

EL NUEVO REGLAMENTO DEL CONSEJO EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 81 (3) DEL TRATADO DE ROMA A LAS EXCEPCIONES INDIVIDUALES DE CARTELES*

CATALINA ARBELÁEZ BOLAÑOS**

RESUMEN

Este artículo se ocupa de presentar las discusiones que se dieron alrededor de la modificación hecha a la legislación de competencia de la Unión Europea, en relación con las excepciones a los cárteles de las que trata el artículo 81 (3) del Tratado de Roma. De acuerdo con esta modificación, el régimen de prohibición general de los cárteles establecido en el reglamento (CE) n° 17/62 del 6 de febrero de 1962, se cambia por el régimen de la excepción legal, a través del reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, del 16 de diciembre de 2002.

La discusión que se presenta en este artículo se centra en dos aspectos básicos: el relativo a la compatibilidad del nuevo

* El presente artículo fue escrito con anterioridad a la expedición del reglamento del consejo al cual se hace referencia.

** La autora es abogada de la Universidad Externado de Colombia, PhD de la Universidad de Konstanz, Alemania, y actualmente trabaja en la firma de Abogados Parra, Rodríguez y Cavellier.

reglamento, como norma de derecho secundario, con el derecho primario comunitario y el relativo a la cuestión de si el cambio constituye un relajamiento en los niveles de exigencia de la competencia que debe existir entre los empresarios.

Palabras clave: reglamento (CE) n° 1/2003, 16.12.2002, sistema general de prohibición, sistema de excepción legal, derecho secundario vs. derecho primario.

ABSTRACT

This Article is about the discussions regarding the amendment made to the competition European Law concerning the cartel exceptions of Article 81(3) of the Roma Treaty. According to this modification, the general prohibition criterion applied to cartels by the Council Regulation (EC) n° 17/62 of February 6 1962, is changed—through the Council Regulation (EC) n° 1/2003 of December 16 2002—for a legal exception system.

The debate about this article is focused in two aspects: the first one, regarding the compatibility of the new Regulation as secondary law with the primary European Law; the second one, relating to the matter of the new Regulation as a norm which implies a reduction of competition rules requirements among firms.

Key words: Council Regulation (EC) n° 1/2003, 16.12.2002, general prohibition system, legal exception system, secondary law vs. Primary law.

Sumario

Introducción

- I. La aplicación del artículo 81 por parte de los órganos comunitarios y de las autoridades y jueces nacionales. Las excepciones a la aplicación del artículo 81 (1)
 1. El reglamento (CE) n° 17/62)
 2. Las excepciones individuales de aplicación del artículo 81 (3)
- II. Reglamento (CE) n° 1/2003 del consejo, de 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del tratado
 1. Del principio general de prohibición de los carteles al principio de la excepción legal
 2. Los fundamentos de hecho del *Libro blanco*
 3. La crítica alemana al *Libro blanco*
- III. Los fundamentos jurídicos del *Libro blanco* ¿es compatible la nueva reglamentación con el derecho primario?
 1. Antecedentes
 2. La aplicación del artículo 81
 - 2.1. El artículo 81 no es en su totalidad de aplicación inmediata
 - 2.2. El nuevo reglamento viola el derecho primario europeo
- IV. ¿Es un sistema mejor que el otro?
- V. Exageración teutónica

INTRODUCCIÓN

A partir del próximo 1° de mayo entra en vigencia en la Unión Europea —la UE— el reglamento (CE) n° 1/2003 del Consejo, del 16 de diciembre de 2002, relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado de Roma¹, en adelante, el tratado.

1 *Diario Oficial* de las Comunidades Europeas n° L 001 de 04/01/2003, págs. 1-25.

Desde la expedición del *Libro blanco* de la Comisión² en el año 1999, que ya contiene las propuestas básicas del nuevo reglamento, se han suscitado importantes discusiones, las cuales han tenido su principal foro en Alemania, país que dispone de una rica legislación en materia de competencia, una jurisprudencia nacional muy importante y una amplia doctrina en el tema.

Los aspectos alrededor de los cuales se han dado los debates³ pueden resumirse así:

- el cuestionamiento sobre la aptitud del nuevo reglamento para contrarrestar los problemas que dieron fundamento a su expedición;
- las dudas acerca de la coherencia en la aplicación del artículo 81 que genera el hecho de que el mismo vaya a ser aplicado en su totalidad por parte de las autoridades nacionales de los estados miembros⁴ a través de la creación de una red de autoridades nacionales encargadas del tema;

2 Comisión, *Libro blanco* sobre la modernización de las normas de aplicación de los artículos 85 y 86 del tratado CE, programa de la Comisión n° 99/027, 1999, C 132/01.

3 Frankfurter Institut, *Stiftung Marktwirtschaft und Politik*. “*Perspektiven des Europäischen Kartellrechts. Redigiertes Protokoll einer Tagung des Frankfurter Institut am 8. Juli 1999*”, Frankfurt. Se trata de un extenso documento que contiene una discusión sobre el tema, en la que participaron representantes de la industria, académicos, abogados y funcionarios, entre otros A. WILLIAM KIST, director general de Competencia de Holanda; ERNST-J. MESTMÄCKER, director del Max-Planck-Institut para derecho privado internacional y extranjero; prof. Dr. WERNHARD MÖSCHEL, presidente de la Comisión de Monopolio de Alemania; Dr. ALEXANDER SCHAUB, director general de competencia de la Dirección General de Competencia de la Comisión Europea, Dr. KURT STOCKMANN, vicepresidente del Bundeskartellamt de Alemania.

4 KAMANN, HANS GEORG/HORSTKOTTE, CHRISTIAN, “*Kommission versus nationale Gerichte – Kooperation oder Konfrontation im Kartellverfahren – Das Masterfood Urteil des EuGH im Licht der geplanten Kartellverfahrensverordnung*”. *Wirtschaft und Wettbewerb — WuW—*, 2001, pág. 458 y sigs. JAEGER, WOLFGANG. “*Die möglichen Auswirkungen einer Reform des EG-Wettbewerbsrecht für die nationalen Gerichte*”, *WuW*, 2000, pág. 1062 y sigs. WEYER, HARTMUT, “*Konkurrierende Anwendung des Art. 81 EGV durch Kommission und nationale Gerichte*”, *WuW*, 2000, pág. 842 y sigs.

