



UNIVERSIDAD DE CÓRDOBA

La regla de minimis de las conductas colusorias en la Unión Europea

De Minimis Rule of cartels in the European Union

AUTOR

D. Pedro Mario González Jiménez
Alumno del Máster en Asesoría Jurídica de Empresas (perfil investigador)

DIRECTOR

D. Luis María Miranda Serrano
Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Córdoba



Universidad de Córdoba
Facultad de Derecho y CC.EE.
y Empresariales

ÍNDICE DE CONTENIDOS

I. INTRODUCCIÓN A LA INVESTIGACIÓN	4
1. <i>Planteamiento y justificación del problema a investigar</i>	4
2. <i>Objetivos, alcance y metodología de la investigación</i>	7
2.1. <i>Objetivos</i>	7
2.2. <i>Alcance.....</i>	8
2.3. <i>Metodología</i>	9
3. <i>Contenido y estructura</i>	10
II. GÉNESIS DE LAS CONDUCTAS ANTITRUST DE MENOR IMPORTANCIA.....	12
1. <i>La “rule of reason” norteamericana como punto de partida de la regla de minimis europea.....</i>	12
1.1. <i>Los orígenes del Derecho antitrust.....</i>	12
1.2. <i>Algunos apuntes sobre la rule of reason.....</i>	16
1.3. <i>Los porqués de la rule of reason como origen de la regla de minimis.....</i>	27
1.4. <i>Diferencias entre la regla de minimis y la rule of reason.....</i>	31
2. <i>Formulación de la regla de minimis por la Comisión Europea y los órganos jurisdiccionales comunitarios.....</i>	33
III. LAS CONDUCTAS ANTITRUST DE MENOR IMPORTANCIA EN LA UNIÓN EUROPEA	40
1. <i>Comunicaciones anteriores a la Comunicación de la Comisión de 30 de agosto de 2014</i>	40
1.1. <i>Comunicación de la Comisión de 27 de mayo de 1970.....</i>	40
1.2. <i>Comunicación de la Comisión, de 19 de diciembre de 1977</i>	43
1.3. <i>Comunicación de la Comisión, de 3 de septiembre de 1986</i>	44
1.4. <i>Comunicación de la Comisión de 9 de diciembre de 1997</i>	47
1.5. <i>Comunicación de la Comisión de 22 de diciembre de 2001</i>	54
2. <i>Comunicación de la Comisión de 30 de agosto de 2014.....</i>	63
2.1. <i>Justificación de una nueva Comunicación en materia de menor importancia .</i>	63
2.2. <i>La gran novedad: Restricciones de la competencia por su objeto vs restricciones de la competencia por su efecto</i>	70
2.3. <i>La vía de escape: El efecto sensible del comercio entre los Estados miembros</i>	74
IV. CONCLUSIONES.....	79
V. BIBLIOGRAFÍA	82

TABLA DE ABREVIATURAS

ABREVIATURA	SIGNIFICADO
<i>ADI</i>	Actas de Derecho Industrial y Derecho de Autor
Art.	Artículo
CEE	Comunidad Económica Europea
COM	Comunicación de la Comisión Europea en materia de conductas de menor importancia
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
ECLR	European Competition Law Review
LDC	Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia
RDC	Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia.
RTDC	Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia
TCE	Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea
TDC	Tribunal de Defensa de la Competencia
TFUE	Tratado Fundacional de la Unión Europea
TJCE	Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea

I. INTRODUCCIÓN A LA INVESTIGACIÓN

1. Planteamiento y justificación del problema a investigar

El artículo 5 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia -en adelante, LDC- regula las conductas de menor importancia, formulando lo que ha dado en conocerse como regla *de minimis -de minimis rule-*. Según este precepto, las prohibiciones *antitrust* no se aplican a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no sean capaces de afectar de manera sensible o significativa a la competencia. Los criterios delimitadores para valorar esta sensibilidad o significación de la conducta se encuentran hoy en el Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia -en lo sucesivo, RDC-. Sin embargo, huelga decir que esta figura y los criterios para su delimitación no aparecen de forma brusca o violenta, sino que son producto de una evolución jurisprudencial y legislativa que ha contado con cinco etapas, según apunta la doctrina enunciada a lo largo de este trabajo: de 1963 a 1989, de 1989 a 1996, de 1996 a 1999, de 1999 a 2007 y a partir de 2007 con la nueva LDC.

Las primeras etapas de este desarrollo normativo se caracterizaban por acoger el principio de ilegalidad de las conductas *de minimis*, lo que se expresaba a través del apotegma “*de minimis non curat praetor*”. Más tarde, la situación cambió sustancialmente con la aprobación y entrada en vigor de la LDC en 2007, momento a partir del cual el legislador se decantó por declarar la licitud de estas conductas, lo que se identificaba con el aforismo “*de minimis non curat lex*”. De esta forma, la vigente LDC ponía fin a la disparidad que hasta entonces había existido entre el Derecho de la Unión Europea -que consideraba lícitas estas conductas- y el Derecho español -que las consideraba ilícitas aunque no perseguibles-. A pesar de ello, la LDC no acabó con las divergencias entre estos dos ordenamientos, pues aparecieron otras diferencias de nuevo cuño hasta entonces desconocidas.

En efecto: si desde siempre en Europa la menor importancia solo se ha venido predicando respecto de los comportamientos colusorios, en España, en cambio, desde 2007 alcanza no sólo a las conductas colusorias, sino a todo comportamiento *antitrust*, incluyendo a los abusos de posición de dominio. Este dato, lejos de ser anecdótico, tiene relevantes incidencias no sólo en el Derecho *antitrust* en su conjunto, sino también en el Derecho de la competencia desleal, en virtud del ilícito *antitrust* recogido en el artículo 3 LDC. Se plantean aquí, por tanto, importantes retos que no pueden ni deben ser desatendidos por el jurista estudioso del Derecho de la competencia. Con todo, no son estos desafíos los que serán tratados en profundidad en este trabajo fin de máster. Esa tarea queda postergada a la realización de una tesis doctoral, de la que este trabajo espera ser su precuela. El problema principal que se investigará aquí es la necesaria acomodación de la regulación de la regla *de minimis* en el Derecho español -LDC y RDC- a las directrices contenidas en la última Comunicación europea *de minimis* de 2014, con el objetivo de dar cabida a los cambios significativos en esta materia que introduce el nuevo texto, hoy todavía desatendidos en nuestra realidad jurídica.

Básicamente, la investigación que aquí se proyecta tiene el propósito último de afrontar este problema jurídico con el rigor y la solvencia propios de un trabajo fin de máster. Su justificación es tarea relativamente sencilla, pues la relevancia del Derecho de la competencia está hoy fuera de toda duda. Hablar de Derecho de la competencia es hablar de eficiencia y bienestar del consumidor. Es advertir la necesidad de salvaguardar el desarrollo económico y tecnológico como parte del anhelado progreso. Pero también es convenir en la necesidad de establecer mecanismos de control frente al uso indebido del poder de mercado.

A lo anterior, que puede parecer excesivamente genérico, es necesario añadir que las conductas *antitrust* de menor importancia, que constituyen el objeto de estudio de la investigación aquí proyectada, se presentan como una de las materias menos estudiadas hasta la fecha por la doctrina especializada. Mucho se ha pensado, en efecto, acerca de cuándo

nos encontramos ante un pacto colusorio, un abuso de posición de dominio o un falseamiento de la libre competencia por actos desleales. Sin embargo, la delimitación negativa de estos comportamientos debida a su menor importancia no ha tenido la misma suerte. Ciertamente es que contamos con aportaciones doctrinales muy serias y de calidad sobre esta materia, a las que ha de atribuírseles el mérito de haber despertado el interés por realizar el estudio que aquí se propone. Sin embargo, no existe en la literatura jurídica española un estudio monográfico que analice con el rigor y la extensión propios de una monografía toda la problemática ligada a estos comportamientos de mercado. De ahí la necesidad de realizar una tesis doctoral en esta materia. Aquella, entre otras cuestiones, debería analizar comparativamente la regulación de las conductas *antitrust* de menor importancia en la Unión Europea, España y el resto de países miembros de la Unión, con la finalidad de poder formular propuestas de *lege ferenda* que mejoren la regulación vigente. En consecuencia, este trabajo fin de máster no sería más que un estudio en profundidad previo a dicha tesis doctoral.

Ha de sumarse a lo expresado la regulación *sui generis* de esta materia y su enorme complejidad. Efectivamente, en el ordenamiento de la Unión Europea las conductas de menor importancia no se encuentran recogidas de forma explícita en los Tratados o en Reglamentos. Para fijar los principios básicos en la materia la Comisión Europea ha elegido la vía de las Comunicaciones. En la actualidad, la Comunicación vigente es de 30 de agosto de 2014. Ahora bien, pese a llevar ya varios años en vigor, el ordenamiento español aún no ha sido adaptado a su contenido. Se hace, por tanto, necesaria una reflexión serena y profunda sobre las reformas que en nuestro Derecho deberían acometerse para llevar a buen puerto dicha adaptación.

Finalmente, también merece ser resaltada la peculiaridad que presenta nuestro ordenamiento en la regulación de esta materia, consistente -como señalamos más arriba- en extender la menor importancia a la totalidad de los comportamientos *antitrust*. Esta llamativa particularidad de nuestro ordenamiento debe ser abordada con detenimiento para discernir si

tiene o no sentido: ¿cabe hablar verdaderamente de abusos de menor importancia? Como es natural, en caso de que la respuesta sea afirmativa, habría que recomendar al legislador europeo que siga los pasos del español. En caso contrario, habría que solicitar al legislador nacional la corrección de este error. Si bien en este trabajo no nos ocuparemos de esta particularidad con la profundidad necesaria para dar respuesta a estas preguntas -tarea que queda en suspenso hasta la finalización de la tesis doctoral- sí que se contemplará en una medida suficiente que sirva para discernir en el futuro sobre ello.

2. *Objetivos, alcance y metodología de la investigación*

2.1. *Objetivos*

Como ya se dijo, el objetivo último de este trabajo fin de máster es ser un primer acercamiento hacia la temática de una posible tesis doctoral en materia de Derecho de la competencia. Sin embargo, la investigación que aquí se presenta tiene entidad por sí misma, y por ello, presenta sus propios objetivos. Se pueden sintetizar en los siguientes:

1°. Llevar a cabo un estudio a través del método comparado sobre la regulación de las conductas de menor importancia en España y en la Unión Europea, con vistas principalmente a establecer una caracterización de estos comportamientos de mercado centrada prioritariamente en una clara y completa delimitación los criterios sobre los que se sustenta la menor importancia de un comportamiento concurrencial.

2°. Elaborar propuestas de *lege ferenda* para delimitar en qué casos existe o no una restricción sensible o significativa de la competencia con la finalidad última de lograr un marco regulatorio de la realidad concurrencial que maximice el bienestar social. En particular, hablamos de modificaciones que permitan al ordenamiento jurídico español adecuarse a la última Comunicación de la Comisión Europea en la materia.

3°. Llevar a cabo un análisis sobre las relaciones entre el Derecho de la Unión Europea y el Derecho de los Estados miembros en lo que respecta a las conductas de menor importancia para determinar cómo los distintos órdenes pueden ser mejorados e incluso conectados.

4°. Realizar una investigación que contribuya al inicio de un estudio sobre la viabilidad o no de incorporar al ordenamiento de la Unión Europea -y a otros ordenamientos del entorno- la extensión que realiza el legislador español de la menor importancia al abuso de posición de dominio y al falseamiento de la competencia por actos desleales, con el fin de discernir si nuestra LDC debería o no ser modificada en esta materia. De esta forma, también se aportaría luz sobre el significado técnico jurídico de las conductas de menor importancia no solo en sede de defensa de la competencia sino también en el ámbito de la competencia desleal, habida cuenta de la unidad que hoy se predica del entero Derecho de la competencia.

2.2. Alcance

Un estudio pormenorizado y profundo sobre las conductas *antitrust* de menor importancia excede de lo requerido para un trabajo fin de máster. Una investigación de esa envergadura sólo puede ser realizada en el marco de un programa de doctorado, con una dedicación en términos de tiempo superiores a los disponibles para presentar esta disertación. Por ello, el alcance de estas páginas es limitado. No se pretende, desde luego, abarcar toda la problemática existente en torno a estos comportamientos poco sensibles o significativos. Sin embargo, la posible carencia de horizontalidad en este trabajo queda redimida por su verticalidad. En otras palabras, esto quiere decir que no se van a tratar todos los problemas que suscitan las conductas de menor importancia, ejercicio que reservamos para la tesis, pero sí aquellos concernientes a la esfera comunitaria. Éstos serán tratados con rigor y profundidad. Elegimos un estudio sectorial y radical, en lugar de otro general y superficial, porque creemos que es lo propio de

un trabajo de esta índole. No se persigue resolver toda la problemática existente en torno a la regla *de minimis* ni pondremos punto y final a los desafíos que plantea esta figura. Pero a cambio sí que prometemos un estudio sobre las conductas *antitrust* de menor importancia en sede comunitaria que posea un carácter innovador y genuino, aunque acabe ofreciendo más preguntas que respuestas.

El tema será tratado desde la vertiente del Derecho positivo, con lo que hacemos referencia a los textos legislativos en sentido amplio -no solo leyes o reglamentos, sino también por ejemplo, las Comunicaciones de la Comisión Europea-. Sin embargo, no se deja de lado aquella perspectiva más dinámica, que no es otra que la vertiente jurisprudencial, que se materializará con la alusión a los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales. Además, se pondrá de manifiesto el objeto de estudio desde su perspectiva histórica, pues se mostrará la evolución de esta figura hasta llegar a su configuración vigente. De hecho, incluso se pretenderá ir más allá de la situación actual a través de propuestas de *lege ferenda* para nuestro ordenamiento sobre la base del Derecho imperante en sede comunitaria.

2.3. Metodología

El tipo de investigación que se pretende realizar marca en gran medida la metodología seguida. Al respecto, el presente trabajo fin de máster consiste en una investigación aplicada, ya que persigue alcanzar unas propuestas de *lege ferenda* que proporcionen un marco jurídico adecuado a la última Comunicación de la Comisión Europea en materia de conductas *antitrust* de menor importancia. También es una investigación exploratoria, en tanto que no se limita a narrar unos hechos o a describir una realidad sino que pretende servir como guía para posteriores estudios en la materia, en particular, en la realización de una tesis doctoral que abarque un mayor número de interrogantes, algunos ya señalados en las páginas anteriores. Es, por tanto, una investigación que tiene como principales finalidades la categorización de las conductas *antitrust* de

menor importancia y la realización de propuestas de innovación precedidas de un análisis crítico-reflexivo del ordenamiento que palien en la medida de lo posible las lagunas y antinomias existentes con motivo de una dualidad de ordenamientos -Unión Europea y Estados miembros- no siempre coordinada satisfactoriamente.

Por lo que respecta al instrumental necesario, se van a emplear artículos doctrinales sobre la materia, todas las Comunicaciones de la Comisión Europea referidas al objeto de estudio, así como pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales de la Unión y los textos legislativos pertinentes.

Por último, huelga decir que el plan de trabajo comenzará con la comprensión del surgimiento de esta figura del Derecho de la competencia, para lo cual se analizarán textos legislativos en su contexto histórico, los primeros pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales supranacionales y las opiniones doctrinales al respecto. A continuación, se analizará su evolución a tenor de las diferentes Comunicaciones y la interpretación que se ha hecho de éstas hasta llegar a la situación vigente en Europa. Finalmente, se ofrecerán unas conclusiones que esperamos que puedan servir a la finalidad de la presente investigación en atención a los objetivos fijados.

3. Contenido y estructura

Como sabemos, el tema de este trabajo son los comportamientos *antitrust* que debido a su escasa significación no tienen capacidad para falsear la competencia según la concepción de la Unión Europea. Por tanto, el contenido de éste no es sino una división de las materias que pudieran ser trascendentales en lo relativo al fondo del asunto. Así, en particular, se hablará en las siguientes páginas de los orígenes de esta figura en el Derecho de la competencia comunitario, su evolución con el paso de los años y su configuración actual en la Unión Europea.

La estructura, que sigue un esquema lógico consecuente con los contenidos enunciados, se caracteriza por una división en dos capítulos. El primero de ellos se dedicará a la génesis de la regla *de minimis*. En él se tratarán aspectos como la *rule of reason* norteamericana y los primeros pasos de la comunidad europea en la construcción propia de una regla similar. En el segundo se abordarán los comportamientos *antitrust* de menor importancia en el propio ordenamiento de la Unión Europea. Ahí estudiaremos las distintas comunicaciones de la Comisión Europea y los pronunciamientos jurisdiccionales que las han interpretado y puesto en práctica. Todo ello finalizará con unas conclusiones que tratarán de dar respuesta al problema planteado en las primeras líneas de esta introducción, de tal forma que se ponga de manifiesto, paradójicamente, la suma importancia de las conductas de escasa importancia del Derecho *antitrust*.

II. GÉNESIS DE LAS CONDUCTAS ANTITRUST DE MENOR IMPORTANCIA

1. La “rule of reason” norteamericana como punto de partida de la regla de *minimis europea*

1.1. Los orígenes del Derecho antitrust

El sistema económico fundamentado en la libre competencia que se impuso tras la victoria del liberalismo con la revolución francesa, presenta en su versión más simplificada al menos dos reivindicaciones. Por un lado, la libertad de acceso al mercado a través de la inexistencia de barreras que obstaculicen el surgimiento de nuevas compañías. Por otro, la exigencia de que todos los operadores estén sometidos a las mismas reglas y que actúen con independencia entre sí. He aquí el juego de la libre competencia: nuevos competidores aparecerán mientras que otros desaparecen, porque de este modo los recursos pueden ser destinados a operaciones más rentables. Sin embargo, esta lucha por la supervivencia incentiva, a veces, que los operadores se pongan de acuerdo con el objeto de reducir o eliminar la competencia que debe regir entre ellos. Por eso, son las propias empresas, junto a un Estado planificador, los mayores enemigos del sistema competitivo, al ser ellas las que llevan a cabo las prácticas restrictivas de la competencia¹. El reconocimiento del Derecho a competir se refleja, por tanto, en una axiomática obligación de competir. No se trata solo de que todo el que lo desee pueda dedicarse a la producción o al comercio, sino también de que aquel que lo haga no se sustraiga de las reglas naturales del propio sistema de mercado, en su versión más idealizada. Surge con este paradigma la legislación *antitrust*, en virtud de la cual se les prohíbe a aquellos que libremente ejercen su derecho a competir que restrinjan o eliminen la competencia².

¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho mercantil*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010, p. 297.

² *Ibidem*, p. 298.

El origen del Derecho *antitrust* se encuentra en la Norteamérica de principios del siglo XIX. Allí, la presencia de un intenso espíritu individualista que asociaba el éxito en la vida con el poder económico, la incesante aparición de inventos y la gran riqueza de recursos naturales disponibles, dieron lugar a un movimiento de monopolización o concentración económica. Con el liberalismo radical imperante de aquel momento histórico se propició que algunos agentes económicos abandonasen la lucha concurrencial, y que en su lugar, acogiesen una colaboración empresarial cada vez más fuerte, y manifestación de una competencia arreglada o amañada. Todo esto operaría como caldo de cultivo para que el *trust* alcanzase gran popularidad y se convirtiera en el instrumento protagonista del avance del movimiento monopolizador. Gracias al *trust*, las compañías que deseaban coordinar sus conductas en el mercado, concedían a la más vigorosa de todas ellas las acciones representativas de sus correspondientes capitales, recibiendo a cambio una participación proporcional en el conjunto resultante. En consecuencia, la empresa con más poder –*trustee*– quedaba legitimada para el ejercicio de todos los derechos que aquellos títulos llevan aparejados, mientras que las demás obtenían una parte de los beneficios globales del *trust*³.

Este movimiento de concentración económica generó más pronto que tarde una enérgica reacción de oposición en el pueblo estadounidense, por cuanto que los *trusts* afectaron a todos los sectores industriales. Nacería así el 2 de julio de 1890, la *Sherman act*, planteada tanto como una Ley antimonopolio en el sentido más estricto del término, como una Carta de libertad económica destinada a mantener una competencia libre y sin trabas⁴. Pero en contra de lo que pudiera pensarse, fue de escasa utilidad práctica en sus primeros años, debido, entre otras cosas, a las reticencias

³ Sobre el funcionamiento del *trust* y sus orígenes, *vid.*, entre otros MIRANDA SERRANO, L.M., “Restricciones accesorias y prácticas colusorias. Las *ancillary restraints* y el art. 81 del TCE. A propósito de algunas experiencias jurisprudenciales relativas a cesiones de empresas, franquicias y cooperativas”, *Derecho de los negocios*, núm. 122, 2000, p. 4.

⁴ *Vid.* Sentencia resolutoria del Asunto *Nother Pacific Railway Company vs United States*, 365 US 1 (1958).

manifestadas por los presidentes republicanos de aquella época. Y es que los máximos gobernantes de los Estados Unidos, seguidores todos ellos del *laissez faire*, no estaban dispuestos a facilitar al Departamento de Justicia los instrumentos necesarios para reprimir y sancionar las restricciones de la competencia. No sería sino a partir de 1900 cuando los tribunales empezarían a utilizar aquella norma con el objeto de revertir el imparable proceso de concertación y concentración empresarial que se estaba desarrollando. Se pretendió satisfacer, de este modo, las reivindicaciones de los ciudadanos, que estaban cada vez más enojados con una situación en la que las libertades económicas fundamentales estaban siendo relegadas en la práctica a meras libertades formales carentes de un “correlato material”⁵.

Después de la Segunda Guerra Mundial, el Derecho *antitrust* forjado al calor de la *Sherman Act* estadounidense, se acabaría exportando al continente europeo de la mano de la República Federal Alemana, precisamente, por influencia de Norteamérica. En efecto, en esta región, se promulgaría en el año 1957 la Ley contra las restricciones de la competencia, que posteriormente influyó notablemente en los arts. 85 a 90 del Tratado de Roma por el que se creó la CEE. Estos preceptos, como es sabido, siguen hoy vigentes como lo corroboran los art. 101 a 109 del TFUE, que albergan las principales normas comunitarias, protectoras de la libre competencia⁶. Por eso, es lugar común en la doctrina que estudia el Derecho *antitrust* subrayar el patente influjo que la legislación y la práctica norteamericanas han desplegado tradicionalmente sobre los sistemas protectores de la libre competencia en la Unión Europea y en sus Estados miembros⁷. Es además, una inspiración que podría ser calificada como

⁵ Vid. MIRANDA SERRANO, L.M., “Restricciones accesorias...”, *op. cit.*, p. 4.

⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho...*, *op. cit.*, p. 298.

⁷ Entre otros: BERNINI., *La tutela della libera concorrenza e i monopoli*, A. Giuffré, Milano, 1963, p. 10; SÁNCHEZ CALERO, F., “El proyecto de Ley de represión de las prácticas comerciales restrictivas de la competencia”, *Revista de Derecho Mercantil*, núm. 88, 1963, p. 307; GARRIGUES, J., *La Defensa de la Competencia mercantil*, Sociedad de Estudios y Publicaciones, Madrid, 1964, p. 27; BERCOVITZ, A., “La formación del Derecho de la competencia”, *ADI*, T. II, 1975, p. 61; FERNÁNDEZ NOVOA, C., “Un hito en la historia del Derecho de la Competencia: Centenario de la Sherman Act”, *ADI*, T. XIII, 1989-1990, p. 677 y GINER PARREÑO, C., *Distribución y libre competencia. (El aprovisionamiento del distribuidor)*, Montecorvo, Madrid, 1994, p. 48 *apud*. MIRANDA SERRANO, L.M., “Restricciones accesorias y prácticas colusorias. Las ancillary restraints y el art. 81 del TCE. A

dual, toda vez que comprende tanto el plano de la producción normativa como el de la hermenéutica jurídica⁸.

