

InDret

La remissió als reglaments comunitaris d'exempció en bloc*

Jesús Pintos Ager

**Facultat de Dret
Universitat de la Rioja**

**Institut Universitari de Dret i Economia
Universitat Carlos III**

Barcelona, Juliol de 2001

www.indret.com

* Traducció a càrrec d'Oliver Garcia Muñoz

Sumari

- Problemes i remeis: el caràcter omnicomprensiu de les prohibicions
- La necessitat de limitar l'àmbit de la prohibició a les conductes amb efectes significatius –de *minimis non curat praetor* i la *rule of reason*–.
- El problema: un mal ús de la tècnica de la remissió
- Crítica de la interpretació del TDC
 1. Inseguretat jurídica
 2. Efecte útil i interpretació teleològica
 3. Economia procedimental
- Elements bàsics de la doctrina sobre remissions estàtiques i dinàmiques
- A qui afecta realment el problema? Els òrgans encarregats d'aplicar les exempcions per categories a Espanya
- Conclusió

Abreviatures:

TDC: [Tribunal de Defensa de la Competència](#)

SDC: [Servei de Defensa de la Competència](#)

LDC: [Llei 16/1989, de 17 de juliol, de Defensa de la Competència \(BOE 170, de 18 de juliol\)](#)

TCE: [Tractat constitutiu de la Comunitat Europea](#)

RD: Reial Decret

TPI: [Tribunal de Primera Instància de la Comunitat Europea](#)

TJ CE: [Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees](#)

TS: Tribunal Suprem

AN: Audiència Nacional

• ***Problemes i remeis: el caràcter omnicomprensiu de les prohibicions***

El funcionament competitiu dels mercats està exposat a dos grans tipus d'amenaques: els càrtels i els monopolis. Als primers, un grup d'empreses individualment mancades del pes necessari per tal d'alterar el funcionament d'un mercat –preu–acceptants– celebren pactes col·lusoris entre sí, amb la finalitat d'arribar al tamany necessari per a aconseguir-ho, gràcies a una unitat d'actuació conjunta. Als segons, en canvi, el poder de mercat d'una única empresa li permet directament manejar-lo més o menys a la seva voluntat, controlant simultàniament preus i quantitats¹.

Front aquesta amenaça, el Dret de defensa de la competència reacciona amb el següent menú de remeis, per a la consecució del seu objectiu, tan a nivell nacional com comunitari:

- 1) Evitant l'estretament dels mercats que serviren de brou de cultiu per a comportaments oligopolístics, a través del **control de concentracions** ([cap. II, tit. I LDC](#) i [Reglament 4064/1989](#)).
- 2) Prohibint i sancionant els **pactes col·lusoris** ([art. 1 LDC](#) i [art. 81 TCE](#)), com a remei específic front els càrtels.
- 3) Prohibint i sancionant els abusos de **posició dominant** ([art. 6 LDC](#) i [art. 82 TCE](#)), com a resposta típica a les ineficiències produïdes pels monopolis.

Potser al lector menys familiaritzat amb el Dret de la competència li resulti impactant la coexistència d'un ordenament nacional i un altre de comunitari, amb continguts aparentment idèntics. Però això és possible –i convenient–, perquè allò rellevant en el Dret de la competència és el lloc en què es produeixen els efectes de la conducta anti-competitiva, sobretot si parem atenció en la coneguda diferència d'objectius entre els Drets nacional i comunitari de la competència. El segon, a més de l'existència de nivells socialment desitjables de competència, ha de procurar la creació i desenvolupament d'un mercat comú europeu.

Aquesta connexió s'articula sobre el conegut principi de primacia de la norma comunitària, la possibilitat de doble aplicació i els mecanismes de remissió expressa d'assumpes a les autoritats nacionals: per tal de no comprometre l'efecte útil del Dret comunitari originari, les autoritats nacionals de competència no poden adoptar mesures contràries al Dret comunitari de la competència. Quan ambdues autoritats, comunitària i nacional, decideixin imposar sancions, l'art. 44 LDC permet la moderació o aixecament de la segona. En darrer terme, la Comissió pot remetre un assumpte per a

¹ Tal i com acostuma a succeir, en Economia, aquests models més senzills resultarien massa «rudimentaris». Per tal d'assolir una representació més ajustada dels mercats han d'estilitzar-se més, per a tenir en compte tota la gamma de possibilitats intermitges a les que acostuma a enfrontar-nos la realitat. Per aquest motiu estem preparant un treball dedicat en exclusiva a l'anàlisi de la regulació dels oligopolis a través de l'anomenada «postura dominant col·lectiva» – la part més interessant i necessitada de desenvolupament del Dret de la competència–.

la resolució del qual sigui competent, a la o les autoritats nacionals afectades –per exemple *ex art. 9 del Reglament 4064/1989*, de control de concentracions².