- los eventuales conflictos entre los derechos nacionales y el derecho europeo;
- la cuestión de la seguridad jurídica de los empresarios⁵ respecto de los acuerdos que celebran, en la medida en que las excepciones individuales no serán más objeto de dispensa por parte de la Comisión, sino que los empresarios con sus abogados serán los encargados de analizar en cada caso si el correspondiente acuerdo cumple con los requisitos para la dispensa de aplicación del artículo 81 (1), es decir con los requisitos del artículo 81 (3);
- la validez supranacional de las sentencias de los jueces nacionales en el territorio de toda la Unión y los eventuales conflictos que pueden surgir de decisiones diferentes sobre un mismo caso ante distintas jurisdicciones;
- el *forum shopping* en que puede convertirse la aplicación del artículo 81, si cada empresario puede decidir a que jurisdicción nacional lleva su caso;
- la cuestión de a quien corresponde la carga de la prueba en los procesos que se adelanten con base en el artículo 81;
- el futuro papel de la Comisión como rectora de la política de competencia de la Unión ante la pérdida de la función de otorgar las dispensas individuales, función que ha venido ejerciendo de manera exclusiva con un amplio espacio de discrecionalidad;
- las implicaciones que trae el cambio de paradigma en el tema de los carteles sobre los acuerdos internacionales relativos a la competencia que ha celebrado la Unión Europea con otros países.

Este artículo se centra en la discusión de dos aspectos aún no mencionados: el relativo a la compatibilidad del nuevo reglamento, como norma de derecho secundario, con el derecho primario comunitario y

5 BARTOSCH, ANDREAS, “*Von der Freistellung zur Legalausnahme – was geschieht mit der Rechtsicherheit?*”, WuW, 2000, pág. 462 y sigs.

el relativo a la cuestión de si el cambio constituye un relajamiento en los niveles de exigencia de la competencia que debe existir entre los empresarios. Si bien todos los demás temas enumerados y que han sido objeto de debate son importantes, los puntos escogidos para este artículo revisten un interés especial para nosotros en Colombia: el primero, desde la perspectiva del derecho de la integración que es un ámbito en que nos falta bastante por recorrer; el segundo, desde la perspectiva misma del derecho de la competencia, por cuanto los principios que rigen los carteles en nuestro país son muy similares a los que han regido en la Unión Europea.

En este artículo se hace un breve repaso del régimen actual, el cual se basa fundamentalmente en el reglamento (CE) n° 17/62 del 6 de febrero de 1962, primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del tratado⁶; luego se presentan algunas de las propuestas del *Libro blanco* y de sus argumentos, así como su consecuencia final, el nuevo reglamento, en la parte de interés para la problemática seleccionada; finalmente se exponen la discusión y los puntos de vista de distintos autores.

Aunque Alemania votó de manera favorable la adopción del reglamento⁷, la posición inicial del *Bundeskartellamt*⁸ fue la de que existían dudas sobre el fundamento jurídico del mismo, con lo que este podría ser contrario al derecho primario⁹. En el mismo sentido se pronunciaron el Comité Consultivo del Ministerio de Economía y Tecnología, que incluso hizo la recomendación de que se solicitara la

6 Reglamento (CE) n° 17/62, primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del tratado, *Diario Oficial* n° 013 de 21/02/1962, págs. 204-211, con vigencia a partir del 13 de marzo 1962.

7 KLOCKER, PETER, “*Fit machen für den Kulturwechsel!*”, WuW, 2002, págs. 1151.

8 El *Bundeskartellamt* es la agencia del gobierno encargada de los asuntos de competencia en Alemania. Es una autoridad independiente que pertenece al Ministerio de Economía y Tecnología.

9 En www.bundeskartellamt.de/press_releases-1999-englisch.html. “*Statement by the Government of the Federal Republic of Germany on the White Paper of the European Commission on the modernization of the rules implementing Articles 81 and 82 of the EC Treaty*”, 29. 10.1999, véase también MÖSCHEL, “*Defätismus in Brüssel?*”, WuW, 2000, pág. 951.

declaratoria de nulidad del reglamento¹⁰ al amparo del artículo 230 del tratado, criterio que fue compartido por la Comisión de Monopolio¹¹.

Persiste pues la duda acerca de la compatibilidad del reglamento con el derecho primario, lo que puede por lo menos teóricamente implicar la posibilidad de que cualquier ciudadano alemán interponga una acción de tutela (*Verfassungsbeschwerde*) con fundamento en el artículo 38 de la Constitución¹², en concordancia con la jurisprudencia de la Corte Constitucional alemana en las sentencias de Maastricht¹³.

-
- 10 “*Gutachten des Wissenschaftlichen Beirats beim Bundesministerium für Wirtschaft und Technologie vom 1.7.2000*”, MÖSCHEL, WERNHARD, presidente del Comité Consultivo de Asuntos Económicos del Ministerio de Economía y Tecnología, WuW, 2000, págs. 1096 a 1101.
- 11 En www.monopolkommission.de/sonder.htm. Se trata de dos documentos: “*Kartell politische Wende in der Europäischen Union? Zum Weißbuch der Kommission vom 28 April 1999*” y “*Folgeprobleme der Europäischen Kartellverfahrensreform Sondergutachten der Monopolkommission gemäß § 44 Abs. 1 Satz 4 GWB*, Bonn, im Oktober 2000. M. HELLWIG, J. BASEDOW, W. HAASTERT, S. RÖVER, K. TREBITSCH, La Comisión de Monopolio de Alemania no es una autoridad de competencia sino un organismo especial del gobierno, encargado de emitir dictámenes (GUTACHTEN) cada dos años sobre el desarrollo de la concentración empresarial. El gobierno federal puede solicitarle asimismo dictámenes sobre cuestiones específicas. Véase EMMERICH, VOLVER, *Kartellrecht*, 9ª edición, 2001, págs. 363 y 364.
- 12 El artículo 38 de la Constitución alemana garantiza a quienes tienen derecho a elegir el derecho subjetivo a participar en la elección de los representantes al Parlamento. Esta garantía se extiende al contenido democrático básico de ese derecho, lo que significa que cada persona que puede elegir debe poder también concurrir a la legitimación del poder del Estado en los *bundes* y tener influencia en las decisiones.
- 13 A esto se refiere específicamente en el punto 19 el documento de la Comisión de Monopolio del 28 de abril de 1999, citado en la nota 11. La Corte Constitucional alemana en dos sentencias, Maastricht I (12.10.1993, Bundesverfassungsgericht 89, 155 = Neue Juristische Wochenschrift —NJW— 1993, pág. 3047) y Maastricht II (07.06.2000, Bundesverfassungsgericht 102, 147= NJW 2000, pág. 3124) acerca de la relación del derecho nacional con el derecho europeo, sostuvo que las leyes de aprobación de normas comunitarias (*Zustimmungsgesetze*) deben ser evaluadas a la luz de la Constitución alemana: “El artículo 38 se violaría cuando la ley del ordenamiento alemán que permite la validez inmediata y la aplicación del derecho de la UE no está lo suficientemente determinada como para salvaguardar los derechos soberanos que se traspasan. Si no están claramente determinadas en la ley, la extensión y dimensión los derechos soberanos que se traspasan, habría un desposeimiento de derechos soberanos, en contra de lo previsto en el artículo 38”. Por tanto los actos soberanos comunitarios, incluidos los actos legislativos, no están cubiertos por las

Se afirma de otra parte que, la norma, como norma de derecho secundario, carente de aptitud para modificar el sistema de derecho primario, no puede ser aplicada por los jueces nacionales en Alemania si no existe una previa declaración de la dispensa del acuerdo del que se trate; la posibilidad de aplicación inmediata del artículo 81 (3) se cierra sobre todo a los jueces civiles y probablemente también a las autoridades nacionales¹⁴. Puede contarse con que una vez entrada en vigencia la norma, lo menos que va a pasar con el primer caso a resolverse en Alemania en la aplicación de la misma, es que los jueces civiles que deban decidir sobre la aplicación del artículo 81 eleven consulta al Tribunal de Justicia Europeo —TJE—, en el marco de lo previsto en el artículo 234 del tratado¹⁵.

I. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 81 POR PARTE DE LOS ÓRGANOS COMUNITARIOS Y DE LAS AUTORIDADES Y JUECES NACIONALES. LAS EXCEPCIONES A LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 81 (1)

1. EL REGLAMENTO (CE) N° 17/62

La aplicación del derecho europeo de la competencia por parte de los órganos comunitarios se ha desarrollado en gran parte mediante la expedición de la legislación secundaria.

El reglamento (CE) n° 17/62 fue la primera norma sobre la aplicación de los artículos 85 y 86 del tratado, hoy artículos 81 y 82¹⁶. En este

leyes de aprobación cuando en su contenido comportan alguna modificación al derecho primario. Para evaluar este asunto considera la Corte alemana que ella es la competente, aunque puede trabajar el tema en cooperación con el TJE. Los actos soberanos comunitarios que traspasan las fronteras de lo que ha sido autorizado no pueden desplazar su validez en el ámbito de la Constitución. (Cita tomada del documento al que se refiere la nota 11. Traducción de la autora).

14 JAEGER, WOLFGANG, “*Die möglichen Auswirkungen einer Reform de EG – Wettbewerbsrecht für die nationalen Gerichte*”, WuW, 2000, pág. 1065.

15 *Idem*, pág. 1064.

16 Se nombran los artículos siempre con la nueva numeración dada por el Tratado de Ámsterdam, aunque se mantiene la que traen los textos cuando se transcriben citas.

reglamento se abordaron distintos aspectos relativos a la aplicación de los mencionados artículos, entre ellos, el concerniente a las competencias de las autoridades y los jueces nacionales de los estados miembros frente a las competencias de los órganos comunitarios para aplicarlos, así como el relacionado con las excepciones individuales a acuerdos, de las que trata el artículo 81 (3).

2. LAS EXCEPCIONES INDIVIDUALES DE APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 81 (3)

Las normas comunitarias que contienen una prohibición, como los artículos 81 y 82 del tratado, son de inmediata aplicación en los estados miembros, por lo que producen efectos en las relaciones entre particulares y deben ser tenidas en cuenta, tanto por las autoridades, como por los jueces nacionales.

Ahora bien, la Comisión puede, según lo establecido en el artículo 81 (3), en concordancia con lo previsto en el reglamento 17/62, excepcionar de la aplicación del artículo 81 (1) cualquier acuerdo o categoría de acuerdos entre empresas, cualquier decisión o categoría de decisiones de asociaciones de empresas, cualquier práctica concertada o categoría de prácticas concertadas, en adelante los acuerdos.

En el marco de estas normas, la Comisión ha adoptado una serie de reglamentos, de manera que cuando los acuerdos cumplen con el lleno de las condiciones requeridas en cada uno de ellos, quedan excepcionados de la aplicación del artículo 81 (1). Son las conocidas como excepciones de categorías de acuerdos.

Además de esto existen las declaraciones negativas o *comfort letter*, mediante las cuales la Comisión certifica a petición de los interesados, que no es procedente —con base en los elementos de que tiene conocimiento— intervenir en relación con un acuerdo en virtud de las disposiciones del artículo 81 (1) o del artículo 82 del tratado, sin que dicha declaración constituya una decisión formal.

Finalmente, la Comisión puede excepcionar acuerdos de manera individual, de la aplicación del artículo 81 (1) al amparo del artículo 81

(3). Para estos efectos la Comisión tiene competencia exclusiva¹⁷, como lo establece el artículo 9 (1) del reglamento (CE) n° 17/62. Sin un procedimiento de solicitud ante la Comisión para que sea concedida la excepción no es posible tomar ninguna decisión acerca de la aplicación del artículo 81 (3), de conformidad con lo preceptuado en el mismo reglamento¹⁸. Mientras la Comisión y los tribunales y autoridades nacionales pueden aplicar el artículo 81 (1), la facultad de conceder dispensas con arreglo al artículo 81 (3) es monopolio exclusivo de la Comisión. Esta tesis ha sido sostenida por el TJE¹⁹.

En los demás casos, tanto la Comisión como las autoridades nacionales tienen una competencia concurrente. Mientras la Comisión no inicie alguno de los procedimientos de excepción del artículo 81 (3), las autoridades de los estados miembros siguen siendo competentes para aplicar las disposiciones del artículo 81 (1) y del artículo 82, según lo establecido en el artículo 9 (3) del reglamento (CE) n° 17/62. Sin embargo los jueces deben respetar la competencia exclusiva de la Comisión para la expedición de decisiones de excepción de las que trata el artículo 81 (3) y por tanto deben evitar cualquier actuación contraria.

Cuando surgen dudas, los jueces están obligados a suspender el proceso hasta la decisión de la Comisión o a llevar un proceso prejudicial

17 Reglamento (CE) n° 17/62. “Competencia. Artículo 9. 1. Sin perjuicio del control de la decisión por parte del Tribunal de Justicia, la Comisión tendrá competencia exclusiva para declarar las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 inaplicables conforme al apartado 3 del artículo 85 del tratado”.

18 Reglamento (CE) n° 17/62. “Notificación de los nuevos acuerdos, decisiones y prácticas. Artículo 4. 1. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas mencionados en el apartado 1 del artículo 85 del tratado, sobrevenidos tras la entrada en vigor del presente reglamento, y en favor de los cuales los interesados deseen invocar las disposiciones del apartado 3 del artículo 85 deberán notificarse a la Comisión. En tanto no se hayan notificado no podrá tomarse decisión alguna relativa a la aplicación del apartado 3 del artículo 85”.

19 C-234-89, *Judgment of the Court of 28 February 1991. Stergios Delimitis v Henninger Bräu AG. Reference for a preliminary ruling: Oberlandesgericht Frankfurt am Main - Germany.*

ante el Tribunal europeo de Justicia de acuerdo con el artículo 234²⁰ del tratado.