La regla *de minimis*, como el resto del Derecho de defensa de la competencia, también encuentra su génesis en los Estados Unidos. Efectivamente, los órganos antitrust europeos implantaron la teoría de que no se aplicaría la normativa *antitrust* a aquellas conductas que, por su escasa importancia, no fuesen capaces de afectar de manera significativa a la competencia, por inspiración de las ideas germinadas más allá del atlántico. He aquí una manifestación de su influencia en la hermenéutica jurídica. Y dado que la jurisprudencia en este sentido ha dado lugar, más tarde, a su plasmación en las leyes –véase por ejemplo el art. 5 de la LDC española- no cabe sino afirmar también su influencia en la producción normativa. En particular, el punto de partida de la regla *de minimis* cabe vislumbrarlo en la *rule of reason* estadounidense. Ahora bien, esta idea, aunque defendida indirectamente por la doctrina más respetada, carece de un estudio en profundidad que venga a evidenciar y argumentar la estrecha relación existente entre la regla interpretativa americana y el constructo europeo⁹. De ahí que en este epígrafe tengamos que demostrar que la *rule of reason* es el origen de la regla *de minimis*, aunque con una importante matización. Como tendremos oportunidad de comprobar, no es lo mismo el origen de la idea que la idea en sí misma considerada. Si bien la *rule of*

propósito de algunas experiencias jurisprudenciales relativas a cesiones de empresas, franquicias y cooperativas”, *Derecho de los negocios*, núm. 122, 2000, pp. 30-31.

⁸ Vid. MIRANDA SERRANO, L.M., “Restricciones accesorias...”, *op. cit.*, p. 1.

⁹ Así lo manifestó expresamente PINTOS AGER, J., “La remisión a los reglamentos comunitarios de exención en bloque”, *Indret*, núm. 3, 2001. Además, existen en nuestra doctrina manifestaciones que apuntan en esta dirección. Así, el prof. MIRANDA SERRANO, hablando de las conductas de menor importancia, proponía una interpretación realista y flexible de las restricciones de la competencia sobre la base de la cual no toda limitación convencional o concertada de la libertad de actuación en el mercado ha de considerarse necesariamente prohibida por el art. 1.1 LDC al ser factible distinguir entre restricciones concurrenciales *razonables e irrazonables*, éstas últimas sí prohibidas por dicho precepto. (Vid. FONT GALÁN, J.I y MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust. Sistema de ilícitos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005, p. 110). Años más tarde, el mismo autor volvía a aludir a la *rule of reason*, ahora de manera más directa, en relación con las conductas *antitrust* de menor importancia, por evocar a dicha regla el nuevo sistema de exención legal de la LDC de 2007. (Vid. MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis* en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y su Reglamento de desarrollo”, *Derecho de los negocios*, número 216, 2008, p. 5).

reason inspira la regla *de minimis*, ésta última se encuentra más evolucionada, debido a que concreta un pensamiento más genérico y que se encuentra mejor caracterizada que la *rule of reason* norteamericana. Ha alcanzado, por así decirlo, una fisonomía propia.

1.2. Algunos apuntes sobre la rule of reason

En primer lugar, la argumentación acerca de la conexión existente entre la *rule of reason* y la licitud de las conductas de menor importancia es más intuitiva de lo que pudiera parecer si se atiende a otra realidad del ámbito concurrencial: las restricciones accesorias. Al respecto, es ampliamente compartido por la comunidad científica que si una cláusula de prohibición de la competencia en un contrato de compraventa de empresa no se extralimita de la finalidad intrínseca del negocio de transmisión, el Derecho de defensa de la competencia desactiva sus mecanismos represores y sancionadores. Se tolera dicho pacto por entender que se trata de una limitación concurrencial razonable, y consecuentemente, no se aplica el Derecho *antitrust*, aún cuando se produce una limitación de la libertad de competencia entre dos operadores económicos. Este retroceso del Derecho de la competencia ante el Derecho patrimonial es lógico y *razonable* porque el sistema económico necesita, antes que nada, empresas fuertes y bien organizadas, motivo por el que no se puede entorpecer su transmisión¹⁰.

La interconexión latente entre la *rule of reason* y la transmisión de empresas quedó más que patente en el caso ICI Paints España S.A, en el cual se valoraba una cláusula de no competencia insertada en un contrato de compraventa de empresa que tenía una limitación de competencia temporal -5 años- y espacial –territorio en el que la empresa había

¹⁰ MIRANDA SERRANO, L.M. “La rule of reason en el Derecho de la competencia: a propósito de la transmisión de empresas”, *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont*, Vol. II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995, p. 2333.

introducido previamente sus productos¹¹. Al respecto, hubo autores que afirmaron que al aplicar en este asunto la doctrina de las *ancillary restrictions*, el TDC leyó el art. 1 LDC conforme a los postulados de la *rule of reason*¹². Otros, concluyeron que el TDC incorporó la regla americana de forma tímida y que si bien la teoría de las *ancillary restraints* es previa e inspiradora de aquella, no son, en puridad, exactamente lo mismo¹³. Fuera como fuese, en lo que ahora interesa, parece indubitado que la *rule of reason* estadounidense hizo de musa en la solución jurídica dada a las restricciones accesorias en la transmisión de empresas en sede de Derecho comunitario en general, y de Derecho interno español en especial. Lo demuestra el hecho de que las autoridades comunitarias en su labor hermenéutica concediesen a las jurisdicciones nacionales de los Estados miembros la posibilidad de discriminar en la práctica las restricciones de la competencia que en tanto que accesorias, han de reputarse razonables, de aquellas otras irrazonables¹⁴. Esto es lógico, por cuanto que si la normativa en materia de concentraciones permite la operación, es razonable que se toleren también las restricciones accesorias sin necesidad de que hayan de ser exceptuadas en virtud de una norma eximente de la prohibición *antitrust*¹⁵. El fin justificaría los medios pero siempre dentro de lo razonable, sin que el Derecho patrimonial llegue a asfixiar al Derecho *antitrust* y la libre competencia¹⁶.

En segundo lugar, y más allá del paralelismo existente entre las restricciones accesorias y las conductas *antitrust* de menor importancia, sobre el que volveremos más adelante, la tesis defendida acerca de la conexión que impera entre la regla *de minimis* y la *rule of reason* se apoya en otros puntos relevantes. Del estudio de la regla hermenéutica americana

¹¹ RTDC N° 40/92, de 2 de marzo de 1993. (Expte. 40/92 Ici Paints España SA.)

¹² Vid. GINER PARREÑO, C.A., “Artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y Rule of reason (el caso ICI PAINTS España S.A.)”, *Derecho de los negocios*, núm. 33, 1993, p. 12.

¹³ Efectivamente, el prof. MIRANDA SERRANO observa una recepción tímida de la *rule of reason* en MIRANDA SERRANO, L.M. “La rule of reason...”, *op. cit.*, p. 2350 y defiende la diferenciación entre *ancillary restraints* y *rule of reason*, como la primera da origen a la segunda, en MIRANDA SERRANO, L.M., “Restricciones accesorias...”, *op. cit.*, pp. 5-6.

¹⁴ MIRANDA SERRANO, L.M., “Restricciones accesorias...”, *op. cit.*, p. 29.

¹⁵ MIRANDA SERRANO, L.M. “La rule of reason...”, *op. cit.*, p. 2351.

¹⁶ *Ibidem*, p. 2351.

pueden deducirse, *grosso modo*, hasta tres argumentos que sostienen que la *rule of reason* es el origen de las conductas de menor importancia. No obstante, antes de entrar en dichas explicaciones, es necesario ofrecer unos breves apuntes sobre la *rule of reason* sin los cuales el planteamiento final que aquí se mantiene no sería comprendido. Si estas notas son elaboradas con la precisión y sencillez deseada, observará el lector que no es nada forzado llegar a la conclusión de que la *rule of reason* es el origen de la regla *de minimis*. Sin embargo, conviene advertir nuevamente que también se defiende que ésta tuvo, casi desde el principio, una fisonomía propia. Las autoridades de la Unión Europea no se han limitado meramente a realizar una maniobra de importación de un producto judicial foráneo. Nada más lejos de la realidad.

Lo primero que se ha de puntualizar acerca de la *rule of reason* norteamericana es la redacción de la norma pionera en materia *antitrust*: la *Sherman Act*. Según su literalidad, caracterizada por un lenguaje taxativo, se afirma que “todo contrato, combinación o conspiración que restrinja el comercio es ilegal” y que “toda persona que monopolice o intente monopolizar el comercio comete un crimen”¹⁷. Por este motivo, la Corte Suprema de los Estados Unidos, consciente de que ese tono prohibitivo de acuerdos bilaterales ordinarios, cooperaciones y *joint-ventures* perjudicaba la libertad de empresa, pronto modularía la aparente contundencia del texto. Concluiría que la norma debía interpretarse discriminando entre restricciones ordinarias o procompetitivas y aquellas anticompetitivas. Esto explica que la historia de la aplicación de la *Sherman Act* esté repleta de episodios de evolución al estilo del *Common Law*¹⁸.

¹⁷ Traducción propia *apud* EASTERBROOK, F.H., “Vertical arrangements and the rule of reason”, *Antitrust Law Journal*, vol. 53, núm. 1, 1984, pp. 135-173.

¹⁸ *Vid.*, entre otros: EASTERBROOK, F.H., “Vertical arrangements...”, *op. cit.*, pp. 136-137, GINER PARREÑO, C.A., “Artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia...”, *op. cit.*, p. 12 y MIRANDA SERRANO, L.M., “Restricciones accesorias...”, *op. cit.*, p. 5.

En un primer momento, la aplicación de la Ley a los casos concretos se realizó mediante el recurso a la técnica de la interpretación literal¹⁹. Sin embargo, más pronto que tarde otra más flexible se acabaría imponiendo, aunque con cierta polémica. El poder legislativo acusó a los jueces de arbitrarios y reaccionó con virulencia aprobando dos nuevas normas²⁰. Primero, la *Federal Trade Commission Act*, que pretendió atacar por la vía del acto de competencia desleal aquellos comportamientos empresariales que escapaban a las leyes *antitrust* mediante la creación de un órgano *ad hoc*, la *Federal Trade Commission*²¹. Segundo, la *Clayton Act*, que representó un importante paso hacia adelante en el control de los monopolios²². Con todo, la intención de los jueces de mitigar en la práctica la severidad y rigor de la *Sherman Act* no cesó. Desde principios del siglo XX hasta hoy, la *rule of reason* ha sido una constante en la jurisprudencia norteamericana que propugna una distinción entre restricciones razonables y no razonables de la competencia. Ha funcionado como método de análisis e interpretación del Derecho *antitrust* estadounidense acreedor de una pasmosa trascendencia práctica, si bien es cierto que ha habido algunas etapas en las que ha sufrido un retroceso en su aplicación por culpa de la presunción de ilicitud concurrencial de determinadas conductas consideradas *per se* ilegales²³.

En cuanto al germen de la *rule of reason*, hay consenso doctrinal en señalar que los tribunales americanos utilizaron este método por primera vez en la sentencia que falló el caso *United States v. Addyston Pipe and*

¹⁹ Caso *United States v. Transmissouri Freight Association* 166 US 290 (1897). En éste, precisamente, el juez Peckman renunció a distinguir entre restricciones razonables y no razonables de la competencia, apoyándose en el aparente carácter taxativo de la Ley.

²⁰ Vid. GINER PARREÑO, C.A., “Artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia...”, *op. cit.*, p. 12 y MIRANDA SERRANO, L.M., “Restricciones accesorias...”, *op. cit.*, p. 5.

²¹ Vid. *Supra* nota 20.

²² MIRANDA SERRANO, L.M., “Restricciones accesorias...”, *op. cit.*, p. 5.

²³ Vid, entre otros: GELFAND, D & BERNHARDT, L., “Vertical restraints: Evolution from Per Se to rule of Reasons Analysis”, *ABA Antitrust Section Fall Forum*, 2017, *passim* y EASTERBROOK, F.H., “Vertical arrangements...”, *op. cit.*, p. 137. Este último autor lo expresa muy bien diciendo que la prohibición *per se* de los cárteles “ha sido adoptada, abandonada, adoptada otra vez y luego ampliamente modificada” por los tribunales.

*Steel Co*²⁴. El valor de ésta radica justamente en que es la primera decisión judicial emanada de los tribunales americanos que excluye del ámbito de aplicación de las normas prohibitivas de las prácticas colusorias a determinadas restricciones de la competencia, tales como las restricciones accesorias²⁵. Ciertamente es que esta sentencia no llegó a consagrar la *rule of reason* tal como ésta se ha venido entendiendo y aplicando por los tribunales de justicia norteamericanos, pero parece indubitado que este método tuvo su punto de arranque en la doctrina de las restricciones accesorias que contiene dicha resolución judicial. El concepto de *ancillary* fue determinante para la construcción de la *rule of reason* moderna porque en torno a él los jueces fueron diferenciando las restricciones concurrenciales razonables, situadas fuera del ámbito de aplicación de la Sección 1º de la *Sherman Act*, de las irrazonables, consideradas *per se* ilegales²⁶. De ahí que se sostenga que la *rule of reason* comienza en la práctica judicial a partir de la Resolución *Addyston Pipe*²⁷.

Con todo, el genuino génesis de la regla de la razón moderna debe al juez White y la sentencia *Standar Oil of New Jersey v. United States* en 1911²⁸. En ella, se sostiene la urgencia de encontrar una regla o principio hermenéutico capaz de orientar a los jueces en su labor de determinar cuáles son las restricciones concurrenciales que han de considerarse prohibidas por la *Sherman Act*. Este principio se halla finalmente en la *rule of reason*. Más tarde, hemos de mencionar la sentencia *United States v.*

²⁴ Caso *United States v. Addyston Pipe and Steel Co*, 85 Fed. 271 (6th Cir. 1898); 175 US 211 (1899). En él se enjuiciaba la conformidad o disconformidad de un convenio firmado por diversas compañías con la Sección 1º de la *Sherman Act*. En virtud del acuerdo se hacía un reparto territorial entre todas ellas y se constituía un comité que decidía los precios que se aplicarían en cada uno de dichos territorios. Al respecto, la Corte de Apelación del *Sixth Circuit* consideró nulo el convenio basándose en su inequívoca finalidad anticoncurrencial.

²⁵ MIRANDA SERRANO, L.M., “Restricciones accesorias...”, *op. cit.*, p. 6.

²⁶ *Ibidem*, p. 6

²⁷ *Vid.*, entre otros: KOVAR, R., “Le droit communautaire de la concurrence et la règle de raison”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 2, 1987, p. 237; HAWK, B., “La révolution antitrust américaine. Une leçon pour la Communauté économique européenne?”, *Revue Trimestrielle de Droit Européen*, núm. 1, 1989, p. 5 y FASQUELLE, D., *Droit américain et droit communautaire des ententes. Etude de la règle de raison*, GLN JOLY éditions, París, 1993 *apud.* MIRANDA SERRANO, L.M., “Restricciones accesorias...”, *op. cit.*, p. 6.

²⁸ Caso *Standar Oil of New Jersey v. United States*, 221 US 1 (1911). *Vid.* GELFAND, D & BERNHARDT, L., “Vertical restraints: Evolution from...”, *op. cit.*, p. 2.

American Tobacco, según la cual el término restricción del comercio solo comprende aquellos actos, contratos, acuerdos o alianzas que van en contra del interés público por restringir la competencia de forma injustificada²⁹. Empero, no se clarifica cómo usar esta regla ni qué criterios de valoración deben emplearse a fin de determinar si un acuerdo restrictivo de la competencia ha de estar prohibido. Para ello, habría que esperar hasta la sentencia que falla sobre el asunto *Board Trade Of Chicago v. United States*³⁰. En ésta, se señala que hay múltiples factores importantes en el análisis de la *rule of reason* y se afirma que el auténtico test de legalidad consiste en preguntarse si la restricción impuesta promueve e incluso refuerza la competencia o si, por el contrario, la suprime parcial o totalmente. Con toda esta jurisprudencia y aquella que le sigue, va tomando forma el método interpretativo de las normas *antitrust*, que ha dado por llamarse *rule of reason*, conforme el cual el intérprete y aplicador de la Ley debe valorar los efectos positivos y negativos que la práctica enjuiciada despliega sobre la competencia. De esta manera, se decantará por su prohibición y sanción sólo cuando se observe que los perjuicios ocasionados a la competencia no resultan compensados por los beneficios. Se realiza así, en definitiva, un balance concurrencial de las prácticas enjuiciadas en el que no tienen cabida elementos extraños a la competencia³¹.

Por otro lado, la evolución de la *rule of reason* ha estado marcada, según nuestra doctrina más insigne, por hasta cuatro etapas diferentes³². La primera de ellas, que comprende desde su origen hasta 1910, estuvo caracterizada, como ya sabemos, por una interpretación literal de la norma. La segunda, que va desde 1911 hasta 1940, se corresponde con la sustitución de la interpretación inflexible de la prohibición por la

²⁹ Caso *United States v. American Tobacco*, 221 US 106 (1911). *Vid.* BORK, R., “The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division”, *Yale Law Journal* núm. 775, 1965, p. 806.

³⁰ Caso *Board Trade Of Chicago v. United States*, 246 US 231 (1918). *Vid.* GELFAND, D & BERNHARDT, L., “Vertical restraints: Evolution from...”, *op. cit.*, p. 2.

³¹ MIRANDA SERRANO, L.M., “Restricciones accesorias...”, *op. cit.*, p. 7.

³² FERNÁNDEZ NOVOA, C., “Un hito en la historia del Derecho de la competencia: Centenario de la *Sherman Act*”, *ADI*, T. XIII, 1989-1990, pp. 675 y ss y MIRANDA SERRANO, L.M. “La rule of reason...”, *op. cit.*, pp. 2324-2325.

flexibilidad de la *rule of reason*, que ya ha sido pertinentemente comentada. Más tarde, en el periodo comprendido desde 1940 a 1970 - coincidente con la tercera de esas cuatro etapas- imperó la presunción de ciertas conductas consideradas *per se* ilícitas. Ciertamente es, empero, que en la última de ellas -que abarca el periodo comprendido desde 1970 hasta hoy- vuelve a predominar la *rule of reason*, auspiciada por los fundamentos de la Escuela de Chicago sobre la teoría económica de la eficiencia³³. A continuación, se comentan precisamente estas dos últimas etapas, con el objeto de que pueden ser de provecho para comprender las conclusiones alcanzadas en este epígrafe.

Mientras la jurisprudencia adopta y aplica el método interpretativo de la *rule of reason*, una teoría conocida como *per se condemnation rule* –o *per se rule*, a secas- se desarrolla de forma paralela a aquel. Dicha teoría se fundamentaba en que determinadas prácticas han de ser reputadas *per se* ilegales en virtud de su consideración de no razonables, tal como lo pone de manifiesto por primera vez la sentencia que falla el Caso *United States v. Trenton Potteries Co*³⁴. Conforme a este método, habrá restricciones que, dados sus perjudiciales efectos sobre la competencia y la ausencia de elementos positivos susceptibles de contrarrestarlos, son en sí mismo contrarias al Derecho de la competencia, sin que sea necesario acudir al

³³ Vid. POSNER, *Economic analysis of law (9th edition)*, Wolters-Kluwer Law & Business, New York, 2014, *passim* y POSNER, R.A., “The Chicago School of Antitrust Analysis”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 925, 1979, *passim*. No obstante, en nuestra doctrina han sido críticos con esta corriente jurídica fundamentada en la economía, entre otros: FONT GALAN, J.I., *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987, p. 29, nota 18 y TORRES LOPEZ, J., *Análisis económico del derecho*, Panorama doctrinal, Madrid, 1987, *passim*. Fuera de nuestras fronteras: EASTERBROOK, F.H., “Vertical arrangements...”, *op. cit.*, p. 154 e incluso HAYEK, quien afirma que la tarea de enmendar gradualmente el sistema legal con el fin de que conduzca mejor al suave funcionamiento de la competencia es labor del jurista y no de los economistas (Vid. HAYEK, *Los Fundamentos de la Libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1991, p. 287).

³⁴ En el Caso *United States v. Trenton Potteries Co*, 273 U.S. 392 (1927) la Corte Suprema aclara que los acuerdos de fijación de precios a cualquier nivel no son razonables porque el propósito y resultado de todo acuerdo de mantenimiento de precios, si es efectivo, es la eliminación de una forma de competir. Deben presumirse irracionales y, consecuentemente, ilegales, sin que para ello se deba realizar una investigación en profundidad acerca de los perjuicios que han podido causar o de las justificaciones económicas manifestadas a su favor. Para saber más Vid, entre otros: MIRANDA SERRANO, L.M., “Restricciones accesorias...”, *op. cit.*, p. 7 y GELFAND, D & BERNHARDT, L., “Vertical restraints: Evolution from...”, *op. cit.*, p. 2.

complicado examen económico del balance concurrencial de la *rule of reason* para determinar su ilicitud. Por tanto, esta prohibición *per se* no solamente permite una mayor seguridad jurídica, sino que además evita llevar a cabo investigaciones económicas considerablemente extensas y complejas con el fin de discernir si la restricción litigiosa es razonable o no³⁵.

Tradicionalmente, sobre todo en los años cincuenta y sesenta, se ha venido considerando a ciertas conductas como prácticas *per se* ilícitas. Entre éstas cabe citar los acuerdos de fijación horizontal y vertical de precios, las prácticas de boicot, los acuerdos vinculados y los acuerdos de reparto horizontal de mercados³⁶. Sin embargo, una parte significativa de esta jurisprudencia ha ido cambiando y ahora la mayoría de prácticas son enjuiciadas desde el prisma de la *rule of reason*³⁷. Por ejemplo, los acuerdos de fijación vertical de precios no son ilegales *per se* desde el Caso *Sylvania* de 1977³⁸. Tampoco lo es ya la fijación de precios máximos o mínimos de reventa. Al respecto, la Corte Suprema había sostenido en el Caso *Dr. Miles Medical Co v. John D. Park & Sons Co* que la fijación de un precio mínimo de reventa conculcaba *per se* la normativa *antitrust*. Más tarde, en el Caso *Albrecht v. Herald Co* afirma exactamente lo mismo respecto de la fijación de precios máximos³⁹. Sin embargo, estas posturas serían superadas. La prohibición *per se* de la fijación de un precio máximo fue modificada casi 30 años después en el Caso *State Oil v. Khan*, cuando

³⁵ MIRANDA SERRANO, L.M., “Restricciones accesorias...”, *op. cit.*, p. 7.

³⁶ *Ibidem*, p. 7 y BORK, R., “The Rule of Reason...”, *op. cit.*, *passim*.

³⁷ GELFAND, D & BERNHARDT, L., “Vertical restraints: Evolution from...”, *op. cit.*, p. 3.

³⁸ En el Caso *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967) la Corte Suprema de los Estados Unidos afirmó que los acuerdos verticales de fijación de precios eran restricciones *per se* ilegales. Sin embargo, 10 años más tarde superó esa interpretación en el caso *Continental TV, inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977). En este caso el *Ninth Circuit* dijo que la restricción de *Sylvania* tenía menos potencial para dañar la competencia y que debía ser analizado bajo la *rule of reason* y no como una ilegalidad *per se*. Esto fue reiterado por la Corte Suprema, que defendió que no existían pruebas de que las restricciones verticales tengan o puedan tener probablemente un pernicioso efecto para la competencia, por lo que lo más apropiado era volver a la *rule of reason* que había antes del Caso *Schwinn*. *Vid.* GELFAND, D & BERNHARDT, L., “Vertical restraints: Evolution from...”, *op. cit.*, pp. 4-5.

³⁹ Caso *Dr. Miles Medical Co v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S. 373 (1911) y *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145 (1968) *apud.* GELFAND, D & BERNHARDT, L., “Vertical restraints: Evolution from Per Se to rule of Reasons Analysis”, *ABA Antitrust Section Fall Forum*, 2017, pp. 5-8.

la Corte Suprema sostuvo que es difícil concebir que un acuerdo vertical que impone precios máximos dañe a los consumidores o a la competencia desde un análisis *per se* de ilegalidad⁴⁰. Por su parte, la superación de la interpretación del Asunto *Dr. Miles* llega con el Caso *Leegin Creative Leather Products v. PSKS, Inc* de 2007⁴¹. Pero además de estas conductas, ahora también son enjuiciados bajo la *rule of reason* los acuerdos vinculados. En efecto, la postura defendida por la Corte Suprema en los Casos *Northern Pacific Railway Co v. United States*, *International Salt Co v. United States* y *Fortner Enterprises Inc v. United States Steel Corporation*, merced de la cual los acuerdos vinculados eran reputados ilegales *per se*, queda obsoleta⁴². Esta antigua interpretación cede ante la reciente concepción de la Corte Suprema que considera que la *rule of reason* puede ser un estándar de enjuiciamiento apropiado en algunas circunstancias, optando así por un enfoque más liberal⁴³.

