presentes procedimientos, deben tenerse en cuenta su contexto económico y la lógica económica en ocasiones compleja que subyace en ellos.

253. Paso a ocuparme ahora de los acuerdos objeto de examen. Como ya he indicado, los convenios colectivos de que se trata pueden desagregarse en tres elementos jurídica y económicamente independientes.

254. Como ya he dicho, el primero de ellos, a saber, el acuerdo entre empresarios por el que se uniformizan las cotizaciones de pensión en todo un sector, no está sujeto a la prohibición del apartado 1 del artículo 85. Se trata, en realidad, de un acuerdo sobre la retribución de los trabajadores, que es un tema central de la negociación colectiva que no afecta directamente a terceras personas ni a otros mercados. De este modo, no deben aplicarse las normas de defensa de la competencia.

255. Por tanto, aquí sólo se trata de los otros dos elementos de los convenios, que tienen consecuencias —o al menos así se ha afirmado— para las compañías de seguros y los empresarios que no participaron en los convenios colectivos de que se trata. Además, debe recordarse que sólo resulta pertinente el acuerdo implícito entre los empresarios. Así pues, examinaré si existe una restricción apreciable de la competencia causada por un acuerdo implícito entre empresarios por lo que respecta, en primer lugar, al acuerdo de establecer un único fondo de pensiones que los empresarios administran conjuntamente con los sindicatos y, en segundo lugar, al acuerdo de solicitar al Ministro competente, conjuntamente con los sindicatos, que declare obligatoria la afiliación para todas las empresas del sector.

115 — Sentencias del Tribunal de Justicia de 15 de diciembre de 1994, DLG (C-250/92, Rec. p. I-5641), apartado 31, y de 12 de diciembre de 1995, Oude Luttikhuis y otros (C-399/93, Rec. p. I-4515), apartado 10, y del Tribunal de Primera Instancia de 15 de septiembre de 1998, European Night Services y otros/Comisión (asuntos acumulados T-374/94, T-375/94, T-384/94 y T-388/94, Rec. p. II-3141), apartados 136 y 137.

116 — Sentencias de 30 de junio de 1966, Société Technique Minière (56/65, Rec. p. 235); de 28 de febrero de 1991, Delimitis (C-234/89, Rec. p. I-935); de 8 de junio de 1971, Deutsche Grammophon (78/70, Rec. p. 487); de 8 de junio de 1982, Nungesser/Comisión (258/78, Rec. p. 2015), y de 28 de enero de 1986, Pronuptia (161/84, Rec. p. 353).

1. *El acuerdo de establecer un único fondo de pensiones que los empresarios administran conjuntamente con los sindicatos*

256. Para comprender mejor las razones subyacentes del acuerdo, es útil tener

presente las opciones al alcance de empresarios y trabajadores. Hay convenios colectivos en los que empresarios y trabajadores se limitan a acordar unas cotizaciones de pensión mínimas para cada trabajador. En esos casos, las empresas empleadoras deciden qué hacer con las cotizaciones percibidas. Pueden optar libremente entre establecer un fondo de pensiones de empresa, suscribir con una aseguradora un contrato de seguro colectivo específico para su empresa, o establecer un fondo de pensiones común con otros empresarios.

257. En los presentes asuntos, los representantes de los empresarios y trabajadores eligieron la tercera opción, a saber, establecer un fondo de pensiones común administrado conjuntamente por los representantes de ambas partes sociales.

258. ¿Cómo puede analizarse dicho acuerdo desde la perspectiva del Derecho de la competencia? En primer lugar, constituye una forma de cooperación horizontal voluntaria entre empresas pertenecientes a un mismo sector por lo que respecta a la administración de las pensiones de sus trabajadores. Sólo la posterior intervención del Gobierno neerlandés convierte en obligatoria la participación en el fondo. En segundo lugar, dicha cooperación se concreta no sobre una base *ad hoc,* sino en el marco de una estructura permanente segregada de las empresas participantes.

259. De este modo, el establecimiento de los fondo de pensiones como forma institucionalizada de cooperación es, desde muchos aspectos, idéntica a lo que comúnmente se denomina el establecimiento de una empresa en participación de carácter cooperativo.

260. Examinaré por separado los efectos de los acuerdos de que se trata a) para las empresas empleadoras y b) para las compañías de seguros.

a) Restricción de la competencia respecto de los empresarios

261. ¿Restringe la competencia entre empresarios en una medida apreciable el establecimiento de los fondos de pensiones?

262. En relación con una cooperativa de compras agrícola, este Tribunal ha declarado lo siguiente:

«[...] el hecho de que un empresa se organice adoptando la forma jurídica específica de sociedad cooperativa no constituye en sí mismo un comportamiento contrario a la competencia. [...] [T]anto el legislador nacional como las autoridades comunitarias consideran favorablemente dicha forma jurídica, por ser un factor de

normalización y de racionalización [...] y aumentar la eficacia de las empresas.» [117]

263. En su «Comunicación relativa a los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas relativos a la cooperación entre empresas», [118] la Comisión afirma:

«[...]

I. La Comisión considera favorablemente la cooperación entre pequeñas y medianas empresas en la medida en que se pone a estas últimas en condiciones de trabajar de forma más racional y de aumentar su productividad y su competitividad en un mercado ampliado. Al tiempo que la Comisión estima que su tarea es facilitar, en concreto, la cooperación entre pequeñas y medianas empresas, reconoce asimismo que la cooperación entre grandes empresas puede ser también económicamente deseable sin provocar objeciones desde el punto de vista de la política de la competencia.

[...]

Es posible que otras formas de cooperación entre empresas distintas de las citadas no estén prohibidas por el apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE [...]

[...]

II. La Comisión considera que los siguientes acuerdos no restringen la competencia:

[...]

2. *Los acuerdos que tienen como único objeto:*

a) *la cooperación en materia de contabilidad,*

b) *la garantía en común del crédito,*

c) *las oficinas comunes de cobro,*

d) *la consulta de organismos comunes en materia de organización de las empresas o en materia fiscal.*

117 — Sentencia Oude Luttikhuis y otros, citada en la nota 115 *supra*, apartado 12.

118 — DO 1968, C 75, p. 3, rectificada en DO 1968, C 84, p. 14; EE 08/01, p. 117.

En estos casos, se trata de una cooperación en ámbitos que no afectan ni a la oferta de productos y servicios, ni a las decisiones económicas de las empresas interesadas, de manera que de ello no se desprende ninguna restricción de la competencia.»

264. En la «Comunicación sobre el tratamiento de las empresas en participación de carácter cooperativo en virtud del artículo 85 del Tratado CEE»,[119] la Comisión afirma, en el punto 15, lo siguiente:

«Determinadas categorías de [Empresas en Participación] escapan a la prohibición de los acuerdos y prácticas concertadas, puesto que no tienen por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia. Así ocurre en el caso de:

[...]

— las [Empresas en Participación] que desempeñan actividades neutrales desde el punto de vista de la competencia, tal como se definen en la Comunicación de 1968 sobre la cooperación entre empresas. Las formas de cooperación descritas no afectan a la competencia, puesto que:

[...]

— únicamente se refieren a los aspectos técnicos de la gestión de la empresa,

— únicamente se refieren a actividades alejadas del mercado.»

265. La lógica que subyace en la sentencia del Tribunal de Justicia y las dos Comunicaciones es que la cooperación institucionalizada en materia de dirección que permite a las empresas participantes conseguir considerables economías de escala, y que tiene lugar en un ámbito alejado del mercado de productos o servicios, generalmente favorece la competencia.

266. Ese razonamiento se aplica asimismo a los fondos de pensiones sectoriales.

267. El establecimiento de un único fondo de pensiones sectorial tiene varias ventajas

119 — DO 1993, C 43, p. 2.

para los empresarios participantes. En primer lugar, hay economías de escala por lo que respecta a los servicios esenciales para gestionar un plan de pensiones, como la administración de las cotizaciones y los pagos o las medidas de custodia. Además, la administración es mucho más simple cuando un trabajador cambia de una empresa a otra dentro del mismo sector.

268. Además, un fondo sectorial tiene una posición más fuerte en el mercado de capitales o frente a los prestadores de servicios (consultores, compañías de seguros). Por tanto, hay fuertes efectos favorables a la competencia.

269. Por otra parte, por lo que respecta a la contabilidad o la asesoría fiscal comunes, la cooperación en materia de gestión de pensiones tiene lugar en un ámbito «que no afecta [directamente] ni a la oferta de productos y servicios, ni a las decisiones económicas de las empresas interesadas». Por el contrario, la cooperación tiene lugar en un ámbito que se encuentra aún más alejado del mercado de productos que, por ejemplo, las actividades conjuntas de investigación y desarrollo.

270. En consecuencia, el establecimiento de un fondo de pensiones sectorial voluntario es una forma eficiente y racional de cooperación entre empresas favorable a la competencia que, en principio, no incurre en la prohibición del apartado 1 del artículo 85.

271. No obstante, Albany, Brentjens y Drijvende Bokken alegan que se infringe el apartado 1 del artículo 85 porque se restringe su libertad para organizar sus propios regímenes de pensiones.

272. En relación con las normas de una cooperativa agrícola que limitaban las posibilidades de retirarse de la asociación, el Tribunal de Justicia ha declarado lo siguiente:

«No obstante, ello no significa que las disposiciones estatutarias que regulan las relaciones entre la sociedad y sus socios, y en particular las relativas a la disolución del vínculo contractual y las que obligan a los socios a reservar a la cooperativa la producción de leche, se encuentren automáticamente excluidas de la prohibición formulada en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado.

En efecto, para evitar dicha prohibición, las restricciones impuestas a los socios por los estatutos de las sociedades cooperativas a fin de garantizar su fidelidad deben limitarse a lo necesario para garantizar el buen funcionamiento de la cooperativa, y en especial para garantizarle una base comercial suficientemente amplia y una partici-

pación de los socios relativamente estable.» [120]

273. En consecuencia, aunque en determinadas circunstancias las empresas pueden crear asociaciones cooperativas, las restricciones *contractuales* de su libertad comercial derivadas de las mismas deben limitarse al mínimo imprescindible.

274. En mi opinión, un fondo de pensiones sectorial voluntario en el que hubiera limitaciones a la retirada podría constituir un caso análogo en el que determinadas restricciones contractuales conexas limitadas, destinadas a asegurar la fidelidad de los socios, serían indispensables «para garantizarle una base comercial suficientemente amplia y una participación de los socios relativamente estable».

275. Sin embargo, en los presentes asuntos la situación es diferente. Nada en los autos indica que las restricciones de que se trata se deriven directamente de los convenios colectivos objeto de examen. La libertad para establecer regímenes especiales de pensiones parece quedar limitada no por los convenios que establecieron los Fondos, sino por la decisión de los Países Bajos de declarar obligatoria la afiliación. Por tanto, no existe ningún vínculo causal entre los acuerdos originales entre determinados empresarios para establecer un fondo de pensiones común y las dificultades experimentadas en la práctica por las demandantes al solicitar la concesión de una exención de la obligación de afiliación. La restricción de la libertad de las demandantes se deriva de la intervención del Gobierno neerlandés. La compatibilidad de dicha intervención con el artículo 5 y el apartado 1 del artículo 85, así como con el artículo 86 y el apartado 1 del artículo 90, es una cuestión diferente y será analizada más adelante.

b) Restricciones respecto de las compañías de seguros de pensión

276. Albany, Brentjens y Drijvende Bokken sostienen que la prohibición de celebrar contratos de pensiones complementarias con compañías de seguros privadas afecta negativamente a la posición competitiva de las compañías de seguros. En efecto, con ello se les impide a estas últimas celebrar contratos de seguro colectivos con los empresarios de un determinado sector, excluyéndolas así de una parte importante del mercado de seguros de los Países Bajos. Además, existe un efecto acumulado, ya que la obligación de afiliación rige prácticamente en todos los sectores de la economía neerlandesa.

277. Analizaré en primer lugar los efectos de los acuerdos originales entre determinados empresarios y representantes de los trabajadores para establecer un fondo de pensiones sectorial común que administran

120 — Sentencia Oude Luttikhuis y otros, citada en la nota 115 *supra*, apartados 13 y 14.

conjuntamente. A tal fin, examinaré el acuerdo *in abstracto,* sin tener en cuenta la posterior intervención del Gobierno, y partiendo, por tanto, del supuesto de que se trata de un fondo de pensiones voluntario. A continuación, analizaré los efectos de la decisión del Gobierno de declarar obligatoria la afiliación.

278. Por lo que respecta al establecimiento de un fondo de pensiones sectorial común voluntario, debe tenerse presente que un empresario individual puede optar entre establecer un fondo de pensiones de empresa o suscribir con una compañía de seguros un contrato de seguro colectivo para sus trabajadores.

279. Desde la perspectiva del Derecho de la competencia, ambas alternativas son indiferentes. La elección puede compararse a la decisión de un fabricante entre «comprar» determinados servicios (por ejemplo, limpieza o contabilidad) a proveedores externos o «producirlos» internamente. En dichas circunstancias, la decisión de no establecer relaciones contractuales con proveedores externos está protegida por la libertad de contratación. Esta negativa a comerciar tan sólo sería relevante en el caso de una empresa que ocupe una posición dominante.

280. La decisión de determinados empresarios de cooperar entre sí con el fin de establecer un fondo único no empeora la situación de las compañías de seguros de pensión. Como ya hemos visto, todos los empresarios participantes pueden optar libremente por no ofrecer pensión alguna o por ofrecerlas a través de un fondo de pensiones de empresa. Desde el punto de vista de las compañías de seguros, no existe ninguna diferencia por el hecho de que varios empresarios decidan poner en común las cotizaciones de pensión en un único fondo en lugar de mantener fondos de pensiones de empresa separados.

281. Además, como ya se ha mencionado, nada en los autos indica que el convenio colectivo original en el que se acordó establecer un fondo de pensiones conjunto contuviera ninguna restricción de la libertad de los socios para abandonar el fondo y celebrar un contrato más ventajoso con una compañía de seguros externa. Por tanto, un fondo de pensiones meramente voluntario sin exclusividad y sin limitaciones a la retirada no tiene ningún efecto real de exclusión.

282. Por último, todas las partes y el Gobierno neerlandés están de acuerdo en que los representantes de los empresarios y los trabajadores pueden confiar a compañías de seguros la administración del fondo sectorial. De este modo, las compañías de seguros tienen una oportunidad adicional para ofrecer sus servicios de gestión a grandes fondos que integran a un gran número de empresarios y trabajadores.

283. La decisión de los representantes de los empresarios y los trabajadores de administrar conjuntamente el fondo de pensiones y no celebrar un contrato de administración con una compañía de seguros es asimismo una negativa a comerciar que, en principio, está amparada por la libertad de contratación y sólo sería relevante a efectos del artículo 86.

284. De este modo, por lo que respecta a los empresarios que participaron en el acuerdo original de establecer un fondo de pensiones sectorial, no existe ningún efecto real de exclusión de las compañías de seguros. La elección de un empresario de adherirse a un fondo de pensiones sectorial en lugar de confiar a una compañía de seguros la administración de las cotizaciones está protegida por la libertad de contratación.

285. Por tanto, una vez más las alegaciones de las demandantes están dirigidas fundamentalmente contra los efectos de la obligación de afiliación. Sólo la obligación de afiliación limita la libertad de los empresarios para celebrar contratos de seguro colectivos con las compañías de seguros. Su efecto secundario es que las compañías de seguros no tiene acceso al mercado potencial de seguros de pensión complementaria. Como queda indicado, la compatibilidad con el Derecho comunitario de la intervención del Gobierno neerlandés es una cuestión diferente que abordaré más adelante.