En resum, les pràctiques prohibides que afecten al comerç entre els Estats membres o que restringeixin la competència a nivell comunitari seran competència de la Comissió, mentre que només aquelles conductes anti-competitives amb efectes localitzats a un únic Estat membre correspondran a la seva autoritat nacional de competència. La regla és senzilla, però tal i com acostuma a succeir, els problemes sorgeixen en la línia divisòria que traça respecte a l'«efecte» o «dimensió» comunitària de l'acord. Aquest és el motiu pel que tornarem al voltant de la qüestió de la competència del jutge i les autoritats nacional i comunitària més endavant.

Per ara, començarem per classificar els remeis en dos grups: les normes enunciades en primer lloc són normes estructurals, que prevenen la formació de mercats potencialment «perillosos» –*ex ante*–, mentre que les dues darreres són normes que persegueixen el control de conductes a través del càstig –*ex post*–. Així doncs és aplicable a aquestes darreres el paradigma de sanció–dissuasió, habitual a l'anàlisi de qualsevol institució sancionadora. Partint de les proposicions bàsiques a l'ús, suposem que els destinataris de la norma són agents racionals, que decideixen subjectes a restriccions –mancances, informació, pressupost, conflictes de valors o interessos–, i als quals el sistema jurídic afecta en la presa d'aquelles decisions. Llavors podem predir que falsejaran la competència quan els beneficis privats esperats superin el cost probable de fer-ho. Per aquest motiu, el paper del Dret de la competència és, fonamentalment, elevar aquest cost privat d'infringir les normes de competència, és a dir, «encarir» aquesta opció a base de sancions, front a la de respectar les «regles del joc», generant així desincentius, però, fins on?

La simple lectura del sentit literal dels articles referits permet de comprovar que totes les mesures integrants d'aquest menú de remeis comparteixen el problema del caràcter omnicomprensiu de les prohibicions que defineixen com a supòsit de fet, molt especialment a l'àmbit de la prohibició que tan l'art. 81 TCE com l'art. 1 LDC estableixen sobre les pràctiques restrictives de la competència.

Efectivament, ambdós articles són molt poc selectius a l'hora d'anunciar les conductes considerades anti-competitives que defineixen el seu supòsit de fet: prohibeixen tot acord, decisió o recomanació col·lectiva, pràctica concertada o conscientment paral·lela –aquestes darreres només a la norma espanyola–, la finalitat, efecte real o potencial de les quals sigui el d'impedir, restringir o falsejar la competència. Interpretat estrictament, podria subsumir-se en l'àmbit de la prohibició quasi qualsevol contacte

² *Ad. ex.* en virtut de l'article 3 del Reial Decret 295/98, relatiu a l'aplicació a Espanya de les regles europees de competència, la Direcció General de Política Econòmica i Defensa de la Competència del Ministeri d'Economia i Hisenda va sol·licitar per al Regne d'Espanya la jurisdicció sobre el cas Carrefour/Promodés, en considerar que concorrien els requisits per a l'aplicació de l'article 9 del citat Reglament (CEE) del Consell. La Comissió Europea va resoldre mitjançant Decisió de 25 de gener de 2000, la remissió del cas a les autoritats competents del Regne d'Espanya en aplicació de l'esmentat article 9 del Reglament (CEE) del Consell. *Cfr.* Acord de 26/05/2000 del Consell de Ministres, pel que es decideix subordinar, conforme a allò disposat a la lletra b) de l'apartat 1 de l'article 17 de la Llei 16/1989 de Defensa de la Competència, l'aprovació de l'operació a la llum de determinades condicions, en www.mineco.es.

entre empreses. Però tan sols interessa prohibir els que donen lloc a amenaces d'entitat; típicament els càrtels³. Una prohibició excessiva, no subjecta a limitacions, derivaria en problemes d'inseguretat jurídica i sobrecàrrega dels òrgans encarregats d'aplicar el Dret de la competència.