Este predominio general de la *rule of reason* se debe, en parte, a la primacía de los postulados económicos imperantes en los pronunciamientos judiciales americanos, muy especialmente aquellos que proceden de la Escuela de Chicago⁴⁴. No obstante, este enjuiciamiento bajo criterios y conceptos económicos, en ocasiones sesgado, ha recibido duras críticas. Por ejemplo, ha sido dicho que si un colectivo de economistas difícilmente llegaría a un acuerdo sobre cómo afecta la práctica al bienestar de los

⁴⁰ Caso *State Oil v. Khan.*, 522 U.S. 3 (1997).

⁴¹ Caso *Leegin Creative Leather Products v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007). En él se sostiene que el precio mínimo de reventa tiene que ser evaluado también bajo la *rule of reason* porque no se puede equiparar el establecimiento de un precio mínimo a uno horizontal en todo caso. Vid. GELFAND, D & BERNHARDT, L., "Vertical restraints: Evolution from...", *op. cit.*, pp. 6-8.

⁴² Caso *Northern Pacific Railway Co v. United States*, 356 U.S. 1 (1956); *International Salt Co v. United States*, 332 U.S. 392 (1947) y *Fortner Enterprises Inc v. United States Steel Corporation*, 394 U.S. 495 (1969). Vid. GELFAND, D & BERNHARDT, L., "Vertical restraints: Evolution from Per Se to rule of Reasons Analysis", *ABA Antitrust Section Fall Forum*, 2017, pp. 8-10.

⁴³ *Jefferson Parish Hosp. Dist. N. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984).

⁴⁴ Vid. POSNER, R.A., "The rule of reason and the economic approach: reflections on the Sylvania Decision", *University of Chicago Law Review*, núm. 45, 1977, p. 13. De hecho, algunas distinguidas personalidades como BORK o el propio POSNER han llegado a afirmar incluso que la única finalidad del Derecho *antitrust* es la eficiencia económica y que la prohibición *per se* está falta de base económica. Vid. BORK, R., "The Rule of Reason...", *op.cit.*, *passim* y BORK, R., "Vertical Integration and the Sherman Act: The Legal History of an Economic Misconception," *University of Chicago Law Review*, vol. 22, 1954, *passim*.

consumidores o a la eficiencia económica, el juez improbablemente pueda realizar una tarea enjuiciadora sólida⁴⁵. Sin embargo, se tolera cierta influencia económica por la comunidad científica habida cuenta que el propio diseño del sistema legal está pensado para minimizar costes. Se busca reducir al máximo tanto el coste de que las prácticas anticompetitivas escapen a la condena, como el de que prácticas procompetitivas sean condenadas o disuadidas. De ahí que como se ha venido defendiendo, no se puede utilizar un martinete para aplastar moscas⁴⁶. Y es que algunas prácticas, aunque anticompetitivas, no merece la pena que sean perseguidas⁴⁷. Tal como ha señalado la Corte Suprema “la investigación exigida por la regla de la razón se pregunta si el acuerdo impugnado es uno que promueve la competencia o uno que la suprime (...). El propósito del análisis es formar un juicio sobre la *importancia* competitiva de la restricción.”⁴⁸. Por ello, para llenar de contenido la *rule of reason* y atender a la significancia de los efectos producidos, han sido señalados hasta cinco filtros con el fin de que solo sean más ampliamente investigados aquellos comportamientos con un riesgo significativo de dañar la competencia. Son el poder de mercado, la extensión de las prácticas adoptadas, el efecto sobre los outputs, la duración y que los beneficios dependan de la reducción de la competencia⁴⁹. De todos ellos, el más interesante para este trabajo es el poder de mercado, ya que nos evoca a los criterios que históricamente han determinado la menor importancia.

El poder de mercado está íntimamente ligado a la cuota de mercado en el ámbito comunitario. Sin embargo, en el panorama americano este

⁴⁵ EASTERBROOK, F.H., “Vertical arrangements...”, *op. cit.*, p. 153 afirma que es fantástico suponer que los jueces pueden realizar una investigación como la exigida por la *rule of reason* pero que la realidad es que si reunimos a 12 economistas y les damos toda la información disponible sobre la práctica concurrencial además de un presupuesto y medios tecnológicos ilimitados, no tendremos rápidamente -y quizás nunca- un consenso sobre sus efectos.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 158. Literalmente: “you do not use a \$500.000 pile driver to swat flies”.

⁴⁷ Así lo defiende en el ordenamiento jurídico americano EASTERBROOK, F.H., “Vertical arrangements...”, *op. cit.*, p. 158.

⁴⁸ Caso *National Soc’y of Prof. Engineers v. United States*, 435 U.S., 679, 691-92 (1978). Traducción propia. Cursiva propia. Texto original: “The inquiry mandated by the rule of reason is whether the challenged agreement is one that promotes competition or one that suppresses competition (...). The purpose of the analysis is to form a judgment about the competitive significance of the restraint.”

⁴⁹ EASTERBROOK, F.H., “Vertical arrangements...”, *op. cit.*, pp. 158-168.

poder no se entiende como la fracción o porcentaje que se tendrá del total del segmento del mercado que está siendo suministrado por la compañía. Por el contrario, se concibe como la habilidad de aumentar los precios significativamente sin perder ventas –inelasticidad de la demanda-. Esto, empero, no consideramos que sea *per se* una evidencia del poder de mercado de una empresa. La elasticidad de la demanda depende sobre todo del producto en cuestión y del sector, no solo de los factores particulares atribuibles a un determinado producto de una empresa concreta. Hay organizaciones empresariales que pueden aumentar los precios sin perder ventas y que pese a ello no gozan de poder de mercado. En nuestra humilde opinión, la cuota de mercado es mucho más pertinente y sobre todo, más indicativa de la fuerza de una determinada empresa en su mercado relevante. Esto se debe, especialmente, a la dificultad de aislar los factores que influyen en la elasticidad de la demanda.

Con todo, no es la perspectiva concreta que se selecciona para medir el poder de mercado lo que nos interesa. Lo destacable es que tanto en el panorama europeo como en el americano, se sostiene que el primer filtro de ilicitud de una práctica es que ésta tenga capacidad de causar un perjuicio real. Las firmas sin poder de mercado no pueden perjudicar a la competencia aunque quieran. Podrán dañar a unos pocos consumidores, rivales o a ellos mismos eligiendo prácticas anticompetitivas, pero no a la competencia en sí⁵⁰. En esos casos debemos acudir al Derecho de la competencia desleal, no al Derecho *antitrust*. Por eso algunos tribunales han pedido la prueba de poder de mercado como primer paso para la aplicación de la *rule of reason*⁵¹. Y por eso los tribunales europeos y españoles exigen cierta relevancia para perseguir una conducta concurrencial. En particular, la *rule of reason* es concebida por algunos autores como una regla vacía que había que llenar de contenido, creando o descubriendo una serie de presupuestos en los que los efectos anticompetitivos sean improbables, entre los que se encuentra el poder de

⁵⁰ *Ibidem*, p. 159.

⁵¹ *Vid*, entre otras: *White & White, Inc v. American Hosp. Supply Corp.*, 723 F. 2d 495, (6th Cir. 1983); *Valley Liquors, Inc v. Renfield Importers, Ltd.*, 678 f. 2D 742, 745 (7th Cir. 1982) y *Cowley v. Braden Indus, Inc.*, 613 F.2d 751, 755 (9th Cir. 1980).

mercado⁵². En nuestra opinión, eso es precisamente la regla *de minimis*. Es una manifestación concreta y trabajada de la genérica *rule of reason* americana. Encuentra en ella su origen, aunque nada impide que disfrute de una fisonomía propia. Las conductas *antitrust* de menor importancia fueron inspiradas por la regla de la razón de los tribunales estadounidenses, pero hoy son una realidad jurídica más elaborada que disfruta de un contenido propio. Las numerosas Comunicaciones de la Comisión Europea así lo demuestran.

1.3. Los porqués de la rule of reason como origen de la regla de minimis

Llegados a este punto, seguramente nos encontramos en disposición de comprender los argumentos por los cuales la *rule of reason* podría ser reputada como el origen de la regla *de minimis*. Al respecto, cabe decir que el razonamiento se fundamenta, por un lado, en el paralelismo existente con las *ancillary restraints*, y por otro, en la propia construcción y evolución del método interpretativo de origen estadounidense. Y es que merced de ésta, vislumbramos hasta tres argumentos que apoyan nuestra teoría. Son la matización que una y otra regla realizan respecto de una prohibición categórica o taxativa, la influencia económica imperante en ambas concepciones y la coincidencia –no casual– de algunas restricciones prohibidas *per se* con conductas excluidas de la regla *de minimis* en Europa.

En primer lugar se ha de recordar que, efectivamente, las restricciones accesorias desde la óptica del Derecho *antitrust* americano y europeo no se consideran auténticas e ilícitas restricciones de la competencia. Esto se debe a que en el hipotético balance concurrencial de esta práctica, se encuentran más bondades que perjuicios para la competencia. Y no es algo extraño, ya que son necesarias para la transmisión de empresas al garantizar que la ejecución del contrato llega a buen puerto.

⁵² EASTERBROOK, F.H., “Vertical arrangements...”, *op. cit.*, p. 168.

Sirven al objeto de un negocio jurídico sin el cual el mercado perdería su carácter dinámico⁵³. Si entran dentro de lo razonable en términos de espacio y tiempo, es de esperar que el Derecho *antitrust* no las prohíba, puesto que no hay razón para ello. Al contrario, si la normativa de concentración de empresas permite la operación, la normativa de defensa de la competencia no puede ni debe ser un obstáculo para el negocio jurídico en cuestión, por la vía pacto colusorio.

De forma paralela, si una conducta por su escasa importancia es incapaz de afectar de manera significativa a la competencia, es razonable pensar que no supone para esta última una amenaza real que justifique la intervención estatal. Por el contrario, si el Derecho *antitrust* persiguiese toda conducta, se matarían moscas a cañonazos. En tal caso, el Derecho de defensa de la competencia, que tiene un carácter especial respecto del Derecho de la competencia desleal y que persigue intereses públicos, quedaría gravemente difuminado. Eso no sería razonable. Además, no se puede pasar por alto que las pequeñas y medianas empresas tienen la necesidad de cooperar de forma más estrecha para poder competir en el nuevo entorno económico. Si realizamos el balance concurrencial que propugna la *rule of reason*, se verá cómo se encuentran menos perjuicios que potenciales beneficios en la utilización de la regla *de minimis*. En otras palabras: igual de razonable es excluir de la prohibición general un pacto de no competencia de un contrato de transmisión de empresa, que una conducta que por su escasa importancia no afecta de manera significativa a la competencia. El fundamento de legalidad de una y otra realidad jurídica parece tener el mismo origen: la razonabilidad. Por tanto, si ha quedado demostrado que la permisión de las restricciones accesorias proviene de la *rule of reason* americana, parece también indiscutible que las conductas de menor importancia tienen el mismo origen.

⁵³ Sobre el justo equilibrio que debe existir entre la autonomía privada –Derecho de contratos- y la promoción y defensa de la libre competencia económica, aludiendo a la diferencia de acuerdos que tengan por efecto restringir la competencia de aquellos que la tengan por objeto, *vid.* ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatista del derecho antimonopolio”, *InDret*, núm. 253, noviembre, Barcelona, 2004, *passim*.

Por otro lado, conviene enfatizar que tanto la regla *de minimis* como la *rule of reason* americana son una matización necesaria a una norma categórica prohibitiva de todo pacto o acuerdo restrictivo de la competencia. Así, si la *rule of reason* vino a flexibilizar la Sección 1º de la *Sherman Act*, la regla *de minimis* hizo lo propio con los artículos 85 y siguientes del Tratado de Roma de 1957⁵⁴. Tanto el legislador norteamericano como el europeo, optaron por una prohibición con carácter general que pone de manifiesto su opinión contraria al cártel y a todo intento de monopolización del mercado, en general. Pero pronto repararon en que tenían que admitir ciertas excepciones. Por ello, los tribunales estadounidenses excluirían del ámbito de aplicación de la prohibición general “aquellas conductas razonables”, por causar más beneficios a la competencia que perjuicios. Dejaron fuera las conductas que tenían un cierto efecto procompetitivo, porque eso era lo razonable. Y por eso mismo, los órganos jurisdiccionales europeos se decantaron por excluir de la prohibición rígida y aparentemente inflexible, a aquellas conductas que por su escasa importancia no podían afectar a la competencia de forma significativa. Se observa aquí que la regla *de minimis* no es cosa distinta a la regla de la razón. De hecho, se trata de una manifestación concreta de aquella, que goza de un mayor desarrollo y concreción en la Unión Europea que la idea primogénita de origen americano.

Además, ambas reglas se nutren de la ciencia económica. Como es sabido, la *rule of reason* es preconcebida como un balance concurrencial en el que se examinan los efectos procompetitivos y anticompetitivos de la práctica cuestionada. Esta investigación incluso ha estado influenciada históricamente por una corriente económica concreta, como es la Escuela de Chicago. De forma similar, la Comisión Europea también ha atendido a criterios económicos, especialmente al de cuota de mercado, desde que nos ofreció la primera comunicación aclaratoria del concepto de menor importancia hasta la actualidad. Tal criterio, justamente evidencia que los

⁵⁴ MIRANDA SERRANO, L.M y PAGADOR LÓPEZ, J., “Nueva comunicación de la Comisión Europea sobre los acuerdos de menor importancia”, *Consejo Consultivo para la Pequeña y Mediana Empresa*, 2014. Disponible en <http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=152>, última consulta 21 de mayo de 2018.

órganos decisorios europeos también se han colocado las gafas de un economista para discernir si una conducta concurrencial es ilícita o no. Se analiza la significancia de la práctica concurrencial desde el punto de vista económico y no desde cualquier otro, como sería el social o el moral-conductual. No obstante, a diferencia del poder judicial americano, la Unión Europea ha optado por criterios económicos más objetivos, aunque rígidos e igualmente difíciles de dilucidar. Esto es resultado de la realidad del ordenamiento comunitario, ya que la pluralidad ideológica y política hacía imposible la consagración de criterios económicos más interpretables que diesen lugar a gran disparidad en los ordenamientos de los Estados miembros. Ciertamente es que todo ello va en detrimento de la menor adaptación al caso concreto, pero ello es en pos de la seguridad jurídica, como viene siendo habitual en toda comparación entre el régimen continental y el del *Common Law*.

Por último, se ha de poner de relieve que la Corte Suprema ha venido reconociendo una serie de prácticas que en un principio son ilícitas *per se*, evidenciando que ciertos comportamientos tienen tal efecto que no cabe que sean lícitos merced de un enjuiciamiento encabezado por la *rule of reason*. En la Unión Europea, igualmente, la Comisión Europea ha sostenido en sus comunicaciones que hay conductas que nunca pueden ser reputadas de menor importancia debido a su contenido –en España, art. 2 RDC-. En estos casos, es indiferente la cuota de mercado. Por sus efectos, son prácticas que se deben considerar siempre ilícitas, o al menos, con un potencial suficiente como para dañar la competencia de forma significativa. Son, a saber, aquellas conductas graves recogidas en cualquier reglamento de exención por categorías, la fijación de los precios de venta de los productos a terceros, la limitación de la producción o las ventas y el reparto de mercados o clientes, incluidas las pujas fraudulentas, o la restricción de las importaciones o las exportaciones. Si la *per se rule* demuestra que los tribunales americanos no estaban dispuestos a que la flexibilización de la *Sherman Act* inutilizase en gran medida el Derecho antitrust, la matización de la regla *de minimis*, esto es, la exclusión por motivo de contenido, hace lo propio en sede de régimen jurídico europeo. Ambas ponen de manifiesto

que hay una serie de comportamientos especialmente dañinos para la libre competencia concurrencial.

En definitiva, dados los paralelismos entre las dos reglas, el hecho de que la *rule of reason* aparezca antes en el tiempo, así como la influencia manifiesta que los Estados Unidos han tenido en Europa en materia de defensa de la competencia, lleva a concluir que la *rule of reason* es el origen de la regla *de minimis*. Ciertamente es algo bastante intuitivo, porque el Derecho *antitrust* no puede aplicarse alegremente para sofocar aquellas conductas que por su escasa importancia no pueden dañar la competencia. No sería razonable.

1.4. Diferencias entre la regla de *de minimis* y la *rule of reason*

Expuestas las coincidencias apreciables entre la regla *de minimis* y la *rule of reason*, hay que indagar ahora en sus disimilitudes, esto es, en aquellos extremos que confirman que la Comisión Europea no se ha limitado a copiar una figura foránea e incorporarla tal cual al ordenamiento comunitario. Como ya se ha manifestado, la regla *de minimis* es diferente porque tiene un carácter propio e independiente y porque se puede diferenciar de su fuente de inspiración, tal como ocurre con otras matizaciones a la ilicitud general de las conductas colusorias⁵⁵. Esto es así debido, en primer lugar, a que su contenido es más concreto que el de la *rule of reason*, y segundo, a que en el ordenamiento jurídico español las conductas *antitrust* de menor importancia han evolucionado más allá de los pactos colusorios.

Si el juicio valorativo de la *rule of reason* empieza y termina en la razonabilidad, concebida desde un punto de vista económico, la regla *de minimis* es acreedora de un enjuiciamiento más taxativo, aunque también

⁵⁵ La influencia de la *rule of reason* también se deja notar en la licitud de las prácticas enunciadas en el art. 101. 3 TFUE y 1.3 LDC. De hecho, este precepto muestra un gran paralelismo con el método interpretativo americano, incluso se podría decir que tiene un mayor parentesco que la regla *de minimis*. Sin embargo, incluso en este caso de mayor afinidad también hay diferencias, como bien ha resaltado BACHES OPI. (Vid. BACHES OPI, S., “La nueva ley española de Defensa de la Competencia”, *Diario La Ley*, núm. 6815, 2007, p. 7).

económico. En efecto, la *rule of reason* es un método interpretativo abierto, fruto de un prescriptivo e ineludible balance concurrencial. Este ejercicio de ponderación, como es sabido, puede realizarse de manera diferente según el tiempo y el espacio en el que se efectúe, tal como evidencia la propia evolución de la teoría de la prohibición *per se* en contraposición con la regla de la razón. Sin embargo, la regla *de minimis*, por el contrario, es un juicio que dispone de instrumentos particulares inherentes e inseparables del propio concepto. En particular, las Comunicaciones de la Comisión Europea nos han venido a indicar cuándo nos encontramos ante una conducta de menor importancia y cuando no. Ciertamente, definiendo la menor importancia, a la regla *de minimis* le ha sido conferido un contenido del que aún hoy carece la *rule of reason*.

Ejemplo en el ámbito nacional es tanto el art. 1 RDC, que nos ofrece los porcentajes de cuota de mercado que no se deben sobrepasar para que un acuerdo carezca de importancia, como el art. 2 RDC, que enumera aquellas conductas que nunca se consideraran *de minimis*. A éstas, además, habrá que añadir las restricciones de la competencia que se consideren especialmente graves en cualquier Reglamento de exención por categorías actual o futuro⁵⁶. Para ver si estamos ante una conducta que por su escasa importancia no puede afectar de manera sensible a la competencia, basta con asegurarnos que cumple con las cuotas de mercado exigidas y que no se trata de una conducta excluida de forma explícita. No es necesario un balance concurrencial de ningún tipo, sino que es suficiente con un mero ejercicio de subsunción en la normativa existente. Con todo esto, no se prejuzga una u otra regla, sino que simplemente se observa aquí la idiosincrasia propia de cada una de las dos grandes cosmovisiones del Derecho. La regla *de minimis* –aunque flexible- deja menor margen de maniobra que la *rule of reason* para adaptarse al caso concreto. Pero a su vez, aporta mayor seguridad jurídica, en cuanto a que dispone de un contenido más rico y atemporal resultado de una ardua labor no solo

⁵⁶ Introducido por la *Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del apartado 1 del art. 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea*, D.O.U.E, C291, de 30 de agosto de 2014 (En adelante, COM 2014)

jurisprudencial, sino también de la Comisión Europea y de los legisladores nacionales. Aunque la aplicación de una y otra pudiera llevar a resultados coincidentes en algunos casos, es indubitado que tienen notas diferenciadoras que ponen de manifiesto que la inspiración de la idea es diferente a la idea en sí misma considerada.

Por último, ha de señalarse que en el ordenamiento español la regla *de minimis* ha dejado de ser una regla que matiza exclusivamente la ilicitud general de los pactos colusorios. Así se infiere del art. 5 de nuestra LDC, según el cual la regla *de minimis* ha de utilizarse también para los abusos de posición dominante y los falseamientos de la competencia por actos desleales. Se convierte así en un principio que rige en todo el sistema de defensa de la competencia y en todo comportamiento *antitrust*. Deja de ser un método interpretativo para enjuiciar la ilicitud de un acuerdo colusorio para ser, prácticamente, un principio vertebrador que aporta coherencia al Derecho de la competencia en su conjunto. Recuerda que el Derecho *antitrust* está para aquellas conductas especialmente graves que dañen la competencia, mientras para el resto de comportamientos, esto es, los de escasa importancia, nos queda la vía del acto concurrencial desleal. La regla *de minimis* es así congruente con la relación de especialidad que mantienen las dos leyes de la competencia españolas. Al menos en España, es mucho más que la mera razonabilidad, aunque ésta sea punto de partida.

2. *Formulación de la regla de minimis por la Comisión Europea y los órganos jurisdiccionales comunitarios*

Como se sabe, el 25 de marzo de 1957 se firma en Roma el Tratado que daría origen a la CEE. En su art. 85, se establecía la incompatibilidad del mercado común con todo acuerdo, decisión o asociación que perjudicase al comercio entre los Estados miembros y que tuviera por objeto o por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia en el mercado interior. En esta norma europea se encontraría el “origen legal” de la regla *de minimis*, aunque en realidad no apareciese

explícitamente enunciado en aquel precepto ni en ninguno de los que le seguían. De hecho, tampoco lo haría más tarde en los arts. 81 y 82 del TCE que remplazaron a los arts. 85 y 86. Incluso hoy, sesenta años más tarde, tampoco se encuentra en los arts. 101 y ss del TFUE. Esto se debe a que su formulación es fruto de la labor desempeñada por los órganos encargados de la aplicación de los preceptos citados, esto es, la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia.

La literalidad con la que están formuladas, todavía hoy, las prohibiciones en materia *antitrust*, podría llevarnos a pensar – erróneamente- que todo acuerdo de voluntades restrictivo de la libertad de comportamiento empresarial caería dentro del ámbito de aplicación de las normas de la libre competencia. Sin embargo, “calificar de ilegales *prima facie* todos los acuerdos para llevar a cabo actividades que se desarrollan de forma más eficiente en cooperación con otros participantes en el mismo mercado resulta simplemente monstruoso”⁵⁷. Por eso, los jueces y la doctrina pronto asumieron el deber de matizar la aparente prohibición absoluta que ha imperado en los Tratados. Era necesario elaborar métodos interpretativos que tuvieran por finalidad racionalizar el alcance de estas normas⁵⁸. De hecho, estas matizaciones a la prohibición general no son una cuestión menor o accidental, sino que gracias a ellas el enunciado que prohíbe los pactos colusorios puede considerarse constitucional. De lo contrario, si no existiese un conjunto de normas que redujesen drásticamente su ámbito de aplicación, se verían conculcadas libertades individuales consagradas por las Constituciones europeas modernas⁵⁹. Pues bien, entre estas matizaciones se encuentra la regla *de minimis*, merced de la cual sólo las conductas que afectan de forma significativa o sensible a la competencia estarían dentro del ámbito de la prohibición y, por ende,

⁵⁷ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La prohibición de los acuerdos restrictivos...”, *op.cit.*, p. 3.

⁵⁸ *Vid.* ORTIZ BAQUERO, I., “La regla de *de minimis* en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la libre competencia”, *Revista e-mercatoria*, núm. 2, 2009, p. 3. Obsérvese aquí como la necesidad que dio origen a la regla *de minimis* es exactamente la misma que origina la entrada del método interpretativo de la *rule of reason* en Estados Unidos, tal como fue defendido en el epígrafe anterior. *Vid. Supra*, capítulo II, epígrafe 1.

⁵⁹ ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La prohibición de los acuerdos restrictivos...”, *op. cit.*, p. 4.

podrían ser sancionadas. La significancia de la práctica concurrencial es, por tanto, un elemento constitutivo implícito de la prohibición de las prácticas colusorias que suple la insuficiencia de elementos enunciados de forma expresa⁶⁰.