286. En consecuencia, el acuerdo implícito original entre empresarios para establecer un fondo de pensiones sectorial común que administran conjuntamente con los representantes de los trabajadores no incurre en la prohibición del apartado 1 del artículo 85. En el caso de que haya cualesquiera efectos restrictivos, están causados por la intervención del Gobierno neerlandés.

2. *El acuerdo de solicitar al Ministro competente, conjuntamente con los sindicatos, que declare obligatoria la afiliación para todas las empresas del sector*

287. Se tata de la solicitud conjunta al Ministro para que declare obligatoria la afiliación para todas las empresas del sector.

288. Por lo que respecta a los empresarios, este acuerdo puede analizarse como una medida de coordinación destinada a obtener la intervención pública con el fin de crear unas condiciones de competencia iguales entre todos los empresarios del sector.

289. En primer lugar, dicha acción debe distinguirse de una acción directa contra las empresas competidoras ajenas al acuerdo con el fin de obligarlas a adherirse o a cumplir los términos de un determinado acuerdo. Algunos métodos comúnmente utilizados en tales casos son, por ejemplo, los boicots y los acuerdos de exclusividad recíproca con compradores o proveedores. En esas circunstancias, las empresas infrac-

toras han asegurado a menudo que pretendían evitar la competencia desleal, el dumping o, más en general, actuar en aras del interés público. El Tribunal de Justicia y la Comisión han declarado reiteradamente que corresponde a las autoridades públicas o a los órganos jurisdiccionales, y no a las empresas privadas, proteger los intereses públicos en materias como la seguridad de los productos o evitar la competencia desleal. [121]

290. En segundo lugar, acaba de ponerse de relieve que el acuerdo original entre determinados empresarios y representantes de los trabajadores para establecer un único fondo de pensiones no es contrario al apartado 1 del artículo 85. Por tanto, la solicitud conjunta de que se trata puede diferenciarse de una solicitud efectuada por empresas para que se extiendan los efectos de un acuerdo prohibido a otras empresas de su sector.

291. Sin embargo, en mi opinión este último particular no resulta determinante para la apreciación de la legalidad del comportamiento de que se trata. Los simples esfuerzos de las empresas para convencer a las autoridades públicas de que extiendan los efectos de un determinado acuerdo a otros agentes económicos no incurren en la prohibición del apartado 1 del artículo 85. [122]

292. En primer lugar, dicha acción, por sí sola, no afecta al proceso competitivo ni a la libertad de competir de nadie. Cualquier eventual restricción es consecuencia de la ulterior acción del Estado.

293. En segundo lugar, la coordinación en la presentación de solicitudes a las autoridades públicas forma parte de nuestras sociedades democráticas. Las personas naturales o jurídicas están facultadas para organizarse y presentar conjuntamente sus peticiones al Gobierno o al poder legislativo. Son las autoridades públicas las que tienen que decidir después si la acción propuesta responde al interés general. Sólo ellas tienen la competencia exclusiva para hacerlo, pero ellas son asimismo las únicas responsables de su decisión.

294. En consecuencia, tampoco la solicitud conjunta de que se declarara obligatoria la afiliación incurre en la prohibición del apartado 1 del artículo 85.

295. Dado que ninguno de los dos acuerdos restringe la competencia, no es necesa-

121 — Sentencias del Tribunal de Justicia de 17 de enero de 1984, VBVB y VBBB/Comisión (asuntos acumulados 43/82 y 63/82, Rec. p. 19), apartado 37, y del Tribunal de Primera Instancia de 12 de diciembre de 1991, Hilti/Comisión (T-30/89, Rec. p. II-1439), apartados 115 a 119; Decisión 94/815/CE de la Comisión, de 30 de noviembre de 1994, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CE (Asuntos IV/33.126 y 33.322 — Cemento) (DO L 343, p. 1), punto 8.

122 — Decisión 94/815, citada en la nota 121 *supra*.

rio examinar sus efectos sobre el comercio entre los Estados miembros.

296. Concluyo que el apartado 1 del artículo 85 no es aplicable *ratione materiae* a los convenios colectivos entre las dos partes sociales en virtud de los cuales los empresarios se comprometen a efectuar una cotización de pensión de una determinada cuantía por cada trabajador perteneciente a un determinado sector, ya que dichos acuerdos son convenios colectivos entre empresarios y trabajadores celebrados de buena fe sobre cuestiones centrales de la negociación colectiva, como los salarios y las condiciones de trabajo, que no afectan directamente a otros mercados ni a terceros. En los presentes asuntos, el apartado 1 del artículo 85 tampoco es aplicable *ratione personae* a los trabajadores o sindicatos, ya que en el marco de la negociación colectiva ninguno de ellos actúa como una empresa en el sentido de las normas sobre la competencia. Por lo que respecta a los dos acuerdos implícitos entre empresarios para establecer un único plan de pensiones sectorial conjuntamente gestionado por los empresarios y los trabajadores y para solicitar al Ministro competente, conjuntamente con los sindicatos, la afiliación obligatoria, aunque en principio el apartado 1 del artículo 85 es aplicable, no existe ninguna infracción del mismo, ya que ninguno de los dos acuerdos restringe la competencia.

297. En consecuencia, no se infringe el apartado 1 del artículo 85 cuando los representantes de los empresarios y los trabajadores de un determinado sector de la economía acuerdan, en el marco de la negociación colectiva, establecer un único fondo de pensiones sectorial y solicitar conjuntamente a las autoridades que declaren obligatoria la afiliación al fondo para todas las personas pertenecientes a dicho sector.

VII. Los artículos 5 y 85

298. La cuestión que se plantea es la de si un Estado miembro infringe los artículos 5 y 85 del Tratado cuando, a petición de los representantes de los empresarios y los trabajadores, declara obligatoria la participación en un plan de pensiones sectorial para todas las empresas de dicho sector.

299. Albany, Brentjens y Drijvende Bokken sostienen que, al crear inicialmente el marco legal para la afiliación obligatoria y posteriormente declarar obligatoria la afiliación a cada uno de los tres fondos de que se trata, los Países Bajos por un lado favorecieron y por otro reforzaron los efectos de un acuerdo que es contrario al artículo 85. En su opinión, eso constituye una infracción de los artículos 5 y 85, tal como fueron interpretados por este Tribunal en las sentencias Meng [123] y Ohra Schadeverzekeringen [124].

123 — Sentencia de 17 de noviembre de 1993 (C-2/91, Rec. p. I-5751).

124 — Sentencia de 17 de noviembre de 1993 (C-245/91, Rec. p. I-5851).

300. Los Fondos, los Gobiernos neerlandés, francés y sueco y la Comisión mantienen que en los presentes asuntos no existe ningún acuerdo contrario al apartado 1 del artículo 85 que pudiera favorecerse o cuyos efectos pudieran reforzarse en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Además, según los Fondos, los Países Bajos no han delegado en agentes económicos privados, en el sentido de la jurisprudencia del Tribunal, la responsabilidad de la toma de decisiones en materia económica.

301. La jurisprudencia de este Tribunal ha establecido los siguientes principios.[125] Considerado en sí mismo, el artículo 85 se refiere únicamente a la conducta de las empresas. Así, en principio no se refiere a medidas legislativas o reglamentarias adoptadas por los Estados miembros. Sin embargo, el artículo 85, analizado en relación con el párrafo segundo del artículo 5, obliga a los Estados miembros a no adoptar o mantener en vigor medidas, ni siquiera legislativas o reglamentarias, que puedan eliminar el efecto útil de las normas sobre la competencia aplicables a las empresas. Tal es el caso en tres situaciones: primero, cuando un Estado miembro impone o favorece la adopción de acuerdos, decisiones o prácticas concertadas contrarios al artículo 85; en segundo lugar, cuando refuerza sus efectos o, en tercer lugar, cuando prescinde de dar carácter oficial a su propia normativa, delegando en operadores privados la responsabilidad de tomar decisiones de intervención en materia económica.

302. Por lo que respecta a las dos primeras situaciones, el Tribunal exige, para que las medidas estatales sean ilegales, la existencia de una relación con los comportamientos contrarios a la competencia de las empresas.[126] Así, las medidas estatales que imponen o favorecen un determinado acuerdo entre empresas o refuerzan sus efectos no incurren en las prohibiciones de los artículos 5 y 85 cuando dicho acuerdo no infringe el apartado 1 del artículo 85.[127] Como hemos visto, en los presentes casos los acuerdos de que se trata no restringen la competencia y, por tanto, no incurren en la prohibición del apartado 1 del artículo 85.

303. Con respecto a la tercera cuestión, a saber, la que se da cuando las autoridades públicas han delegado sus poderes a agentes económicos privados, de la legislación neerlandesa se desprende que el Ministro competente tiene la exclusiva responsabilidad de la decisión de declarar obligatoria la afiliación a un determinado fondo. De acuerdo con el apartado 1 del artículo 3 de la BPW, los empresarios y trabajadores se limitan a presentar una solicitud al Ministro. La Verzekeringskamer y el Sociaal Economische Raad, que en todo caso son organismos públicos, tan sólo tienen el derecho a ser consultados. En ese

125 — Sentencias de 21 de septiembre de 1988, Van Eycke (267/86, Rec. p. 4769), apartado 16; Meng, citada en la nota 123 *supra*, apartado 14; de 17 de noviembre de 1993, Reiff (C-185/91, Rec. p. I-5801), apartado 14; Ohra Schadeverzekeringen, citada en la nota 124 *supra*, apartado 10; de 9 de junio de 1994, Delta Schiffahrts- und Speditionsgesellschaft (C-153/93, Rec. p. I-2517), apartado 14; de 5 de octubre de 1995, Centro Servizi Spediporto (C-96/94, Rec. p. I-2883), apartados 20 y 21; de 17 de octubre de 1995, DIP y otros (asuntos acumulados C-140/94, C-141/94 y C-142/94, Rec. p. I-3257), apartados 14 y 15; Sodemare y otros, citada en la nota 57 *supra*, apartados 41 y 42; de 18 de junio de 1998, Corsica Ferries France (C-266/96, Rec. p. I-3949), apartados 35, 36 y 49, y Comisión/Italia, citada en la nota 102 *supra*, apartados 53 y 54.

126 — Véanse los fallos de las sentencias Meng, citada en la nota 123 *supra*, y Ohra Schadeverzekeringen, citada en la nota 124 *supra*.

127 — Véase, para un ejemplo reciente, la sentencia Corsica Ferries France, citada en la nota 125 *supra*, apartado 51.

contexto, debe tenerse presente asimismo que el Ministro competente tiene la facultad de derogar la obligación de afiliación (apartado 4 del artículo 3 de la BPW) y debe adoptar una nueva decisión por la que se declara obligatoria la afiliación siempre que se modifiquen las normas que rigen el plan de pensiones (apartado 5 del artículo 3 de la BPW). De este modo, el poder de tomar decisiones en materia de afiliación obligatoria lo conserva el Ministro competente, y no se deja a un acuerdo entre empresarios y trabajadores.

304. Más adelante se pondrá de manifiesto que la delegación en los fondos de las facultades decisorias con respecto a las exenciones individuales de la obligación de afiliación es una cuestión diferente, que debe analizarse en el marco de la *lex specialis* [128] del apartado 1 del artículo 90.

305. En consecuencia, si se mantiene la jurisprudencia del Tribunal sobre el artículo 5, no hay ninguna infracción de los artículos 5 y 85 del Tratado.

VIII. Calificación como empresas de los fondos de pensiones sectoriales neerlandeses

306. La cuestión de que se trata es la de si los fondos de pensiones sectoriales neerlandeses son «empresas» en el sentido de las disposiciones del Tratado relativas a la competencia. Más concretamente, debe determinarse si la actividad de los fondos de pensiones sectoriales objeto de examen, a saber, la provisión de pensiones complementarias a los trabajadores, tiene un carácter económico. [129]

307. Las características esenciales de los fondos objeto de examen son las siguientes:

— Proporcionan pensiones complementarias de vejez.

— Fueron establecidos originalmente mediante convenios colectivos entre empresarios y trabajadores y abarcan todo un sector de actividad.

— La afiliación ha sido declarada obligatoria mediante resolución ministerial, y está sujeta a una posible exención en determinados casos.

— Se trata de planes de pensiones con fondo separado, que funcionan de acuerdo con el método de capitalización.

128 — Sentencia de 5 de octubre de 1994, Centre d'insémination de la Crespelle (C-323/93, Rec. p. I-5077), apartado 15.

129 — Véase el punto 207 *supra*.

— El nivel de las cotizaciones y las prestaciones lo fija el Consejo de Administración del fondo.

— Las prestaciones de pensión dependen de las reservas constituidas con las cotizaciones, de los resultados financieros de las inversiones de los fondos y de los costes de gestión.

— Los planes tienen un objetivo social.

— Existen los siguientes elementos de solidaridad intrasectorial: Los fondos tienen la obligación real de aceptar a cualquier empresario y trabajador perteneciente al sector. No existe ningún medio de selección de riesgos mediante cuestionarios o exámenes médicos. Además, no existe ninguna relación entre el riesgo y las cotizaciones. Todos los afiliados pagan una cotización media que no tiene en cuenta, por ejemplo, la edad de los trabajadores. Las cotizaciones por los trabajadores de pequeñas y medianas empresas son idénticas a las cotizaciones por los trabajadores de las grandes empresas. En caso de incapacidad laboral, se otorgan exenciones de la obligación de abonar cotizaciones.

— En el Consejo de Administración del fondo tiene que haber un número igual de representantes de los empresarios y de los trabajadores.

— La dirección de los fondos tiene la obligación de mantener el equilibrio financiero.

— Los fondos tienen que invertirse «op solide wijze» (de manera prudente).

— Al igual que sucede en los casos de las compañías de seguros privadas, la dirección está sujeta al control de la Verzekeringskamer.

— El fondo no tiene ánimo de lucro.

308. Albany, Brentjens y Drijvende Bokken sostienen que los fondos de pensiones que se examinan son empresas. La Comisión también comparte esta opinión.

309. Los Fondos y los Gobiernos neerlandés, francés, alemán y sueco coinciden en

que los fondos de pensiones no pueden calificarse de empresas.

310. Antes de entrar en el examen de casos más concretos —Poucet y Pistre,[130] Van Schijndel y Van Veen,[131] y Fédération française des sociétés d'assurance y otros (en lo sucesivo, «FFSA»)[132] —, es útil recordar algunos principios generales relativos a la calificación de las actividades de una entidad con arreglo al Derecho comunitario de la competencia.

311. Como ya se ha indicado, por regla general el Tribunal de Justicia ha adoptado un enfoque funcional.[133] Por tanto, el criterio básico es el de si la entidad de que se trata ejerce una actividad que, al menos en principio, podría ser ejercida por una empresa privada para obtener beneficios.

312. De dicha interpretación funcional se desprende que el Tribunal ha desestimado por carentes de pertinencia algunos argumentos recurrentes. En primer lugar, ni el estatuto jurídico de la entidad ni su modo de financiación tienen relevancia alguna.[134] Así, por ejemplo, se ha considerado que autoridades públicas como el Bundesanstalt für Arbeit alemán[135] o la Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato italiana[136] ejercen actividades de carácter económico en relación con la contratación o la oferta de bienes o servicios en el mercado de labores del tabaco, respectivamente. En cambio, se ha declarado que las normas sobre la competencia no son aplicables a una sociedad privada que ejercía actividades de vigilancia anticontaminación que le habían sido encomendadas por un Estado miembro.[137] En segundo lugar, el hecho de que una entidad no tenga ánimo de lucro[138] o el hecho de que persiga objetivos no económicos[139] carece, en principio, de pertinencia. En tercer lugar, el hecho de que determinadas entidades hayan sido encargadas por el Estado de determinadas tareas de interés público no significa que dichas entidades no sean empresas, ya que, en ese caso, los apartados 1 y 2 del artículo 90 carecerían de sentido. Por tanto, las normas sobre la competencia se aplican a las actividades, por ejemplo, de los servicios públicos de telecomunicaciones[140] y de correos[141], las emisoras públicas de televisión[142] o las empresas y sociedades de trabajos portuarios[143]. Por último, el mero hecho de que determinadas actividades se encomienden normalmente a organismos públicos no basta para poner a dichas actividades al

130 — Sentencia citada en la nota 55 *supra*.