És necessari, doncs, retallar l'àmbit d'aplicació de la norma per tal de reconduir el seu efecte cap a la finalitat desitjada: perseguir les pràctiques que suposin un menyscapse actual o una amenaça potencial per al funcionament de la competència, per tal de dissuadir d'aquesta manera les potencials, però tan sols si en cas d'ésser significatives.

• ***La necessitat de limitar l'àmbit de la prohibició a les conductes amb efectes significatius –de minimis non curat praetor i la rule of reason–.***

Els retalls al caràcter omnicomprensiu del sentit literal de la prohibició arriben a través de les pròpies normes prohibitives, i de vegades des de fora d'elles. En essència, el principi *de minimis non curat praetor*, les autoritzacions singulars i les exempcions en bloc de determinades categories d'acords restrictius són els límits fonamentals a l'abast de la prohibició.

- a) El desenvolupament jurisprudencial de l'anomenat «principi *de minimis*», directament emparentat amb la *rule of reason* nord-americana⁴ és un criteri d'economia i oportunitat a l'aplicació del Dret de defensa de la competència –no només de les pràctiques prohibides–. D'acord amb ell, no hauria de reaccionar l'ordenament davant de conductes l'efecte anti-competitiu de les quals no ultrapassi un llindar mínim de significació o sensibilitat.

Per tal de concretar aquests llindars de «significació» o «sensibilitat», sembla raonable entendre que només és adient sancionar quan l'efecte pro-competitiu, net de costos, sigui positiu. Res de nou, realment: tal i com succeeix amb qualsevol altra política pública, no interessa des d'un punt de vista de benestar social matar mosques a canonades. Per això en aquesta també cal fixar un llindar mínim de sensibilitat, per sota del qual simplement no interessa posar-la en funcionament, perquè suposaria un malbaratament de benestar social; en d'altres paraules, perquè s'evita menys dany del que es gasta en evitar-lo.

Aquesta regla té un grau molt desigual d'assumpció a nivells nacional i comunitari: En aquest darrer, el problema fonamental al que posa remei és el de la sobrecàrrega de treball de la Direcció General IV de la Comissió, sobre tot perquè la vella norma

³ Vid. ALFARO y PAZ ARES: *Manual de Derecho Mercantil*, en premsa, per a una il·lustrativa visió dels càrtels com a contractes de societat amb la finalitat comuna de substituir el funcionament competitiu del mercat per les estratègies pactades pels seus signants. En realitat no deixen de ser una associació voluntària dirigida a la consecució d'una finalitat comuna mitjançant la contribució de tots els seus membres, amb tots els elements que esmenten aquests autors: origen negocial, fi comú i contribució de tots els seus integrants.

⁴ Encara que una conducta produeixi un efecte restrictiu de la competència, si aquest va acompanyat per un altre pro-competitiu de major magnitud, la possibilitat que per fi prevalgui aquest darrer efecte net pro-competitiu permet de considerar la conducta compatible amb la regulació *antitrust*.

de procediment –Reglament 62/70–, actualment en fase de revisió⁵, li assigna el monopoli en la resolució d'expedients d'autorització individual. La doctrina dels «acords *de minimis* o de menor importància» en la jurisprudència del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees⁶, com a intèrpret suprem del Dret originari dels Tractats consisteix en excloure del rang de la prohibició de l'art. 81.1 TCE els acords i pràctiques anti-competitives, l'objecte o efecte, real o potencial de les quals, no sigui el de restringir de forma significativa o sensible⁷ la competència o els intercanvis en el mercat comú europeu.

Aquesta doctrina jurisprudencial ha estat assumida per la pràctica decisòria de la Comissió, en aplicació de l'art. 81.1 TCE, en Comunicacions com les de 27 de maig de 1970, de 19 de desembre de 1977, de 3 de setembre de 1986 i de 9 de desembre de 1997, en què es concreta el llinar de l'efecte «sensible» en llinars quantitius. La més recent formulació, que pot trobar-se en el [Projecte de Comunicació](#), actualment en període d'informació, fixa llinars quantitius definits mitjançant quotes de mercat⁸. Fins i tot s'ha portat més enllà de l'àmbit de l'art. 81, exigint també que el falsejament de la competència o efecte sobre l'intercanvi comunitari sigui «sensible» o «apreciable» en els ajuts públics prohibits per l'art. 87.1 TCE⁹.