La Comisión Europea consideró que la “afectación sensible de la competencia” era un requisito indispensable para la aplicación del precepto desde los primeros años de vigencia del art. 85 del Tratado de Roma. De hecho, hay vetustos ejemplos de Decisiones de la propia Comisión en las que se resuelve que si un acuerdo tenía un impacto insignificante, pese a ser restrictivo de la competencia, no era sancionable⁶¹. El primero de ellos se remonta al año 1964 con la Decisión de la Comisión sobre el asunto *Grossfillex*⁶². En él, se afirmaba que las circunstancias dejaban claro que “la competencia en el mercado común no está impedida ni restringida de una manera sensible debido al contrato en cuestión” y que por ello, no se restringe o distorsiona la libre competencia en el mercado común en el sentido exigido por el art. 85 del Tratado de Roma. No obstante, no será hasta más tarde, con la Decisión de la Comisión sobre el asunto *Convenios Caleros* de 5 de mayo de 1969, cuando se dota a la menor importancia de cierto contenido, optando por seguir un criterio cuantitativo⁶³. Efectivamente, en este caso la Comisión sostuvo que la práctica enjuiciada no era susceptible de restringir significativa o sensiblemente la competencia por cuanto que, entre otras cosas, los fabricantes de cementos

⁶⁰ MIRANDA SERRANO, L.M y PAGADOR LÓPEZ, J., “Nueva comunicación de la Comisión Europea sobre los acuerdos de menor importancia”, *Consejo Consultivo para la Pequeña y Mediana Empresa*, 2014. Disponible en <http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=152>, última consulta 21 de mayo de 2018. También considera esta exclusión de la prohibición general como obvia y pertinente ALFARO ÁGUILA-REAL cuando de forma contundente y sintética afirma que “la exención de los acuerdos de menor importancia (...) debería admitirse aunque no fuera más que porque no restringe la competencia quien quiere, sino quien puede”. Vid. ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La prohibición de los acuerdos restrictivos...”, *op. cit.*, p. 10.

⁶¹ Decisión de 11 de marzo de 1964, asunto *Grossfillex*; Decisión 8 de julio de 1965, asunto *DRU-Blondel* y Decisión de 17 de septiembre de 1965, asunto *Hummel-Isbecque*. Vid. AA.VV., *Diccionario de Derecho de la Competencia* (Dir. VELASCO SAN PEDRO), Madrid, Iustel, 2006, p. 74.

⁶² Decisión de la Comisión núm. 64/233/ CEE, de 11 de marzo de 1964 en el Asunto IV/A-61-*Grossfillex-Fillistorf* (DOCE núm. 58, de 9 de abril de 1964).

⁶³ Decisión de la Comisión núm. 69/152/CEE, de 5 de mayo de 1969 en el Asunto IV/242-295-*Convention chauffourniers* (DOCE núm. 122, de 22 de mayo de 1969).

Caleros no disponían de los terrenos necesarios para producir cemento artificial en cantidades suficientes para poder ejercer una influencia apreciable en la oferta de cemento⁶⁴.

La perspectiva cuantitativa de la regla *de minimis* fue reiterada, apenas unos meses después de resolver el asunto Convenios Caleros, en un pronunciamiento del TJCE en términos muy similares a la mencionada decisión de la Comisión. Nos referimos a la Sentencia *Völk/Vervaecke*, de 9 de julio de 1969, en la que se enjuició un acuerdo por el que el fabricante alemán de lavadoras nombra a una empresa belga su distribuidor exclusivo en Bélgica y Luxemburgo, comprometiéndose con ello a salvaguardarla de las importaciones paralelas y absteniéndose de hacerle la competencia⁶⁵. Al enjuiciar este asunto, se tuvo muy en cuenta que la producción de lavadoras constreñida por el acuerdo enjuiciado representaba tan solo entre el 0,2% y el 0,5% de la producción total en Alemania. De hecho, la conclusión alcanzada fue la no infracción del artículo 85.1 del Tratado de Roma – actual 101 TFUE- porque “un acuerdo no incurre en la prohibición cuando afecta al mercado tan sólo de una manera insignificante, habida cuenta de la débil posición que ocupan los interesados en el mercado del producto que se trate”⁶⁶.

Las Decisiones de la Comisión y la jurisprudencia del TJCE generaron, pese a su carácter positivo e innovador, cierta inseguridad jurídica. Había dudas razonables acerca de cuáles eran los criterios a emplear para determinar la afectación sensible de la competencia y su

⁶⁴ MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, *op. cit.*, p. 6.

⁶⁵ STJCE *Franz Völk c. SPRL ETs J. Vervaecke*, asunto 5/69, 9 de julio de 1969.

⁶⁶ Para mayor detenimiento en el supuesto de hecho y el fallo del TJCE: *Vid.* STJCE *Franz Völk c. SPRL ETs J. Vervaecke*, asunto 5/69, 9 de julio de 1969 y el breve comentario que realizan, entre otros: MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla de *de minimis*...”, *op. cit.*, p. 7; ALLENDESALAZAR CORCHO, R y VALLINA, R., “Una interpretación “castiza” de la Regla de *de minimis*. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 30 de junio de 2009”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la competencia*, núm. 14, 2010, p. 29 y ss; ORTIZ BAQUERO, I., “La regla de *de minimis*...”, *op. cit.*, p. 6 y sobre todo, PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5. Conductas de menor importancia”, *Comentario a la ley de la Defensa de la Competencia* (dir. MASSAGUER FUENTES, J), Thomson-Civitas, Madrid, 2008, p. 284 y BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “Los acuerdos de menor importancia en la nueva Comunicación de la Comisión”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 169, 1999, p. 44, para quienes precisamente es en esta sentencia donde puede ubicarse el origen de la regla *de minimis*.

alcance. Para resolver esta cuestión, la Comisión Europea recurrió a la vía de las Comunicaciones, que se han convertido, sin lugar a dudas, en el instrumento estrella por el que se ha dotado de contenido a la regla *de minimis* a lo largo de la historia. Se ha apostado así por esta herramienta de Derecho comunitario derivado, y no por cualquier otra, como los Reglamentos, las Directivas, las Recomendaciones o los Dictámenes. En concreto, la Comisión aborda por primera vez la regulación de este asunto en la Comunicación de 27 de mayo de 1970, relativa a los acuerdos de menor importancia no previstos en las disposiciones del apdo. 1 del art. 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea –en adelante, COM 1970-⁶⁷. Ésta nos facilitó un término más concreto y palpable de la menor importancia de una conducta *antitrust*. Vino a arrojar algo de luz sobre una idea que hasta entonces era prácticamente un concepto jurídicamente indeterminado. No obstante, la labor de la Comisión fue insuficiente, como demuestran sucesivas Comunicaciones que vendrían a matizar, ampliar y modificar la primera concepción que se tuvo en Europa de la regla *de minimis*.

Sin ánimo de ser exhaustivos, ya que en el primer epígrafe del capítulo segundo de este trabajo se ofrece un análisis profundo de esta comunicación pionera, conviene mencionar ahora algunos de sus aspectos. En particular, llama la atención que la COM 1970 comience hablando de que el esfuerzo de delimitación de la menor importancia tiene la finalidad de “promover la cooperación entre pequeñas y medianas empresas”⁶⁸. Y es que se observa en este punto un paralelismo claro con la *rule of reason* norteamericana, como ya se anotó tímidamente más arriba⁶⁹. La menor

⁶⁷ DOCE núm. 64, de 2 de junio de 1970.

⁶⁸ Apartado I de la Comunicación de 27 de mayo de 1970, relativa a los acuerdos de menor importancia no previstos en las disposiciones del apdo. 1 del art. 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (DOCE núm. 64, de 2 de junio de 1970). No obstante, ZURIMENDI pone de relieve que “no se debe exagerar el carácter tuitivo de las pymes que subyace en la exclusión de la prohibición de los acuerdos de la menor importancia, ya que en términos puramente económicos, es difícil que los acuerdos entre estas empresas produzcan o puedan producir efectos sensibles en la competencia, al no tener en la generalidad de los casos suficiente cuota o poder de mercado”. *Vid.* ZURIMENDI ISLA, A., *Las restricciones verticales a la libre competencia*, Civitas, Madrid, 2006, p. 120.

⁶⁹ *Vid. Supra*, Capítulo II, Epígrafe 1

importancia tiene, entre otras finalidades, no obstaculizar la cooperación de las pymes que una prohibición absoluta sin matizar socavaría por completo. He aquí entonces, un balance concurrencial⁷⁰. Los efectos negativos potenciales, esto es, el daño a la libre competencia ocasionado por una conducta insignificante, son menores que los beneficios potenciales, a saber, la cooperación y creación de sinergias entre las empresas de menor tamaño. Pero además, también es resaltable el hecho de que adopte un criterio puramente cuantitativo, como es el volumen de las ventas. Y ello no por el propio criterio en sí, que va en la línea de lo que las Decisiones anteriores de la Comisión y la jurisprudencia del TJCE habían establecido⁷¹, sino por la precisión que se realiza de éste. En efecto, se señala que “la definición de orden cuantitativo dada por la Comisión al carácter sensible, no tiene, sin embargo, un valor absoluto: es perfectamente posible que, acuerdos firmados por empresas que rebasen los umbrales que luego se indicará, sólo afecten al comercio entre Estados miembros y a la competencia en una medida insignificante y, por tanto, no entren en las disposiciones del apartado 1 del artículo 85”⁷². Aunque este extremo será objeto de un mayor desarrollo más adelante, esta matización podría indicarnos que desde el principio se consideró la regla *de minimis* como un postulado complejo no circunscrito a criterios cuantitativos, o por el contrario, que se concebía sólo un criterio cuantitativo pero que éste aun estaba inconcluso⁷³.

Fuera como fuese, la regla *de minimis* iría adquiriendo con el tiempo suma relevancia. El devenir de los años demostraría que la construcción del criterio de la menor importancia no revestía una importancia menor, sino todo lo contrario⁷⁴. Definir la regla *de minimis* era, en puridad, conceptuar

⁷⁰ Recuérdese que este era, precisamente, el contenido clave de la *rule of reason* [Vid. *Supra*, p. 21]

⁷¹ Recuérdese que el criterio que se adopta en los primeros pronunciamientos de la Comisión Europea y el TJCE revestía un carácter claramente cuantitativo. Vid. *Supra*, p. 32.

⁷² Vid., nota 68.

⁷³ Vid. *Infra*, Capítulo III, epígrafe I, apartado 1.1, pp. 35 y ss.

⁷⁴ Así se han manifestado ya algunos autores, entre ellos RUÍZ-RISUEÑO RIERA, F., “La relevancia práctica de las conductas de menor importancia”, *Derecho de la Competencia Europeo y Español* (coords. ORTIZ BLANCO, L y LEÓN JIMÉNEZ, R), Dykinson, Madrid, 2003, p. 1/17. En <http://vlex.com>

de forma simultánea la idea de restricción de la competencia. Donde hubiese una conducta de menor importancia no habría una restricción de la competencia, y paralelamente, donde no hubiese una conducta de menor importancia, sí que existiría una auténtica restricción de la competencia. Por eso, tras la COM 1970 hubo un rápido avance del tema a nivel jurisprudencial que haría necesaria la modificación al texto vigente, a efectos de hacerlo más exhaustivo y aportar mayor claridad y certeza⁷⁵. Esta evolución fruto de la jurisprudencia y las Comunicaciones de la Comisión Europea serán analizadas en el capítulo siguiente, con especial énfasis en la Comunicación más reciente de todas ellas y la sentencia que la inspira, con el objeto de alcanzar una comprensión sólida sobre las conductas *antitrust* de menor importancia en Europa.

⁷⁵ ORTIZ BAQUERO, I., “La regla de minimis...”, *op. cit.*, p. 7.

III. LAS CONDUCTAS ANTITRUST DE MENOR IMPORTANCIA EN LA UNIÓN EUROPEA

1. Comunicaciones anteriores a la Comunicación de la Comisión de 30 de agosto de 2014

La Comunicación más reciente en materia de conductas *antitrust* de menor importancia es la de 30 de agosto de 2014. Ésta, empero, se ha visto precedida por toda una serie de textos que han ido actualizando la regla *de minimis* desde que ésta comenzó a desarrollarse por la vía de las comunicaciones con la primera en 1970. En total, nos encontramos con hasta seis comunicaciones que se han de estudiar debidamente en un trabajo riguroso sobre este tema, como el que aquí pretende llevarse a cabo. Aunque serán comentadas todas ellas, por pragmatismo se hará especial hincapié en el Comunicación actualmente vigente.

1.1. Comunicación de la Comisión de 27 de mayo de 1970

En los Estados Unidos se siguió una interpretación literal de las palabras que tipificaban los ilícitos *antitrust* hasta que se puso en valor la *rule of reason*⁷⁶. Lo mismo ocurrió en Europa, donde la literalidad imperó hasta la formulación gradual de la regla *de minimis*. En efecto, el TJCE consideró en un primer momento que todos los pactos a los que hacía referencia el artículo 85 TCEE estaban prohibidos *per se*⁷⁷. En particular, en la STJCE de 13 de julio de 1966 se afirmó que “es conforme a Derecho que la Decisión impugnada considere que el acuerdo constituye una infracción del apartado 1 del artículo 85, sin que ninguna consideración posterior, ni de los aspectos económicos ni de la corrección de los criterios de los que se sirvió la Comisión en sus comparaciones entre la situación de los mercados francés y alemán, ni tampoco de posibles efectos favorables

⁷⁶ *Vid. Supra.* Nota 19.

⁷⁷ STJCE Consten/ Grundig c. Comisión, asuntos acumulados 56/64 y 58/64, de 13 de julio de 1966.

del acuerdo en otros aspectos, pueda llevar a una solución diferente en el marco del apartado 1 del artículo 85⁷⁸. Sin embargo, como ya sabemos, la STJCE del caso *Völk c. Vervaecke* supuso un cambio de orientación en la interpretación del Tribunal de Justicia, gracias a que con ella la consideración de que no era necesario analizar los efectos anticompetitivos de un acuerdo cuando fuera manifiesto su objeto anticompetitivo decayó. En esta resolución se emplea por primera vez la reducida participación en el mercado de las empresas que firman el acuerdo para concluir su carácter de menor importancia y por consiguiente, la inaplicabilidad de la sanción⁷⁹. Pues bien, justamente al hilo de esta sentencia se formula la primera Comunicación de la Comisión en materia de menor importancia⁸⁰.

La COM 1970 se caracterizó, además de por lo expuesto anteriormente, por limitar la aplicación de la regla *de minimis* a los acuerdos horizontales, adoptar un criterio cuantitativo, precisar que podían existir acuerdos que aún superando los umbrales fijados no afectaban a la competencia de forma sensible e indicar que las disposiciones de la Comunicación no prejuzgaban la interpretación que sobre el tema podía realizar el TJCE⁸¹. A continuación, se comentan brevemente estos extremos con el objeto de que sean comprendidas las modificaciones e innovaciones que se realizan en las Comunicaciones posteriores, tratadas en las páginas siguientes.

En primer lugar, cabe resaltar que la Comunicación pionera en materia de conductas de menor importancia genera cierta confusión al decir

⁷⁸ STJCE *Consten/ Grundig c. Comisión*, asuntos acumulados 56/64 y 58/64, de 13 de julio de 1966, p. 426. Ésta postura contrasta con la que se mantendría algunos años más tarde, pues se evita en este pronunciamiento la aplicación de la *rule of reason* –criterio de razonabilidad– que fue invocada, de hecho, por la parte actora. Vid. RUÍZ-RISUEÑO RIERA, F., “La relevancia práctica de las conductas...”, *op. cit.*, p. 2/17 y BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “Los acuerdos de menor importancia...”, *op. cit.*, p. 44

⁷⁹ Vid. *Supra*, p. 31.

⁸⁰ Así lo sostienen GALÁN CORONA, E., “Las conductas de menor importancia en la vigente Ley de Defensa de la Competencia”, *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños* (coord. GÓMEZ SAGADE, J.A; GARCÍA VIDAL, A y OLIVENCIA, M), Marcial Pons, Madrid, 2010, p. 296 y ORTIZ BAQUERO, I., “La regla de minimis...”, *op. cit.*, p. 6.

⁸¹ Para los puntos ya tratados de esta Comunicación Vid. *Supra*, pp. 32-33.

que “la Comisión considera que a los acuerdos entre empresas de producción o de distribución de productos, no les afecta la prohibición establecida por el apartado 1 del artículo 85 TCEE, etc”⁸². Con ello, pareciera como si la COM 1970 hiciera referencia solamente a los acuerdos horizontales, dejándose atrás los acuerdos celebrados entre productores y distribuidores⁸³. Eso resulta cuanto menos curioso, ya que la sentencia que da pie a esta Comunicación trata precisamente sobre un acuerdo vertical⁸⁴. Ciertamente es, sin embargo, que tal asunto carece de la menor trascendencia en la actualidad, debido a que la más reciente de las Comunicaciones contempla tanto los acuerdos horizontales –entre competidores- como los verticales –entre no competidores-.

Por otro lado, la matización que se realiza del criterio cuantitativo adoptado –el volumen de ventas- tampoco está exenta de serias dudas. Según la COM 1970, “es perfectamente posible que, en casos particulares, acuerdos firmados por empresas que rebasen los umbrales sólo afecten al comercio entre Estados miembros y a la competencia en una manera insignificante”⁸⁵. De acuerdo con lo transcrito, las cantidades previstas en la Comunicación no funcionarían como una barrera que delimita la mayor y la menor importancia, como podía parecer. En su lugar, parece deducirse de las palabras de la Comisión que lo que ocurriría sería lo siguiente: si no se alcanzan los umbrales establecidos estamos *iure et de iure* ante una conducta de menor importancia, mas si se rebasan, también podemos estar ante una conducta de menor importancia. Lo que sucede es que existiría una presunción *iuris tantum* en sentido contrario, esto es, que habría que demostrar una serie de circunstancias por las cuales pese a sobrepasar los umbrales previstos la conducta ha de ser reputada como de menor importancia.

⁸² Traducción propia del texto original en francés. Cursiva utilizada por el autor para enfatizar la conjunción de tipo disyuntivo empleada, en lugar de otra de tipo copulativo.

⁸³ Así lo interpreta también ORTIZ BAQUERO, I., “La regla de minimis...”, *op. cit.*, p. 6.

⁸⁴ *Vid. Supra*, nota 65.

⁸⁵ Comunicación de 27 de mayo de 1970, relativa a los acuerdos de menor importancia no previstos en las disposiciones del apdo. 1 del art. 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (DOCE núm. 64, de 2 de junio de 1970).

Por lo expuesto, cabe concluir que la utilidad de la regla *de minimis* queda gravemente desvirtuada en este momento histórico, en tanto que la primera Comunicación no pone, ni de lejos, punto y final a la inseguridad jurídica. Pese a contar con unos umbrales predeterminados, persistían las dudas acerca de los criterios que pueden determinar la significancia de una conducta. No se sabe si con los “casos particulares” se quiso hacer referencia a que el criterio cuantitativo era flexible o a que tenían cabida criterios cualitativos. Pero, con todo, lo que sí que parece claro es que desde este primer momento la regla *de minimis* no se ha concebido como unos umbrales que arbitrariamente permiten dilucidar de forma categórica cuando una conducta es o no significativa para el Derecho de la competencia. La conducta de menor importancia se hacía acreedora entonces de una gran complejidad –que todavía perdura-, toda vez que era una regla interpretativa inacabada a la que el futuro depararía numerosas modificaciones, matizaciones y novedades.

1.2. Comunicación de la Comisión, de 19 de diciembre de 1977

La segunda Comunicación sobre acuerdos de menor importancia aporta poca –o casi ninguna- novedad a la materia⁸⁶. De hecho, presenta el mismo contenido sustantivo que la anterior. La COM 77 es prácticamente una reiteración de la primera, pues las modificaciones realizadas son de escaso calado y están circunscritas sólo a aumentar los umbrales previstos siete años atrás⁸⁷.

En rigor, los fundamentos utilizados por la Comisión para justificar la regulación de los acuerdos de menor importancia permanecen inalterados, al igual que se conserva la referencia exclusiva a los acuerdos

⁸⁶ Comunicación de la Comisión, de 19 de diciembre de 1977, relativa a los acuerdos de menor importancia que no caen bajo la prohibición del artículo 85, apartado 1, del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. (DOCE C 313 de 29 de diciembre de 1977).

⁸⁷ Vid. ORTIZ BAQUERO, I., “La regla de *de minimis*...”, *op. cit.*, p. 7.

horizontales. Por otro lado, se vuelve a acudir a los criterios cuantitativos – obviando los cualitativos- de volumen de negocio y de cuota de mercado conjunta de los productos, que son relativizados mediante una matización idéntica a la de la COM 70. También se vuelve a hacer mención a que la Comunicación no prejuzga la valoración que sobre el tema pueda hacer el TJCE. Así, la única diferencia que se puede encontrar es que se aumenta el umbral correspondiente al volumen de negocio, que pasa de 20 millones de unidades de cuenta para empresas comerciales y de 15 millones de unidades de cuenta para empresas industriales, a 50 millones de unidades de cuenta en cualquier caso. Esto, más allá de la incidencia práctica que pudiera tener en las presunciones que se comentaban más arriba, no aclara el concepto de menor importancia. No se facilita una idea más detallada y elaborada de la regla *de minimis*, sino que por el contrario, parece reforzarse la idea –equivocada- de que la menor importancia consistía en una serie de umbrales sujetos a una concepción coyuntural –y arbitraria- del poder político.

1.3. Comunicación de la Comisión, de 3 de septiembre de 1986

La COM 86, a diferencia de su precedente inmediatamente anterior, no solo lleva a cabo algunas pequeñas modificaciones, sino que por el contrario, presenta cambios sustanciales en materia de menor importancia⁸⁸. En concreto, se puede señalar una reforma y tres innovaciones con respecto a la segunda Comunicación analizada. Sobre la modificación, bastaría con decir que ésta consiste en elevar, nuevamente, el umbral del volumen de negocio, que pasa ahora de 50 millones de unidades de cuenta a 200 millones. Por su parte, las novedades introducidas son el pronunciamiento sobre los efectos de la declaración de la menor importancia, la aclaración sobre el alcance de la Comunicación y la aplicación de nuevos conceptos en la tarea de determinación del mercado pertinente. Así, si bien la modificación no presenta más trascendencia y no

⁸⁸ Comunicación de la Comisión, de 3 de septiembre de 1986, relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. (DOCE C231, de 12 de septiembre de 1986).

merece mayor dedicación, las tres mejoras auspiciadas por esta Comunicación sí que requieren de algún breve comentario⁸⁹.

1º) La primera novedad introducida, esto es, el pronunciamiento sobre los efectos de la declaración de la menor importancia, supone que no se ha de adoptar ninguna medida ni de oficio ni a solicitud de parte con respecto a los acuerdos que no puedan afectar de manera sensible a la competencia. De hecho, cuando las partes pongan en práctica un acuerdo considerando que es de menor importancia, aunque en puridad no lo sea, no habrá lugar a la imposición de multas, a no ser que el error sea resultado de una negligencia. Es, pues, indubitado que en el Derecho de la Unión Europea las conductas de menor importancia se reputan legales *per se* y, por ende, no constitutivas de un ilícito *antitrust*; de donde cabe concluir que “la regla *de minimis* responde en Europa a la máxima *de minimis non curat lex* y no tanto –o no sólo- al principio *de minimis non curat praetor*”⁹⁰. No se habla aquí, por tanto, de comportamientos concurrenciales prohibidos por la ley *antitrust* pero no perseguibles por las autoridades administrativas pertinentes, sino antes bien, de conductas que no interesan a la normativa de defensa de la competencia, razón por la cual no se prohíben⁹¹.