El reglamento (CE) n° 17/62 instituyó pues un mecanismo de autorización cuya aplicación requiere normalmente la solicitud previa a la Comisión, a través de una notificación de los acuerdos. Ahora bien, la notificación previa no es obligatoria. Sin embargo las empresas que desean acogerse al artículo 85 (3) deben notificar obligatoriamente sus acuerdos a la Comisión²¹. Estas decisiones de la Comisión tienen carácter constitutivo.

Como conclusión tenemos que el artículo 81 (1) establece una prohibición de principio de los carteles, lo que significa que estos son nulos de pleno derecho y que solamente mediante la excepción individual dada por la Comisión, la cual tiene carácter constitutivo, quedan exceptuados de la aplicación del artículo 81 (1).

II. REGLAMENTO (CE) N° 1/2003 DEL CONSEJO, DE 16 DE DICIEMBRE DE 2002, RELATIVO A LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE COMPETENCIA PREVISTAS EN LOS ARTÍCULOS 81 Y 82 DEL TRATADO²²

1. DEL PRINCIPIO GENERAL DE PROHIBICIÓN DE LOS CARTELES AL PRINCIPIO DE LA EXCEPCIÓN LEGAL

La modificación fundamental que se propone en el *Libro blanco* en materia del régimen de excepción de los carteles individuales es la consistente en pasar del régimen de la prohibición de principio que se tiene hoy al régimen de la excepción legal. La nueva norma establece en su artículo 1, Aplicación de los artículos 81 y 82 del tratado, lo siguiente:

20 El artículo 234 establece la competencia del TJE para pronunciarse prejudicialmente sobre la interpretación del tratado.

21 Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 4 (2) del reglamento (CE) n° 17/62.

22 Nota al pie 1.

- “1. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del tratado que no cumplan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto.
2. Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas contemplados en el apartado 1 del artículo 81 del tratado que reúnan las condiciones del apartado 3 de dicho artículo no están prohibidos, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto.
3. La explotación abusiva de una posición dominante contemplada en el artículo 82 del tratado está prohibida, sin que sea necesaria decisión previa alguna a tal efecto”.

El numeral 2 de este artículo es precisamente el que da el paso del principio de prohibición de los carteles al principio de excepción legal. Veamos.

El artículo 1 del reglamento (CE) n° 17/62 contiene una disposición de principio según la cual,

“Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas a que se refiere el apartado 1 del artículo 85 del tratado, y la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado, contemplada en el artículo 86 del tratado, quedarán prohibidos sin que sea necesaria una decisión previa a tal fin...”.

Por su parte el numeral 1 del artículo 4 del mismo reglamento determina que,

“Los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas mencionados en el apartado 1 del artículo 85 del tratado, sobrevenidos tras la entrada en vigor del presente reglamento, y en favor de los cuales los interesados deseen invocar las disposiciones del apartado 3 del artículo 85 deberán notificarse a la Comisión. En tanto no se hayan notificado no podrá tomarse decisión alguna relativa a la aplicación del apartado 3 del artículo 85”.

De acuerdo con el artículo 9,

“la Comisión tendrá competencia exclusiva para declarar las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 inaplicables conforme al apartado 3 del artículo 85 del tratado”.

Ahora bien, en el régimen actual, para que pueda darse la no aplicación del artículo 81 (1) a estos acuerdos, se requiere como se dijo, una decisión de la Comisión, de carácter constitutivo y mediante la cual se declara la no aplicabilidad del artículo 81 (1) por virtud de que se cumplen los requisitos del artículo 81 (3) necesarios para la dispensa del acuerdo. Estos requisitos consisten básicamente en que esos acuerdos deben contribuir a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reservar al mismo tiempo a los usuarios una participación equitativa en el beneficio resultante, todo esto sin imponer a las empresas interesadas restricciones que no sean indispensables para alcanzar tales objetivos y sin que ofrezcan a dichas empresas la posibilidad de eliminar la competencia respecto de una parte sustancial de los productos de que se trate.

La nueva norma establece que los acuerdos a pesar de subsumirse en el artículo 81 (1) cuando reúnen las condiciones del artículo 81 (3) no son prohibidos. Es decir los acuerdos son permitidos cuando cumplen con estas dos condiciones.

Bajo el régimen del reglamento (CE) n° 17/62 los acuerdos son prohibidos y por tanto nulos; se trata pues, de un régimen de prohibición de principio con salvedad de autorización. La prohibición legal se mantiene mientras no sea levantada por la autoridad competente para hacerlo, autoridad que dicta, mediante decisión constitutiva de derechos, el levantamiento de la prohibición. La lógica del régimen de autorización es que los acuerdos son nulos mientras no están autorizados por la autoridad competente. *Contrario sensu*, en un régimen de excepción legal, la prohibición de los acuerdos restrictivos no se aplica a aquellos que reúnen determinadas condiciones establecidas por la ley, de manera que el conjunto de esas condiciones se interpreta como una excepción del principio de prohibición.

2. LOS FUNDAMENTOS DE HECHO DEL *LIBRO BLANCO*

El *Libro blanco* contiene, por una parte una explicación de las razones de hecho que dan lugar a este cambio y por otra, una exposición de los

argumentos jurídicos que lo sustentan. Veamos los fundamentos de hecho.

- Se considera en el *Libro blanco* que el monopolio de la Comisión para las excepciones individuales de las que trata el artículo 81 (3) era necesario en el momento histórico de la expedición del reglamento (CE) n° 17/62, en tanto que era el único sistema viable en el proceso de establecimiento de una cultura de la competencia, en el que la interpretación del artículo 81 (3) aún era incierta. Además respondía efectivamente a los tres objetivos principales entonces definidos por la Comisión: información de las autoridades de control, aplicación homogénea de las normas de competencia en la comunidad y seguridad jurídica de las empresas.
- La excepción, según el reglamento (CE) n° 17/62 exige, además de las adecuadas medidas de investigación, la consulta del Comité Consultivo sobre el proyecto de decisión, la adopción en Comisión, y la publicación de la decisión en el *Diario Oficial* de las Comunidades Europeas, actualmente en once lenguas, de forma que los terceros puedan hacer valer sus observaciones. En este momento el sistema no resulta adecuado para una comunidad de las magnitudes de la actual Comunidad Europea (más de quince estados miembros y más de 350 millones de habitantes).
- Los últimos años se han caracterizado por la acelerada internacionalización de la economía europea, de forma que la política de competencia se inscribe ahora, en general, en un marco globalizado, lo que exige la adopción de normas más modernas.
- Debido a que las autoridades nacionales no tienen competencia para aplicar el artículo 81 (3), el monopolio de la Comisión en la concesión de excepciones ha generado una gran cantidad de notificaciones de acuerdos a Bruselas por parte de las empresas. Esto no sólo por la certeza jurídica que quieren tener las empresas acerca de sus actuaciones, sino además porque la notificación se ha utilizado como un recurso para bloquear a los tribunales y autoridades de competencia nacionales.