- b)** La possibilitat de declarar exempt, a títol individual, un acord o pràctica en principi subsumible en el supòsit de la prohibició, *ex art.* 81.3 TCE.
- c)** La presència en els llinars de «dimensió comunitària» de l'art. 1 del Reglament (CEE) núm. 4064/89 del Consell, de 21 de desembre de 1989, sobre el control de les operacions de concentració, per sota dels que no és necessària autorització perquè cauen fora del seu àmbit d'aplicació, que s'esdevé d'aquesta forma selectiu en favor de les operacions l'efecte de les quals realment ho requereixi.
- d)** Exempcions en bloc o per categories, de determinats grups i tipus d'acords, de l'àmbit de la prohibició de l'art. 81.1. En lloc d'autoritzar, un per un, acords anti-competitius, la Comissió defineix una tipologia d'acords –d'I+D, de llicència de know how, de distribució selectiva, etcètera– mitjançant Reglaments comunitaris d'exempció en bloc o per categories, dictats amb una durada limitada –cinc anys–.

⁵ *Cfr.* la proposta de la Comissió, de 27 de setembre de 2000, de nou Reglament d'aplicació dels articles 81 i 82 TCE (COM 2000, 582), que parteix del Llibre Blanc de la Comissió, de 28 d'abril de 1999 (COM, 1999, 101, DO/C/132, 12-5-1999).

⁶ Els tombants jurisprudencials més freqüentment citats són les Sentències TJCE VÖELK v VERVAECKE y BÉGUELIN.

⁷ Realment, aquesta doctrina afegeix els adjectius «sensible» i «significatiu», absents en el sentit literal de l'art. 81 TCE.

⁸ Els llinars segueixen essent del 10% i 15%, però la novetat és a la diferència entre empreses competidores i no competidors. La concreció d'aquests llinars, i sobretot l'enumeració de «restriccions especialment greus», amb una detallada sèrie d'excepcions i noves excepcions a aquestes resulta en excés confusa i casuística. En paper: DOCE/C/149/05, de 19 de maig de 2001, pàgs. 18 a 20.

⁹ DOCE, C, 68, 1996.

- e) En darrer terme, existeixen tant a nivell nacional com comunitari, restriccions en forma de clàusules contractuals que queden directament fora de l'àmbit d'aplicació del Dret de la competència. Acostuma a justificar-se la seva licitud recurrent a l'efecte net pro-competitiu que provoca la seva inclusió com a part immanent del clausulat de determinats contractes, i sense les quals mancarien directament de sentit per als qui els celebren. Els dos exemples clàssics són els pactes de no competència en la compra venda d'empreses i en contractes de treball. Les primeres tenen per objecte tutelar la transmissió del fons de comerç, com a part essencial de l'actiu de l'empresa objecte de cessió. Les segones protegeixen l'empresari front al risc de revelar secrets per part del treballador que se'n va, a la vegada que incentiven la inversió en formació, mitjançant l'apropiabilitat dels seus beneficis durant el temps necessari per tal d'amortitzar-la. En ambdós casos, el Dret de la competència no els prohibeix, sinó que es limita a tutelar que l'entitat i durada de la restricció són les que realment requereix cada cas.

Al nostre ordenament. Tots aquests límits tenen una rèplica, més o menys ajustada, en el Dret espanyol de la competència, que –en això també– segueix l'ordenament comunitari:

- a) El principi *de minimis* està molt menys desenvolupat a la majoria dels nivells més amunt esmentats, amb importants inconvenients que hi estan associats. Sobretot, la recepció de la doctrina comunitària dels acords de menor importància ha estat molt exigua al nostre país¹⁰. Els precedents es troben a dues Sentències de la Sala del Contenciós de l'Audiència Nacional, resolent sengles recursos front a Resolucions del Tribunal de Defensa de la Competència.