2º) La segunda novedad que nos trajo la COM 86 es la aclaración sobre el alcance de estas conductas. Así, si recordamos la literalidad del

⁸⁹ Sin perjuicio de lo que en este trabajo se detalla, para un comentario más amplio y crítico sobre la COM 86 *vid.* LAURILA, M., “The *de minimis* doctrine in EEC competition law: agreements of minor importance”, *European Competition Law Review*, núm. 3, 1993, pp. 97-104. En particular, es digna de mención la crítica que realiza al criterio delimitador de la cuota de mercado del 5%, sobre el que pone de manifiesto –en mi opinión, de manera muy acertada- que no es un criterio en el que se pueda confiar en mercados muy fragmentados. Ejemplo sería el caso *Pioneer*, en el que el Tribunal europeo rechazó aplicar la regla *de minimis* pese a que las empresas implicadas tenían una cuota de mercado inferior a la que recoge la COM 86. También se pueden consultar: WHISH, R., *Competition Law*, 3ª ed., Butterworths, London-Edinburg, 1993, pp. 225 y ss.

⁹⁰ MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis*...”, *op. cit.*, p. 7, quien matiza –en mi opinión, acertadamente- la perspectiva de VAN DAMME, J., “Application des règles de concurrence aux accords d’exclusivité. Observations sous Cour de justice, 9 juillet 1969, Franz Völk c. Vervaecke”, *Cahiers de droit européen*, 1970 pp. 63-87

⁹¹ VALLINA, R., “¿*De minimis lex non curat o de minimis praetor non curat?*”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 2, 2008, p. 52.

artículo 85 TCEE, se observará que éste alude a “todos los acuerdos entre empresas, las decisiones de las asociaciones de empresas y las prácticas concertadas”. Empero, las dos primeras Comunicaciones de la Comisión en materia de menor importancia sólo hacían referencia a los acuerdos entre empresas, manteniendo un claro silencio respecto de las decisiones de las asociaciones y las prácticas concertadas, que parecían así estar excluidas de la regla *de minimis*. Pues bien, esta tercera Comunicación tiene la virtud de esclarecernos, en su último punto, que también es de aplicación a las decisiones de asociaciones de empresas y las prácticas concertadas. A partir de este momento sabemos que el alcance de los acuerdos de menor importancia abarca a la totalidad de las conductas colusorias.

3º) Con todo, la idea que más contribuyó a la construcción de la regla *de minimis* en este momento histórico fue la aplicación de nuevos conceptos en la tarea de determinación del mercado pertinente. En particular, nos referimos al “mercado de producto pertinente” y el “mercado geográfico pertinente”. La primera expresión incluye, además de los productos objeto del acuerdo, cualquier otro producto idéntico o equivalente, es decir, productos sustitutivos entre sí según los consumidores. Sin embargo, se especifica que en casos particulares, algunos productos pueden constituir un mercado distinto por razón de sus propiedades, de su precio o de su utilización. La segunda, está constituida por el territorio comunitario en el que el acuerdo produce efectos. Este territorio será el del conjunto del Mercado Común si los productos considerados en el contrato son objeto con regularidad de ofertas y demandas en todos los Estados Miembros, mientras que será de un ámbito más reducido bien cuando la naturaleza y las características del producto restrinjan su movilidad bien cuando la circulación de un producto en el Mercado Común se vea obstaculizada para entrar en mercados nacionales por la existencia de barreras de cualquier tipo.

4º) Por último, el comentario de los criterios contenidos en esta Comunicación, trae inexorablemente a colación la RTDC *Wilkhahn*, de 30

de enero de 1991⁹². En este asunto, la interesada consideraba que, ante la ausencia de criterios en la ya vetusta LDC de 1989 que permitiesen definir qué ha de entenderse por escasa importancia, debían aplicarse los criterios delimitadores utilizados, precisamente, en la Comunicación comentada, relativos a cuotas de mercado y volumen de negocios total de las empresas interesadas. Sin embargo, el TDC estimó inadmisibile este planteamiento y sostuvo que el alcance del derogado art. 3.2. d) LDC no estaba condicionado por la Comunicación, ya que los criterios que ésta recogía no son los únicos, sino que por el contrario, podían complementarse con otros de índole cualitativo, como las modalidades de restricción de la competencia y la extensión en el espacio y el tiempo de los efectos del contrato⁹³. Esto fue duramente criticado por la doctrina, que resaltó los resultados contraproducentes de la utilización de criterios diferentes a los empleados en el Derecho comunitario, así como la necesidad de que el TDC se ocupase tan solo de las colusiones que desde el punto de vista del interés público resultasen relevantes⁹⁴.

1.4. Comunicación de la Comisión de 9 de diciembre de 1997

Esta Comunicación vino precedida por la publicación de un proyecto de reforma en el que se sometía a consulta pública las novedades que se

⁹² RTDC de 30 de enero de 1991. Exp. 18/90, Caso *Wilkhahn*.

⁹³ En esta línea se muestra LAURILA, M., “The de minimis doctrine in EEC competition law...”, *op. cit.*, p. 104, cuando habla de la posibilidad de crear un Reglamento sobre la aplicación del art. 85 del Tratado para clarificar los acuerdos de menor importancia. Éste, en opinión de la autora, tendría que tener estándares cuantitativos y cualitativos. Particularmente, se hace mención en esta obra a la duración de la conducta, de la que se nos dice que si un acuerdo termina en un breve periodo de tiempo, podría ser argumentado que el mismo no duró lo suficiente como para producir efectos apreciables en la competencia.

⁹⁴ *Vid.*, entre otros, COSTAS COMESAÑA, J., “Los acuerdos de menor importancia en la Ley de Defensa de la Competencia”, *ADI*, T. XV, 1994, p. 155, quien sostuvo que la combinación de criterios cuantitativos y cualitativos provocaba un enjuiciamiento *antitrust* de los acuerdos internos mucho más rígido que el empleado en los acuerdos de ámbito comunitario. El mismo autor, al tratar de ofrecer una solución a este problema, defiende en la página siguiente un análisis concreto del art. 1.1 LDC que recuerda poderosamente a la *rule of reason*, al decir que el examen concreto de la conducta permitiría excluir aquellos acuerdos que analizados en el mercado relevante en cuestión resultan ser procompetitivos.

pretendían introducir en materia de menor importancia⁹⁵. Este proyecto, tras algunas variaciones, se convertiría definitivamente en la COM 97, un texto que cambiaría de forma notoria la percepción que hasta entonces se tenía de la regla *de minimis*⁹⁶. En particular, consideramos que deben destacarse las modificaciones siguientes:

1º) En primer lugar, el criterio cuantitativo dual de las anteriores Comunicaciones –volumen de negocio y cuota de mercado- se sustituye por un criterio cuantitativo único –cuota de mercado-. Al mismo tiempo, se discrimina ahora entre acuerdos horizontales y verticales, considerando que los primeros entrañan un riesgo para la competencia mucho mayor que los segundos.

Efectivamente, el volumen de negocio como criterio delimitador de la menor importancia, resulta eliminado en esta Comunicación. Con ello se posibilita que las empresas de mayor tamaño puedan beneficiarse de la regla *de minimis* siempre que su cuota de mercado no sea relevante⁹⁷. Ello se deriva del convencimiento de la Comisión, de acuerdo con la jurisprudencia del TJCE, de que la insignificancia de un acuerdo proviene de la posición que ostentan las empresas participantes en el mercado relevante y no de su dimensión⁹⁸. Sin embargo, esta nueva perspectiva de la menor importancia tiene luces y sombras. Pese a tener la virtud de que dirige la atención de los órganos de la competencia hacia los efectos de los acuerdos sobre el mercado, ésta ha sido criticada por aumentar el grado de

⁹⁵ Proyecto de reforma (DOCE, núm. C29, de 30 de enero de 1997) en relación con la Comunicación de la Comisión de 1997 relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (DOCE, C- 372, de 9 de diciembre de 1997).

⁹⁶ Sobre el proyecto y las variaciones que se realizaron para redactar finalmente la Comunicación, *vid.* BARR, F., “The New Commission Notice on Agreements of Minor Importance is Appreciability a Useful Measure?”, *ECLR*, núm. 4, 1997, pp. 207-213 y GARCÍA CACHAFEIRO, F., “La nueva comunicación de la Comisión europea sobre los acuerdos de menor importancia”, *ADI*, T. XVIII, 1997, pp. 1025-1026.

⁹⁷ AA.VV., *Diccionario de Derecho.... op. cit.*, p. 76.

⁹⁸ GARCÍA CACHAFEIRO, F., “La nueva comunicación...”, *op. cit.*, p. 1026.

“inseguridad jurídica”⁹⁹. Ciertamente, determinar el volumen de negocios de una empresa es más cómodo de calcular que la posición que ésta ocupa en el mercado relevante. No obstante, a nuestro parecer, se trata de una modificación muy positiva, toda vez que el volumen de ventas no tiene en cuenta el mercado en el que operan las empresas que intervienen en el pacto. Como ejemplo, basta con pensar que no es igual una empresa que factura 50 millones vendiendo fertilizantes que otra que lo hace ofreciendo productos financieros y de inversión. Probablemente, esa empresa de fertilizantes sea uno de los líderes del sector. Sin embargo, la compañía que ofrece productos financieros y de inversión es un operador diminuto en comparación con sus homólogos más corpulentos. Por eso la supresión del criterio desechado en esta Comunicación ha de ser bienvenida. Lo contrario suponía tratar a todas las empresas de igual tamaño de forma idéntica, y eso no es adecuado. Se debe atender al mercado en el que operan, esto es, al contexto económico del que participan, porque aunque las empresas sean iguales –por su tamaño- algunas son “más iguales que otras” –por el mercado en el que operan-¹⁰⁰. El volumen de ventas es un criterio cómodo, pero injusto. Y la labor del Derecho no es hacer las cosas sencillas, sino hacer que la justicia parezca sencilla cuando en puridad no lo es.

El otro aspecto novedoso del criterio cuantitativo único que rige en esta Comunicación, esto es, la diferenciación que mantiene respecto de los acuerdos horizontales y los verticales, también requiere de algún

⁹⁹ *Ibidem*, p. 1029; BARR, F., “The New Commission Notice on Agreements of Minor...”, *op. cit.*, pp. 209-210 y BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “Los acuerdos de menor importancia...”, *op.cit.*, pp. 48-49. Sin embargo, para VALLINA, en esta Comunicación se garantizaba la seguridad jurídica gracias a un doble compromiso. Por un lado, se comprometía a no incoar expedientes respecto a acuerdos cubiertos por la Comunicación. Por el otro, si un acuerdo no estaba cubierto pero las partes habían entendido de buena fe que sí que lo estaba, no se impondrían multas. (Vid. VALLINA, R., “¿De minimis lex non curat...”, *op. cit.*, p. 49).

¹⁰⁰ En este sentido se pronuncia BELLO MARTÍN-CRESPO diciendo que “no cabe descartar una restricción competitiva importante, realiza por empresas de pequeñas dimensiones, si la posición en los mercados afectados fuera importante o se trata de mercados muy concentrados” (BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “Los acuerdos de menor importancia...”, *op.cit.*, p. 47). También RUÍZ-RISUEÑO RIERA, quien nos dice precisamente que la ventaja fundamental de esta Comunicación es la supresión de ese doble criterio cuantitativo. En concreto, afirma que “aunque el cálculo de la cuota de mercado no es fácil, es el criterio más significativo para la apreciación de los efectos de un acuerdo sobre el mercado”. (Vid. RUÍZ-RISUEÑO RIERA, F., “La relevancia práctica de las conductas...”, *op. cit.*, p. 4/17)

comentario, pues efectivamente, la COM 97 se basa en que los acuerdos horizontales entrañan mayor riesgo que los verticales. Así, se determina que cuando se trata de un acuerdo horizontal, la cuota de mercado de las empresas participantes no puede superar el umbral del 5 por 100, mientras que para los acuerdos verticales el umbral se eleva hasta el 10 por 100. Además, cuando es de naturaleza mixta o hay dudas sobre el tipo del acuerdo enjuiciado, se ha de acudir a la cuota del 5 por 100, estableciéndose con ello un criterio conservador que ante la duda opta por la opción menos flexible. De esta forma, los acuerdos de menor importancia se adaptaban a las tendencias existentes en el Derecho comunitario de la competencia, ya que en la COM 97 se siguió una orientación del enjuiciamiento *antitrust* de los acuerdos de distribución muy similar al apuntado en el Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política comunitaria¹⁰¹. No en vano, a través de este Libro la Comisión pretendió liberalizar su política en el ámbito de los acuerdos verticales, abandonando un análisis formalista en pos de otro que ponía el acento sobre sus efectos en el mercado. Por consiguiente, sí que parece incuestionable que exista una cierta conexión tanto temporal como material entre ambos textos¹⁰².

2º) En segundo término, se introducen criterios cualitativos, merced a la consideración de algunos acuerdos que por su objeto son considerados

¹⁰¹ Libro Verde sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria, publicado el 22 de enero de 1997. Para leer más sobre la relación entre la COM 97 y este Libro Verde *vid.* GARCÍA CACHAFEIRO, F., “La nueva comunicación...”, *op. cit.*, p. 1026, mientras que para saber más sobre la visión a favor de una flexibilización en el enjuiciamiento *antitrust* de los acuerdos verticales puede atenderse a alguno de los siguientes trabajos: AA.VV., *Diccionario de Derecho...* *op. cit.*, p. 125; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La prohibición de los acuerdos restrictivos...”, *op.cit., passim*; CARLIN, F., “Vertical restraints: time for a change?”, *ECLR*, núm. 5, 1996, pp. 283 y ss; BORK, R., “Vertical Integration and the Sherman Act...”, *op. cit., passim*; EASTERBROOK, F.H., “Vertical arrangements...”, *op. cit.*, pp. 135 y ss; GELFAND, D & BERNHARDT, L., “Vertical restraints: Evolution from...”, *op. cit., passim* y POSNER, R.A., “The rule of reason and the economic approach...”, *op.cit., passim*.

¹⁰² Sobre el Libro Verde *vid.* TOBIO RIVAS, A.M., “Libro Verde de la Comisión sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria: ¿bases para un cambio?”, *ADI*, T. XVIII, 1997, p. 1031 y ss; GARCÍA CACHAFEIRO, F., “La nueva comunicación...”, *op. cit.*, p. 1026; SCHROEDER, D., “The Green Paper on vertical restraints: beware of market share thresholds”, *ECLR*, núm. 7, 1997, pp. 430 y ss y KELLAWAY, R., “Vertical restraints: which option?”, *ECLR*, núm. 6, 1997, pp. 387 y ss.

ilícitos *per se*¹⁰³. En efecto, la regla *de minimis* deja de aplicarse a los acuerdos horizontales que fijen precios o limiten la producción o las ventas, y a los acuerdos verticales que fijen precios de reventa o concedan protección territorial absoluta. Se plantea así este punto de la Comunicación como una excepción a la ya de por sí excepcional regla de la legalidad de las conductas que por su escasa importancia no pueden afectar de manera significativa a la competencia. Con esta precisión, en suma, las empresas no podrían alegar buena fe si no notifican el acuerdo incluso aunque los umbrales cuantitativos sean inferiores a los establecidos. Esta innovación, que evoca en cierto modo a la *per se rule* americana, ha sido criticada, empero, por atribuir un “valor excesivo” a la lista meramente indicativa del vetusto art. 85. 1 TCE¹⁰⁴. Además, antes de la entrada en vigor de la COM 97 el carácter restrictivo por naturaleza de algunos de los acuerdos contemplados en el art. 85 TCE no impedía que éstos pudieran beneficiarse de la regla de *minimis*¹⁰⁵. Sin embargo, esta Comunicación reforzaría la consideración negativa de los pactos contemplados en el punto 11 de la Comunicación, en los que no sería posible eludir la aplicación del precepto alegando la no superación de los umbrales mínimos de la COM 97¹⁰⁶. Esto, sorprendentemente, se contradice de forma manifiesta con la primera sentencia que utiliza la regla *de minimis*, es decir, la sentencia del caso *Völk*, que precisamente versa sobre un supuesto contemplado en este tipo de cláusulas, prohibidas por su propia naturaleza anticompetitiva¹⁰⁷.

3º) Por otra parte, un aspecto de suma importancia que también se ve alterado en su concepción debido a la COM 97, es la definición del

¹⁰³ Sin embargo, BELLO MARTÍN-CRESPO no concibe el punto 11 de la COM 97 como la introducción de criterios cualitativos, ya que asegura que éstos dependen más de las condiciones del caso concreto y que por ello la Comisión se resiste a una formulación general. De esta forma, el punto 11 de la Comunicación sería visto simplemente como una excepción a la regla *de minimis*, vid. BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “Los acuerdos de menor importancia...”, *op.cit.*, pp. 47-50.

¹⁰⁴ GARCÍA CACHAFEIRO, F., “La nueva comunicación...”, *op. cit.*, p. 1029 y BARR, F., “The New Commission Notice on Agreements of Minor...”, *op. cit.*, pp. 210 y ss.

¹⁰⁵ Vid. BELLAMY, CH & CHILD, G., *Derecho de la competencia en el Mercado Común* (Trad. PICAÑOL, E), Civitas, Madrid, 1992, pp. 122-123.

¹⁰⁶ Precisamente en comparación con la *per se rule* americana, se pronuncia sobre esta casuística BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “Los acuerdos de menor importancia...”, *op.cit.*, p. 50.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 50

mercado relevante. Como es sabido, un mercado delimitado erróneamente, por defecto o por exceso, puede conducir a que se prohíba una práctica que en puridad no es restrictiva de la competencia, o por el contrario, a que un acuerdo que produce una verdadera restricción de la competencia se considere inocuo¹⁰⁸. Pues bien, sobre esta cuestión la cuarta Comunicación en materia *de minimis* se remite a la Comunicación de la Comisión relativa a la definición de Mercado pertinente a efectos de aplicación del Derecho comunitario de defensa de la competencia¹⁰⁹. Esta Comunicación fue, por lo general, bienvenida por la doctrina, gracias a que ofrecía una metodología más consistente en la tarea de definir el mercado relevante¹¹⁰. De hecho, lo que hace esta Comunicación es condensar todo el *case law* del TJCE y la Comisión para dotar de una mayor transparencia a su práctica decisoria en lo relativo al análisis del mercado relevante¹¹¹. De este modo, la definición sigue pivotando sobre el concepto central de la “sustituibilidad”, que queda dividido en tres criterios: sustituibilidad de la demanda, sustituibilidad de la oferta y la competencia potencial¹¹². Sin embargo, la combinación de las normas tradicionales –criterio de sustituibilidad- con la teoría económica contemporánea que rige en esta Comunicación, podría crear discordancias, especialmente en lo referido al análisis del lado de la oferta¹¹³. Por tanto, la simplicidad anterior se ve

¹⁰⁸ FERNÁNDEZ NOVOA, C., “Significado y delimitación del mercado relevante”, *ADI*, T. VI, 1979-1980, p. 264

¹⁰⁹ Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DOCE, C 372, de 9 de septiembre de 1997).

¹¹⁰ *Vid.*, entre otros: CAMESASCA, P & VAN DEN BERGH, R.J., “Achilles uncovered: revisiting the European Commission’s 1997 market definition notice”, *The Antitrust Bulletin*, núm. 45, 1997, p. 143 y ss; BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “La definición del mercado relevante en la aplicación de las normas de la competencia. Análisis de la Comunicación de la Comisión”, *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea*, núm. 129, 1997, pp. 5-10; GARCÍA CACHAFEIRO, F., “La nueva comunicación...”, *op. cit.*, p. 1028; FURSE, M., “Market definition. The draft Commission notice”, *ECLR*, núm. 6, 1997, pp. 378 y ss y DESAI, K., “The European Commission’s draft notice on market definition: a brief guide to economics”, *ECLR*, núm. 7, 1997, pp. 473 y ss.

¹¹¹ BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “La definición del mercado relevante...”, *op. cit.*, p.5

¹¹² Un análisis del concepto de mercado relevante amplio excede de los objetivos de este trabajo. No obstante, para un estudio de estos tres criterios y de los métodos y elementos de juicio necesarios para la definición del mercado relevante, se propone acudir a BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “La definición del mercado relevante...”, *op. cit.*, pp. 10-12.

¹¹³ CAMESASCA, P & VAN DEN BERGH, R.J., “Achilles uncovered...”, *op. cit.*, p. 186.

sustituida por un análisis más profundo, que si bien reviste una mayor consistencia, podría disminuir la seguridad jurídica.

4º) Finalmente, se concede especial atención a las pequeñas y medianas empresas, tal como son definidas en la Recomendación de la Comisión de 3 de abril de 1996¹¹⁴. Al respecto, se afirma que los pactos celebrados entre PYMES difícilmente afectan a las condiciones del mercado, incluso si superan los umbrales mínimos de la Comunicación, ya que no poseen un interés comunitario suficiente para justificar la intervención de las autoridades comunitarias. Pero, con todo, cierto es que la Comisión no mantiene esto con un carácter absoluto, sino que se reserva la posibilidad de intervenir en dos casos: a) cuando afecten a una parte relevante del mercado, y b) cuando restrinjan la competencia en el mercado por el efecto acumulado de redes paralelas de acuerdos similares¹¹⁵. De este modo, de acuerdo con la doctrina, se produciría la paradoja de que a pesar de que la nueva Comunicación ha suprimido el volumen de negocio de las empresas participantes como criterio cuantitativo –lo cual evidencia que el enjuiciamiento de los acuerdos se ha de centrar en el efecto que tienen sobre el mercado y no en el tamaño de las empresas participantes-, se ha introducido la citada referencia a las PYMES, una categoría que, por definición, se basa exclusivamente en la dimensión económica¹¹⁶. En definitiva, se observaría nuevamente la concepción favorable de la Comisión hacia las PYMES, aunque ya no se diga, como se decía antaño, que la finalidad de la Comunicación sobre las conductas de menor importancia sea promover la cooperación entre éstas.

¹¹⁴ DOCE, núm. L 107, de 30 de abril de 1996

¹¹⁵ Con todo, surge la duda de si los acuerdos entre PYMES también perderían la calificación de acuerdos de menor importancia cuando incurran en un pacto de los contemplados en el punto 11 de la Comunicación, esto es, aquellos que por propia naturaleza es restrictivo de la competencia. Al respecto, BELLO MARTÍN-CRESPO echa en falta la aclaración expresa por parte de la Comisión, y entiende pese al silencio que los acuerdos entre PYMES quedan fuera del art. 85.1 salvo en las dos excepciones expresamente previstas en este sentido. (Víd. BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “Los acuerdos de menor importancia...”, *op.cit.*, p. 50.)

¹¹⁶ Vid. GARCÍA CACHAFEIRO, F., “La nueva comunicación...”, *op. cit.*, p. 1029 y BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “Los acuerdos de menor importancia...”, *op.cit.*, p. 49.

1.5. Comunicación de la Comisión de 22 de diciembre de 2001

Durante las discusiones que culminaron con la adopción del Reglamento sobre la aplicación del art. 81 TCE a determinadas categorías de acuerdos verticales¹¹⁷ y la Comunicación de la Comisión de directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 TCE a los acuerdos de cooperación horizontal¹¹⁸, se consideró la necesidad de reformar la configuración de la regla *de minimis*. De hecho, la Comisión Europea elaboró un borrador en mayo de 2001 con el objeto de redactar una nueva Comunicación en esta materia. De ahí surgió la COM 01, precedente más inmediato de la Comunicación actualmente en vigor. Ésta se caracteriza por ofrecer una noción de la regla *de minimis* continuista en ciertos aspectos, pero disruptiva en algunos otros. Así, si bien ofrece un esquema similar a la COM 97, presenta diferencias suficientes como para calificarla de avance notable. Aunque no se van a resaltar los puntos en común con su predecesora, sí que es de vital importancia enfatizar aquellas novedades que la COM 01 presenta. En especial, consideramos que las más relevantes se pueden sintetizar en las cuatro siguientes:

1º) En primer lugar, cabe mencionar que el planteamiento de las conductas de menor importancia presenta un giro importante. Por un lado, se especifica que aunque se superen los umbrales, la conducta en cuestión puede ser de menor importancia, y ello sin que deba entenderse lo propio en sentido contrario. Por otro lado, la Comunicación ya no se pronuncia sobre su finalidad, suprimiendo así la idea de que su objetivo sea la cooperación entre empresas, especialmente entre las PYMES.

¹¹⁷ Reglamento (CE) nº 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (OJ L 336, 29.12.1999). Sobre éste, *vid.* AA.VV., *Diccionario de Derecho.... op. cit.*, pp. 125-131.

¹¹⁸ Comunicación de la Comisión — Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (OJ C 3, 6.1.2001). Ésta, según la doctrina, forma parte del paquete legislativo comunitario creado a imagen y semejanza del Derecho antitrust norteamericano, ya que presenta “un marcado enfoque económico que prevalece sobre los aspectos formales o estrictamente jurídicos” (*Vid.* AA.VV., *Diccionario de Derecho.... op. cit.*, p. 81).