- La Comisión debe enfocar su atención a los asuntos más importantes (los carteles *hard core*). Con este fin ya se adoptaron una serie de decisiones —por ejemplo la contenida en la comunicación de *Minimis* sobre los acuerdos de menor importancia— y los reglamentos de exención por categorías. Asimismo se ha impuesto la práctica de las *comfort letters*. Estas medidas no han sido suficientes. El mantenimiento del actual sistema conlleva el compromiso de grandes recursos económicos y tiene altos costos para las empresas.
- El artículo 81 en su conjunto debe ser aplicado por la Comisión y las autoridades de competencia y tribunales nacionales, como sucede hoy con el apartado 1 del artículo 81 y con el artículo 82. Es necesario sin embargo que, ante la existencia de estas competencias paralelas entre la Comisión y los tribunales y autoridades nacionales, que se disponga de mecanismos que permitan a la Comisión garantizar la aplicación coherente de las normas en el conjunto de la Comunidad, por lo que la Comisión debe mantener la potestad de reclamar la tramitación de un asunto a las autoridades de competencia nacionales cuando haya riesgo de divergencias de interpretación. Asimismo, los tribunales nacionales deben estar claramente obligados a evitar conflictos con las decisiones de la Comisión.

3. LA CRÍTICA ALEMANA AL *LIBRO BLANCO*²³

El argumento de la cantidad de trabajo que el actual sistema genera para la Comisión, que le imposibilita concentrarse en los asuntos verdaderamente importantes, ha sido cuestionado con base en las declaraciones hechas en una audiencia del Comité Económico del Parlamento Europeo del año 1999, por el entonces director general de competencia de la Comisión Europea, ALEXANDER SCHAUB, en el

23 Si bien no puede asumirse una única posición por parte de la doctrina alemana, la corriente crítica al *Libro blanco* y al reglamento es muy importante.

sentido de que incluso aunque se duplicara el personal, la reforma ya estaba decidida²⁴. Por otra parte el problema del trabajo puede aliviarse con una reforma que permita la descentralización de la aplicación de las normas como efectivamente se propone en el *Libro blanco* pero para ello no es necesario pasar del sistema de la prohibición al sistema de la excepción legal²⁵. No hay una relación causa-efecto entre la propuesta de descentralización de aplicación de la norma, y el cambio al régimen de excepción legal.

En cuanto a la existencia de una cultura de competencia en la Unión, que es presentada en los primeros párrafos del *Libro blanco* como uno de los fundamentos importantes de la propuesta, este argumento es considerado contradictorio con otras posiciones que se presentan en el mismo documento. La Comisión que habla de la existencia de esa cultura expresa que ahora están ingresando nuevos países y que en muchos de ellos ni siquiera existen normas de competencia, lo que exige un reforzamiento de la política de competencia frente a los carteles y a los abusos de posición dominante. Muchos de esos países han tenido una tradición de economía planificada lo cual representa un peligro potencial, pues favorece los acuerdos entre competidores. Como corolario de esta situación considera la Comisión que toda propuesta de modificación de las normas de procedimiento en materia de competencia debe integrar el hecho de que estos estados, con estructuras administrativas aún poco familiarizadas con los conceptos de mercado y libre empresa, deberán aplicarlas como parte del acervo comunitario. La Comisión dice que,

“La ampliación tendrá además un efecto automático de aumento de los acuerdos y abusos de posición dominante potencialmente sujetos al derecho comunitario”²⁶.

24 MÖSCHEL, WERNHARD, “Systemwechsel im Europäischen Wettbewerbsrecht? Zum Weißbuch der EG-Kommission zu den Art. 81 ff. EG-Vertrag”, *Juristen Zeitung* —JZ— 2000, pág. 61.

25 MÖSCHEL, *EG Informationen* – “Effizienter Wettbewerbschutz in einer erweiterten Gemeinschaft durch Einbeziehung der nationale Wettbewerbsbehörden und nationalen Gerichte?”, *WuW*, 2001, pág. 147.

26 *Libro blanco*, nota 2, n° 7.

Sobre este argumento se afirma que no puede verse ninguna modernización en la propuesta de la Comisión, sino más bien un retroceso en el proceso de establecimiento de un mercado sin restricciones a la competencia, en la medida en que el sistema de excepción legal implica de hecho una libertad de carteles²⁷, que perjudica a terceros: consumidores, distribuidores, proveedores y competidores. Los participantes en los carteles pueden de esta manera hacer de lado los riesgos e inseguridades que puedan surgir en sus relaciones anticompetitivas, trasladando las desventajas de su comportamiento a terceros.

La Comisión se refiere a una modernización de los dos artículos pero no hace modificación alguna a la aplicación del artículo 82. De lo que se trata probablemente entonces es de buscar que el concepto de prohibición de carteles coincida con el concepto de abuso de posición dominante²⁸. El paso de una prohibición de principio con presunción de ilegalidad y con reserva de autorización a una excepción legal con control *ex post facto* es una manera artificial de crear normativamente un equivalente al principio de abuso de posición dominante²⁹, lo que en la práctica constituye un relajamiento de la protección a la competencia.

27 MESTMÄCKER, ERNST JOACHIM, “*Versuch einer kartellpolitischen Wende in der EU. Zum Weißbuch der Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Art. 85 und 86 EGV a. F. (Art. 81 und 82 EGV n. F)*”. Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht - EuZW -1999, pág. 524.

28 *Idem*. Contrariamente a esta opinión sostiene ALEXANDER SCHAUB, que el principio de prohibición se mantiene con sus efectos preventivos en la medida en que los acuerdos restrictivos de la competencia que no cumplen los requisitos del artículo 81 (3) son nulos *ab initio*. En cuanto al supuesto relajamiento de la protección a la competencia opina SCHAUB que sucederá precisamente lo contrario, en tanto que todos los recursos se van a dirigir hacia la persecución de los carteles *hard core*. Véanse SCHAUB, ALEXANDER/DOHMS, RÜDIGER, “*Das Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 81 und 82 EG-Vertrag. Die Reform der Verordnung Nr. 17*”, WuW, 1999, pág. 1056 y sigss. Véase SCHAUB, “*Grundlage der Modernisierung ist der EG-Vertrag*”, WuW, 2001, pág. 443.

29 FIKENTSCHER, WOLFGANG, “*Das Unrecht einer Wettbewerbsbeschränkung: Kritik an Weißbuch und VO —Entwurf zu Art. 81, 82 EG— Vertrag*”, WuW, 2001, pág. 453.

III. LOS FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL *LIBRO BLANCO* ¿ES COMPATIBLE LA NUEVA REGLAMENTACIÓN CON EL DERECHO PRIMARIO?