La S.A.N. de 24 de juny de 1998 resolgué un recurs contra la RTDC de 26 de desembre de 1995. Segons aquesta darrera, set tallers mecànics havien violat la prohibició de l'art. 1.1 LDC en haver celebrat un acord amb la finalitat d'imposar uns preus a la Mutua Madrileña Automovilista. L'Audiència Nacional estima que l'esmentat acord no afecta al funcionament de la competència, perquè l'encariment del cost de les reparacions que la Mútua hauria suportat com a increment dels seus pagaments per sinistralitat podia haver-se absorbit reduint beneficis, o bé, en cas d'haver produït un increment de les primes, els mutualistes disposaven d'alternatives per a contractar les seves assegurances amb altres companyies del ram. Aquest discutible raonament porta a l'AN a la conclusió que la negociació col·lectiva del preu de les reparacions no altera el funcionament de la competència. Al marge de la seva importància com a precedent en la recepció de la regla *de minimis*, la resolució resulta xocant. En primer lloc, perquè equivoca el mercat rellevant, que és el dels tallers de reparació; i no el d'assegurances; i a més, perquè sembla ignorar que l'efecte potencialment restrictiu de la competència també és prohibit per l'art. 1.1 LDC. Una altra cosa seria aplicar la *rule of reason* per tal d'estimar que la negociació col·lectiva de set petits tallers reconduïx el desequilibri front a la segona asseguradora del país, però amb una postura dominant com a demandant de reparacions a Madrid.

LA S.A.N. de 2 de novembre de 1998 resol el recurs interposat contra la RTDC de 6 de setembre de 1995, sobre una prohibició de la Asociación Asturiana de Máquinas Recreativas tot impeding als seus associats la instal·lació de màquines on ja ho hagués fet un altre membre, cosa que constitueix un repartiment del mercat que enerva la competència efectiva.

¹⁰ Per al que segueix, *vid.* GUTIÉRREZ HERNÁNDEZ, Alfonso: "El nacimiento del principio *de minimis* en el Derecho español sobre la libre competencia", *La Ley*, 4911, 22 d'octubre, 1999.

Posteriorment, dues Resolucions del TDC incorporen, en certa mesura, la regla *de minimis* al nostre ordenament:

La RTDC de 18 de febrer de 1999 declarà que un acord de la Asociación de Kiosqueros Segovianos, sobre tancament durant dos dies com a mesura de pressió contra la Distribuidora Segoviana de Publicacions –únic majorista– no és contrari a l'art. 1.1 LDC, perquè ni va produir ni podia haver produït efectes restrictius. Es basa en la curta durada –dos dies– i el desequilibri preexistent en la negociació –un únic distribuïdor front a molts venedors, amb elevats costos de transacció entre si–. Novament, rera la sentència planeja l'ombra de la *rule of reason*, clarament plasmada a afirmacions, com la que l'acord sembla més una «reivindicació sindical», l'efecte de la qual fins i tot podria ésser pro-competitiu, com a defensa o contra mesura davant d'una posició dominant. Com a conseqüència d'això, l'acord quedaria fora de l'àmbit de la prohibició en no suposar una restricció sensible de la competència.

L'altra, RTDC de 26 de maig de 1999, s'ocupa d'un contracte de llicència exclusiva de *know-how* i marca durant 30 anys, sobre un producte blanquejador emprat com a additiu en detergents. Els problemes provenen fonamentalment de la durada del contracte, superior a la contemplada al Reglament d'exempció en bloc per a aquest tipus de contractes, cosa que obliga a analitzar el seu possible efecte anti-competitiu. A l'esmentat anàlisi, el TDC comença citant expressament la doctrina iniciada pel Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees a l'assumpte *Völk v. Vervaec*, i posa després de relleu la imperfecta recepció del principi *de minimis* al nostre ordenament, per les raons que es veuran tot seguit. Conclou per fi que l'acord no és apte per a afectar significativament el funcionament de la competència, atès l'escàs poder de mercat de les parts –quotes inferiors a l'1%– i els productes afectats.

Tot i l'avenç, l'actual grau de recepció de la regla *de minimis* en el Dret espanyol de la competència segueix resultant insuficient per les següents dues raons. En primer lloc, l'art. 1. 2 LDC declara “nuls de ple dret” els acords i pràctiques prohibides a l'apartat 1. Aquesta nul·litat afecta, per tant, als acords de menor importància, que encara restant per sota del llindar de la «sensibilitat» o «significació», segueixen essent dins l'àmbit de la prohibició. Per tant, es crea un problema d'inseguretats jurídica, davant la possibilitat d'esgrimir aquesta nul·litat com a excusa per a incomplir un contracte prohibit, encara que el seu efecte restrictiu de la competència no sigui sensible¹¹.