En relación con la primera cuestión, esto es, el carácter taxativo de los umbrales fijados, cabe decir que, efectivamente, la COM 01 anuncia que la “definición negativa de lo sensible no implica que acuerdos entre empresas que superen los límites establecidos en esta Comunicación restrinjan la competencia de forma sensible”¹¹⁹. De este modo, se opta por señalar los acuerdos que de forma automática se consideran excluidos de la prohibición, en cuanto que no afectan de forma grave a la competencia, por no superar los umbrales fijados. El resto, es decir, aquellos en que se exceden los umbrales cuantitativos, no afectarán *per se* de forma sensible a la competencia, sino que requerirán de un análisis particular a efectos de verificar el elemento de tipicidad¹²⁰. Habría una presunción *iure et de iure* de que aquellos acuerdos que no sobrepasan los umbrales y no están incurso en las excepciones de la regla *de minimis*, son de menor importancia. Esto supone una mejora incuestionable de la seguridad jurídica, ya que en las Comunicaciones precedentes la Comisión se reservaba el derecho de investigar si un acuerdo que estuviese por debajo de los umbrales que se manejaba estaba inmerso, sin embargo, en la prohibición del art. 81 TCE. El menoscabo del principio de confianza legítima que se producía se ha solucionado con la no incoación de procedimiento sancionador si el acuerdo está cubierto por la Comunicación¹²¹. Sin embargo, a la inversa, estaríamos ante una presunción *iuris tantum*, que decaería si del análisis económico se dedujese lo contrario. Con este vuelco, el paralelismo entre la regla *de minimis* y la *rule of reason* norteamericana queda acentuado, toda vez que recuerda poderosamente a la realización de un balance concurrencial, aunque elaborado sobre la base de presunciones que aportan mayor seguridad jurídica¹²². En definitiva, la Comunicación *de minimis* no tendría, por tanto, un carácter exhaustivo, sino que solamente fijaría unos criterios a partir de

¹¹⁹ Punto 2 de la COM 01.

¹²⁰ ORTIZ BAQUERO, I., “La regla de minimis...”, *op. cit.*, p. 6 y STJCE, de 8 de junio de 1995, *Langenese Iglo GmbH/Comisión* y similares comentadas en VALLINA, R., “¿*De minimis lex non curat...*”, *op. cit.*, p.54.

¹²¹ *Ibidem*, p.53.

¹²² *Vid. Supra*, pp. 16 y ss.

los cuales resulta intuitivo que la restricción no sea apreciable según exigiría el art. 81 TCE. Se trata, en última instancia, de un puerto seguro que ofrece seguridad jurídica a las empresas gracias a la facilitación de la aplicación de un concepto jurídicamente indeterminado como es el de restricción apreciable o sensible¹²³.

En lo que concierne a la segunda cuestión señalada acerca del cambio de planteamiento de la COM 01 en materia de conductas de menor importancia, esto es, el novedoso silencio que guarda sobre su finalidad, cabe tener en cuenta que desde el principio el verdadero objetivo de la regla *de minimis* ha sido delimitar lo que no constituye una restricción sensible. Quizás, consciente ahora de su finalidad más radical, la Comisión ha decidido guardar silencio en este punto, porque se ha dado cuenta de que erró al señalar como finalidad principal lo que no era más que un objetivo adicional. En efecto, la máxima aplicable es *de minimis non curat lex*, aunque se podrían señalar otros tres propósitos o beneficios accesorios, como es el ofrecer seguridad jurídica a las empresas, servir de orientación a las autoridades y órganos judiciales nacionales o el fomento de la cooperación entre empresas, especialmente las PYMES¹²⁴.

2º) En segundo término, se aclara la cuestión de que los efectos sensibles se predicen tanto de la competencia como del comercio intracomunitario¹²⁵. Como es sabido, el vetusto art. 81.1 TCE –y también el actual 101 TFUE– prohíbe los acuerdos que pueden afectar al comercio entre los Estados miembros y que tienen como objeto o efecto falsear, restringir o distorsionar la competencia dentro del mercado común. Por lo tanto, tal como ha aclarado el TJCE, esta disposición no se aplicaría cuando el impacto del acuerdo sobre el comercio intracomunitario o sobre la competencia no fuese apreciable. Ahora bien, una cosa será el efecto sensible sobre la competencia y otra bien distinta el impacto significativo sobre el comercio intracomunitario. Esto, que hoy resulta algo evidente, era

¹²³ VALLINA, R., “*¿De minimis lex non curat...*”, *op. cit.*, p.54.

¹²⁴ *Ibidem*, pp. 52-53.

¹²⁵ Puno 1 de la COM 01.

de lo más ambiguo en la anterior Comunicación en materia de menor importancia¹²⁶. El motivo principal es que aquella hacía referencia al efecto apreciable en la restricción de la competencia y al comercio entre los Estados miembros de forma indistinta, sin diferenciar o separar uno del otro. De hecho, para definir la regla *de minimis* solo se utilizaban umbrales cuantitativos que si bien eran útiles para definir lo que no es una restricción sensible de la competencia, no lo eran para identificar qué es un impacto apreciable en el comercio de los Estados miembros¹²⁷. Sin embargo, es sabido que aunque en ambos casos se hable de significancia o efecto sensible, la sensibilidad en la competencia y en el comercio intracomunitario son diferentes realidades.

La COM 01 supone un avance relevante en esta cuestión aún cuando en ella tampoco se encuentra el criterio para determinar el efecto sensible en el comercio intracomunitario. Si bien no arroja total claridad sobre este asunto, al menos sí que realiza una asociación entre el impacto apreciable y las PYMES. Esta nueva configuración de la regla *de minimis*, en nuestra opinión, resulta mucho más acertada que la anterior porque le otorga mayor coherencia a la menor importancia como método interpretativo¹²⁸. Y es que si se observa la evolución sobre este asunto en las distintas Comunicaciones, se deduce que el criterio cuantitativo referido al volumen de negocio de las empresas no aludía a la sensibilidad de la restricción de la competencia, sino al efecto sobre el comercio entre los Estados miembros. Igual ocurriría con la referencia a las PYMES de la COM 97, que no se ha de concebir como una excepción al criterio cuantitativo aplicable a la sensibilidad de la competencia, sino como una guía para la determinación del impacto apreciable en el comercio de los Estados miembros. Ello es indudable si atendemos al punto 3 de la COM 01, el cual conecta de forma indubitada las PYMES con el comercio de los Estados miembros.

¹²⁶ PEEPERKORN, L., “New notice on agreements of minor importance (de minimis Notice”, *Competition Policy Newsletter*, núm. 1, 2002, p. 45 y PEEPERKORN, L., “Revision of the 1997 Notice on agreements of minor importance (de minimis notice)”, *Competition Policy Newsletter*, núm. 2, 2001, pp. 4-5.

¹²⁷ *Ibidem*, p. 45.

¹²⁸ *Vid. Supra*, p. 54.

La incertidumbre acerca de si un acuerdo entre empresas de pequeña y mediana dimensión quedaría sujeto o no a las excepciones de la regla *de minimis* por motivo de su naturaleza quedaría salvada gracias a esta nueva percepción. La explicación es sencilla: si para que una conducta esté prohibida se requiere que se produzca un efecto sensible *en la competencia y en el comercio intracomunitario*, ambos criterios de valoración serán independientes. La realización de una conducta de las expresadas en el punto 11 de la Comunicación o cualquier otra rebasando los umbrales de cuota de mercados establecidos, supondrá que se ha producido un efecto sensible restringiendo la competencia, pero no prejuzgará el efecto sobre el comercio entre Estados Miembros. Para concluir la mayor importancia de la conducta aún habría que examinar el efecto sobre el comercio intracomunitario, que desde ahora se encuentra claramente separado del efecto sobre la competencia. En este enjuiciamiento tendrían cabida conceptos como el de PYME o aspectos como el volumen de negocios. Si la práctica fuese inocua para el comercio entre los Estados miembros –por la pequeña dimensión de sus empresas–, aunque ésta sea restrictiva con la competencia de manera importante según el propio Derecho comunitario, la Comisión no podrá sancionarla, porque no se cumplirían los presupuestos necesarios para la aplicación del art. 101 TFUE.

3º) En tercer lugar, se incrementan los umbrales de la cuota de mercado que se establecen como criterio cuantitativo para determinar la menor importancia. Así, según esta Comunicación *de minimis* estarían excluidos de la prohibición del art. 81.1 TCE los acuerdos celebrados entre empresas cuyas cuotas no sobrepasasen los siguientes porcentajes¹²⁹:

a. Los celebrados entre competidores –reales o potenciales– con una cuota de mercado conjunta que no supere el 10 por 100 en ningún de los mercados de referencia afectados por el acuerdo.

¹²⁹ Puntos 7 y 9 de la COM 01

b. Los celebrados entre no competidores siempre que la cuota de mercado de cada una de las partes del acuerdo no exceda del 15 por 100 en ninguno de los mercados de referencia afectados por el acuerdo.

c. Los celebrados ya sea entre competidores –reales o potenciales- o no competidores cuya cuota de mercado no exceda del 5 por 100, cuando se trate de mercados en los cuales existen redes de acuerdos semejantes, es decir, cuando dentro del mercado de referencia se presente un efecto acumulativo de exclusión por la implementación de acuerdos idénticos o similares. Esto viene a contrastar con la regulación que la COM 97 mantenía sobre este punto, la cual excluía a este tipo de acuerdos de la posibilidad de beneficiarse de la regla *de minimis*, fuese cual fuese su porcentaje. En la práctica, esta exclusión de la regla hacía que las empresas que operaban en sectores como el cervecero o la gasolina no pudieran beneficiarse de la Comunicación *de minimis*, lo que ahora si se podría hacer siempre y cuando no se supere el umbral del 5% para los mercados donde existen redes paralelas que contempla la COM 01¹³⁰.

Otro aspecto a tener en cuenta es que a diferencia de la Comunicación anterior, la presente no se alude a competidores en abstracto, sino que especifica que se incluyen tanto los competidores reales como los potenciales, lo cual supone una matización que antes no existía. Esto se debe a la promulgación de la Comunicación de la Comisión sobre acuerdos de cooperación horizontal, a la que ya hemos hecho mención, merced de la cual se define lo que ha de entenderse por competidor real y potencial¹³¹. Así, una empresa será un competidor real si opera en el mismo mercado de referencia o si, de no existir el acuerdo, es capaz de adaptar su producción a la fabricación de los productos en cuestión y de comercializarlos a corto plazo sin ningún coste o riesgo adicional considerable, como respuesta a incrementos pequeños pero permanentes de

¹³⁰ Vid. AA.VV., *Diccionario de Derecho.... op. cit.*, p. 77 y PEEPERKORN, L., “New notice...”, *op. cit.*, p. 46.

¹³¹ Punto 9 de la Comunicación de la Comisión — Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (OJ C 3, 6.1.2001).

los precios relativos. Sin embargo, se considerará que una empresa es un competidor potencial si existen pruebas de que, de no existir el acuerdo, sería capaz y posiblemente realizaría las inversiones suplementarias o los gastos de adaptación necesarios para poder entrar en el mercado en cuestión, en respuesta a un aumento pequeño y permanente de los precios relativos.

4º) Finalmente, siguiendo el modelo de la Comunicación anterior, la COM 01 establece un conjunto de acuerdos a los que no se les aplicarán los umbrales de cuota de mercado previstos, debido a sus efectos especialmente restrictivos¹³². Se trata de una lista de conductas que por su naturaleza son especialmente propicias para afectar de manera sensible a la competencia. Esto, si bien no es una novedad intrínseca a esta Comunicación, presenta alteraciones de considerable envergadura que obligan a realizar algún breve comentario. Estas modificaciones son principalmente la concreción de que no es necesario que el objeto de la conducta sea directamente el previsto o el mayor grado de detalle de estas conductas, sobre todo en lo relacionado con los acuerdos verticales.

Respecto de la primera cuestión, es interesante que ahora se especifique que las restricciones recogidas en esta lista puedan tener por objeto tanto directo como indirecto el comportamiento consistente en la práctica especialmente grave. Esto supone, por ejemplo, que un acuerdo cuyo objeto directo no es la fijación de precios, sino cualquier otro, pero que de forma indirecta sí que fija los precios, estaría incluido en la enumeración del punto 11 de la COM 01. Tendría, en definitiva, el mismo tratamiento que aquel comportamiento consistente en la fijación del nivel de precios. Con ello, la Comisión subraya el carácter especialmente grave de estas conductas y su intención de que sean sometidas a un análisis diferente a las prácticas que no están previstas en la “lista negra”. No obstante, existe discrepancia sobre si se trata de acuerdos que directamente están excluidos de la regla *de minimis* y que por ello son siempre

¹³² Punto 11 COM 01.

acreedores de un efecto sensible contra la competencia, o si por el contrario, lo que acontece es que no están automáticamente amparados por la regla *de minimis*, sino que simplemente deben ser objeto de un análisis con criterios diferentes¹³³. Al respecto, algunos autores han puesto de relieve que en el propio caso *Völk* el TJCE analizaba un acuerdo con una protección territorial absoluta, la cual se estima en términos generales un acuerdo prohibido *per se* en el Derecho comunitario de la competencia¹³⁴. Realmente el TJCE nunca ha dicho en alguna sentencia que los acuerdos que tengan por objeto restringir la competencia no puedan acogerse a la regla *de minimis*¹³⁵. Más bien al contrario, existen pronunciamientos que apuntan que es necesario demostrar que existe una restricción apreciable incluso en los acuerdos que tiene por objeto restringir la competencia¹³⁶. Esto, que en un principio parece no casar demasiado bien con el hecho de que la Comunicación *de minimis* excluya de su ámbito de aplicación a los acuerdos que tiene por objeto restringir la competencia, ha sido resuelto por la doctrina de la forma siguiente: las condiciones para determinar que un acuerdo no restringe la competencia de forma apreciable han de ser mucho más estrictas en el caso de los acuerdos que tienen por objeto restringir la competencia que para el resto de acuerdos, pero son requeridos en todo supuesto¹³⁷. Como ejemplo tenemos la sentencia del caso *Völk*, la cual

¹³³ En este sentido se muestra ORTIZ BLANCO cuando afirma que “En efecto, la Comunicación *de minimis* dispone que los umbrales de cuota de mercado en ella establecidos no serán de aplicación a las restricciones expresamente excluidas. (...) ello no debe entenderse en el sentido de que las restricciones por objeto no puedan en ningún caso ser consideradas de menor importancia, sino que simplemente serán objeto de un análisis distinto a la luz de criterios distintos”. (Vid. ORTIZ BLANCO, L., *Manual de Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 2008, p. 145). Sin embargo, MEMBRILLA RIVERA opina que si bien por regla general los acuerdos horizontales sí que estarían supeditados a que se compruebe que el acuerdo despliega efectos negativos sobre el mercado (regla de la *rule of reason*), salvo para aquellas restricciones horizontales objetivas, es decir, las recogidas en el punto 11. 1) de la Comunicación. Vid. AA.VV., *Diccionario de Derecho...* op. cit., p. 81.

¹³⁴ FAULL, J. & NIKPAY, A., *The EC Law of Competition*, Oxford, U.K., 1999, p. 84 y VALLINA, R., “*¿De minimis lex non curat...*”, op. cit., pp. 54-55. En sentido contrario, vid. RITTER, L., *European competition Law: A Practitioner’s Guide*, Kluwer, The Hague, 2005, p. 127.

¹³⁵ VALLINA, R., “*¿De minimis lex non curat...*”, op. cit., p. 55.

¹³⁶ Entre otras: STJCE de 25 de noviembre de 1971, *Béguelin Import CO/ S.A.G.L. Import Export*, STJCE de 24 de octubre de 1995, *BMW/ ALD Auto-Leasing D GmbH* o la STJCE de 28 de abril de 1998, *Javico International* y *Javico AG/ Yves Saint Laurent Parfums SA*.

¹³⁷ VALLINA, R., “*¿De minimis lex non curat...*”, op. cit., p. 55 y FAULL, J. & NIKPAY, A., *The EC Law...* op. cit., p. 85.

trataba sobre una cuota de mercado menor que el 1%, mientras que la Comunicación establece cuotas que van desde el 5% al 15%. Los umbrales de cuota de mercado de la COM 01 no serán de aplicación a los acuerdos que tienen por objeto la restricción de la competencia, pero ello no los califica automáticamente como de mayor importancia. Aún cabría reputarlos como acuerdos *de minimis* si sobre la base de criterios más estrictos que los que aparecen en la Comunicación se llega a la conclusión de que no restringieron la competencia de forma significativa o incluso si no tuvieron un impacto apreciable en el comercio intracomunitario.

Por otro lado, la COM 01 define de una manera más clara y consistente las restricciones por motivo de su naturaleza, es decir, aquellas que normalmente están prohibidas independientemente de las cuotas de mercado de las empresas participantes¹³⁸. Esta mayor especificación, que se predica sobre todo en materia de acuerdos verticales, se explica en la aprobación de nuevos textos relacionados con la materia. Son el Reglamento sobre la aplicación del art. 81 TCE a determinadas categorías de acuerdos verticales¹³⁹ y el Reglamento relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización¹⁴⁰. Con estos, se evidencia que el criterio cualitativo creado por la COM 97, lejos de ser rechazado, se consolida gracias a esta nueva Comunicación. Desde ahora, el anterior y breve punto número 11 contaría con un mayor desarrollo y habría de ser coherente con las reglas para acuerdos verticales y horizontales provenientes de los Reglamentos¹⁴¹.

¹³⁸ PEEPERKORN, L., “New notice...”, *op. cit.*, p. 46.

¹³⁹ Reglamento (CE) n° 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (OJ L 336, 29.12.1999)

¹⁴⁰ Reglamento (CE) n° 2658/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización (OJ L 304, 5.12.2000)

¹⁴¹ PEEPERKORN, L., “Revision of the 1997 notice...”, *op. cit.*, pp. 5-6.

2. Comunicación de la Comisión de 30 de agosto de 2014

2.1. Justificación de una nueva Comunicación en materia de menor importancia

La motivación para redactar una nueva Comunicación *de minimis* en el año 2014 fue doble¹⁴². Por un lado, la Comisión quiso plasmar la evolución de la jurisprudencia más reciente, en particular, la reflejada en la STJUE del 13 de diciembre de 2012, sobre el caso Expedia. Esto se debió a que aquella supuso un giro importante en la interpretación de la regla *de minimis*, toda vez que en ella el Tribunal sostuvo que “un acuerdo que puede afectar al comercio entre los Estados miembros y que tiene un objeto contrario a la competencia constituye, por su naturaleza y con independencia de cualquier efecto concreto que pueda tener, una restricción apreciable de la competencia”¹⁴³. Por otro lado, se consideró conveniente adaptar el régimen de las conductas *antitrust* de menor importancia a la existencia de nuevas normas que pudieran ejercer cierta influencia sobre ellas, especialmente a los Reglamentos de exención¹⁴⁴. A continuación se ofrece una breve reflexión sobre cada una de estas motivaciones.

A. La sentencia del caso Expedia (C-226/11)

En septiembre de 2001, la *Société nationale des chemins de fer français* –en adelante SNCF– celebró varios acuerdos con Expedia, empresa americana dedicada a la venta de viajes en internet, con el propósito de crear una filial en común a través de la cual pudiesen

¹⁴² DE LA VEGA GARCÍA, F., “Nueva Comunicación de la Comisión Europea sobre acuerdos de menor importancia (de minimis)”, *Blog de Derecho y Competencia*, 2014. Disponible en: <http://derechoycompetencia.blogspot.com/2014/06/nueva-comunicacion-de-la-comision.html>. Última consulta el 03/07/2018.

¹⁴³ STJCE *Expedia Inc c. Autorité de la concurrence*, asunto c-226/11, 13 de diciembre de 2012

¹⁴⁴ Vid. MIRANDA SERRANO, L.M y PAGADOR LÓPEZ, J., “Nueva comunicación de la Comisión Europea sobre los acuerdos de menor importancia”, *Consejo Consultivo para la Pequeña y Mediana Empresa*, 2014. Disponible en <http://www.ccopyme.org/articulo.php?a=152>, última consulta el 03/07/2018 y DE LA VEGA GARCÍA, F., “Nueva Comunicación de la Comisión Europea...”, *op. cit.*

desarrollar la venta de billetes de tren y de viajes por internet. La autoridad gala de la competencia estimó, sin embargo, que tal colaboración era una práctica colusoria que infringía el art. 101 TFUE y el art. L. 420-1 del Código de Comercio francés. Basó esta solución en que era inaplicable la salvaguarda de la regla *de minimis* debido a que Expedia y SNCF eran empresas competidoras en el mercado de servicios *on line* de agencias de viajes de recreo que contaban, además, con una cuota de mercado conjunta mayor del 10 por 100.

Expedia, disconforme con el fallo, alegó ante la *Cour d'appel* de Paris que la autoridad nacional de la competencia había sobrevalorado las cuotas de mercado de la empresa resultante y que, por consiguiente, debía estimarse que la práctica era un comportamiento *antitrust* de menor importancia. Sin embargo, el órgano jurisdiccional en sentencia de 23 de febrero de 2010 rechazó dicha alegación. A su juicio, del tenor literal del artículo L. 464-6-1 del Código de Comercio francés y, en particular, del empleo del verbo “podrá”, cabe inferir que la autoridad nacional de la competencia está facultada para perseguir las prácticas de las empresas con cuotas de mercado que se situasen por debajo de los umbrales fijados por el propio Código o por la Comunicación *de minimis* vigente.

La empresa, que seguía insatisfecha, recurrió de nuevo el caso a la *Cour de Cassation*. Este órgano jurisdiccional consideró que, aunque el objeto del acuerdo controvertido era contrario a la competencia, de la Jurisprudencia comunitaria no se deducía que la Comisión hubiese perseguido una práctica colusoria de este tipo cuando las cuotas de los mercados de referencia no sobrepasasen los umbrales fijados en la Comunicación *de minimis*. Además, estimó que de los apartados 4 y 6 de ésta, se desprende que la Comunicación no tiene carácter vinculante para los órganos jurisdiccionales y las autoridades de los Estados miembros. Ello planteaba la duda de si los umbrales de cuota de mercado establecidos en la Comunicación suponían una presunción *iure et de iure* de la falta de efecto sensible sobre la competencia. Por ello, decide plantear la siguiente cuestión prejudicial: “¿Debe interpretarse el art. 101 TFUE, apartado 1, y el

artículo 3, apartado 2, del Reglamento nº 1/2003 en el sentido de que se oponen a que una práctica de acuerdos, de decisiones de asociaciones de empresas o de concertación que pueda afectar al comercio entre Estados miembros, pero que no alcance los umbrales fijados por la Comisión en su Comunicación sea investigada y sancionada por una autoridad nacional de la competencia?”.

Al resolver la cuestión prejudicial, el TJUE recuerda que para subsumirse en la prohibición del art. 101 TFUE es preciso que un acuerdo entre empresas tenga por objeto o efecto restringir la competencia de manera apreciable y que afecte al comercio entre los Estados miembros. Así lo pone de manifiesto el contenido del art. 3, apartados 1 y 2 del Reglamento núm. 1/2003, del que se deduce que las autoridades nacionales de la competencia sólo podrán aplicar las disposiciones del Derecho nacional de la competencia que prohíban las prácticas colusorias a un acuerdo entre empresas que pueda afectar al comercio entre los estados miembros según el art. 101 TFUE, si dicho acuerdo es una restricción sensible de la competencia. Por otro lado, el TJUE pone de manifiesto que la COM 01 tiene carácter vinculante para la Comisión, la cual se ve autolimitada en sus facultades de apreciación y no puede apartarse del contenido de aquella, pues de lo contrario, conculcaría principios generales del Derecho tales como la igualdad de trato o la protección de la confianza legítima. Sin embargo, también indica que esta realidad confronta con el carácter no vinculante de la Comunicación *de minimis* para las autoridades de la competencia y para los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros. En efecto, para determinar el carácter sensible o no de una restricción de la competencia las autoridades de competencia de un Estado miembro podrán tener en cuenta los umbrales previstos en la Comunicación *de minimis*, pero no están forzados a ello. De hecho, los umbrales son únicamente alguno de los indicios que permiten a una autoridad determinar el carácter sensible o no de una restricción en función del marco real en el que se sitúe el acuerdo, según el propio TJUE. En el supuesto analizado en la sentencia comentada no se podría mantener, por

tanto, que tales autoridades nacionales estuviesen vulnerando los principios de confianza legítima y seguridad jurídica.