131 — Sentencia citada en la nota 2 *supra*.

132 — Sentencia citada en la nota 56 *supra*.

133 — Véase el punto 214 *supra*.

134 — Sentencias Höfner y Elser, citada en la nota 53 *supra*, apartado 21, y Job Centre, citada en la nota 54 *supra*, apartado 21.

135 — Sentencia Höfner y Elser, citada en la nota 53 *supra*.

136 — Sentencias de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia (118/85, Rec. p. 2599), apartados 6 a 16, y de 14 de diciembre de 1995, Banchero (C-387/93, Rec. p. I-4663), apartado 50.

137 — Sentencia Diego Calì & Figli, citada en la nota 97 *supra*.

138 — Sentencia Van Landewyck/Comisión, citada en la nota 105 *supra*, apartado 88, y conclusiones del Abogado General Sr. Lenz en el asunto en el que recayó la sentencia Bosman, citada en la nota 21 *supra*, punto 255.

139 — Sentencia de 30 de abril de 1974, Sacchi (155/73, Rec. p. 409), apartados 13 y 14.

140 — Sentencia de 20 de marzo de 1985, Italia/Comisión (41/83, Rec. p. 873), apartados 18 y 19.

141 — Sentencia de 19 de mayo de 1993, Corbeau (C-320/91, Rec. p. I-2533), apartado 8.

142 — Sentencias ERT, citada en la nota 64 *supra*, apartado 33, y de 3 de octubre de 1985, CBEM (311/84, Rec. p. 3261), apartado 17.

143 — Sentencia de 10 de diciembre de 1991, Merci convenzionali porto di Genova (C-179/90, Rec. p. I-5889), apartado 9.

amparo de las normas sobre la competencia. [144]

313. En algunos casos, el Tribunal ha adoptado un enfoque que va más allá de esta interpretación funcional. En la sentencia IAZ/Comisión, por ejemplo, el Tribunal declaró que «el apartado 1 del artículo 85 del Tratado se aplica asimismo a las asociaciones de empresas en la medida en que sus propias actividades o las de las empresas que forman parte de ellas estén destinadas a producir los resultados que dicha disposición pretende suprimir». [145] En un sentido similar, el Tribunal de Primera Instancia ha declarado que «el apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE [...] se dirige a unas entidades económicas constituidas por un conjunto de elementos materiales y humanos, que pueden participar en la comisión de una infracción contemplada por dicha disposición». [146]

314. En cambio, las actividades de una entidad pueden quedar al amparo de la aplicabilidad de las normas sobre la competencia en dos situaciones. En primer lugar, las normas sobre la competencia no son aplicables a «las actividades en el ejercicio de la autoridad pública» [147] o emanaciones del Estado que actúan «en calidad de Administraciones Públicas» [148]. En ese contexto, carece de pertinencia el que el Estado ejerza su autoridad pública directamente a través de un organismo que forme parte de la Administración Pública o a través de una entidad privada a la que haya concedido derechos especiales o exclusivos. [149] Una entidad actúa en el ejercicio de la autoridad pública cuando la actividad de que se trate sea «una misión de interés general que forma parte de las funciones esenciales del Estado» y cuando dicha actividad «por su naturaleza, por su objeto y por las normas a las que está sujeta, se vincula al ejercicio de prerrogativas [...] típicas del poder público». [150] En segundo lugar, del apartado 22 de la sentencia en el asunto Höfner y Elser parece deducirse que las normas sobre la competencia no se aplican si la actividad de que se trate siempre ha sido y debe necesariamente ser ejercida por organismos públicos. [151]

315. Paso a ocuparme ahora de los tres asuntos en los que se ha tratado de la calificación de organismos similares a los de los presentes procedimientos.

316. En la sentencia Poucet y Pistre, [152] el Tribunal de Justicia declaró que determinados organismos franceses que gestionaban el régimen de seguro de enfermedad y maternidad de los trabajadores autónomos de profesiones no agrarias y el régimen de pensiones de vejez para los artesanos no debían calificarse de empresas a efectos del Derecho de la competencia.

144 — Sentencia Höfner y Elser, citada en la nota 53 *supra*, apartado 22.

145 — Sentencias de 8 de noviembre de 1983, IAZ/Comisión (asuntos acumulados 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 y 110/82, Rec. p. 3369), apartado 20, y Frubo/Comisión, citada en la nota 110 *supra*, apartados 30 y 31.

146 — Sentencia del Tribunal de Primera Instancia de 17 de diciembre de 1991, Enichem Anic/Comisión (T-6/89, Rec. p. II-1623), apartado 235.

147 — Sentencias de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia, citada en la nota 136 *supra*, apartados 7 y 8, y Diego Calì & Figli, citada en la nota 97 *supra*, apartados 16 y 17.

148 — Sentencia Bodson, citada en la nota 93 *supra*, apartado 18.

149 — Sentencias de 16 de junio de 1987, Comisión/Italia, citada en la nota 136, apartados 7 y 8, y Diego Calì & Figli, citada en la nota 97 *supra*, apartados 16 y 17.

150 — Sentencias SAT Fluggesellschaft, citada en la nota 93 *supra*, apartado 30, y Diego Calì & Figli, citada en la nota 97 *supra*, apartados 22 y 23.

151 — Sentencia Höfner y Elser, citada en la nota 53 *supra*.

152 — Citada en la nota 55 *supra*.

317. Aquellos regímenes tenían las siguientes características:

— El régimen de pensiones de vejez proporcionaba la pensión básica.

— Los regímenes habían sido establecidos mediante ley.

— La afiliación a los regímenes era obligatoria.

— Se trataba de un plan de pensiones sin fondo separado: operaba sobre la base de un principio redistributivo, de modo que las cotizaciones de los miembros en activo se utilizaban directamente para financiar las pensiones de los miembros jubilados.

— Los regímenes tenían una finalidad social, ya que tenían por objeto garantizar a sus beneficiarios una cobertura contra los riesgos de enfermedad o vejez con independencia de su situación económica y estado de salud en el momento de la afiliación.

— El principio de solidaridad se materializaba, en el régimen del seguro de vejez, en la circunstancia de que las cotizaciones abonadas por los trabajadores en activo permitían financiar las pensiones de los trabajadores jubilados. También se reflejaba en la concesión de derechos de pensión en los casos en que no se había efectuado ninguna cotización y en la existencia de derechos de pensión que no eran proporcionales a las cotizaciones abonadas. Por último, los diferentes regímenes de Seguridad Social eran solidarios entre sí, de modo que los regímenes excedentarios participaban en la financiación de aquellos otros que atravesaban dificultades estructurales.

318. A modo de conclusión sobre la naturaleza de los regímenes, el Tribunal de Justicia declaró lo siguiente:

«De cuanto antecede se deduce que los regímenes de Seguridad Social concebidos de esta manera se basan en un sistema de afiliación obligatoria, que resulta indispensable tanto para la aplicación del principio de solidaridad como para el equilibrio financiero de tales regímenes».

319. Las entidades gestoras de dichos regímenes presentaban las siguientes características:

— La gestión les había sido atribuida por ley.

— Las actividades de los fondos estaban sujetas al control del Estado.

— Los fondos se limitaban a aplicar la ley y no tenían ninguna posibilidad de influir en la cuantía de las cotizaciones, la utilización de los fondos o la determinación del nivel de las prestaciones.

320. A modo de conclusión sobre la naturaleza de las actividades de los fondos, el Tribunal de Justicia declaró lo siguiente:

«[...] los organismos que participan en la gestión del servicio público de Seguridad Social desempeñan una función de carácter exclusivamente social. En efecto, tal actividad se basa en el principio de solidaridad nacional y carece de toda finalidad lucrativa. Las prestaciones que se abonan son prestaciones legalmente determinadas e independientes de la cuantía de las cotizaciones.

De lo anterior se deduce que dicha actividad no es una actividad económica [...]»

321. En mis conclusiones en el asunto Van Schijndel y Van Veen, [153] concluí que el fondo de pensiones profesional de los fisioterapeutas de los Países Bajos, que tenía unas características similares a las de los fondos objeto de examen en los presentes procedimientos, no actuaba como una empresa en sus relaciones con sus afiliados. Sin embargo, debido a la falta de información sobre el contexto fáctico y el régimen normativo, me limité a dar una opinión provisional.

322. Las características del régimen y el fondo eran las siguientes:

— El régimen proporcionaba pensiones complementarias.

— El régimen fue creado por la profesión de los fisioterapeutas.

— La afiliación obligatoria fue establecida mediante una Resolución ministerial adoptada en aplicación de una Ley de pensiones neerlandesa.

— Se trataba de un plan de pensiones con fondo separado, es decir, las pensiones se financiaban con cargo a reservas y no con las cotizaciones corrientes. No se financiaba con cargo al presupuesto del Estado.

— El régimen de los fisioterapeutas desempeñaba una función social. La Ley mediante la cual se declaró obliga-

153 — Sentencia citada en la nota 2 *supra*, puntos 53 a 65 de las conclusiones.

toria la afiliación pretendía asegurar que los ingresos de los jubilados reflejaban el aumento del nivel general de ingresos, que los compañeros de profesión más jóvenes contribuían a las mayores cargas derivadas del pago de las pensiones de los compañeros de profesión de más edad y que se tomaban previsiones relativas a los derechos de pensión correspondientes a los años anteriores a la entrada en vigor del régimen.

— El régimen contenía elementos de solidaridad entre sus miembros. En principio, se cobraba una cotización uniforme y se pagaba una pensión uniforme. Esto era así con independencia de la edad en la que un afiliado individual se incorporara a la profesión y de su estado de salud en el momento de su afiliación al régimen. En caso de incapacidad laboral, se mantenía la cobertura del seguro sin necesidad de pagar cotizaciones.

— El fondo que gestionaba el régimen no tenía fines lucrativos.

— El Consejo de Administración estaba integrado exclusivamente por miembros del fondo.

— Los miembros del Consejo de Administración no percibían retribución alguna, sino únicamente reembolsos de gastos.

323. En mis conclusiones, apliqué el argumento seguido por el Tribunal en la sentencia Poucet y Pistre y afirmé —con carácter provisional, como ya he mencionado— que el fondo se asemejaba más estrechamente a una institución de Seguridad Social que a un asegurador comercial. En sus relaciones con sus miembros, el fondo no actuaba como una empresa, sino como una institución social a la que los miembros de la profesión habían conferido la responsabilidad de organizar sus pensiones. El Tribunal no abordó la cuestión de si el fondo era una empresa a efectos del apartado 1 del artículo 85.

324. Posteriormente, en la sentencia FFSA [154] el Tribunal aclaró y precisó considerablemente su jurisprudencia sobre la aplicabilidad de las normas sobre la competencia a los regímenes de pensiones y las instituciones que los gestionan.

325. El régimen francés de pensiones de jubilación complementarias para los agricultores autónomos de que se trataba en aquel asunto presentaba las siguientes características:

— El régimen proporcionaba pensiones complementarias.

— Había sido establecido y regulado mediante ley.

154 — Citada en la nota *56 supra*.

— La afiliación era voluntaria.

— Se trataba de un plan de pensiones con fondo separado, que funcionaba de acuerdo con el método de capitalización y no con arreglo a un principio redistributivo.

— Las cotizaciones estaban directamente relacionadas con los ingresos.

— Las prestaciones a las que daba derecho dependían exclusivamente de la cuantía de las cotizaciones abonadas y de los resultados financieros de las inversiones efectuadas por la entidad gestora. Las prestaciones y cotizaciones eran fijadas no mediante ley, sino por el Consejo de Administración del fondo gestor.

— El régimen tenía una finalidad social. Fue creado por el Gobierno para proteger a una población cuyos ingresos eran inferiores y cuya edad media era superior a la de otras categorías socioeconómicas y cuyo seguro básico de vejez no era suficiente.

— Había elementos de solidaridad. Las cotizaciones no dependían de los riesgos que corriera cada miembro. En ese contexto, no se exigía ningún cuestionario o examen médico previo ni se procedía a selección alguna. Los miembros que no pudieran pagar las cotizaciones por causa de enfermedad podían ser eximidos del pago. El pago de las cotizaciones podía suspenderse temporalmente por razones relacionadas con la situación económica del miembro. En caso de fallecimiento prematuro de un miembro, se ponía a disposición del régimen, y no de sus herederos, una cantidad equivalente a las cotizaciones abonadas.

— La entidad gestora era un organismo sin ánimo de lucro administrado por voluntarios.

— La gestión estaba controlada por el Estado.

— Los fondos percibidos podían utilizarse únicamente para determinadas inversiones autorizadas por el Gobierno.

326. Los elementos esenciales de la sentencia del Tribunal de Justicia son los siguientes:

«A este respecto, debe señalarse, en primer lugar, que la afiliación al régimen Coreva es voluntaria, que dicho régimen funciona con arreglo al principio de capitalización y que

las prestaciones a que da derecho dependen únicamente del importe de las cotizaciones abonadas por los beneficiarios, así como del resultado financiero de las inversiones efectuadas por la Entidad Gestora. Por lo tanto, [la Entidad Gestora] ejerce una actividad económica, compitiendo con las compañías de seguros de vida. [...]

Ni los elementos de solidaridad que el [...] régimen comporta ni las restantes características [...] son suficientes para desvirtuar esta calificación.

En primer lugar, [...] el principio de solidaridad tiene un alcance extremadamente limitado, que resulta del carácter voluntario del régimen. En tales circunstancias, dicho principio no puede privar de su carácter económico a la actividad ejercida por la Entidad Gestora del régimen de que se trata.

En segundo lugar, [...] la finalidad de carácter social y las exigencias de solidaridad, así como el resto de la regulación [...], especialmente en lo relativo a los derechos y obligaciones de la Entidad Gestora y de los asegurados, al estatuto de éstos y a las limitaciones impuestas a la Entidad Gestora al efectuar inversiones, podrían hacer que el servicio que presta el régimen Coreva resultara menos competitivo que un servicio comparable prestado por las compañías de seguros de vida. Tales condicionamientos, sin embargo, no impiden considerar como actividad económica la actividad ejercida por [la Entidad Gestora]. Quedaría por examinar si tales condicionamientos podrían invocarse, por ejemplo, para justificar el derecho exclusivo de la referida Entidad a ofrecer seguros de vejez cuyas cotizaciones fueran deducibles de los rendimientos imponibles derivados de actividades profesionales.

Por último, el mero hecho de que [la Entidad Gestora] no persiga fines lucrativos no priva a la actividad que ejerce de su carácter económico, ya que [...] dicha actividad puede dar lugar a conductas que las normas en materia de competencia tienen por objeto reprimir.

Procede, pues, responder al órgano jurisdiccional nacional en el sentido de que una Entidad con fines no lucrativos que gestiona un régimen de Seguro de Vejez destinado a completar el régimen básico obligatorio, establecido por la ley con carácter voluntario y que funcionan, con sujeción a normas dictadas en ejercicio de la potestad reglamentaria, según el principio de capitalización, especialmente en lo relativo a las condiciones de afiliación, cotizaciones y prestaciones, es una empresa a efectos de los artículos 85 y siguientes del Tratado.»