- b)** Per descomptat, als qui pretenguin posar en pràctica acords o d'altres pràctiques anti-competitives, però sense efectes significatius, sempre resta la possibilitat de sol·licitar una autorització singular, a l'empara de l'art. 4 LDC. Però aquesta solució no evita incórrer en els costos –directes i indirectes, tals com esperar a la resolució–derivats de la seva tramitació, ni per tant descarregar de treball les autoritats de competència. Els anomenats «càrtels de bagatel·la» no queden autoritzats *per se*, sinó que són només autoritzables, mitjançant resolució expressa.

¹¹ La referida inseguretats jurídica no s'evita amb la tímida incorporació del principi *de minimis* duta a terme a la reforma de l'art. 1.3 de la LDC per l'art. 15.2 del Reial Decret–Llei 7/1996, de 7 de juny, donat tan allà com a l'art. 3.2 d) de la LDC va construir-se com una possibilitat de no perseguir –per part del SDC– i de no sancionar –per part del TDC–; cap de les que impedeix el vici de nul·litat de l'art. 1.2 LDC, excepte que s'obtingui una autorització singular. Per tal d'extirpar-la és necessari que els acords de mínimis queden exempts *per se*, com passa en l'ordenament comunitari, sense necessitat d'una expressa autorització singular o en bloc.

- c) Arribem d'aquesta forma a l'objecte central d'aquestes línies, que és el d'analitzar el règim de la tercera i més eficaç limitació a l'àmbit de la prohibició de l'art. 1 LDC: els reglaments d'exempció en bloc o per categories en el Dret espanyol.

• ***El problema: un mal ús de la tècnica de la remissió***

L'art. 5 LDC atorga al Govern la possibilitat d'autoritzar en bloc, mitjançant reglament, aquelles categories d'acords, decisions, recomanacions o pràctiques, que tot i estant prohibides per l'article 1 LDC, compleixin els requisits de l'art. 3.1 per a la concessió d'una autorització singular:

- Només hi participin dues empreses vinculades per a la distribució
- Només hi participin dues empreses vinculades per a la transmissió de propietat industrial –en sentit ampli
- Tinguin per únic objecte la uniformació
- Siguin exclusivament acords d'especialització o desenvolupament i producció en comú
- Busquin augmentar l'eficiència

Així mateix poden autoritzar-se mitjançant reglaments d'exempció per categories els acords, decisions, recomanacions o pràctiques prohibides per l'article 1, que compleixin els requisits de l'art. 3.2:

- Càrtels d'exportació
- Càrtels de desenvolupament regional
- Càrtels de bagatel·la o menor importància

En ús d'aquesta opció, el Govern aprovà el RD 157/1992, de 21 de febrer, pel que es desenvolupava la LDC en matèria d'exempcions per categories. En lloc de regular directament la qüestió, l'opció de tècnica normativa presa llavors va ser configurar l'esmentat Reial Decret com a norma de remissió¹², que incorporava com a objecte seu els reglaments comunitaris d'exempció en bloc, aleshores en vigor. D'aquesta manera, es donava entrada en l'ordenament espanyol al conjunt de Reglaments d'exempció comunitaris, replicant el model comunitari de prohibició genèrica d'acords anti-competitius –art. 81.1 TCE–, en l'art. 1 LDC, i posterior exempció en bloc de determinats tipus dels mateixos, mitjançant reglaments. Concretament, el RD 157/1992 mencionava expressament els següents:

- R CEE 1983/1983, de distribució exclusiva
- R CEE 1984/1983, de compra exclusiva
- R CEE 2349/1984, de llicència de patents i mixtes
- R CEE 123/85, de distribució d'automòbils

¹² Encaixa perfectament en el concepte de remissió emprat per SALVADOR CODERCH, Pablo: "La Disp. Final 3ª de la Compilación catalana y la técnica legislativa de las remisiones estáticas", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo XXXVII, Fascículo IV, 1984, pág. 979: "un texto legal (la llamada norma de remisión) se refiere a otra(s) disposición(es) (el denominado objeto de la remisión) de forma tal que esta(s) última(s) deben considerarse parte integrante de la normativa que incluye la norma de remisión".

- R CEE 4087/88, de franquícia
- R CEE 556/89, de llicència de know-how i mixtes
- R CEE 417/85, d'especialització
- R CEE 417/85, d'investigació i desenvolupament

Posteriorment, atesa l'expiració dels terminis previstos pels propis Reglaments –cinc anys– i la necessitat d'adequació a la realitat, van entrar en vigor nous Reglaments comunitaris que, com el Reglament CE 2790/99 sobre restriccions verticals, l'art. 12 del qual priva d'eficàcia alguns dels anteriorment mencionats Reglaments –concretament, 1983/83, 1984/83 y 4087/88–, ens deixen amb una norma espanyola de remissió a una altra de comunitària, i una segona norma comunitària que reemplaça l'objecte original d'aquella remissió.