Con todo, el TJUE manifiesta que en la aplicación del art. 101.1 TFUE, la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua cuando resulte que éstos tienen por objeto impedir, restringir o falsear la competencia. A este respecto, se recuerda que el Tribunal ha considerado que la distinción entre “infracciones por objeto” e “infracciones por efecto” reside en el hecho de que ciertas formas de colusión entre empresas pueden considerarse, por su propia naturaleza, nocivas para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia. De ahí que concluya que un acuerdo que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros y que tenga un objeto contrario a la competencia constituye, por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible de la competencia. De esta forma, el TJUE resuelve la cuestión prejudicial planteada afirmando que el art. 101 TFUE y el Reglamento núm. 1/2003 deben interpretarse en el sentido de que no se oponen a que una autoridad nacional de la competencia aplique el art. 101 TFUE a un acuerdo entre empresas que pueda afectar a comercio entre los Estados miembros, pero que no alcance los umbrales fijados por la Comisión Europea en su Comunicación *de minimis*, siempre que dicho acuerdo constituya una restricción sensible de la competencia en el sentido de esta disposición.

La solución dada a esta cuestión prejudicial pasa a formar parte de la COM 14 de forma clara y expresa. En concreto, en su punto 2 se afirma que la presente Comunicación no cubre los acuerdos que tengan por objeto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado interior. Con ello, la antigua relación de conductas del punto 11 de la COM 01 queda obsoleta. Ahora la noción de “*hardcore restriction*” se muestra ampliada y parece dar a entender que la no aplicación de la Comunicación a los acuerdos restrictivos por objeto directamente presume *iure et de iure* que éstos restringen la competencia de forma sensible. Desde este pronunciamiento y la modificación de la Comunicación *de minimis* no es factible sostener la aplicación de un criterio más rígido de cuota de

mercado a los acuerdos restrictivos por su objeto. Esto, si se recuerda, colisiona directamente con la sentencia que dio origen a la regla *de minimis*, la sentencia *Volk*, la cual versaba sobre un acuerdo restrictivo de la competencia por su objeto. No obstante, consideramos que la contradicción del Tribunal es solo aparente, pues existe una interpretación respetuosa con el tenor de todos los pronunciamientos del órgano jurisdiccional y la Comisión que no resta coherencia al régimen de las conductas *antitrust* de menor importancia en la Unión Europea. Dicha interpretación se expondrá más adelante cuando analicemos el efecto sensible al comercio entre los Estados miembros, pero básicamente consiste en entender que la insignificancia que se constató en el caso *Volk* no lo era de la competencia, sino del efecto sobre el comercio intracomunitario.

Por todo lo expuesto, se constata en esta sentencia que el Reglamento núm. 1/2003 no permite que se sancione un acuerdo en virtud de la aplicación del Derecho nacional de la competencia si dicho acuerdo no está prohibido por el Derecho comunitario. De modo que las autoridades de la competencia nacionales han de comprobar si se cumplen las condiciones establecidas por las disposiciones normativas y aquellas otras que hayan sido sostenidas por la Jurisprudencia comunitaria. Entre ellas, recordemos, se encuentra la consideración de que se trate de una restricción sensible, porque de lo contrario la prohibición del art. 101 TFUE no se aplicará, sino que se trataría de un acuerdo de poca importancia y entraría entonces en aplicación la regla *de minimis*. Sin embargo, nos encontramos con que para acreditar la restricción sensible de la competencia se pueden utilizar distintos tipos de factores y elementos, y no sólo lo dispuesto por la citada Comunicación¹⁴⁵.

La inseguridad jurídica se vislumbra aquí como un peligro acechante por dos circunstancias. La primera es que la definición negativa de lo sensible no implica que los acuerdos entre empresas que superen los

¹⁴⁵ Repárese en que el TJUE ha dicho que los umbrales son solo únicamente alguno de los indicios que permiten determinar el carácter sensible.

umbrales establecidos en la COM 14 constituyan una restricción sensible de la competencia. La segunda es que no es vinculante para las autoridades nacionales de los Estados miembros el hecho de que la cuota de mercado de las empresas investigadas se situó por debajo de los umbrales establecidos. Pareciera entonces como si los órganos nacionales de la competencia gozasen de amplias facultades para llevar a cabo la importante tarea de discernir si se constata o no uno de los *presupuestos necesarios* para la aplicación del 101 TFUE, como es la restricción sensible de la competencia. De hecho, como bien ha advertido la doctrina, se produce una situación paradójica, puesto que el propósito de una aplicación uniforme del Derecho antitrust comunitario y su consecuente seguridad jurídica podrían verse constreñidos ante la posibilidad de que se adoptasen soluciones distintas según cual fuese el órgano, nacional o comunitario, que aplicase el art. 101.1 TFUE¹⁴⁶. Hoy es del todo posible que supuestos de hecho prácticamente idénticos reciban diferente solución jurídica. Y esto no es, desde luego, una cuestión de menor importancia.

B. Los reglamentos de exención

Como es sabido, los artículos que establecen los ilícitos *antitrust* en el Derecho comunitario son muy poco selectivos a la hora de enunciar las conductas consideradas anticompetitivas¹⁴⁷. Prohíben todo acuerdo, decisión, recomendación colectiva, práctica concertada o conscientemente paralela cuya finalidad, efecto real o potencial sea impedir, restringir o falsear la competencia. Sin embargo, una prohibición exorbitante, sin limitaciones de ningún tipo, resulta en problemas de inseguridad jurídica y de sobrecarga de los órganos responsables de aplicar el Derecho de la competencia. Por este motivo se hace oportuno establecer salvedades al carácter omnicompreensivo del tenor literal, tales como el principio o regla *de minimis* sobre el que versa este trabajo. No obstante, éste no es el único matiz a la prohibición general, sino que encontramos otros como las

¹⁴⁶ TOBÍO RIVAS, A.M., “La aplicación del Derecho Antitrust de la Unión Europea por una autoridad nacional de la competencia y la comunicación de minimis”, *ADI*, T. XXXIII, 2013, pp. 582-583.

¹⁴⁷ PINTOS AGER, J., “La remisión a los reglamentos...”, *op. cit.*, p. 3

autorizaciones singulares o las exenciones en bloque de determinadas categorías de acuerdos restrictivos. Estas últimas precisamente han sido tenidas en cuenta a la hora de redactar la vigente Comunicación en materia de menor importancia, en particular en sus puntos 13 y 14.

La exención en bloque o por categorías de determinados grupos y tipos de acuerdos del ámbito de la prohibición del art. 101 TFUE surge con la finalidad de que la Comisión defina una tipología de acuerdos que quedan autorizados en su conjunto, en lugar de ser autorizados uno por uno¹⁴⁸. Por esta razón, parece lógico que sean tenidos en cuenta a la hora de valorar la significancia de una conducta anticompetitiva. Es razonable que lo que permita un Reglamento también lo permita la Comunicación *de minimis*, y a la inversa, que aquello que se considere especialmente grave no se permita en pos de su poca significancia. De ahí que la COM 14 indique que no se aplicará la salvaguarda regulatoria creada por los umbrales de cuotas de mercado a los acuerdos que contentan alguna de las restricciones que figuren como especialmente graves en cualquier Reglamento de exención por categorías. Al respecto, encontramos, entre otros, los acuerdos de suministro y distribución entre no competidores regulados por el art. 4 del Reglamento nº 330/2010 o los acuerdos de licencia entre no competidores, contemplados en el art. 4 del Reglamento nº 316/2014¹⁴⁹. Además, cabe enfatizar que la Comunicación es previsor a la hora de contemplar también los Reglamentos que vean la luz en un futuro, adquiriendo así un carácter proactivo que ha de valorarse de forma positiva.

Con todo, la COM 14 afirma que ésta resulta especialmente pertinente para aquellas categorías de acuerdos respecto de las que no exista un Reglamento de exención en bloque, así como para aquellas

¹⁴⁸*Ibidem*, p. 5

¹⁴⁹Reglamento (UE) núm. 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO L 102 de 23.4.2010,) y Reglamento (UE) núm. 316/2014 de la Comisión, de 21 de marzo de 2014, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (DO L 93 de 28.3.2014).

respecto de las que sí exista uno de estos Reglamentos, pero que no figuren entre las prácticas autorizadas ni tampoco entre las que se consideren especialmente graves. En particular, este sería el caso de los acuerdos de licencia de marca y la mayoría de los tipos de acuerdos entre competidores. Se observa entonces cómo los criterios cuantitativos de la regla *de minimis* han perdido gran parte de su virtualidad debido a la última Comunicación en la materia. La prohibición categórica de los acuerdos restrictivos por su objeto y la remisión a los Reglamentos de exención en bloques o por categorías relegan la menor importancia en sede comunitaria a supuestos residuales de acuerdos que puedan restringir la competencia por sus efectos –no por su objeto– y que no estén contemplados por un Reglamento de exención por bloques o por categorías. E incluso en este caso, no ha de pasarse por alto que el TJUE y las autoridades nacionales, en principio, no estarían vinculadas por los umbrales establecidos, por carecer la Comunicación de carácter vinculante¹⁵⁰. En definitiva, la menor importancia es ahora, en contraste con épocas pasadas, menos significativa para el Derecho de la competencia.

2.2. La gran novedad: Restricciones de la competencia por su objeto vs restricciones de la competencia por su efecto

Las restricciones de la competencia por su objeto son aquellas que se consideran tan dañinas que por su propia naturaleza son capaces de restringir la competencia sin necesidad de un análisis económico profundo. En contraste, las restricciones de la competencia por su efecto son una categoría que cubre cualquier acuerdo potencialmente restrictivo que solo infringe el art. 101 TFUE seguido de un análisis fáctico y económico en su mercado relevante que demuestre que en aquel tiene efectos

¹⁵⁰ LENOIR, N & PLANKENSTEINER, M., “Agreements of minor importance: revised European de minimis notice”, *Lexology*, 2014. Disponible en: <https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=877dd0b2-d70b-4ee7-8965-a394278e13f2>, última consulta el 04/07/2018

anticompetitivos concretos¹⁵¹. Recientes pronunciamientos en torno a esta distinción, especialmente la sentencia del caso Expedia, han justificado que la Comisión aprobase una nueva Comunicación *de minimis* en 2014. No en vano, se declaró que un acuerdo que pueda afectar al comercio entre los Estados miembros y que tenga un objeto contrario a la competencia constituye por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos concretos, una restricción sensible del juego de la competencia, sin que pueda beneficiarse de la exclusión de los acuerdos de menor importancia. Sin embargo, hay autores que han sostenido que la aplicación práctica de la regla *de minimis* ya respondía a esta interpretación del art. 101 TFUE¹⁵². Esto se debe a que la Comisión europea ya consideraba restrictivos *per se*, y con ello ilícitos, los acuerdos que tuvieran por objeto la restricción de la competencia, tal como pone de manifiesto la COM 01 al excluir del concepto de menor importancia acuerdos entre empresas que tuvieran por objeto la fijación de precios, la limitación de la producción o las ventas y el reparto del mercado.

En nuestra opinión, la COM 14 no supone un mero refrendo de la COM 01, sino que más bien consiste en una revisión que ha limitado considerablemente su alcance¹⁵³. Si bien la Comunicación permanece inalterada en todo lo que respecta a los umbrales de cuota de mercado, ahora se excluye *cualquier* restricción por el objeto, no solo las enumeradas en el vetusto punto 11 de la COM 01, conservadas tan solo a título ejemplificativo. En efecto, si la Comunicación precedente contenía una lista de restricciones de la competencia que excluían la aplicación de la excepción *de minimis*, esto implicaba que aquellas restricciones no incluidas en la enumeración, sí que podrían beneficiarse de la regla *de minimis*, incluso aunque fuesen una restricción de la competencia por su

¹⁵¹ GARDNER J., “European Commission tightens application of De Minimis safe harbour”, *Fieldfisher Publications*, 2014. Disponible en:

<https://www.fieldfisher.com/publications/2014/10/european-commission-tightens-application-of-de-minimis-safe-harbour>, última consulta el 04/07/2018.

¹⁵² SOLERNOU SANZ, M. E., “¿Novedades en torno a la regla de minimis?”, *Cuaderno de actualidad de Defensa de la competencia*, núm. 22, 2014.

¹⁵³ LENOIR, N & PLANKENSTEINER, M., “Agreements of minor importance...”, *op. cit.*

objeto. Sin embargo, en el caso Expedia, el TJUE sostiene que un acuerdo anticompetitivo por su objeto constituye, por su naturaleza, con independencia de sus efectos concretos, una restricción de la competencia sensible. Por tanto, ahora todas las restricciones por objeto son de mayor importancia en lo que respecta a su carácter lesivo con la competencia, independientemente de sus efectos concretos, lo que hace más severa o estrecha la aplicación de la salvaguarda de la Comunicación¹⁵⁴.

En efecto, la trascendencia de la COM 14 es máxima cuando se tiene en cuenta que con carácter previo a ésta, existía una duda razonable acerca de si las restricciones por objeto establecidas en el punto 11 de la COM 01 debían ser objeto de algún análisis casuístico o económico –aunque fuese mucho más riguroso que aquellas otras restricciones no enumeradas- o por el contrario, debían ser consideradas una violación *per se* del art. 101 TFUE. La jurisprudencia más longeva sugería que sí que era posible un análisis de impacto de mercado, aunque limitado, a estas restricciones de la competencia por su objeto. Por ejemplo, este sería el supuesto de la sentencia del caso *Volk*, donde cabría la posibilidad de defender la escasa importancia para la competencia debido a que las empresas se situaban *muy por debajo* de los umbrales establecidos, y no sencillamente a que éstos no eran alcanzados. No obstante, esta puerta quedó del todo cerrada con la sentencia del caso Expedia, la cual viene a clarificar –o quizás, a revisar- el análisis que debe realizarse a las restricciones de la competencia por su objeto¹⁵⁵. Ya no hay duda de que son restricciones consideradas automáticamente apreciables sean cuales sean sus efectos concretos en el mercado.

Por otro lado, en pos de la seguridad jurídica la Comisión ofrece una guía sobre restricciones de la competencia por su objeto con el propósito de definir qué acuerdos pueden beneficiarse de la Comunicación *de*

¹⁵⁴ GARDNER J., “European Commission tightens...”, *op. cit*

¹⁵⁵ *Ibidem*.

*Minimis*¹⁵⁶. Para su redacción ha tenido en cuenta la jurisprudencia del TJUE y la práctica decisoria de la Comisión¹⁵⁷. Entre los acuerdos restrictivos de la competencia por su objeto entre competidores incluye los acuerdos sobre fijación de precios, de reparto de mercados, restricción de la producción, boicot, la información compartida sobre precio o producción futuros, etc. Por otra parte, entre los acuerdos entre no competidores inserta la restricción de ventas a compradores, los contratos de licencia o suministro y la fijación del precio de reventa. Sin embargo, aunque la iniciativa de ofrecer este documento junto a la Comunicación debe ser aplaudida, no es menos cierto que han de resaltarse algunos inconvenientes. En primer lugar, la guía nos dice que en casos excepcionales una restricción por su objeto podría ser compatible con el art. 101 TFUE no por los beneficios de la excepción del art. 101.3 TFUE, sino porque sea objetivamente necesario para la existencia de un acuerdo o para la protección de un fin legítimo, como la salud o la seguridad. En segundo lugar, se afirma que acuerdos sobre fijación de precio, limitación de la producción y reparto de mercado podrían no constituir restricciones por el objeto cuando sean parte de una colaboración más amplia de un acuerdo entre dos competidores en un contexto de que las partes estén combinando complementariamente habilidades o activos. En tercer y último lugar, la Comisión reconoce de forma expresa que es un documento que no prejuzga la evolución de la jurisprudencia o de las decisiones de la Comisión. De hecho, se podrá expandir o limitar la lista de lo que se consideran restricciones por el objeto. Todo esto abre la puerta a una valoración de política económica y a la inseguridad jurídica, que precisamente eran dos de las notas que ensalzaban la fisonomía propia de la regla *de minimis* respecto de la *rule of reason*.

¹⁵⁶ *Guidance on restrictions of competition “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice*, publicado en el BOUE el 25 de junio de 2014.

¹⁵⁷ LENOIR, N & PLANKENSTEINER, M., “Agreements of minor importance...”, *op. cit.*

2.3. La vía de escape: El efecto sensible del comercio entre los Estados miembros

Incluso si un acuerdo contiene una restricción por su objeto, no necesariamente cae bajo la prohibición del art. 101 TFUE. Puede darse el supuesto de que pese a existir una restricción sensible de la competencia ésta no tenga un efecto apreciable en el comercio entre los Estados miembros¹⁵⁸. A pesar de ello, la COM 14 no contiene explicaciones sobre el “efecto sobre el comercio”, aunque sí una remisión a la guía específica que publicó sobre la cuestión en 2004¹⁵⁹. A tenor de la misma, se puede afirmar que no pueden en principio afectar al comercio entre los Estados miembros aquellos acuerdos entre compañías que tuvieran una cuota de mercado agregada inferior al 5% y un volumen de negocio de menos de 40 millones de euros. Además, igual que ya ocurrió en anteriores Comunicaciones, se indica que los acuerdos entre pequeñas y medianas empresas, en el sentido establecido por la Recomendación de la Comisión de mayo de 2003, sobre la definición de microempresas, péquelas y medianas empresas¹⁶⁰ o en una recomendación que la sustituya, normalmente tampoco será susceptible de afectar al comercio entre los Estados miembros. Por tanto, al analizar el comercio intracomunitario se ha de acudir a la Comunicación y a la Recomendación antes citadas. Al respecto, huelga decir que se encuentran hasta tres aspectos que deben ser resaltados y brevemente comentados. Son los siguientes:

A) La autonomía e independencia respecto de la regla *de minimis*

Las directrices de la Comunicación sobre el concepto de efecto en el comercio no abordan el problema de lo que constituye o no una restricción apreciable para la competencia, lo cual compete a la Comunicación *de minimis*. En este sentido, una restricción puede afectar de forma

¹⁵⁸ Vid. LENOIR, N & PLANKENSTEINER, M., “Agreements of minor importance...”, *op. cit* y DE LA VEGA GARCÍA, F., “Nueva Comunicación de la Comisión Europea...”, *op. cit*.

¹⁵⁹ Comunicación de la Comisión sobre el Efecto sobre el Comercio de 27 de abril de 2004 (DOCE C 101/2004), apartados 44 a 57.

¹⁶⁰ (DO L 124 de 20 de mayo de 2003)

significativa al comercio intracomunitario y pese a ello no ser apreciable desde el prisma de la competencia, o por el contrario, ser reputada como una restricción significativa desde la óptica de la competencia pero que no produce efectos significativos en el comercio intracomunitario. Tanto en uno como en otro caso no se podría aplicar la prohibición del art. 101 TFUE. La diferencia estriba a que en el primer caso estaríamos ante una excepción originada por la regla *de minimis*, mientras que en el segundo, la no prohibición vendría de la aplicación de un criterio autónomo de Derecho comunitario que debe evaluarse por separado en cada caso. Se trata, en definitiva, de un criterio jurisprudencial que define el ámbito de aplicación del Derecho comunitario de la competencia, no de un concepto que completa o llena de contenido el concepto de restricción de la competencia.

B) El nivel mínimo de efectos transfronterizos y los acuerdos que afectan al comercio intracomunitario por su propia naturaleza

El ámbito de aplicación del Derecho comunitario de la competencia requiere un nivel mínimo de efectos transfronterizos. Por ello, el acuerdo o la práctica deben de afectar al comercio entre los Estados miembros de manera significativa. Al respecto, no es necesario establecer un vínculo entre la presunta restricción de la competencia y la posibilidad de que el acuerdo afecte al comercio entre los Estados miembros. Sin embargo, un acuerdo puede, por su propia naturaleza, afectar al comercio entre los Estados miembros, como sería el supuesto de un acuerdo de distribución que prohíba las exportaciones. Esto, empero, no prejuzga que ese efecto para el comercio sea necesariamente apreciable.

C) Los elementos que configuran el criterio del efecto sobre el comercio intracomunitario

De la redacción de los arts. 101 y 102 TFUE y de la jurisprudencia de los Tribunales comunitarios se desprende que, al aplicar el criterio del efecto sobre el comercio, deben tenerse en cuenta tres elementos: El

concepto de “comercio entre los Estados miembros”, la noción de “pueda afectar” y el concepto de “apreciabilidad”. Este último es el que conecta con la regla *de minimis*, toda vez que en la práctica supone que algunas conductas anticompetitivas –incluso significativas para la competencia- no queden prohibidas en virtud de su cuota de mercado y volumen de ventas.

La evaluación de la apreciabilidad dependerá de las circunstancias de cada asunto, en particular, de la naturaleza del acuerdo o práctica, de la naturaleza de los productos de que se trate y de la posición de mercado de las empresas afectadas. Por un lado, cuando por su propia naturaleza, el acuerdo o práctica puede afectar al comercio entre los Estados miembros, el umbral de apreciabilidad será inferior que cuando se trata de acuerdos y prácticas que, por su propia naturaleza, no pueden afectar al comercio entre los Estados miembros. Por otro, cuanto más fuerte sea la posición de mercado de las empresas interesadas, más probable será que un acuerdo o práctica que pueda afectar al comercio entre Estados miembros pueda hacerlo de forma apreciable.

La posición de mercado de las empresas interesadas y su volumen de negocio correspondiente a los productos sobre los que verse el acuerdo constituyen una orientación en cuanto a la capacidad de un acuerdo o de una práctica para afectar al comercio entre los Estados miembros. En este sentido, en la cuantificación de la apreciabilidad se nos indica que no es posible establecer unas normas cuantitativas generales que abarquen todas las categorías de acuerdos y que indiquen cuándo es posible que el comercio entre Estados miembros se vea afectado de forma apreciable. Sin embargo, sí será posible indicar cuándo suele ser posible que el comercio entre Estados miembros no se vea afectado de forma apreciable. Por eso la Comisión considera conveniente establecer unos principios generales que indiquen cuándo el comercio entre Estados miembros no suele poder verse afectado de una forma apreciable, es decir, una regla que defina la ausencia de un efecto apreciable sobre el comercio comunitario. Al respecto, la Comisión considera esta regla como presunción negativa *iuris tantum*

aplicable a todos los acuerdos en el sentido del apartado 1 del artículo 101 TFUE, independientemente de la naturaleza de las restricciones contenidas en el acuerdo, incluidas aquellas restricciones consideradas especialmente graves en los reglamentos de exención por categorías. Ahora bien, esta definición negativa de la apreciability no implica que los acuerdos y las prácticas abusivas que no se ajusten a los criterios establecidos puedan automáticamente afectar de forma apreciable al comercio entre Estados miembros. Será necesario proceder a un análisis caso por caso¹⁶¹. Además, cuando se aplique esta presunción, la Comisión no incoará normalmente un procedimiento, ni a instancia de parte ni por iniciativa propia y si las empresas crean de buena fe que un acuerdo está cubierto por esta presunción negativa, la Comisión no impondrá multas¹⁶².

En definitiva, se observa que aunque el criterio del efecto sobre el comercio es algo diferente a la regla *de minimis*, ambos mantienen, sin embargo, un elevado grado de similitud. Así, si bien el criterio del efecto sobre el comercio intracomunitario es relativamente inútil en los acuerdos restrictivos de la competencia por su efecto anticompetitivo, adquiere una repercusión máxima en los acuerdos restrictivos de la competencia por su objeto. Nótese que si se cumplen los criterios de la regla *de minimis* – umbrales de cuota de mercado superiores al 10 o 15 por 100- de forma paralela nos encontraremos fuera de la presunción de la no producción de efectos para el comercio –que requiere una cuota de mercado inferior al 5 por 100-. Sin embargo, para los acuerdos restrictivos de la competencia por su objeto –excluidos de la regla *de minimis*- el umbral del 5 por 100 de cuota de mercado y el límite de los 40 millones de volumen de negocio puede suponer que una restricción no esté prohibida por el Derecho comunitario pese a ser restrictiva de la competencia de una forma significativa, toda vez que no afecta de forma apreciable al comercio entre los Estados miembros. Quedaría así matizada la prohibición absoluta del caso Expedia y adquiriría suma relevancia el criterio del efecto sobre el

¹⁶¹ Esto recuerda poderosamente a la regla *de minimis*. Vid. COM 14, punto 3.