327. Antes de analizar las diferentes características de los fondos objeto de examen en los presentes procedimientos, puede ser útil

extraer algunas conclusiones generales de esta jurisprudencia.

328. En primer lugar, como ya afirmé en mis conclusiones en el asunto Van Schijndel y Van Veen, los regímenes de pensiones revisten una gran variedad de formas, que van desde los regímenes públicos de Seguridad Social, en un extremo del espectro, a los planes privados individuales gestionados por aseguradoras privadas, en el otro. La clasificación de las categorías intermedias de planes o regímenes de pensiones resulta difícil: se trata de una cuestión de grado que requiere el análisis de una serie de criterios.

329. En segundo lugar, en su sentencia en el asunto FFSA, el Tribunal ha precisado y aclarado considerablemente su análisis de esta cuestión. En consecuencia, estoy en condiciones de revisar la opinión provisional que expresé en el asunto Van Schijndel y Van Veen.

330. En tercer lugar, de la jurisprudencia general relativa al concepto de empresas —especialmente de la sentencia Höfner y Elser y del apartado 20 de la sentencia FFSA— se desprende claramente que el factor determinante es el de si una determinada actividad ha de ser *necesariamente desempeñada por organismos públicos o sus agentes*. En contra de lo sostenido por los Fondos, esa cuestión debe distinguirse del problema, distinto, de si la concesión de unos determinados derechos exclusivos es necesaria para desempeñar tareas de interés público, y en qué medida. Esta última cuestión sólo resulta pertinente a efectos del apartado 2 del artículo 90 del Tratado. Del artículo 90 se desprende que el hecho de que la concesión de derechos exclusivos sea necesaria, por sí solo, no priva a las actividades de una entidad de su carácter económico.

331. En cuarto lugar, también resulta pertinente, de acuerdo con la jurisprudencia y, en particular, con el apartado 21 en la sentencia en el asunto FFSA, el hecho de si la entidad está en condiciones de adoptar una determinada línea de comportamiento que las normas sobre la competencia pretenden evitar.

332. A la luz de lo anterior, analizaré ahora cuáles de las características de los fondos neerlandeses objeto de examen resultan pertinentes a efectos de la cuestión de si su actividad es de naturaleza económica o no.

333. Considero que las siguientes características carecen de pertinencia.

334. En primer lugar, el modo en que el régimen o la entidad gestora fueron establecidos y el estatuto legal del régimen no tienen ninguna importancia para la clasificación de las actividades de un fondo. En la sentencia FFSA, el Tribunal declaró que las

actividades de la Caisse centrale de la mutualité sociale agricole francesa, que gestionaba un régimen establecido por ley, eran de naturaleza económica. Ni en la sentencia Poucet y Pistre ni en la sentencia FFSA se mencionó el estatuto legal de las diferentes «Caisses». El hecho de que el Tribunal no lo considerara pertinente para su análisis es totalmente coherente con la jurisprudencia general. [155] El hecho de que en los presentes asuntos los regímenes de pensiones complementarias fueran establecidos mediante convenio colectivo y sean gestionados conjuntamente por representantes de los empresarios y los trabajadores bajo la forma jurídica de una «Stichting» no tiene, en consecuencia, ninguna incidencia sobre la clasificación de sus actividades.

335. En segundo lugar, las normas que rigen la composición del órgano de gestión, las restricciones a las que está sujeto en la realización de inversiones y el modo en que es controlado por las autoridades públicas también carecen de pertinencia, de acuerdo con el criterio establecido en el apartado 20 de la sentencia en el asunto FFSA. En la sentencia Poucet y Pistre, el Tribunal aún mencionó como elemento pertinente el control del Estado. [156] Sin embargo, en la sentencia FFSA dicho elemento no fue mencionado, a pesar de que el Gobierno francés había planteado dicha cuestión. [157] En consecuencia, en los presentes asuntos carece de pertinencia el hecho de que en el Consejo de Administración del fondo haya un número igual de representantes de empresarios y de trabajadores, que la dirección tenga la obligación de mantener el equilibrio financiero e invertir de manera prudente y que la gestión esté controlada por la Verzekeringskamer. Por el contrario, estoy de acuerdo con Albany, Drijvende Bokken y Brentjens en que la identidad del mecanismo de control de las compañías de seguros y de los fondos de pensiones es un indicio de que sus actividades son similares.

336. En tercer lugar, tampoco son pertinentes el hecho de que los fondos tengan una finalidad social ni el que no tengan ánimo de lucro. En la sentencia Poucet y Pistre, el Tribunal parece haber atribuido cierta importancia a estas dos características. [158] Sin embargo, al resumir la sentencia Poucet y Pistre en el apartado 15 de su sentencia en el asunto FFSA, el Tribunal no las mencionó. De acuerdo con su criterio general consistente en no tener en cuenta la finalidad perseguida o la inexistencia de ánimo de lucro, [159] en los apartados 20 y 21 de su sentencia en el asunto FFSA el Tribunal declaró que esas dos características no podían influir en su apreciación.

337. En cambio, las siguientes características sí resultan pertinentes a efectos del análisis.

338. En primer lugar, a la luz de la sentencia FFSA (apartado 16), y en contra de lo que afirmé con carácter provisional en el asunto Van Schijndel y Van Veen, el modo de funcionamiento del régimen de pensiones sí es un factor importante. Con-

155 — Véanse el punto 312 *supra* y las notas 134 a 137 *supra*.

156 — Apartado 14, en relación con el apartado 16 de la sentencia.

157 — Apartado 11 de la sentencia.

158 — Apartado 18 de la sentencia.

159 — Véanse el punto 312 *supra* y las notas 138 y 139 *supra*.

sidero que un plan de pensiones sin fondo separado que funciona con arreglo al método de redistribución, en el que las cotizaciones corrientes financian las pensiones de los jubilados actuales, ha de ser necesariamente gestionado por el Estado, bien directamente, o bien indirectamente a través de organismos que actúen como agentes del Estado o de un modo similar. No veo ninguna posibilidad —ni siquiera teórica— de que, sin la intervención del Estado, empresas privadas pudieran ofrecer en los mercados un plan de pensiones basado en el principio de redistribución. Nadie estaría dispuesto a pagar las pensiones de otras personas sin una garantía de que la próxima generación va a hacer lo mismo. Esa es precisamente la razón por la cual fue históricamente necesaria la introducción de dichos sistemas, gestionados o al menos protegidos por el Estado. Por consiguiente, tengo algunas dificultades para aceptar la opinión según la cual las actividades de un plan de este tipo pueden tener carácter económico. Por el contrario, está claro que el mercado ha generado planes de pensiones que funcionan con arreglo al principio de capitalización. El hecho de que las actividades de dichos planes, al igual que las de muchas otras actividades de seguros, estén reguladas por el legislador en interés de los consumidores e inversores no priva a dichas actividades de su carácter económico. Las restricciones a que están sujetas sus actividades tal vez haya que apreciarlas con arreglo al artículo 90 del Tratado. En consecuencia, resulta significativo el hecho de que, en los presentes asuntos, los fondos de pensiones sectoriales funcionen como planes de pensiones sin fondo separado.

339. En segundo lugar, también son pertinentes los mecanismos de decisión y los factores financieros que influyen en el nivel de las cotizaciones y las prestaciones.

340. Por un lado, los planes en los que los niveles de prestaciones y cotizaciones los fija el legislador deben distinguirse de aquellos otros en los que dichos niveles se fijan mediante una decisión independiente del Consejo de Administración del fondo. En ese contexto, el principio que subyace en el apartado 21 de la sentencia en el asunto FFSA, así como en algunas otras sentencias de este Tribunal [160] que se han analizado antes, resulta pertinente: las entidades independientes que están en condiciones de producir efectos que las normas sobre la competencia pretenden evitar deberían estar sujetas a dichas normas.

341. A este respecto, el Gobierno alemán y la Comisión alegan que, dado que los efectos jurídicos de los convenios colectivos entre empresarios y trabajadores son similares a los de la legislación, la situación en los presentes procedimientos es comparable a la que se daba en los asuntos Poucet y Pistre, en los que las cotizaciones y las prestaciones eran fijadas mediante ley. Sin embargo, en mi opinión no es necesario pronunciarse sobre la cuestión de hasta qué punto los convenios colectivos y la legislación tienen unos efectos jurídicos similares. En los presentes procedimientos, las decisiones relativas a las cotizaciones y las prestaciones no son adoptadas por las dos partes sociales dentro del marco formal de la negociación colectiva, sino mediante votaciones por mayoría en el seno del Consejo de Administración del fondo. Además, parece ser que el principal obje-

160 — Véanse el punto 313 *supra* y las notas 145 y 146 *supra*.

tivo del Consejo de Administración consiste en promover los intereses de todos los partícipes del fondo, y esos intereses pueden diferir de los intereses de los sindicatos y las asociaciones de empresarios que designan a los miembros de Consejo.

342. Por otro lado, los planes en los que el Estado garantiza un determinado nivel de cotizaciones o de prestaciones son diferentes de los planes en los que el Estado no interviene. Dicha característica desempeñó un papel importante en la sentencia del Tribunal de Justicia en los asuntos acumulados Poucet y Pistre, en los que había un elemento de solidaridad entre las diferentes instituciones de Seguridad Social, [161] de modo que las instituciones excedentarias participaban en la financiación de las instituciones que atravesaban dificultades financieras. Dicha característica volvió a ser mencionada en el resumen de esta sentencia que el Tribunal hizo en la sentencia FFSA. [162] En cambio, en los presentes asuntos —al igual que en el asunto FFSA— el nivel de las prestaciones depende exclusivamente del importe de las cotizaciones, los resultados financieros de las inversiones efectuadas por la Entidad Gestora y los costes generados por dicha Entidad.

343. En tercer lugar, también son pertinentes los elementos de solidaridad que forman parte del plan. Así se desprende claramente de la sentencia Poucet y Pistre [163] y del resumen de la misma efectuado en la sentencia FFSA. [164] Sin embargo, en esta última sentencia el Tribunal consideró que en el caso de que se trataba los elementos de solidaridad inherentes al régimen eran extremadamente limitados y no podían privar de su carácter económico a la actividad ejercida por la Entidad Gestora del régimen. [165] En los presentes asuntos, los elementos de solidaridad intrasectorial no son ni más numerosos ni más fuertes que en el asunto FFSA, en el que no había ninguna relación entre cotizaciones y riesgos ni selección de riesgos mediante cuestionarios o exámenes médicos. El fondo tenía la obligación de aceptar a cualquier trabajador y empresario perteneciente al sector. [166] En caso de enfermedad, se concedían exenciones de la obligación de pagar las cotizaciones. [167] La única diferencia parece radicar en que algunos de los fondos neerlandeses exigen el pago de cotizaciones medias, mientras que las cotizaciones en el asunto FFSA dependían de los ingresos. Sin embargo, puesto que al parecer los fondos neerlandeses también proporcionan pensiones medias no relacionadas con el salario, esta diferencia no reviste ninguna relevancia. En consecuencia, tampoco en los presentes asuntos los elementos de solidaridad son suficientemente fuertes como para privar de su carácter económico a las actividades de los fondos.

344. Todas las características relevantes de los fondos de pensiones complementarias neerlandeses consideradas hasta ahora indican que sus actividades tienen una naturaleza económica. Sin embargo, se plantea la cuestión de si esta conclusión se ve afectada por el hecho de que la afiliación a la gran mayoría de dichos fondos fuera declarada obligatoria por el Gobierno neerlandés en aplicación de una normativa especial. Debe

161 — Apartado 12 de la sentencia.
162 — Apartado 15 de la sentencia.
163 — Apartados 10 y 18.
164 — Apartado 15.
165 — Apartado 19 de la sentencia.
166 — Apartado 9 de la sentencia.
167 — Apartado 10 de la sentencia.

tenerse presente que en el asunto FFSA la afiliación era voluntaria.

345. En la sentencia Poucet y Pistre, el Tribunal de Justicia afirmó que un régimen de cotización obligatoria era indispensable para la aplicación del principio de solidaridad y el equilibrio financiero de los regímenes de que se trataba. [168] En su resumen de la sentencia Poucet y Pistre efectuado en la sentencia FFSA, el Tribunal reiteró esa observación y declaró que los elementos de solidaridad que formaban parte de los regímenes de que se trataba implicaban necesariamente que los diferentes regímenes fueran gestionados por una Entidad única y que la afiliación a dichos regímenes tuviera carácter obligatorio. [169] Así pues, la afiliación obligatoria se consideró como una consecuencia necesaria de la existencia de fuertes elementos de solidaridad. Sin embargo, no está claro si se trataba de una condición previa para llegar a la conclusión relativa al carácter no económico de las actividades de los fondos.

346. En la sentencia FFSA, el Tribunal de Justicia mencionó la afiliación voluntaria al concluir que las actividades del régimen tenían un carácter económico. [170] Estoy de acuerdo sobre este particular. La afiliación voluntaria es un indicio especialmente sólido de que las actividades de que se trata son comparables a las de un asegurador privado y que deben ser objeto de examen por parte de las autoridades de defensa de la competencia.

347. Sin embargo, la jurisprudencia pone de manifiesto que el Tribunal de Justicia aún no ha resuelto la cuestión que aquí se trata, a saber, la de si debe extraerse alguna conclusión del hecho de que la afiliación a un determinado régimen sea obligatoria. En mi opinión, no debe extraerse ninguna conclusión de ello. Hacerlo implicaría, en primer lugar, permitir a los Estados miembros sustraer las actividades de una determinada entidad al ámbito de aplicación de las normas sobre la competencia simplemente declarando obligatoria la afiliación al régimen. En segundo lugar, la afiliación obligatoria debe analizarse como la concesión de derechos exclusivos. Del apartado 1 del artículo 90 del Tratado se desprende que las empresas que disfrutan de este tipo de derechos exclusivos no dejan por ello de ser empresas ni de estar sujetas a la normas sobre la competencia.

348. En consecuencia, mi conclusión es que las actividades de los fondos de pensiones complementarias neerlandeses tiene carácter económico y que, por tanto, dichos fondos constituyen empresas a efectos del Derecho comunitario de la competencia.

IX. Los artículos 90 y 86

349. La siguiente cuestión es la de si un Estado miembro infringe el apartado 1 del artículo 90 y el artículo 86 del Tratado, considerados conjuntamente, cuando esta-

168 — Apartado 13 de la sentencia.
169 — Apartado 15.
170 — Apartados 17 y 22 de la sentencia.

blece un régimen de afiliación obligatoria a fondos de pensiones sectoriales como el existente en los Países Bajos y cuando, en el marco de dicho sistema, declara obligatoria la afiliación a los fondos de pensiones sectoriales.

350. A estas alturas, es útil recordar las principales características del sistema neerlandés.

351. Un primer conjunto de normas (las normas relativas a la afiliación obligatoria para todo el sector) definen las condiciones en las cuales el Gobierno puede declarar obligatoria la afiliación a un determinado fondo para todas las empresas pertenecientes a un determinado sector. Los empresarios y trabajadores representativos de un sector de actividad presentan conjuntamente al Ministro una solicitud para que declare obligatoria la afiliación a un fondo de pensiones sectorial. A continuación, el Ministro comprueba si el Reglamento que rige las actividades del fondo cumple todas las exigencias legales. Antes de tomar una decisión, consulta a diferentes organismos, entre ellos la Verzekeringskamer. A continuación, adopta una resolución por la que se declara obligatoria la afiliación para todas las empresas y trabajadores del sector. En caso de modificación de las normas que rigen el plan de pensiones, el Ministro debe adoptar una nueva resolución.