Según el criterio de la Comisión, la nueva norma constituye apenas un cambio de procedimiento, si se tiene en cuenta que, un sistema de prohibición de principio, no supone necesariamente la existencia de un régimen de autorización, lo que significa que se pueden establecer otros mecanismos para hacer efectiva la prohibición. Prueba de esto, afirma la Comisión, es la existencia de otros sistemas que, basados en la prohibición de acuerdos restrictivos, no contemplan los procedimientos de notificación y autorización. En tanto que,

“un sistema de prohibición no implica presunción de ilegalidad de todos los acuerdos, sino sólo de aquellos que restringen la competencia de manera sensible y no reúnen las condiciones para una exención”³⁰,

no es necesario que las empresas hagan validar sus acuerdos por una autoridad administrativa. Así las cosas, la norma de prohibición contenida en el artículo 81 puede cumplirse perfectamente³¹ mediante un control destinado a reprimir únicamente aquellos acuerdos que vulneren el artículo 81 en su totalidad, sobre todo si se tiene en cuenta que, al cabo de 35 años de aplicación, la norma es ahora más clara y más previsible para las empresas.

Estas afirmaciones han sido controvertidas con el argumento de que la Comisión desconoce claramente que el artículo 81 (1) es la regla y que el artículo 81 (3) establece la excepción a la regla. De esto se deduce la presunción de ilegalidad de los acuerdos, de manera que el demandante que afirma la existencia de una práctica restrictiva no requiere más que la prueba de la existencia del hecho objetivo descrito en el artículo 81 (1). Tampoco tiene claro la Comisión que la estructura

30 *Idem*, pág. 449.

31 La misma opinión es compartida por algunos autores. SCHÜTZ, JÖRG, “Zur Änderung des Kartellverfahrens gemäß Artikel 81 EGV”, WuW, 2000, pág. 686 y sigs.

del artículo 81 no permite que el mismo sea compatible con los dos sistemas, es decir con el de prohibición de principio y con el de excepción legal: o es el uno o es el otro³².

Ahora bien, de acuerdo con la Comisión al no contener el artículo 81 (1) presunción alguna de ilegalidad es posible una revisión *ex post facto* de los acuerdos. Esto significa que las prácticas restrictivas deben ponerse en marcha primero y continuar hasta que un juez decida sobre su ilegalidad³³, ya que el cambio de sistema no permite que los jueces apliquen la prohibición del artículo 81 (1) sino hasta tanto determinen la existencia o no de las condiciones del artículo 81 (3) lo que sucede en la última instancia. Esto es grave desde el punto de vista de la política de la competencia y puede llevar a la afirmación de que vale la pena celebrar acuerdos restrictivos de la competencia³⁴.

1. ANTECEDENTES

Según afirma la Comisión,

“todas las delegaciones nacionales reunidas en Mesina optaron por un sistema basado en el principio de prohibición...en cambio, encontraron más dificultades a la hora de definir las condiciones para el levantamiento de la prohibición del artículo 85 (1). Se podían concebir dos sistemas: un régimen de autorización, o un régimen de excepción legal”³⁵.

Continúa el *Libro blanco* con,

“el texto del apartado 3 del artículo 85 es producto de un compromiso entre las delegaciones que deseaban un régimen de excepción legal y las que defendían un régimen de autorización previa. Aunque los partidarios del

32 DERINGER, ARVED. “*Stellungnahme zum Weißbuch der Europäischen Kommission über die Modernisierung der Vorschriften zur Anwendung der Artikel 85 und 86 EG-Vertrag (Art. 81 und 82 EG)*”, EuZW, 2000, pág. 6.

33 FIKENTSCHER, nota 29, pág. 450 y sigs.

34 Fikentscher, nota 29, pág. 454.

35 *Libro blanco*, nota 2, n. 11.

régimen de autorización defendían una redacción del tipo «los acuerdos podrán declararse válidos», se acordó una formulación negativa: «Las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables». Con esta formulación negativa, el artículo 85 (3) dejaba al legislador comunitario libertad para elegir entre un régimen de autorización y un régimen de excepción legal³⁶. La elección final del régimen de control de los acuerdos quedó, pues, para el legislador comunitario³⁷.

Según la *Deringer - Bericht*³⁸ no aparece en los protocolos de discusión de entonces, la posibilidad de que el legislador comunitario pudiera optar por alguno de los dos sistemas. La Comisión en la presentación del proyecto de reglamento (CE) n° 17/62 partió de un sistema de prohibición con reserva de autorización. Aunque no se menciona en el *Libro blanco*³⁹, se consideró en su momento desventajosa la adopción de un sistema de excepción legal frente a un sistema de prohibición, por cuanto, si bien el control de los carteles a posteriori representaba algunos beneficios como el de poder hacer el análisis de los carteles cuando éstos ya están funcionando y el de evitar que las autoridades se convirtieran en “autorizadoras de carteles”, estos beneficios eran superados por la inseguridad jurídica que se genera, en tanto que ni los interesados ni los terceros saben si un comportamiento es legal sino hasta el momento en que se decide sobre el cartel, y además, por que de esta manera las prácticas prohibidas pueden mantenerse durante largos periodos. Se concluyó por parte del Comité del Mercado Interno y de la Asamblea (hoy Parlamento Europeo) que la interpretación del artículo 81 como prohibición con reserva de autorización era mandatoria⁴⁰.

36 *Libro blanco*, nota 2, n. 12.

37 *Libro blanco*, nota 2, n. 13.

38 Citada en DERINGER, nota 32, *Bericht in Namen des Binnenmarktausschusses zu der Konsultation des Europäischen Parlaments durch den Rat der Europäischen Gemeinschaft betreffend eine erste Durchführungsverordnung zu den Art. 85 und 86 EWGV (Dok. 104/1960-61, Europäische Versammlung, Sitzungsdock., 7.12.1961, Dok. 57*. Conocido como el informe DERINGER.

39 MESTMÄCKER, nota 27, pág. 524.

40 *Idem*, pág. 525.

En opinión de algunos doctrinantes alemanes⁴¹ la posición de la Comisión en el *Libro blanco* obedece a la imposición del punto de vista francés en las discusiones sobre el tema, y parece una compensación a los fracasos diplomáticos de Francia, tanto en el momento de las negociaciones del tratado, como en la expedición del reglamento (CE) n° 17/62 y en el tema de la política agraria.

2. LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 81

2.1. 0EL ARTÍCULO 81 NO ES EN SU TOTALIDAD DE APLICACIÓN INMEDIATA

El *Libro blanco* sostiene que la división en la aplicación del artículo 81 entre el apartado 1 y el apartado 3 es artificial y contraria al carácter indivisible del artículo 81, que exige un análisis económico de la totalidad de los efectos de un acuerdo, de manera que sólo son ilegales aquellos acuerdos que no restringen la competencia de manera sensible y no reúnen las condiciones para una excepción⁴².