¹⁶² Lo que también recuerda inexorablemente a la regla *de minimis*. Vid. COM 14, punto 5.

comercio, en tanto que sería la puerta abierta para no prohibir algunos de los acuerdos para los que la regla *de minimis*, tal como está configurada en la actualidad, no es una salvaguarda.

Con todo, esta última reflexión sería predicable del Derecho *antitrust* comunitario, pero no nacional. Así, cuando un acuerdo sea restrictivo de la competencia de forma significativa pero no afecte de forma sensible al comercio intracomunitario, podría quedar prohibido por el Derecho de defensa de la competencia nacional. Sin embargo, quizás sería interesante considerar la extrapolación de un criterio similar al efecto sobre el comercio intracomunitario a nuestro ordenamiento jurídico que dé cabida a una mayor modulación o flexibilización de la prohibición de los acuerdos colusorios. Este tendría el objeto de salvaguardar las conductas de un ámbito geográfico muy reducido en comercios o industrias que por su propia naturaleza no pueden afectar a la competencia de forma grave. Sería el caso de un acuerdo entre dos inmobiliarias locales por el que pactan los precios de sus servicios o se reparten el pequeño mercado local. Si hay un número considerable de empresas, de tal manera que aquellas que coluden suponen un porcentaje de la cuota de mercado local menor del 5% y un volumen de negocio irrisorio, parece razonable que se considere que la conducta no puede afectar de manera significativa a la competencia, pese a ser una restricción por su objeto. He aquí un supuesto que encaja mejor en el espíritu de la Competencia desleal que en el del Derecho *antitrust*. Los competidores aún tendrían la vía del acto desleal para poner fin a la conducta lesiva y velar por sus intereses. Pero se obtiene una ventaja adicional, y es que el Derecho público no gastaría recursos en un comportamiento que aunque restrictivo de la competencia, no es significativo. No puede dañar la competencia quien quiere, sino quien puede. Si las dos inmobiliarias pactan precios o se reparten el pastel pero existen numerosos competidores en el mercado de referencia, los consumidores siempre tendrán la posibilidad de acudir a otras empresas, y en ese caso, lejos de dañar a la competencia, la práctica colusoria acabaría dañando a aquellos que la han promovido.

IV. CONCLUSIONES

Para cerrar el presente trabajo, se hace conveniente formular una serie de conclusiones finales en torno a la regla *de minimis*. Estas son sucintamente las siguientes:

1º) Es asumible sostener que existe un elevado grado de parentesco entre la *rule of reason* norteamericana y la regla *de minimis* europea. Tal como ha sido argumentado en estas páginas, existen toda una serie de paralelismos y circunstancias que así lo avalan. Sin embargo, tras estudiar la evolución del constructo europeo por la vía de las diferentes Comunicaciones no cabe duda de que éste tiene una fisonomía propia. Por eso es posible encontrar notables diferencias entre un método interpretativo y otro. Esta asociación, lejos de ser infructuosa, podría ser útil de cara a futuras investigaciones de Derecho comparado orientadas a la caracterización de las conductas *antitrust* de menor importancia.

2º) Desde la Sentencia del caso Expedia y la correspondiente COM 14, es indubitado que las restricciones de la competencia por objeto quedan fuera de la salvaguarda de la Comunicación. Además, esta norma de *soft law* alude a los Reglamentos de exención por categorías indicándonos que si una conducta es considerada grave o autorizada por éstos, tampoco tendría cabida la salvaguarda de la Comunicación, que es idónea para aquellos casos no contemplados o sí contemplados pero no considerados graves ni autorizados por un Reglamento de este tipo. Si a ello añadimos que la Comunicación tiene una finalidad meramente orientativa para las autoridades de la competencia de los Estados miembros, no cabe duda de que el contenido de la regla *de minimis*, al menos en lo que respecta a la aplicación de los umbrales, pierde gran parte de su virtualidad. De hecho, si se estudia la evolución acontecida desde que vio la luz la primera Comunicación *de minimis* se observa cómo ésta ha quedado notablemente alterada. Además, la posibilidad de alcanzar soluciones contradictorias en sede comunitaria y en sede nacional –fruto del carácter no vinculante de la

Comunicación para los Estados miembros- parece socavar la seguridad jurídica que debiera caracterizar a la regla *de minimis* respecto de la *rule of reason*.

3º) La aparente contradicción existente entre los primeros pronunciamientos –especialmente el caso *Volk*- con la exclusión de la salvaguarda de la Comunicación a toda conducta restrictiva de la competencia por su objeto podría salvarse teniendo en cuenta el efecto sensible en el comercio entre los Estados miembros. En efecto, si se estudian las primeras Comunicaciones en materia *de minimis* se reparará en que por aquel entonces la menor importancia versaba sobre un efecto sensible en la competencia y el comercio intracomunitario. Uno y otro, que más tarde se distinguirían nitidamente, aparecían entonces juntos de manera indiferenciada. Como han demostrado las últimas Comunicaciones, el efecto sensible del comercio entre los Estados miembros está poderosamente ligado al concepto de PYME. Por ello, no es descabellado sostener que en el caso *Volk* y en otros parecidos, la conducta fue reputada de menor importancia debido a que el tamaño de las empresas negaba la posibilidad de un efecto sensible en el comercio intracomunitario.

4º) El aparente vacío de contenido que sufre la consideración de la sensibilidad en términos de competencia va acompañado de una puesta en valor del efecto sensible en el comercio intracomunitario. La Comunicación de la Comisión relativa a las directrices relativas al concepto de efecto sobre el comercio y la Recomendación de la Comisión sobre definición de microempresas, pequeñas y medianas empresas es la puerta que queda abierta –y por explorar- para considerar de escasa importancia aquellas conductas emprendidas por empresas de pequeña dimensión. Nuestra hipótesis tras la realización de esta investigación no es la pérdida de utilidad de la menor importancia de las conductas *antitrust*, sino que ahora el análisis que debe realizar el jurista es claramente dual en sede comunitaria. De ahí que surja la necesidad de llevar a cabo una investigación futura que determine el contenido concreto del efecto

sensible en el comercio intracomunitario y su interacción con la sensibilidad o significancia para la competencia en sí misma. De hecho, esta conclusión alcanzada evidencia que este trabajo se trata de una investigación jurídico-exploratoria, toda vez que pone de manifiesto la necesidad de estudiar cómo queda el régimen de la menor importancia de las conductas *antitrust* en sede nacional, donde en un principio se carece de un criterio de enjuiciamiento similar al efecto sensible en el comercio entre los Estados miembros, que se vaticina esencial en la valoración de la significancia de un comportamiento anticompetitivo.

5º) Como ya puso de relieve la doctrina hace años, la regla *de minimis* no se trata simplemente de que la autoridad *antitrust* tenga la posibilidad de no perseguir una conducta – *De minimis praetor non curat*- sino que es un presupuesto del propio ilícito *antitrust* - *De minimis lex non curat*-. Sin embargo, el hecho de que una restricción sensible de la competencia sea un presupuesto del tipo parece no casar demasiado bien con el carácter no vinculante del *soft law* a través del cual se establecen los criterios para determinarlo. Paradójicamente, la posibilidad de observar distintas soluciones en sede comunitaria y nacional, y sobre todo, la enorme disparidad que cabe esperar entre los distintos Estados miembros, pone en peligro el comercio intracomunitario. En efecto, si un país da más margen a sus empresas para pactar entre ellas sin que esos acuerdos sean sancionados, éstas ganarán tamaño y poder de manera más acelerada que aquellas otras que participan de un mercado más competitivo propio de otro Estado miembro que sea menos flexible a la hora de enjuiciar tales pactos. Esta ventaja competitiva originada por el Derecho, y no por la eficiencia económica, es censurable en un mercado común y pretendidamente respetuoso con la competencia como es el comunitario.

6º) La COM 14 y la decisión de España de integrar la COM 01 – instrumento de *soft law*- como norma jurídicamente vinculante –*hard law*- plantea nuevos interrogantes que de nuevo vuelven a evidenciar que el presente trabajo ha cumplido fiel su misión de ser una investigación

jurídico-exploratoria. ¿Podría sobreentenderse que la hipotética voluntad del legislador querría que el contenido del art. 2 RDC recogiese las modificaciones de la nueva Comunicación? ¿Se ha de modificar la normativa española para albergar estos nuevos cambios? ¿Es conveniente dar cabida a unos criterios que están pensados para entrar en juego junto a otro elemento importante como es el efecto sensible en el comercio entre los Estados miembros y del que no disponemos en nuestro Ordenamiento jurídico nacional? En caso de contradicción entre nuestra norma –*hard law*- y la Comunicación orientativa –*soft law*-, ¿qué debe pesar más para nuestras autoridades de la competencia y nuestros órganos jurisdiccionales? Como se observa, se hace del todo necesaria y oportuna una investigación aún más profunda sobre la regla *de minimis* que analice la problemática suscitada en sede nacional.

En definitiva, las conclusiones alcanzadas y sobre todo los interrogantes que éstas plantean –recordemos que en la introducción de este trabajo ya se advirtieron más preguntas que respuestas- reiteran y refuerzan la conveniencia de realizar una tesis doctoral en esta materia. Este trabajo, que desde el principio aspiró a ser la precuela de dicha tesis, aunque no ha resuelto toda la problemática que gira en torno a la menor importancia, ha supuesto para el autor, desde luego, una motivación muy significativa en futuras investigaciones. Es el punto de partida de un camino que esperamos nos lleve a un destino cierto. Esa, al menos, es la intención que nos va a mover a partir de este momento.

V. BIBLIOGRAFÍA

Material científico-doctrinal

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “La prohibición de los acuerdos restrictivos de la competencia. Una concepción privatista del derecho antimonopolio”, *InDret*, núm. 253, 2004

AA.VV., *Diccionario de Derecho de la Competencia* (Dir. VELASCO SAN PEDRO), Madrid, Iustel, 2006

BACHES OPI, S., “La nueva ley española de Defensa de la Competencia”, *Diario La Ley*, núm. 6815, 2007

BARR, F., “The New Commission Notice on Agreements of Minor Importance is Appreciability a Useful Measure?”, *ECLR*, núm. 4, 1997

BELLAMY, CH & CHILD, G., *Derecho de la competencia en el Mercado Común* (Trad. PICAÑOL, E), Civitas, Madrid, 1992

BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “La definición del mercado relevante en la aplicación de las normas de la competencia. Análisis de la Comunicación de la Comisión”, *Gaceta Jurídica de la Comunidad Europea*, núm. 129, 1997

BELLO MARTÍN-CRESPO, M.P., “Los acuerdos de menor importancia en la nueva Comunicación de la Comisión”, *Noticias de la Unión Europea*, núm. 169, 1999

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de Derecho mercantil*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2010

BORK, R., “The Rule of Reason and the Per Se Concept: Price Fixing and Market Division”, *Yale Law Journal*, núm. 775, 1965

BORK, R., "Vertical Integration and the Sherman Act: The Legal History of an Economic Misconception," *University of Chicago Law Review*, vol. 22, 1954.

CAMESASCA, P & VAN DEN BERGH, R.J., "Achilles uncovered: revisiting the European Commission's 1997 market definition notice", *The Antitrust Bulletin*, núm. 45, 1997

CARLIN, F., "Vertical restraints: time for a change?", *ECLR*, núm. 5, 1996

COSTAS COMESAÑA, J., "Los acuerdos de menor importancia en la Ley de Defensa de la Competencia", *ADI*, T. XV, 1994

DE LA VEGA GARCÍA, F., "Nueva Comunicación de la Comisión Europea sobre acuerdos de menor importancia (de minimis)", *Blog de Derecho y Competencia*, 2014. Disponible en: <http://derechoycompetencia.blogspot.com/2014/06/nueva-comunicacion-de-la-comision.html>

DESAI, K., "The European Commission's draft notice on market definition: a brief guide to economics", *ECLR*, núm. 7, 1997

EASTERBROOK, F.H., "Vertical arrangements and the rule of reason", *Antitrust Law Journal*, vol. 53, núm. 1, 1984

FAULL, J. & NIKPAY, A., *The EC Law of Competition*, Oxford, U.K, 1999

FERNÁNDEZ NOVOA, C., "Significado y delimitación del mercado relevante", *ADI*, T. VI, 1979-1980

FERNÁNDEZ NOVOA, C., "Un hito en la historia del Derecho de la competencia: Centenario de la *Sherman Act*", *ADI*, T. XIII, 1989-1990

FONT GALAN, J.I., *Constitución económica y Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 1987

FONT GALÁN, J.I y MIRANDA SERRANO, L.M., *Competencia desleal y antitrust. Sistema de ilícitos*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona, 2005

FURSE, M., “Market definition. The draft Commission notice”, *ECLR*, núm. 6, 1997

GALÁN CORONA, E., “Las conductas de menor importancia en la vigente Ley de Defensa de la Competencia”, *El Derecho mercantil en el umbral del siglo XXI: libro homenaje al Prof. Dr. Carlos Fernández Novoa con motivo de su octogésimo cumpleaños* (coord. GÓMEZ SAGADE, J.A; GARCÍA VIDAL, A y OLIVENCIA, M), Marcial Pons, Madrid, 2010

GARCÍA CACHAFEIRO “La nueva comunicación de la Comisión Europea sobre los acuerdos de menor importancia”, *ADI*, T. XVIII, 1997

GARDNER J., “European Commission tightens application of De Minimis safe harbour”, *Fieldfisher Publications*, 2014

GELFAND, D & BERNHARDT, L., “Vertical restraints: Evolution from Per Se to rule of Reasons Analysis”, *ABA Antitrust Section Fall Forum*, 2017

GINER PARREÑO, C.A., “Artículo 1 de la Ley de Defensa de la Competencia y Rule of reason (el caso ICI PAINTS España S.A.)”, *Derecho de los negocios*, núm. 33, 1993

HAYEK, *Los Fundamentos de la Libertad*, Unión Editorial, Madrid, 1991

KELLAWAY, R., “Vertical restraints: which option?”, *ECLR*, núm. 6, 1997

LAURILA, M., “The de minimis doctrine in EEC competition law: agreements of minor importance”, *ECLR*, núm. 3, 1993

LENOIR, N & PLANKENSTEINER, M., “Agreements of minor importance: revised European de minimis notice”, *Lexology*, 2014

MIRANDA SERRANO, L.M. “La rule of reason en el Derecho de la competencia: a propósito de la transmisión de empresas”, *Estudios de*

Derecho Mercantil en homenaje al profesor Manuel Broseta Pont, Vol. II, Tirant Lo Blanch, Valencia, 1995

MIRANDA SERRANO, L.M., “La regla *de minimis* en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, y su Reglamento de desarrollo”, *Derecho de los negocios*, núm. 216, 2008

MIRANDA SERRANO, L.M., “Restricciones accesorias y prácticas colusorias. Las ancillary restraints y el art. 81 del TCE. A propósito de algunas experiencias jurisprudenciales relativas a cesiones de empresas, franquicias y cooperativas”, *Derecho de los negocios*, núm. 122, 2000

MIRANDA SERRANO, L.M y PAGADOR LÓPEZ, J., “Nueva comunicación de la Comisión Europea sobre los acuerdos de menor importancia”, *Consejo Consultivo para la Pequeña y Mediana Empresa*, 2014

ORTIZ BAQUERO, I., “La regla de *de minimis* en el ámbito de los acuerdos restrictivos de la libre competencia”, *Revista e-mercatoria*, núm. 2, 2009

ORTIZ BLANCO, L., *Manual de Derecho de la competencia*, Tecnos, Madrid, 2008

PALAU RAMÍREZ, F., “Artículo 5. Conductas de menor importancia”, *Comentario a la ley de la Defensa de la Competencia* (dir. MASSAGUER FUENTES, J), Thomson-Civitas, Madrid, 2008

PEEPERKORN, L., “Revision of the 1997 Notice on agreements of minor importance (de *de minimis* notice)”, *Competition Policy Newsletter*, núm. 2, 2001

PEEPERKORN, L., “New notice on agreements of minor importance (de *de minimis* Notice)”, *Competition Policy Newsletter*, núm. 1, 2002

PINTOS AGER, J., “La remisión a los reglamentos comunitarios de exención en bloque”, *Indret*, núm. 3, 2001

POSNER, R.A., “The rule of reason and the economic approach: reflections on the Sylvania Decision”, *University of Chicago Law Review*, núm. 45, 1977

POSNER, R.A., “The Chicago School of Antitrust Analysis”, *University of Pennsylvania Law Review*, núm. 925, 1979.

POSNER, *Economic analysis of law* (9th edition), Wolters-Kluwer Law & Business, New York, 2014

RITTER, L., *European competition Law: A Practitioner’s Guide*, Wolters-Kluwer, The Hague, 2005

RUÍZ-RISUEÑO RIERA, F., “La relevancia práctica de las conductas de menor importancia”, *Derecho de la Competencia Europeo y Español* (coords. ORTIZ BLANCO, L y LEÓN JIMÉNEZ, R), Dykinson, Madrid, 2003

SCHROEDER, D., “The Green Paper on vertical restraints: beware of market share thresholds”, *ECLR*, núm. 7, 1997

SOLERNOU SANZ, M. E., “¿Novedades en torno a la regla de minimis?”, *Cuaderno de actualidad de Defensa de la competencia*, núm. 22, 2014

TOBÍO RIVAS, A.M., “La aplicación del Derecho Antitrust de la Unión Europea por una autoridad nacional de la competencia y la comunicación de minimis”, *ADI*, T. XXXIII, 2013

TOBIO RIVAS, A.M., “Libro Verde de la Comisión sobre las restricciones verticales en la política de competencia comunitaria: ¿bases para un cambio?”, *ADI*, T. XVIII, 1997

TORRES LOPEZ, J., *Análisis económico del derecho*, Panorama doctrinal, Madrid, 1987

VALLINA, R., “¿De minimis lex non curat o de minimis praetor non curat?”, *Gaceta jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, núm. 2, 2008

VAN DAMME, J., “Application des regles de concurrence aux accords d’exclusivite. Observations sous Cour de justice, 9 juillet 1969, Franz Völk c. Vervaecke”, *Cahiers de droit européen*, 1970 pp. 63-87

WHISH, R., *Competition Law*, 3ª ed., Butterworths, London-Edinburg, 1993

ZURIMENDI ISLA, A., *Las restricciones verticales a la libre competencia*, Civitas, Madrid, 2006

Materia legal

Comunicación de 27 de mayo de 1970, relativa a los acuerdos de menor importancia no previstos en las disposiciones del apdo. 1 del art. 85 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea (DOCE núm. 64, de 2 de junio de 1970)

Comunicación de la Comisión, de 19 de diciembre de 1977, relativa a los acuerdos de menor importancia que no caen bajo la prohibición del artículo 85, apartado 1, del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea. (DOCE C 313 de 29 de diciembre de 1977)

Comunicación de la Comisión, de 3 de septiembre de 1986, relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europe. (DOCE C231, de 12 de septiembre de 1986)

Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia (DOCE, C 372, de 9 de septiembre de 1997)

Comunicación de la Comisión de 1997 relativa a los acuerdos de menor importancia no contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado

constitutivo de la Comunidad Económica Europea (DOCE, C- 372, de 9 de diciembre de 1997)

Comunicación de la Comisión — Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 81 del Tratado CE a los acuerdos de cooperación horizontal (OJ C 3, 6 de enero 2001)

Comunicación de la Comisión sobre el Efecto sobre el Comercio de 27 de abril de 2004 (DOCE C 101/2004)

Comunicación de la Comisión relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del artículo 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (BOUE C291, de 30 de agosto de 2014)

Guidance on restrictions of competition “by object” for the purpose of defining which agreements may benefit from the De Minimis Notice (BOUE, de 25 de junio de 2014)

Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia

Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia

Recomendación de la Comisión de 3 de abril de 1996 (DOCE, núm. L 107, de 30 de abril de 1996)

Reglamento (CE) nº 2790/1999 de la Comisión, de 22 de diciembre de 1999, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado CE a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (OJ L 336, 29.12.1999)

Reglamento (CE) nº 2658/2000 de la Comisión, de 29 de noviembre de 2000, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado a determinadas categorías de acuerdos de especialización (OJ L 304, 5.12.2000)

Reglamento (UE) núm. 330/2010 de la Comisión, de 20 de abril de 2010, relativo a la aplicación del artículo 101, apartado 3, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos verticales y prácticas concertadas (DO L 102 de 23.4.2010)

Reglamento (UE) núm. 316/2014 de la Comisión, de 21 de marzo de 2014, relativo a la aplicación del apartado 3 del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a determinadas categorías de acuerdos de transferencia de tecnología (DO L 93 de 28.3.2014)

Material jurisprudencial y similar

Decisión de la Comisión núm. 64/233/ CEE, de 11 de marzo de 1964 en el Asunto IV/A-61-*Grosfillex-Fillistorf* (DOCE núm. 58, de 9 de abril de 1964).

Decisión de la Comisión núm. 69/152/CEE, de 5 de mayo de 1969 en el Asunto IV/242-295-*Convention chauxfourniers* (DOCE núm. 122, de 22 de mayo de 1969).

Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 30 de enero de 1991. (Exp. 18/90, Caso *Wilkhahn*).

Resolución del Tribunal de Defensa de la Competencia de 2 de marzo de 1993. (Expte. 40/92 Ici Paints España SA.)

Sentencia Asunto *United States v. Transmissouri Freight Association* 166 US 290 (1897)

Sentencia Asunto *United States v. Addyston Pipe and Steel Co*, 85 Fed. 271 (6th Cir. 1898); 175 US 211 (1899)

Sentencia Asunto *Standar Oil of New Jersey v. United States*, 221 US 1 (1911)

Sentencia Asunto *Dr. Miles Medical Co v. John D. Park & Sons Co.*, 220 U.S 373 (1911)

Sentencia Asunto *United States v. American Tobacco*, 221 US 106 (1911)

Sentencia Asunto *Board Trade Of Chicago v. United States*, 246 US 231 (1918)

Sentencia Asunto *United States v. Trenton Potteries Co*, 273 U.S. 392 (1927)

Sentencia Asunto *International Salt Co v. United States*, 332 U.S. 392 (1947)

Sentencia Asunto *Nother Pacific Railway Company vs United States*, 365 US 1 (1958)

Sentencia Asunto *United States v. Arnold, Schwinn & Co.*, 388 U.S. 365 (1967)

Sentencia Asunto *Albrecht v. Herald Co.*, 390 U.S. 145 (1968)

Sentencia Asunto *Fortner Enterprises Inc v. United States Steel Corporation*, 394 U.S. 495 (1969)

Sentencia Asunto *Continental TV, inc. v. GTE Sylvania, Inc.*, 433 U.S. 36 (1977)

Sentencia Asunto *National Soc’y of Prof. Engineers v. United States*, 435 U.S, 679, 691-92 (1978)

Sentencia Asunto *Cowley v. Braden Indus, Inc.*, 613 F.2d 751, 755 (9th Cir. 1980)

Sentencia Asunto *Valley Liquors, Inc v. Renfield Importers, Ltd.*, 678 f. 2D 742, 745 (7th Cir. 1982)

Sentencia Asunto *White & White, Inc v. American Hosp. Supply Corp.*, 723 F. 2d 495, (6th Cir. 1983)

Sentencia Asunto *Jefferson Parish Hosp. Dist. N. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984)

Sentencia Asunto *State Oil v. Khan.*, 522 U.S. 3 (1997)

Sentencia Asunto *Leegin Creative Leather Products v. PSKS, Inc.*, 551 U.S. 877 (2007)

STJCE de 13 de julio de 1966, *Consten/ Grundig c. Comisión*, asuntos acumulados 56/64 y 58/64,

STJCE de 9 de julio de 1969, *Franz Völk c. SPRL ETs J. Vervaecke*, asunto 5/69, STJCE de 25 de noviembre de 1971, *Béguelin Import CO/ S.AG.L. Import Export*

STJCE de 24 de octubre de 1995, *BMW/ ALD Auto-Leasing D GmbH*

STJCE de 28 de abril de 1998, *Javico International y Javico AG/ Yves Saint Laurent Parfums SA*

STJUE de 13 de diciembre de 2012, *Expedia Inc c. Autorité de la concurrence*, asunto c-226/11.