352. Existe un segundo conjunto de normas (normas relativas a las exenciones individuales) que regulan las circunstancias en las cuales empresas o trabajadores individuales pueden obtener una exención de la obligación de afiliación, en el caso de que cuenten o deseen contar con regímenes de pensiones alternativos.

353. Para poder obtener una exención, el plan de pensiones alternativo debe cumplir varios requisitos. El más importante de ellos es que en el plan de pensiones alternativo garantice unas prestaciones de pensión al menos equivalentes a las otorgadas por el fondo sectorial.

354. Es el propio fondo de pensiones sectorial el que resuelve sobre cualquier petición de exención. El fondo debe conceder una exención cuando los regímenes de pensiones alternativos estuvieran vigentes seis meses antes de la presentación de la petición como resultado de la cual se declaró obligatoria la participación en el fondo de pensiones (en lo sucesivo, «motivo de exención de los seis meses»). En todos los demás casos, el fondo puede decidir discrecionalmente.

355. Está prevista la posibilidad de presentar una reclamación («bezwaar») contra la denegación de la exención por parte de un fondo de pensiones. Esta reclamación es resuelta por la Verzekeringskamer. Sin embargo, según el Gobierno neerlandés la resolución de la Verzekeringskamer sobre la reclamación no es más que una propuesta de conciliación, y no tiene ninguna fuerza legal. No existe posibilidad de apelación contra la decisión de la Cámara.

356. De las resoluciones de remisión, y en particular de la resolución del Kantongerecht en el asunto Albany, se desprende que los órganos jurisdiccionales de la jurisdicción civil son en principio competentes para controlar la legalidad de las decisiones de los fondos. Esto puede ser una consecuencia directa o indirecta del hecho de que los fondos sean personas jurídicas organizadas bajo la forma de una «Stichting» (fundación) privada.

357. El alcance de las facultades de los Juzgados y Tribunales de la jurisdicción civil para controlar las decisiones discrecionales de los fondos en materia de exenciones no está, sin embargo, del todo claro. El Kantongerecht remitente en el asunto Brentjens afirmó lo siguiente:

«No corresponde a este Tribunal zanjar la cuestión de si el Plan de Pensiones no ha advertido una razón para utilizar su facultad discrecional al objeto de conceder una exención a Brentjens, dado que dicha facultad deriva de la propia política de la dirección del Plan de Pensiones».

358. No obstante otras afirmaciones de los Tribunales remitentes y una fórmula usada en el asunto Albany parecen implicar que en tales supuestos existe una facultad limitada de control jurisdiccional:

«Las relaciones entre el Plan de Pensiones y sus partícipes se rigen también por las exigencias de justicia y equidad y/o por los principios generales de una buena administración.»

359. De la fórmula anterior se desprende asimismo que los órganos jurisdiccionales neerlandeses albergan ciertas dudas acerca de los principios que rigen esta cuestión. Esto puede deberse, a su vez, al carácter híbrido de la decisión de los fondos de pensiones.

360. Según el Gobierno neerlandés, desde el 26 de abril de 1998 está en vigor una versión modificada de las directrices en materia de exenciones. En primer lugar, mientras que anteriormente el único motivo obligatorio era el motivo de exención de los seis meses, se han añadido tres nuevos motivos de exención obligatorios. Ahora, también debe concederse una exención cuando:

— la empresa empleadora forme parte o vaya a formar parte de un grupo de empresas que no está comprendido dentro del ámbito de aplicación del fondo de pensiones sectorial de que se trate;

— la empresa empleadora tenga su propio convenio colectivo con sus trabajadores y, por tanto, esté exenta de la

obligación de participar en el convenio colectivo general; o

— los resultados de un fondo de pensiones sectorial en materia de rentabilidad de sus inversiones sean significativamente inferiores a lo largo de un período de varios años a los resultados de una cartera de referencia previamente definida por el fondo de pensiones. Para medir dichos resultados, se establecen una serie de principios contables.

361. En segundo lugar, se han introducido nuevas normas relativas a la equivalencia del plan de pensiones alternativo y el cálculo de la compensación por la pérdida actuarial ocasionada a la que ya me he referido. [171]

362. En tercer lugar, se ha eliminado la posibilidad de presentar una reclamación ante la Verzekeringskamer.

363. Sin embargo, dado que los procedimientos principales se rigen por la versión anterior de las directrices en materia de exenciones, la versión modificada no es directamente pertinente a efectos de los presentes procedimientos.

171 — Véase el punto 15 *supra*.

364. Por último, debe recordarse que, en la práctica, no se ha declarado obligatoria la afiliación a quince fondos de pensiones sectoriales.

365. Paso a analizar ahora el apartado 1 del artículo 90, en relación con el artículo 86.

366. En el apartado 1 del artículo 90 se establece lo siguiente:

«Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas del presente Tratado, especialmente las previstas en los artículos 6 y 85 a 94, ambos inclusive.»

367. En el artículo 86 se establece lo siguiente:

«Será incompatible con el mercado común y quedará prohibida, en la medida en que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros, la explotación abusiva, por parte de una o más empresas, de una

posición dominante en el mercado común o en una parte sustancial del mismo. [...]»

368. Albany, Brentjens y Drijvende Bokken sostienen que el sistema neerlandés de fondos de pensiones sectoriales obligatorios infringe dichas normas en dos aspectos. En primer lugar, sostienen que el sistema hace que los servicios de pensiones que ofrecen los fondos no satisfagan, o ya no satisfagan, las necesidades de las empresas. A este respecto, se refieren a la sentencia de este Tribunal en el asunto Höfner y Elser. [172] En segundo lugar, en su opinión de la sentencia en el asunto GB-Inno-BM [173] se desprende que los fondos no deben ser autorizados a decidir por sí mismos sobre las exenciones individuales de la obligación de afiliación.

369. Los Fondos, los Gobiernos neerlandés y francés y la Comisión están de acuerdo —aunque por diferentes razones— en que no se infringe el apartado 1 del artículo 90 ni el artículo 86 o que, en todo caso, el sistema neerlandés está justificado con arreglo al apartado 2 del artículo 90.

370. Debo hacer dos comentarios introductorios sobre el apartado 1 del artículo 90 y el apartado 86.

371. En primer lugar, es importante considerar el lugar que ocupan el apartado 1 del artículo 90 y el artículo 86 en el sistema del Tratado. Como ya he indicado, [174] los artículos 85 y 86 están dirigidos a las empresas, y no a los Estados miembros. Sin embargo, existe un principio general —derivado del apartado 2 del artículo 5— según el cual los Estados miembros no deben establecer ni mantener en vigor medidas, ni siquiera de carácter reglamentario, que puedan eliminar la eficacia de dichas disposiciones. [175] La jurisprudencia relativa a los artículos 5 y 85 en la que se aplica ese principio general a la intervención del Estado en el marco de los acuerdos entre empresas ha sido examinada antes. [176] El apartado 1 del artículo 90 es otra aplicación —legislativa— de dicho principio general. [177] Cuando el apartado 1 del artículo 90 es aplicable *ratione personae*, es una *lex specialis* con respecto al apartado 2 del artículo 5. [178]

372. En segundo lugar, es necesario tener presente que la aplicabilidad, o incluso la infracción, del apartado 1 del artículo 90 no tiene ninguna consecuencia automática por lo que respecta a la aplicabilidad de los artículos 85 y 86 a las empresas interesadas. Las empresas que disfrutan de derechos exclusivos siguen estando sujetas a las normas sobre la competencia. [179] La única

172 — Citado en la nota 53 *supra*.

173 — Sentencia de 13 de diciembre de 1991 (C-18/88, Rec. p. I-5941).

174 — Véase el punto 301 *supra*.

175 — Sentencias de 16 de noviembre de 1977, Inno (13/77, Rec. p. 2115), apartados 30 y 31; Ahmed Saeed Flugreisen y otros, citada en la nota 48 *supra*, apartado 48, y ERT, citada en la nota 64 *supra*, apartado 35.

176 — Véanse los puntos 298 a 305 *supra*.

177 — Sentencias Inno, citada en la nota 175 *supra*, apartados 32 y 42, y Ahmed Saeed Flugreisen y otros, citada en la nota 48 *supra*, apartado 50.

178 — Sentencia Centre d'insémination de la Crespelle, citada en la nota 128 *supra*, apartado 15.

179 — Sentencias de 29 de noviembre de 1978, Pigs Marketing Board (83/78, Rec. p. 2347), apartados 43 y 44; CBEM, citada en la nota 142 *supra*, apartados 16 y 17, y Centre d'insémination de la Crespelle, citada en la nota 128 *supra*, apartados 24 a 27.

excepción a dicha norma se da cuando el comportamiento real objeto de examen no sea imputable a la empresa, es decir, cuando el comportamiento contrario a la competencia sea impuesto por la legislación nacional o cuando dicha legislación cree un marco jurídico que limita por sí mismo cualquier posibilidad de comportamiento competitivo.[180] En consecuencia, e independientemente de las respuestas que dé este Tribunal a las cuestiones relativas al apartado 1 del artículo 90, los fondos individuales seguirán estando, en principio, sujetos a las normas sobre la competencia.

373. Para responder a las cuestiones de los órganos jurisdiccionales nacionales, debe determinarse, en primer lugar, si los fondos son empresas a las cuales los Países Bajos han otorgado derechos especiales o exclusivos; en segundo lugar, si los fondos ocupan una posición dominante en una parte sustancial del mercado común, y, en tercer lugar, si los Países Bajos han —en el sentido del apartado 1 del artículo 90— «adoptado o mantenido en vigor una medida contraria a las normas del Tratado», y especialmente contraria al artículo 86, que no pueda justificarse con arreglo al apartado 2 del artículo 90.

A. *Aplicabilidad del apartado 1 del artículo 90: empresas que disfrutan de derechos especiales o exclusivos*

374. Según el Gobierno neerlandés, la resolución del Ministro por la que se declara obligatoria la afiliación se limita a crear obligaciones para las empresas afectadas, pero no otorga derechos exclusivos en materia de seguro de pensión, ni siquiera de pensiones complementarias.

375. En mi opinión, dicho argumento está mal planteado, ya que las cotizaciones reservadas por empresarios y trabajadores para las pensiones complementarias han de ser forzosamente gestionadas por los fondos. Por tanto, los fondos disfrutan de un derecho exclusivo para percibir y gestionar las cotizaciones. El derecho exclusivo de los fondos a ese respecto no es más que la otra cara de la moneda de la obligación para todo el sector de afiliar a los trabajadores a un determinado fondo de pensiones complementarias.

376. Además, cabría sostener asimismo que, con arreglo a las normas neerlandesas en materia de exenciones individuales, los fondos disfrutan de un segundo derecho exclusivo, a saber, el derecho de decidir, con carácter discrecional, sobre las solicitudes de exenciones individuales de la obligación de afiliación.

377. En consecuencia, los fondos son el tipo de empresas al que se aplica el apartado 1 del artículo 90.

180 — Sentencia de 11 de noviembre de 1997, Comisión y Francia/Ladbroke Racing (asuntos acumulados C-359/95 P y C-379/95 P, Rec. p. I-6265), apartados 32 a 37.

B. *Aplicabilidad del artículo 86: posición dominante en una parte sustancial del mercado común*

378. Según Albany, Brentjens y Drijvende Bokken, cada fondo ocupa una posición dominante en el mercado de servicios de seguros de pensión complementaria en su respectivo sector de actividad.

379. Los Fondos afirman que son unos operadores relativamente pequeños en el mercado de seguros de pensión, en el que operan muchas otras empresas. En su opinión, las alegaciones de los demandantes se basan en una definición sumamente restringida del mercado relevante.

380. Inicialmente, en sus observaciones escritas la Comisión discutió la existencia de una posición dominante, invocando principalmente los mismos argumentos utilizados por los Fondos. Sin embargo, en la vista la Comisión adoptó la postura opuesta, y se adhirió a ese respecto al Gobierno francés. Sostuvo que en los casos en que la afiliación era obligatoria no había ninguna alternativa, ni por el lado de la oferta ni por el lado de la demanda del mercado.

381. Puedo ser muy breve a este respecto. Este Tribunal ha declarado reiteradamente que puede considerarse que una empresa que disfruta de un monopolio legal sobre la prestación de determinados servicios en una parte sustancial del mercado común ocupa una posición dominante en el sentido del artículo 86 del Tratado. [181] Así pues, el hecho de que la posición que ocupa el fondo de pensiones sea consecuencia de una intervención pública carece de pertinencia. [182]

382. Cuando la afiliación es obligatoria, otras formas de seguro de pensión privado no son un sustituto válido de una pensión complementaria sectorial. Por lo que respecta a las pensiones complementarias, los empresarios y trabajadores simplemente no tienen la posibilidad de afiliarse a ningún otro fondo. Por tanto, el hecho de que cada fondo explote un solo plan de pensiones y que haya muchos otros planes más importantes tampoco es pertinente. [183]

383. Por último, cada fondo de pensiones cubre la totalidad del territorio de los Países Bajos y, por tanto, una parte sustancial del mercado común. En consecuencia, cada uno de los fondos ocupa una posición dominante por lo que respecta a la provi-

181 — Sentencias CBEM, citada en la nota 142 *supra*, apartado 16; Höfner y Elser, citada en la nota 53 *supra*, apartado 28; ERT, citada en la nota 64 *supra*, apartado 31; Merci convenzionali porto di Genova, citada en la nota 143 *supra*, apartado 14; de 12 de febrero de 1998, Raso y otros (C-163/96, Rec. p. I-533), apartado 25, y Corsica Ferries France, citada en la nota 125 *supra*, apartado 39.

182 — Sentencia CBEM, citada en la nota 142 *supra*, apartado 16.

183 — Sentencia de 13 de noviembre de 1975, General Motors/Comisión (26/75, Rec. p. 1367), apartado 9.

sión de seguros de pensión complementaria en un determinado sector de actividad en los Países Bajos.

C. *Medidas nacionales contrarias a los artículos 90 y 86*

384. Como queda indicado, Albany, Brentjens y Drijvende Bokken discuten la compatibilidad del sistema neerlandés con el apartado 1 del artículo 90 y el artículo 86 por dos motivos, remitiéndose a las sentencias del Tribunal de Justicia en los asuntos Höfner y Elser y GB-Inno-BM.

385. Por lo que respecta a la primera objeción, a saber, el argumento según el cual los servicios de pensiones ofrecidos por los fondos no satisfacen, o ya no satisfacen, las necesidades de las empresas, las demandantes alegan que las prestaciones de pensión ofrecidas son demasiado bajas, no están relacionadas con los salarios y, por ello, son sistemáticamente inadecuadas. En su opinión, hay otros efectos secundarios negativos derivados del hecho de que los empresarios tengan que establecer regímenes de pensiones adicionales y no puedan celebrar un único contrato de seguros de pensión global con una compañía de seguros. De este modo, las empresas tienen que operar con varios niveles de regímenes de pensiones diferentes, lo que incrementa los costes administrativos y origina otras pérdidas de eficiencia.

386. En segundo lugar, por lo que respecta a la alegación según la cual no debería autorizarse a los fondos a decidir por sí mismos sobre las exenciones individuales de la obligación de afiliación, las demandantes sostienen que los fondos se encuentran en una situación en la que pueden decidir el grado de competencia al que están expuestos.

387. En mi opinión, estas alegaciones plantean dos cuestiones diferentes: en primer lugar, si la afiliación obligatoria a los fondos de pensiones sectoriales, como tal, es compatible con el apartado 1 del artículo 90 y con el artículo 86, y en qué medida, y, en segundo lugar, si lo son las normas que regulan las exenciones individuales discrecionales.