Sobre esta afirmación del *Libro blanco* se hacen las siguientes críticas:

- En primer lugar, el TJE ha dicho sobre la aplicación del artículo 81, que el mismo contiene una prohibición con reserva de autorización⁴³. Esta situación es cierta independientemente del reglamento (CE) n° 17/62 en el que se establecieron los procedimientos para desarrollar el artículo. El artículo 81 (1) es una prohibición, mientras el artículo 81 (2) señala la consecuencia de esa prohibición que es la nulidad del acuerdo y el artículo 81 (3) permite que se haga una excepción de la aplicación del primero.

41 MÖSCHEL, nota 24, pág. 61.

42 Algunos autores consideran este criterio un “truco” jurídico de la Comisión. Véase comentario de RITTNER, FRITZ, “*Kartellpolitik und Gewaltenteilung in der EG*”, EuZW, 2000, pág. 129.

43 Sentencia Lancome/Ethos del TJE. NJW. 1981, pág. 2511.

- Lo anterior significa que un acuerdo o algunas de sus cláusulas son nulos, cuando se subsumen en el artículo 81 (1), sin que sea necesaria consideración alguna sobre el apartado 3.
- En esta medida, el artículo 81 (1) como el 82 son, por su misma naturaleza, normas de aplicación inmediata capaces de producir efectos en las relaciones de los individuos: generan derechos que deben ser protegidos por los jueces de los estados miembros. No es procedente por tanto, que derechos emanados del derecho primario puedan ser desconocidos por una norma de derecho secundario. La interpretación del artículo 81 (3) como prohibición con excepción legal solamente puede entonces ser compatible con el derecho comunitario si el artículo 81 (1) en relación con el 81 (3) cumple las condiciones para la inmediata aplicación⁴⁴.
- En segundo lugar el artículo 83 del tratado, que es el que faculta al Consejo para adoptar los reglamentos y directivas con el fin de desarrollar los artículos 81 y 82, claramente separa el inciso (1) y el (3) del artículo 81 al establecer que los reglamentos y directivas

“tendrán especialmente por objeto: a) garantizar la observancia de las prohibiciones mencionadas en el apartado 1 del artículo 81 y en el artículo 82, mediante el establecimiento de multas y multas coercitivas; b) *determinar las modalidades de aplicación del apartado 3 del artículo 81,...*”.

Con el sistema de la excepción legal pierde su objeto esta función.

- Finalmente, y en cuanto a la discusión de si el artículo 81 (3) es del tipo de norma que se conoce como *selfexecuting*, una respuesta negativa tiene como consecuencia que, al ser el artículo 81 (1) norma de aplicación inmediata como lo ha dicho el TJE⁴⁵, si él (3)

44 MESTMÄCKER, nota 27, pág. 527.

45 Sentencia *Delimitis*, nota 19, en el n° 45, dice la sentencia: “*As the Court stated in its judgment in Case 127/73 (BRT v SABAM [1974] ECR 51), Articles 85(1) and 86 produce direct effect in relations between individuals and create rights directly in respect of the individuals concerned which the national courts must safeguard*”.

no lo es, el acoplamiento de 1 a 3 haría de lado la aplicación directa de las normas que prohíben los carteles⁴⁶.

En opinión de algunos autores alemanes el artículo 81 (3) no es *self executing* por cuanto:

- La norma sirve para que distintas metas y caso dado, metas en conflicto del derecho comunitario, sean equilibradas. Estas decisiones son finalmente de orden político–discrecional y también en este sentido se ha pronunciado el TJE en relación con las funciones de la Comisión. En diversas sentencias ha dicho el TJE que la Comisión es responsable de la política de competencia, y en esa medida le corresponde entonces otorgar las excepciones individuales y asimismo adoptar las regulaciones de excepción⁴⁷.
- La aplicación del artículo 81 (3) supone una valoración de complejos asuntos económicos interrelacionados y un amplio espacio de criterio, especialmente cuando al tiempo deben evaluarse y sopesarse distintas metas del tratado. Esta función solamente puede ejercerla la Comisión como encargada de la política de competencia, es decir como única autoridad que tiene la facultad de decidir bajo el principio de una “regla de razón”, cuyos elementos están contenidos en el artículo 81 (3) como se plantea en el *Libro blanco*.

46 MÖSCHEL, nota 24, pág. 62, MESTMÄCKER, nota 27, pág. 526.

47 Sentencia *Delimitis*, nota 19, en el n° 44. “*In that respect it should be stressed, first of all, that the Commission is responsible for the implementation and orientation of Community competition policy. It is for the Commission to adopt, subject to review by the Court of First Instance and the Court of Justice, individual decisions in accordance with the procedural rules in force and to adopt exemption regulations. The performance of that task necessarily entails complex economic assessments, in particular in order to assess whether an agreement falls under Article 85(3)*”.

2.2. EL NUEVO REGLAMENTO VIOLA EL DERECHO PRIMARIO EUROPEO

En la posición inicial adoptada por el *Bundeskartellamt*⁴⁸ se expresó, que si bien era deseable acabar con el monopolio de la Comisión en materia de excepciones individuales de acuerdo al artículo 81 (3) del tratado, no consideraba convincente que se requiriera la introducción de aplicación directa de la excepción por lo siguiente:

- Ausencia de una base legal segura, en la medida en que puede requerirse una modificación al tratado por cuanto el artículo 81 (3) al decir que el artículo 81 (1) puede ser declarado inaplicable está diciendo que no es directamente aplicable, pero además requiere de la decisión de autoridad competente. El artículo 84 del tratado así mismo establece la necesidad de una decisión administrativa⁴⁹. Esto puede tener como consecuencia que el TJE considere que la reforma propuesta no es compatible con el tratado.
- Se crea un nuevo concepto en la política de competencia para las prácticas restrictivas horizontales por medio de la aplicación directa de la excepción. La reforma propuesta no es de procedimiento sino que comporta una modificación del derecho material.

Con esta misma orientación han desarrollado su posición algunos doctrinantes alemanes, así:

- El artículo 81 (3) exige una declaración, en tanto que establece que, “No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a:...”.

48 Véase nota 8.

49 Artículo 84. “Las autoridades de los estados miembros decidirán sobre la admisibilidad de los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas y sobre la explotación abusiva de una posición dominante en el mercado común, de conformidad con su propio derecho y las disposiciones del artículo 81, en particular las de su apartado 3, y las del artículo 82”.

En un sistema de la excepción legal como el previsto en el nuevo reglamento no hay lugar a declaración alguna, con lo que se viola el artículo 81. Se requiere no solamente de una declaración, sino que además la llamada a producirla es en primer lugar la Comisión según el catálogo de funciones que tiene asignadas en el artículo 211 del tratado⁵⁰.