1. *Compatibilidad de la obligación de afiliación con los artículos 90 y 86*

388. El apartado 1 del artículo 90 es, como ya he indicado, una aplicación especial del apartado 2 del artículo 5, e impone obligaciones a los Estados miembros, y no directamente a las empresas. De su interacción con el artículo 86 se desprende que no

puede ser la base jurídica adecuada para declarar a los Estados miembros responsables de comportamientos contrarios a la competencia independientes por parte de las empresas por el mero hecho de que tengan lugar dentro de su jurisdicción. Por consiguiente, el apartado 1 del artículo 90 sólo puede infringirse cuando haya un nexo causal entre la intervención legislativa o administrativa de un Estado miembro, por un lado, y el comportamiento contrario a la competencia de las empresas, por el otro. El Tribunal ha declarado que, en el marco del apartado 1 del artículo 90, los abusos alegados deben ser «consecuencia directa» del marco jurídico nacional. [184]

389. Ésa es una de las razones de un dilema fundamental que se plantea en la aplicación del apartado 1 del artículo 90. Por un lado, la concesión de derechos exclusivos o, en otras palabras, la creación de un monopolio legal, es una medida estatal estructural que normalmente facilita los comportamientos contrarios a la competencia. Por otro lado, la formulación del artículo 90 parece implicar que la concesión de derechos exclusivos *como tal* no puede, en principio, haber sido el tipo de medidas que los autores del Tratado pretendían prohibir mediante el apartado 1 del artículo 90.

390. En efecto, al cuestionar la obligación de afiliación, las empresas demandantes están impugnando en realidad el derecho exclusivo de los fondos. Así pues, ése es precisamente el dilema que se plantea.

391. Este Tribunal ha declarado reiteradamente que el mero hecho de crear una posición dominante mediante la concesión de derechos exclusivos normalmente no infringe el apartado 1 del artículo 90 ni el artículo 86. [185]

392. Ese principio general fue uno de los elementos centrales de la sentencia del Tribunal en el asunto Centre d'insémination de la Crespelle. [186] Se trataba del monopolio de que disfrutaban en Francia los centros de inseminación para la prestación de determinados servicios a los ganaderos. Los primero que hizo el Tribunal de Justicia fue recordar el referido principio. A continuación, declaró que el apartado 1 del artículo 90 y el artículo 86 sólo se infringían excepcionalmente si la empresa de que se trata, por el mero ejercicio del derecho exclusivo que se le había conferido, no podía evitar explotar su posición dominante de modo abusivo. A continuación, el Tribunal examinó si existía una relación causal directa entre la legislación nacional y el supuesto abuso, dejando claro que, normalmente, la mera concesión del derecho exclusivo no era suficiente para que los abusos fueran inevitables en el sentido de la fórmula que había enunciado. [187] El Tribunal declaró que, en la

184 — Sentencia Centre d'insémination de la Crespelle, citada en la nota 128 *supra*, apartado 20.

185 — Véanse, por ejemplo, las sentencias CBEM, citada en la nota 142 *supra*, apartado 17; Höfner y Elser, citada en la nota 53 *supra*, apartado 29; Merci convenzionali porto di Genova, citada en la nota 143 *supra*, apartado 16, y Corbeau, citada en la nota 141 *supra*, apartado 11.

186 — Citada en la nota 128 *supra*.

187 — Véanse, para una línea de argumentación similar, las sentencias Banchero, citada en la nota 136 *supra*, y Job Centre, citada en la nota 54 *supra*.

práctica, la legislación no «incitaba» a explotar abusivamente su posición dominante. Acto seguido, examinó, desde una perspectiva diferente, si los propios centros habían cometido algún abuso con arreglo al artículo 86 del que fueran únicos responsables.

393. No obstante, aunque normalmente los derechos exclusivos no son contrarios al apartado 1 del artículo 90 y al artículo 86, el Tribunal ha declarado reiteradamente que la libertad de los Estados miembros para conceder derechos exclusivos no deja de tener ciertos límites. En efecto, el Tribunal ha afirmado lo siguiente:

«[...] si bien el [apartado 1 del artículo 90] presupone la existencia de empresas titulares de determinados derechos especiales y exclusivos, de ello no se deduce necesariamente que todos los derechos especiales y exclusivos sean compatibles con el Tratado. Este extremo dependerá de las diferentes normas a las que el apartado 1 del artículo 90 remite.» [188]

394. Por lo que respecta al alcance de dichos límites, las fórmulas empleadas por el Tribunal no son del todo coherentes. [189] Por ello, es necesario examinar los asuntos principales en los que el Tribunal ha tenido que decidir esta misma difícil cuestión, a saber, la de si un derecho exclusivo es, como tal, compatible con el apartado 1 del artículo 90 y el artículo 86. Por supuesto, en tales casos el referido dilema se presenta de un modo particularmente pronunciado.

395. Las sentencias más importantes sobre la compatibilidad de un derecho exclusivo con el apartado 1 del artículo 90 pueden dividirse en tres grupos. En aras de la conveniencia, los denominaré asuntos del tipo ERT, [190] asuntos del tipo Höfner y Elser [191] y asuntos del tipo Corbeau. [192]

a) Los asuntos del tipo ERT

396. En el asunto ERT, era la acumulación de dos derechos exclusivos, a la emisión de los propios programas de la empresa y a la retransmisión de las emisiones extranjeras, la que causaba un conflicto de intereses. El monopolista se veía inducido a explotar abusivamente su posición dominante como consecuencia de una política discriminatoria que favorecía a sus propios programas.

188 — Sentencia de 19 de marzo de 1991, Francia/Comisión (C-202/88, Rec. p. I-1223), apartado 22.

189 — Véanse, por ejemplo, las sentencias Merci convenzionali porto di Genova, citada en la nota 143 *supra*, apartado 17, y de 25 de junio de 1998, Dusseldorp y otros (C-203/96, Rec. p. I-4075), apartado 61.

190 — Sentencia ERT, citada en la nota 64 *supra*; véanse también las sentencias Merci convenzionali porto di Genova, citada en la nota 143 *supra*, y Raso y otros, citada en la nota 181 *supra*.

191 — Sentencias Höfner y Elser, citada en la nota 53 *supra*, y Job Centre, citada en la nota 54 *supra*.

192 — Sentencia Corbeau, citada en la nota 141 *supra*; véanse también las sentencias Corsica Ferries France, citada en la nota 125 *supra*, y Sacchi, citada en la nota 139 *supra*.

397. En el asunto Raso y otros,[193] el régimen italiano de que se trataba no sólo otorgaba a las empresas de trabajos portuarios un derecho exclusivo a suministrar mano de obra temporal a determinadas empresas, sino que además permitía a dichas empresas competir con las empresas que dependían de sus servicios. También en este caso era inevitable un conflicto de intereses, ya que, mediante el mero ejercicio de su monopolio, la empresa de trabajos portuarios podía distorsionar a su favor la competencia en el mercado secundario.

398. En la sentencia Merci convenzionali porto di Genova,[194] el Tribunal, pronunciándose sobre los derechos exclusivos concedidos a las empresas y sociedades italianas de trabajos portuarios, declaró lo siguiente:

«A este respecto, de las circunstancias descritas por el órgano jurisdiccional nacional y discutidas ante este Tribunal de Justicia resulta que las empresas a las que se han conferido, según las modalidades definidas por la normativa nacional en cuestión, derechos exclusivos son inducidas, por ello, a exigir el pago de servicios no solicitados, o a facturar precios desproporcionados [...]»[195]

399. No está del todo claro, ni en el citado pasaje ni en el resto de la sentencia, si efectivamente el marco legislativo contenía elementos, al margen de la concesión de derechos exclusivos, que justificaran la aplicación del apartado 1 del artículo 90. Sin embargo, puesto que el Tribunal de Justicia se refirió a las específicas «circunstancias descritas por el órgano jurisdiccional nacional», me inclinaría a clasificar también dicho caso en el primer grupo.

400. En esos tres casos, no era sólo el propio monopolio el que infringía el apartado 1 del artículo 90 y el artículo 86, sino el monopolio en conjunción con otros elementos el que hacía muy probables los abusos. Otras medidas estructurales al margen de la concesión de un derecho exclusivo inducían a las empresas de que se trataba a explotar abusivamente su posición dominante. Sólo en esa medida estaba justificado declarar al Estado —al menos en parte— responsable del comportamiento contrario a la competencia del monopolista.

401. La cuestión que se plantea es la de si los asuntos de que ahora conoce este Tribunal presentan una situación del tipo ERT, y si existen elementos estructurales al margen de la existencia del derecho exclusivo que induzcan a los fondos a explotar abusivamente su posición dominante.

402. Se alega, en primer lugar, que hasta ahora no se ha demostrado la existencia de ninguna explotación abusiva concreta,

193 — Sentencia citada en la nota 181 *supra*.
194 — Citada en la nota 143 *supra*.
195 — Apartado 19 de la sentencia.

como por ejemplo la aplicación de cotizaciones excesivamente altas o la concesión de prestaciones excesivamente bajas.

403. Ese hecho por sí solo no resulta determinante. De la estructura del apartado 1 del artículo 90 y de la jurisprudencia de este Tribunal [196] se desprende que la cuestión no es si efectivamente se han cometido abusos, sino si el marco legislativo induce a las empresas —aunque sea hipotéticamente— a cometer tales abusos.

404. Sin embargo, no veo nada en el sistema neerlandés que induzca a los fondos a cometer tales abusos. Por el contrario, los fondos están controlados por diferentes autoridades públicas y por un consejo de afiliados. Están obligados a invertir los fondos recaudados de manera prudente. La normativa tributaria pone un límite a las prestaciones de pensión máximas. Por tanto, el margen de maniobra de los fondos a este respecto es limitado. En consecuencia, ni siquiera aunque existieran abusos concretos de ese tipo los fondos serían únicos responsables con arreglo al artículo 86.

405. Así pues, no hay en la legislación neerlandesa ningún otro elemento estructural que induzca a los fondos a explotar abusivamente su posición dominante.

196 — Sentencias Raso y otros, citada en la nota 181 *supra*, apartado 31, y GB-Inno-BM, citada en la nota 173 *supra*, apartados 23 y 24.

b) Los asuntos del tipo Höfner y Elser

406. En la sentencia Höfner y Elser, [197] se solicitó al Tribunal de Justicia que se pronunciara sobre la legalidad del monopolio de colocación existente en Alemania. El Tribunal declaró lo siguiente:

«[...] un Estado miembro sólo infringe las prohibiciones contenidas en estas dos disposiciones si la empresa de que se trata, por el mero ejercicio del derecho exclusivo que se le ha conferido, explota [léase: no puede evitar explotar] su posición dominante de modo abusivo.

Según la letra b) del apartado 2 del artículo 86 del Tratado, tal práctica abusiva puede consistir, en particular, en limitar la prestación en perjuicio de quienes solicitan el servicio de que se trata.

Ahora bien, un Estado miembro crea una situación en la que se limita la prestación, cuando es patente que la empresa a la que se ha conferido un derecho exclusivo, que se extiende a las actividades de colocación

197 — Citada en la nota 53 *supra*.

de ejecutivos y directivos de empresas, no puede satisfacer la demanda del mercado para este tipo de actividades y cuando el ejercicio efectivo de estas actividades por empresas privadas se hace imposible por el mantenimiento en vigor de una disposición legal que prohíbe tales actividades so pena de nulidad de los contratos correspondientes.» [198]

407. En el asunto Job Centre, [199] el Estado italiano hacía respetar activamente un monopolio de colocación similar mediante procesos penales. El Tribunal confirmó su sentencia Höfner y Elser. Subrayó las particularidades del mercado de prestación de servicios relacionados con la colocación de trabajadores por cuenta ajena, y declaró:

«En un mercado tan vasto y diferenciado, que, por añadidura, está sujeto a grandes cambios debidos al desarrollo económico y social, las oficinas públicas de empleo pueden no ser capaces de satisfacer una parte significativa de la totalidad de las demandas de prestaciones.» [200]

408. En esos dos asuntos, a diferencia de lo que sucedía en los asuntos del tipo ERT, el Estado no hizo nada más que conceder un derecho exclusivo. No obstante, el Tribunal de Justicia consideró que, debido al contexto económico específico y a la naturaleza de los servicios de que se trataba, el monopolista no podía evitar explotar abusivamente su posición dominante, y «limitar la producción, el mercado o el desarrollo técnico en perjuicio de los consumidores» de manera permanente, en el sentido de la letra b) del artículo 86. Por tanto, en esas circunstancias excepcionales el Tribunal consideró que estaba justificado hacer una verdadera excepción al principio de no menoscabar la libertad de los Estados miembros para conceder derechos exclusivos.

409. Sin embargo, al referirse, en la sentencia Höfner y Elser, a una empresa que *es patente* que no está en condiciones de satisfacer la demanda, el Tribunal dejó claro que tan sólo ejerce un control marginal de la legalidad de los monopolios.

410. La cuestión que se plantea es la de si los presentes asuntos presentan una situación del tipo Höfner y Elser, en la que el fondo, por el mero ejercicio de su derecho exclusivo, no puede evitar la explotación abusiva de su posición dominante. ¿Estamos ante un contexto fáctico y económico en el que es patente que los fondos de pensiones complementarias obligatorios no pueden sistemáticamente satisfacer la demanda?

411. Las partes discrepan radicalmente sobre este particular. El Tribunal no está en condiciones de resolver la cuestión, que

198 — Apartados 29 a 31 de al sentencia.
199 — Sentencia citada en la nota 54 *supra*.
200 — Apartado 34 de la sentencia.

requiere efectuar apreciaciones económicas y fácticas detalladas. En el marco de una remisión prejudicial efectuada por un órgano jurisdiccional nacional con arreglo al artículo 177 del Tratado, incumbe a los órganos jurisdiccionales nacionales efectuar dichas apreciaciones. Sin embargo, puede resultar útil dar algunas orientaciones relativas a los factores que los órganos jurisdiccionales nacionales pueden considerar relevantes al efectuar dichas apreciaciones.

412. En primer lugar, los órganos jurisdiccionales nacionales deben tener presentes las respectivas responsabilidades del Gobierno neerlandés y de los fondos en el marco del apartado 1 del artículo 90 y del artículo 86. A un Estado miembro sólo puede considerársele responsable si existe un fallo del sistema, es decir, cuando los abusos son «consecuencias directa» de su intervención regulatoria o decisoria, mientras que las empresas que disfruten de derechos exclusivos o especiales son las únicas responsables de cualquier infracción de las normas sobre la competencia que les sea exclusivamente imputable. Por tanto, no se infringirán el apartado 1 del artículo 90 y el artículo 86 cuando la única razón de que manifiestamente un fondo «no puede satisfacer la demanda» sea su propia mala gestión o su política de inversiones.

413. En segundo lugar, los órganos jurisdiccionales nacionales deben ser conscientes de que ese tipo de cuestión es siempre una cuestión de grado, plantea problemas de gran complejidad e implica realizar apreciaciones sobre importantes elecciones económicas y sociales. Por ello, debe subrayarse que, en una situación del tipo Höfner y Elser, el Tribunal de Justicia ha limitado su propio control y el de los órganos jurisdiccionales nacionales a los sistemas nacionales que sean manifiestamente inadecuados.

414. Por último, dado que la concesión de derechos exclusivos implica difíciles apreciaciones económicas, en ámbitos como éste los Estados miembros disfrutan de un cierto margen de apreciación para decidir si el monopolista puede satisfacer la demanda o no. He aquí otro motivo más para limitar el alcance del control efectuado por el órgano jurisdiccional nacional.

415. Según una alegación complementaria formulada por la Comisión, en todo caso no puede compararse a los fondos con una aseguradora normal, ya que deben limitar sus actividades a un único sector y no están autorizados para seleccionar los buenos y malos riesgos.

416. En mi opinión, dichas alegaciones están relacionadas con el apartado 2 del artículo 90 y me conducen directamente al tercer grupo de asuntos, a saber, los asuntos del tipo Corbeau.

c) Los asuntos del tipo Corbeau

417. En el asunto Corbeau, [201] se solicitó al Tribunal de Justicia que se pronunciara sobre la compatibilidad con el apartado 1 del artículo 90 y el artículo 86 del monopolio de servicios postales existente en Bélgica. El Tribunal no identificó claramente qué elementos de la legislación belga eran contrarios, en su caso, al apartado 1 del artículo 90 y al artículo 86. En su lugar, afirmó que el apartado 1 del artículo 90 debía interpretarse en relación con el apartado 2 del artículo 90, y emprendió inmediatamente un proceso de ponderación sobre la justificación del alcance del monopolio. Entre otras cosas, declaró lo siguiente:

«De este modo, [el apartado 2 del artículo 90] permite que los Estados miembros confieran a empresas, a las que encomiendan la gestión de servicios de interés económico general, derechos exclusivos que pueden obstaculizar la aplicación de las normas del Tratado sobre la competencia, en la medida en que, para garantizar el cumplimiento de la misión específica confiada a las empresas titulares de los derechos exclusivos, sea necesario establecer restricciones a la competencia o, incluso, excluir toda competencia de otros operadores económicos.» [202]

418. Recientemente, en la sentencia Corsica Ferries France [203] el Tribunal adoptó el mismo enfoque al examinar los derechos exclusivos de las corporaciones de amarradores en dos importantes puertos italianos. Sin pronunciarse sobre una infracción a primera vista del apartado 1 del artículo 90, declaró que, en todo caso, dichos derechos exclusivos estaban justificados con arreglo al apartado 2 del artículo 90.

419. Incluso la temprana sentencia en el asunto Sacchi [204] se inscribe, en mi opinión, en esta categoría. En el fallo de la sentencia, [205] el Tribunal se remitió, al igual que en otros pasajes de la sentencia, al artículo 90, sin especificar el apartado correspondiente. A la luz de las conclusiones del Abogado General Sr. Reischl, [206] no puede excluirse la posibilidad de que el Tribunal tuviera en mente el apartado 2 del artículo 90.

420. De dicha jurisprudencia se desprende que, cuando se aplica la excepción del apartado 2 del artículo 90, la concesión de derechos exclusivos está en todo caso justificada. Ahora bien, ¿se aplica el apartado 2 del artículo 90 en los presentes asuntos?

421. En el apartado 2 del artículo 90 se establece lo siguiente:

«Las empresas encargadas de la gestión de servicios de interés económico general o

201 — Sentencia citada en la nota 141 *supra*.
202 — Apartado 14 de la sentencia.
203 — Citada en la nota 125 *supra*.
204 — Citada en la nota 139 *supra*.
205 — Párrafo tercero del apartado 14.
206 — Página 443.

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

422. La primera cuestión que se plantea es la de si los fondos tienen encomendada la gestión de servicios de interés económico general. En mi opinión, pocas dudas puede haber a tal respecto.

423. En los Países Bajos, el régimen de pensiones legal tan sólo garantiza una pensión básica relacionada con el salario mínimo. Así pues, los regímenes de pensiones complementarias ayudan a garantizar que una amplia proporción de la población disfrute de prestaciones de pensión superiores al mínimo. Por tanto, los fondos tienen una finalidad social. No actúan principalmente en su propio interés ni en función del interés privado individual de sus afiliados,[207] sino principalmente en función del interés general. El legislador comunitario ha reconocido recientemente, de manera indirecta, la importante función social que desempeñan las pensiones complementarias cuando, adoptó una Directiva relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad.[208]

424. Además, como ya se ha mencionado, los fondos no tienen ánimo de lucro. Están obligados a aceptar a cualquier empresario y trabajador perteneciente al sector. Por tanto, no están autorizados a proceder a ningún mecanismo de selección de riesgos mediante cuestionarios o exámenes médicos. No existe ninguna relación entre el riesgo y las cotizaciones. Todos los afiliados pagan una cotización media que no tiene en cuenta, por ejemplo, ni la edad de los trabajadores ni el tamaño de la empresa empleadora. En caso de incapacidad laboral, se conceden exenciones de la obligación de pagar cotizaciones.

425. En consecuencia, la resolución que declara obligatoria la afiliación es un acto de la autoridad pública que encomienda al fondo de que se trate un servicio de interés general.

426. Por ello, la siguiente cuestión, a saber, si eliminar el sistema de afiliación obligatoria impediría, de hecho o de Derecho, el cumplimiento de la misión confiada a los fondos, resulta determinante.

207 — Sentencias BRT, citada en la nota 106 *supra*, apartado 23, y Züchner, citada en la nota 50 *supra*, apartado 7, *a contrario*.

208 — Directiva 98/49/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998 (DO L 209, p. 46).

427. Los Fondos y el Gobierno neerlandés sostienen que el mantenimiento de sus derechos exclusivos es una condición necesaria para la supervivencia de estos regímenes de pensiones. Remitiéndose a la sentencia de este Tribunal en el asunto Corbeau, sostienen que si la afiliación no fuera obligatoria su equilibrio financiero correría peligro. A ese respecto, utilizan el argumento de un círculo vicioso, en el que los «buenos riesgos» (es decir, las grandes empresas con un personal joven y sano que ejercen actividades no peligrosas) buscarían regímenes más ventajosos con aseguradoras privadas, dejando a los fondos con una elevada concentración de malos riesgos. A su vez, esto causaría un aumento del coste de las pensiones para los trabajadores, por ejemplo, de las pequeñas y medianas empresas con un personal de más edad y que ejercen actividades peligrosas. Como consecuencia de ello, resultaría mucho más difícil, y tal vez incluso imposible, asegurar los malos riesgos a precios aceptables.

428. Además, sostienen que sólo gracias a la afiliación obligatoria es posible mantener las cotizaciones medias (no relacionadas con el riesgo) y las pensiones medias (no relacionadas con el salario). En su opinión, las aseguradoras privadas no podrían ofrecer en ningún caso un seguro de pensión de este tipo.

429. Según Albany, Brentjens y Drijvende Bokken, el sistema neerlandés de afiliación obligatoria excede de lo necesario para alcanzar el objetivo de un nivel adecuado de protección social.

430. En primer lugar, sería suficiente que los convenios colectivos contuvieran unas exigencias mínimas en materia de pensiones. En principio, la definición de normas detalladas sobre la administración de las cotizaciones de pensión percibidas debería dejarse a los empresarios. En caso necesario, estas exigencias mínimas podían imponerse asimismo por ley. Un buen ejemplo de ello es una Ley vigente desde el 1 de enero de 1998 que prohíbe practicar exámenes médicos previos en el marco de los contratos de seguros de pensión colectivos.

431. Por lo que respecta a la alegación según la cual las primas y prestaciones medias sólo son viables en el marco de la afiliación obligatoria, se afirma que un sistema de cotizaciones medias ya no constituye, en la práctica, un elemento esencial de los planes de pensiones complementarias, y que la ley no lo exige. A la inversa, diversos planes de pensiones sectoriales funcionan con primas medias y sin necesidad de la afiliación obligatoria.

432. Por último, existe evidencia empírica de que la afiliación obligatoria no es necesaria, ya que en los Países Bajos hay

quince planes de pensiones complementarias que funcionan sin afiliación obligatoria.

433. En mi opinión, sigue habiendo demasiados elementos importantes relacionados con el contexto fáctico que aún son objeto de litigio entre las partes y/o no están del todo claros.

434. Por ejemplo, ¿por qué determinados fondos de pensiones sectoriales pueden sobrevivir sin necesidad de afiliación obligatoria? La respuesta escrita del Gobierno neerlandés a una pregunta formulada por el Tribunal de Justicia no disipa todas las dudas al respecto, y además fue parcialmente discutida por las demandantes. En la vista, las partes no consiguieron ponerse de acuerdo tampoco sobre la cuestión de si las cotizaciones y prestaciones medias seguían siendo un elemento característico de los fondos de pensiones complementarias sectoriales de los Países Bajos y, de ser así, en qué medida.

435. En consecuencia, una vez más el Tribunal no está en condiciones de resolver si la eliminación de la obligación de afiliación impediría el cumplimiento de hecho o de Derecho de la misión específica confiada a los fondos de pensiones. Corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales proceder al examen detallado de todas las cuestiones económicas, financieras y sociales pertinentes, para lo cual tendrán que tener en cuenta las siguientes observaciones.

436. El apartado 2 del artículo 90 pretende conciliar el interés de los Estados miembros en utilizar a determinadas empresas como instrumento de su política económica o social con el interés comunitario en asegurar la observancia de las normas sobre la competencia y el mercado interior. [209] Por tratarse de una disposición que permite admitir excepciones a las normas del Tratado, debe interpretarse en sentido estricto. [210]

437. Sin embargo, al definir los servicios de interés económico general que encomiendan a determinadas empresas, no puede prohibirse a los Estados miembros que tengan en cuenta objetivos de política nacional. [211] A ese respecto, debe tenerse presente que los Estados miembros mantienen la competencia de ordenar sus sistemas de Seguridad Social. [212] Por tanto, los Estados miembros disfrutan de un amplio margen de discrecionalidad en dicho ámbito.

438. El Tribunal ha aclarado recientemente que para que se aplique la excepción del

209 — Sentencia de 23 de octubre de 1997, Comisión/Países Bajos (C-157/94, Rec. p. I-5699), apartado 39.

210 — *Ibidem*, apartado 37.

211 — *Ibidem*, apartado 40.

212 — Sentencias de 7 de febrero de 1984, Duphar (238/82, Rec. p. 523), apartado 16; Poucet y Pistre, citada en la nota 55 *supra*, apartado 6, y Sodemare y otros, citada en la nota 57 *supra*, apartado 27.

apartado 2 del artículo 90 no es necesario que la propia supervivencia de la empresa esté amenazada.[213] Del tenor de dicha disposición se desprende que es suficiente con que la aplicación de las normas sobre la competencia impida, de hecho o de Derecho, el cumplimiento de la misión específica confiada a dicha empresa.

439. Por tanto, los órganos jurisdiccionales nacionales deberán determinar en primer lugar cuáles son exactamente las obligaciones de servicio público impuestas a los fondos y, en segundo lugar, si se impediría el cumplimiento de dichas obligaciones de no existir la afiliación obligatoria.

440. En consecuencia, la obligación de afiliación como tal sólo infringirá el apartado 1 del artículo 90 y el artículo 86 si, debido al marco normativo neerlandés, es patente que los fondos no pueden satisfacer la demanda y si la eliminación de la obligación de afiliación no impediría el cumplimiento de los servicios de interés general confiados a los fondos.

2. Las normas relativas a la concesión discrecional de exenciones de la obligación de afiliación

441. Como ya se ha indicado, el sistema neerlandés contiene normas en materia de exenciones individuales de la obligación de afiliación cuando los empresarios o los trabajadores han establecido o deseen establecer regímenes especiales de pensiones alternativos. Tres son los elementos importantes de dichas normas. En primer lugar, la decisión sobre las exenciones individuales la adopta el propio fondo sectorial competente. En segundo lugar, en la mayoría de los casos el fondo goza de discrecionalidad a este respecto. En tercer lugar, como consecuencia de dicha discrecionalidad los órganos jurisdiccionales nacionales tan sólo ejercen un control marginal de la decisión del fondo.[214]

442. Albany, Brentjens y Drijvende Bokken, remitiéndose a la sentencia en el asunto GB-Inno-BM,[215] sostienen que dichas normas infringen el apartado 1 del artículo 90 y el artículo 86 porque colocan a los fondos en una posición en la que pueden decidir por sí mismos el grado de competencia al que están expuestos.

443. Por el contrario, los Fondos sostienen que, de hecho, su margen de discrecionalidad es limitado. En la práctica, los fondos no pueden conceder exenciones con mayor frecuencia, porque eso crearía precedentes peligrosos. La concesión de un mayor número de exenciones pondría en peligro la solidaridad intrasectorial, la afiliación obligatoria como tal y, en última instancia, la existencia de los fondos. En su opinión, de ello se desprende que los fondos no son comparables a la entidad pública de que se trataba en el asunto GB-Inno-BM.

213 — Sentencia Comisión/Países Bajos, citada en la nota 209 *supra*, apartado 43.

214 — Véanse los puntos 352 a 363 *supra*.

215 — Citada en la nota 173 *supra*.

444. La Comisión sostiene, en primer lugar, que la posibilidad de otorgar exenciones individuales es una apertura excepcional de un sistema por lo demás herméticamente cerrado. En su opinión, no sería coherente examinar la compatibilidad de las normas en materia de exenciones individuales si la obligación de afiliación como tal es compatible con el Tratado.

445. Si entiendo correctamente el argumento de la Comisión, cualquier norma relativa a las exenciones individuales sería automáticamente legal una vez que se haya declarado que la afiliación obligatoria y, por ende, el derecho exclusivo de los fondos como tal, es compatible con el apartado 1 del artículo 90 y con el artículo 86.

446. No estoy de acuerdo con esa opinión.

447. El alcance del monopolio de cada fondo está determinado no sólo por la resolución que declara obligatoria la afiliación, sino también por las posibilidades de exención disponibles. Si se declarara que el derecho exclusivo de los fondos como tal es legal, efectivamente sería contradictorio sostener que el apartado 1 del artículo 90 y el artículo 86 exigen la introducción de nuevos motivos de exención (obligatorios). En esa medida, estoy de acuerdo con la Comisión.

448. Sin embargo, aquí se trata de un problema diferente. La cuestión no radica en el alcance material del derecho exclusivo de los fondos tal y como ha sido determinado por la resolución por la que se establece la afiliación obligatoria y por los motivos de exención que pueden invocarse, sino el mecanismo formal mediante el cual se adoptan las decisiones relativas a dicho alcance. Cuando un fondo toma una decisión discrecional sobre una solicitud de exención individual, de hecho está determinando el alcance de su monopolio legal. Esa delegación del poder de decisión no es un elemento necesario e inherente a las normas relativas al alcance material del derecho exclusivo. Por tanto, puede ser separado de dichas normas y cuestionado por separado.

449. En la vista, la Comisión alegó, en segundo lugar, que no hay nada en el marco normativo de los Países Bajos que induzca a los fondos a hacer un mal uso de su discrecionalidad. Remitiéndose a la sentencia Centre d'insémination de la Crespelle,[216] la Comisión afirmó que los fondos eran, por tanto, los únicos responsables de cualquier abuso que se produjera.

450. Tampoco en este caso me convence. Al encomendar a los fondos la decisión

216 — Citada en la nota 128 *supra;* analizada en el punto 392 *supra.*

sobre las exenciones individuales, la legislación neerlandesa crea un evidente conflicto de intereses.

451. Al adoptar normas en materia de exenciones discrecionales, el legislativo neerlandés reconoció que puede haber situaciones en que empresas pertenecientes a un determinado sector puedan tener intereses legítimos en solicitar una exención. Cabe pensar, por ejemplo, en empresas pertenecientes a un grupo de empresas con su propia política de pensiones de grupo, o en otras situaciones recogidas ahora como motivos de exención obligatorios en la última versión de las directrices en materia de exenciones. [217]

452. En cambio, los fondos sectoriales tienen un evidente interés en mantener un alto grado de afiliación. Cuanto mayor es el número de afiliados, por ejemplo, mayores son las economías de escala que se obtienen en relación con los costes administrativos, mayor el poder de compra en los mercados de capitales y más ventajosa es la distribución de los riesgos.