- En el artículo 81 (3) se trata de una excepción a acuerdos o categorías de acuerdos entre empresas. En el concepto hay una característica, el límite: no son excepciones ni a todos los acuerdos ni a todas las empresas. En un sistema de excepción legal no hay límites. O habría que considerar que el nuevo reglamento es la más amplia dispensa por categorías de acuerdos que se haya visto en la UE⁵¹.
- Desde la perspectiva procesal existe una clara separación entre el artículo 81 (1) y el 81 (3): el primero es el hecho prohibido y el segundo es el hecho de la excepción. Es decir el primero representa la prohibición general y el segundo la excepción particular. Con la adopción del sistema de excepción legal se invierte esta lógica de manera que la excepción se hace general hasta que no se tome la decisión de que hay una violación.
- El artículo 83 diferencia entre la aplicación de la norma que prohíbe y la aplicación de la norma que permite la excepción, es decir entre el 81 (1) y el 81 (3). El artículo 83 (2) (a) autoriza la expedición de normas que garanticen a través de multas el cumplimiento de las normas que prohíben ciertos actos. Con el sistema de la excepción legal se excluye la posibilidad de sanciones antes de la decisión. La prohibición a los carteles pierde con esto su función preventiva. El artículo 83 (b) autoriza el establecimiento de los detalles de la aplicación del artículo 81 (3) al establecer que los reglamentos y directivas tienen por objeto

50 JAEGER, nota 14, pág. 1066.

51 WEITBRECHT, ANDREAS, “*Das neue EG-Kartellverfahrensrecht*”, Euzw, 2003, pág. 70.

“determinar las modalidades de aplicación del apartado 3 del artículo 81, teniendo en cuenta la necesidad, por una parte, de *asegurar una vigilancia eficaz* y, por otra, de simplificar en lo posible el control administrativo”.

Para la realización de este artículo es necesaria una vigilancia eficaz. Esta norma queda sin objeto en el sistema de excepción legal.

- Según la jurisprudencia del TJE son de aplicación inmediata sólo aquellas normas que objetivamente tienen un contenido claro y jurídicamente perfecto de manera que para su aplicación no se requiere ningún acto adicional y no dejan espacio discrecional a los Estados miembros⁵². Aplicación inmediata significa que las normas del derecho comunitario son aplicables en todos los estados miembros desde el momento en que entran en vigor. Estos efectos se extienden a cada juez que en el marco de sus competencias tiene que proteger derechos que el derecho comunitario ha garantizado a cada persona. La inmediata aplicabilidad del derecho comunitario fundamenta la competencia de los jueces de los estados miembros para aplicar ese derecho. En cambio el artículo 81 (3) es una norma que, según la misma jurisprudencia del TJE, está unida a complejos análisis y juicios de orden económico⁵³. En este punto es que el TJE ve la razón principal para que la Comisión tenga el monopolio sobre el manejo de este artículo.
- Un juez tendrá que valorar todos los elementos del artículo 81 (3) juntos para poder determinar si un acuerdo es o no contrario a la libre competencia, lo que parece complicado si se tiene en cuenta que la discrecionalidad que permite el artículo 81 (3) está directamente ligada al hecho de que la Comisión es la rectora de la política de competencia.

52 EuH 1963, 5 (25) = NJW 1963, 974, van Gend & Loos.

53 Sentencia *Delimitis*, nota 47.

IV. ¿ES UN SISTEMA MEJOR QUE EL OTRO?

Desde la perspectiva del mantenimiento de la competencia, básicamente se considera por los críticos de la nueva medida que el sistema de excepción legal es inferior al de prohibición con reserva de autorización,

En un régimen de excepción legal resulta casi imposible para las autoridades enterarse de la situación de los negocios. La Comisión afirma en el *Libro blanco* que las obligaciones de notificación están hoy menos justificadas; Pero en el *Libro verde* de 2 años antes dijo, que las notificaciones constituían para ella una fuente inagotable de información⁵⁴. Es indudable que siendo la Comisión encargada de la política de competencia las notificaciones de los acuerdos son un recurso muy importante en el diseño de la misma.

Por otra parte afirma la Comisión que el sistema de notificación de los acuerdos no permite detectar las infracciones más graves y la prueba de ello está en el hecho de que las mismas prácticamente nunca se resuelven con una prohibición⁵⁵. Esto puede ser más bien prueba de lo contrario. Es decir, prueba de que la necesidad de seguridad jurídica sobre la validez de un acuerdo entre empresas a través de la dispensa individual ha tenido como consecuencia que los empresarios eviten celebrar acuerdos o incluir en ellos cláusulas anticompetitivas y que más bien busquen cerrarlos conforme a derecho⁵⁶.

Desde la perspectiva del derecho de la competencia como una asunto de derecho público, el cambio de la prohibición con reserva de autorización a un sistema de excepción legal constituye *de facto* una libertad para cartelizarse. En la medida en que los carteles son acuerdos que perjudican a terceros como consumidores, competidores y proveedores, los empresarios mitigan a través de ellos los riesgos que implica la competencia, y con ello pasan a terceros la carga de las dificultades que tienen para acomodarse a los mercados. Por esto es

54 *Libro blanco*, nota 2, n. 50, *Libro verde* sobre la política de competencia frente a las restricciones verticales, Comisión (96) 721, n° 188.

55 *Libro blanco*, nota 2, n° 77.

56 MÖSCHEL, nota 25, pág. 63.

que el derecho de la competencia no es un asunto estrictamente de derecho privado⁵⁷.

Este sistema resta además transparencia a los mercados e induce a los empresarios a actuar en el marco de lo prohibido, en tanto que con el sistema de notificaciones el empresario sabe que la autoridad sabe, mientras en el de la excepción legal el empresario sabe que la autoridad no sabe⁵⁸. El hecho de que sea cada empresario con sus abogados el que decida si el acuerdo es o no contrario a la libre competencia, no garantiza el interés público de protección de la misma, lo que resulta especialmente grave en los acuerdos horizontales.

V. EXAGERACIÓN TEUTÓNICA

“Exageración teutónica”, éste y otros calificativos como, “mentalidad de AYATOLLAH” para Alemania, “ideólogos de la competencia”⁵⁹ para sus doctrinantes, han sido usados para referirse a la posición representada por quienes, de acuerdo con la tradición alemana, consideran que la competencia es un valor y no un instrumento. No es casual que la discusión alrededor del nuevo reglamento haya tenido pues su principal foro en este país.

Es claro que el nuevo reglamento constituye un profundo cambio de paradigma en el derecho de la competencia europeo. Si el nuevo sistema es compatible con el derecho primario es una cuestión que deberá resolverse si se presenta alguna de las situaciones descritas al comienzo de este documento. De todos modos, el nuevo reglamento constituye sin duda una actitud más flexible frente a los acuerdos restrictivos de la competencia y facilita la celebración de los mismos.

57 MESTMÄCKER, nota 27, pág. 524.

58 MÖSCHEL, nota 25, pág. 63.

59 Möschel. Nota 25. P. 67. Cita a Van Miert, Karel y a Ehlerman, C.D.