453. Las directrices en materia de exenciones, en la versión aplicable en los procedimientos principales, encomiendan a los fondos la misión de equilibrar esos dos conjuntos de intereses contrapuestos. Así pues, en cierto sentido el fondo es simultáneamente juez y parte.

454. Es jurisprudencia consolidada que la creación de este tipo de conflictos de intereses infringe el apartado 1 del artículo 90 y el artículo 86.

455. En la sentencia Francia/Comisión, [218] se solicitó al Tribunal de Justicia que se pronunciara sobre una Directiva basada en los apartados 1 y 3 del artículo 90 [219] que obligaba a los Estados miembros a velar por que la responsabilidad normativa y de supervisión en materia de aparatos terminales de telecomunicaciones fuera encomendada a un organismo independiente de la empresa que explota la red pública. El Tribunal declaró lo siguiente:

«[...] un sistema de competencia no falseada como el previsto por el Tratado tan sólo será posible si se garantiza la igualdad de oportunidades entre los diferentes agentes económicos. Encomendar a una empresa que comercializa aparatos terminales la tarea de formalizar las especificaciones a las que deberán ajustarse los aparatos terminales, de controlar su aplicación y de homologar dichos aparatos equivale a atribuirle la facultad de determinar a su arbitrio qué aparatos terminales

217 — Véase el punto 360 *supra*.

218 — Citada en la nota 188 *supra*.

219 — Véase el apartado 13 de la sentencia.

podrán ser conectados a la red pública y a concederle, de este modo, una ventaja evidente sobre sus competidores.» [220]

456. En la sentencia GB-Inno-BM, [221] el Tribunal reiteró dicha afirmación y añadió que «el mantenimiento de una competencia efectiva y la garantía de transparencia exigen» que la entidad que adopta medidas regulatorias y concede la homologación sea independiente de cualquier empresa que opere en el mercado de aparatos terminales.

457. En la sentencia Tranchant, [222] el Tribunal declaró, de manera más concreta, que el requisito de independencia «tiene por objeto evitar todo riesgo de conflicto de intereses entre la autoridad reguladora [...], por un lado, y las empresas [...], por otro».

458. En otros asuntos similares el Tribunal ha ejercido también un control estricto del requisito de independencia. [223] En las sentencias Decoster [224] y Taillandier, [225] el Tribunal declaró, por ejemplo, que la independencia no estaba garantizada cuando distintas Direcciones Generales del ministère des Postes et Télécommunications (Ministerio francés de Correos y Telecomunicaciones) eran simultáneamente responsables de la explotación de la red pública y de la aplicación de la política comercial, por un lado, y de la homologación de los aparatos terminales, por otro.

459. En las sentencias en los asuntos ERT [226] y, más recientemente, Raso y otros, [227] se declaró que un tipo diferente de conflicto de intereses infringía el apartado 1 del artículo 90 y el artículo 86. Especialmente en esta última sentencia, el Tribunal explica claramente por qué este tipo de conflictos de intereses constituyen una amenaza para el proceso competitivo y para los competidores.

460. Además, de las sentencias en los asuntos GB-Inno-BM [228] y Raso y otros [229] se desprende que es el hecho de que el marco legal cause el conflicto de intereses de que se trata el que es contrario al apartado 1 del artículo 90 y al artículo 86. No es necesario identificar ningún caso concreto de abuso.

461. En los presentes asuntos, los peligros inherentes a este tipo de conflictos de intereses se ven considerablemente agrava-

220 — Apartado 51 de la sentencia.

221 — Citada en la nota 173 *supra*, apartado 26.

222 — Sentencia de 9 de noviembre de 1995 (C-91/94, Rec. p. I-3911), apartado 19.

223 — Sentencias de 17 de noviembre de 1992, España y otros/Comisión, «servicios de telecomunicaciones» (asuntos acumulados C-271/90, C-281/90 y C-289/90, Rec. p. I-5833), apartado 22, y de 27 de octubre de 1993, Decoster (C-69/91, Rec. p. I-5335), y Taillandier (C-92/91, Rec. p. I-5383).

224 — Citada en la nota 223 *supra*.

225 — Citada en la nota 223 *supra*.

226 — Citada en la nota 64 *supra*, apartado 37.

227 — Citada en la nota 181 *supra*, apartados 28 a 31.

228 — Citada en la nota 173 *supra*, apartados 23 y 24.

229 — Apartado 31.

dos por otros dos elementos del sistema, a saber, la discrecionalidad de los fondos y el control jurisdiccional limitado de sus decisiones.

462. En relación con una situación similar, aunque en un contexto diferente, el Tribunal ya declaró, en la sentencia Meroni/Alta Autoridad, lo siguiente:

«las consecuencias derivadas de una delegación de facultades son muy diferentes según se refiera a facultades de ejecución netamente delimitadas y cuyo uso, por ello, puede ser controlado rigurosamente en relación con criterios objetivos fijados por la autoridad delegante, o una facultad discrecional, que implica una amplia libertad de apreciación, que pueda traducirse a través del uso que se haga de ella en una verdadera política económica». [230]

463. Por lo que respecta, más concretamente, a la discrecionalidad de los fondos, resulta pertinente la sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Lagauche y otros. [231] También al operador de telecomunicaciones belga se le había encomendado la misión de conceder la homologación de los aparatos de telecomunicaciones. A diferencia de la situación que se daba en el asunto GB-Inno-BM, era sin embargo el Ministro el que definía las especificaciones técnicas requeridas para dicha homologación. A falta de cualquier discrecionalidad, el Tribunal no consideró que hubiera infracción del apartado 1 del artículo 90 y del artículo 86.

464. Por lo que respecta a la importancia de un control jurisdiccional pleno, tal vez sea suficiente remitirse a los mismos dos asuntos, GB-Inno-BM [232] y Lagauche y otros. [233] En ambas sentencias, el Tribunal dejó claro —aunque en el contexto del artículo 30— que las decisiones de una entidad con autoridad normativa de supervisión que puedan afectar a los derechos que confiere a los particulares el Derecho comunitario deben poder ser objeto de control jurisdiccional.

465. En los presentes asuntos, las directrices en materia de exenciones crean un marco normativo en el que están presentes los tres elementos determinantes, a saber, la existencia de un conflicto de intereses, la discrecionalidad y el control jurisdiccional meramente marginal. Por tanto, concluyo, sin que sea necesario tomar postura sobre la nueva versión de las directrices en materia de exenciones, que las normas neerlandesas relativas a la exención individual discrecional infringen el apartado 1 del artículo 90 y el artículo 86.

466. Queda por abordar brevemente las alegaciones formuladas en último lugar por

230 — Sentencia de 13 de junio de 1958, Meroni/Alta Autoridad (9/56, Rec. pp. 133 y ss., especialmente p. 152).

231 — Sentencia de 27 de octubre de 1993 (asuntos acumulados C-46/90 y C-93/91, Rec. p. I-5267).

232 — Sentencia citada en la nota 173 *supra*, apartados 34 a 36.

233 — Sentencia citada en la nota 231 *supra*, apartados 25 a 29.

la Comisión. Ésta sostiene, en primer lugar, que de hecho el Consejo de Administración del fondo es el único órgano que puede decidir sobre las solicitudes de exención. En segundo lugar, invoca la posibilidad de presentar una reclamación ante la Verzekeringskamer.

467. En mi opinión, la primera alegación está —al menos en parte— en contradicción con la segunda. Si la Verzekeringskamer independiente puede resolver las reclamaciones relativas a las decisiones del fondo, ¿por qué no es capaz de tomar decisiones sobre exenciones individuales? ¿Por qué ningún otro órgano independiente ha de ser capaz de encontrar el equilibrio entre los intereses de los fondos y los de los afiliados? Por lo que respecta a la segunda alegación, en las fases escrita y oral del procedimiento quedó claro, como ya se ha indicado, que la Cámara no puede adoptar decisiones jurídicamente vinculantes. Así pues, la reclamación ante la Verzekeringskamer no es un medio de recurso adecuado.

468. En consecuencia, normas del tipo de las directrices neerlandesas en materia de exenciones infringen el apartado 1 del artículo 90 y el artículo 86 en la medida en que facultan a los fondos para adoptar decisiones discrecionales sobre las solicitudes de exención individual de la obligación de afiliación que sólo son objeto de un control jurisdiccional marginal.

X. Efectos jurídicos de la sentencia del Tribunal de Justicia

469. El Hoge Raad solicita al Tribunal que especifique expresamente las consecuencias de su sentencia.

470. De las consideraciones anteriores se desprende que deben distinguirse dos elementos en la legislación neerlandesa: la afiliación obligatoria como tal y las normas en materia de exenciones individuales discrecionales.

471. La primera cuestión tan sólo se plantearía si el órgano jurisdiccional nacional declarara que el sistema neerlandés de afiliación obligatoria, como tal, o una resolución por la que se declara obligatoria la afiliación a un determinado fondo, son contrarios al apartado 1 del artículo 90 y al artículo 86, y se refiere a las consecuencias de dicha sentencia.

472. En contra de lo que sostienen los Fondos, esa sentencia nacional se basaría en la *lex specialis* del apartado 1 del

artículo 90 y del artículo 86, y no en el párrafo segundo del artículo 5.[234] El apartado 1 del artículo 90 y el artículo 86 tienen efecto directo.[235] Por tanto, en principio, las leyes y resoluciones nacionales por las que se declara obligatoria la afiliación serían inaplicables.[236]

473. El Gobierno neerlandés solicita al Tribunal de Justicia que limite los efectos temporales de su sentencia.

474. La interpretación que hace el Tribunal de Justicia de una norma de Derecho comunitario se limita a aclarar y precisar el significado y el alcance de dicha norma, tal como debe o habría debido ser entendida y aplicada en el momento de su entrada en vigor. Sin embargo, el Tribunal de Justicia ha declarado que, excepcionalmente, en aplicación del principio general de seguridad jurídica y teniendo en cuenta los graves efectos que su sentencia puede tener, pueden limitarse los efectos temporales de su sentencia con respecto al pasado.[237]

475. En contra de dicha limitación podría sostenerse que, desde la remisión prejudicial del Hoge Raad en el asunto Van Schijndel y Van Veen,[238] los agentes económicos interesados podían haber albergado dudas sobre la legalidad de la afiliación obligatoria a los fondos de pensiones complementarias.[239]

476. Por otro lado, en el ámbito de las pensiones la necesidad de una limitación *ratione temporis* es particularmente acusada. Las sentencias sin tales limitaciones podrían trastocar retroactivamente el equilibrio financiero de muchos planes de pensiones y cuestionar situaciones legales que han agotado todos sus efectos en el pasado.[240] Por ello, me inclino a apoyar una limitación excepcional *ratione temporis* de los efectos de la sentencia.

477. Debe subrayarse que sólo el Tribunal de Justicia puede decidir una restricción excepcional y que dicha limitación únicamente puede admitirse en la misma sentencia que resuelve sobre la interpretación solicitada.[241]

478. Según mi análisis, en los presentes asuntos es el órgano jurisdiccional nacional el que tendrá que resolver definitivamente sobre la compatibilidad de la afiliación obligatoria con el Derecho comunitario. En

234 — Véanse el punto 304 *supra* y la sentencia Centre d'insémination de la Crespelle, citada en la nota 128 *supra*, apartado 15.

235 — Sentencia Merci convenzionali porto di Genova, citada en la nota 143 *supra*, apartado 23.

236 — Sentencias de 4 de abril de 1968, Lück (34/67, Rec. pp. 245 y ss., especialmente p. 251), y de 22 de octubre de 1998, IN. CO. GE'90 y otros (asuntos acumulados C-10/97 a C-22/97, Rec. p. I-6307), apartados 18 a 21.

237 — Sentencia de 15 de septiembre de 1998, Edis (C-231/96, Rec. p. I-4951), apartados 15 y 16.

238 — Sentencia citada en la nota 2 *supra*.

239 — Sentencia Bosman, citada en la nota 21 *supra*, apartado 146.

240 — Sentencia Barber, citada en la nota 91 *supra*, apartado 44.

241 — Sentencia de 27 de marzo de 1980, Salumi (asuntos acumulados 66/79, 127/79 y 128/79, Rec. p. 1237), apartado 11.

mi opinión, eso no impide al Tribunal, sin embargo, tomar la decisión final sobre los efectos *ratione temporis* de su sentencia, basando expresamente su sentencia en el supuesto de que, a la luz de su interpretación, los órganos jurisdiccionales nacionales declaren el marco normativo neerlandés contrario al apartado 1 del artículo 90 y al artículo 86.

479. La segunda cuestión se refiere a los efectos de una sentencia que declara incompatibles con el apartado 1 del artículo 90 y el artículo 86 normas en materia de exenciones individuales como las vigentes en los Países Bajos.

480. Debido al efecto directo del apartado 1 del artículo 90 y del artículo 86, las normas en materia de exenciones individuales discrecionales son inaplicables. Dado que dichas normas pueden considerarse por separado, como ya se ha indicado, no se verían afectadas las normas relativas a la afiliación obligatoria como tales. [242] Los demás efectos se regirían asimismo por el Derecho nacional, dentro de los límites impuestos por el Derecho comunitario.

242 — Véanse, en una situación comparable, las conclusiones del Abogado General Sr. Tesauro en el asunto en el que recayó la sentencia Decoster, citada en la nota 223 *supra*, Rec. p. 5371.

XI. Conclusión

En consecuencia, propongo al Tribunal de Justicia que responda del siguiente modo a las cuestiones planteadas en los presentes asuntos:

«1) No se infringe el apartado 1 del artículo 85 del Tratado CE cuando los representantes de los empresarios y los trabajadores de un determinado sector de la economía acuerdan, en el marco de la negociación colectiva, establecer un único fondo de pensiones sectorial y solicitan conjuntamente a las autoridades que declaren obligatoria la afiliación al fondo para todas las personas pertenecientes a dicho sector.

2) No se infringen los artículos 5 y 85 del Tratado cuando, a raíz de una petición conjunta de los representantes de los empresarios y los trabajadores, un Estado miembro declara obligatoria la participación en un plan de pensiones sectorial para todas las empresas pertenecientes a dicho sector.

3) Los fondos de pensiones sectoriales neerlandeses son "empresas" en el sentido de las normas sobre la competencia del Tratado.

4) El apartado 1 del artículo 90 y el artículo 86 sólo se oponen a las normas relativas a la afiliación obligatoria a los fondos de pensiones sectoriales como las normas vigentes en los Países Bajos si, debido al marco normativo y a la resolución que declara obligatoria la afiliación, es patente que los fondos no pueden satisfacer la demanda y si la eliminación de la afiliación obligatoria

impediría el cumplimiento de los servicios de interés general confiados a los fondos.

El apartado 1 del artículo 90 y el artículo 86 del Tratado se oponen a normas como las directrices neerlandesas en materia de exenciones en la medida en que facultan a los fondos de pensiones sectoriales para adoptar decisiones discrecionales sobre las solicitudes de exención individual de la obligación de afiliación que sólo son objeto de un control jurisdiccional marginal.

5) En la medida en que las normas nacionales sean declaradas contrarias al apartado 1 del artículo 90 y al artículo 86 del Tratado, dichas normas son inaplicables, sin perjuicio de una posible limitación, impuesta por el Tribunal de Justicia, de los efectos temporales de su sentencia.»