Sorgeix així el problema, originat per la indeterminació pel que fa al caràcter de la remissió efectuada pel Dret espanyol, respecte dels contractes anteriors a juny de 2001, i després del 31 de desembre de 2001, en tot cas –l'art. 13 del Reglament 2790/99 va postergar una mica l'efecte derogatori per als acords signats abans de juny de 2000, permetent que aquests encara puguin beneficiar-se de les exempcions dels «antics» Reglaments, encara que no compleixin els requisits del nou, durant tot l'any 2001.

Ens remet l'ordenament espanyol a normes comunitàries derogades¹³, a les noves que les succeeixin; o pel contrari queda buit l'objecte de remissió?

El darrer origen d'aquest dèficit de certesa del Dret està en un error de tècnica normativa del Govern, consistent en no indicar expressament el caràcter de la remissió en el RD 157/92; agreujat després, com veurem, per un altre a la pràctica decisòria dels òrgans encarregats d'aplicar la norma de remissió, en haver entès que aquesta era estàtica¹⁴.

• ***Crítica de la interpretació del TDC***

El Tribunal de Defensa de la Competència ha tingut ocasió de pronunciar-se al voltant del problema en l'expedient d'autorització singular 177/96, assumpte «La Casera», la qual cosa va fer mitjançant Resolució de 23 de maig de 1996.

A l'esmentat expedient, La Casera Central de Serveis, S.A., sol·licitava que es declarés que els contractes tipus presentats davant el Servei de Defensa de la Competència podien acollir-se respectivament a les exempcions per categories previstes als Reglaments CEE 240/96 i 1983/83, o, subsidiàriament, es concedís autorització singular

¹³ Hi ha hagut exemples, com ara l'article 1.319 de la Llei d'Enjudiciament Civil de 1881 al Codi de Comerç de 1829 pel que fa a l'ordre de procedir en les fallides; o la *Disposició Addicional de la Llei 2/1983, de 9 de marc, d'alta muntanya*, segons mostra SALVADOR CODERCH, Pablo, en GRETEL (Grupo de Estudios de Técnica Legislativa): *La Forma de las Leyes*, Bosch, Barcelona, 1986, pàg. 233; e ÍDEM: “La Disposición Final 3ª...”, *cit.*, npp 22. L'autor posa de relleu els problemes de certesa del Dret que plantegen aquest tipus de remissions.

¹⁴ SALVADOR: “La Disp. Final 3ª...”, *cit.*, pàgs. 984 i ss. atribueix a OSSENBÜHL el criteri que separa entre remissions estàtiques (fetes al text legal en el moment en què es realitzen, excepte ulteriors modificacions o la seva derogació); i dinàmiques (fetes a la redacció vigent en cada moment).

per als mateixos. Novament, l'origen del problema estava en els dubtes al voltant del caràcter de la remissió efectuada pel RD 157/92, un cop el Reglament CEE 240/96 va venir a substituir els Reglaments CEE 2349/84 i CEE 556/89, citats expressament als arts. 1.1.c) i 1.1.f) de la norma de remissió de 1992. Atès que el Reglament d'exempció per categories aplicable al contracte de franquícia industrial presentat havia estat dictat en substitució de dos dels expressament citats al Reial Decret de 1992, el Tribunal va veure's obligat a pronunciar-se sobre quins dels reglaments d'exempció per categories comunitàries, els ja derogats o els dictats com a substituïts dels primers, complien els requisits per tal de declarar exempt un acord, és a dir, al voltant del caràcter estàtic o dinàmic de la remissió.

El TDC va considerar llavors que no era possible la remissió dinàmica, amb la qual cosa no serien d'aplicació als contractes que no tinguin dimensió comunitària els Reglaments comunitàries que no hagin estat incorporats expressament a l'ordenament espanyol en virtut del RD 157/92.

“No es possible, per tant, interpretar el precepte del Reial Decret en el sentit que els contractes que no tinguin dimensió comunitària però compleixin els requisits establerts per Reglaments comunitàries que hagin substituït als enumerats al seu article 1 estan emparats per les exempcions per categories nacionals. Tot i els greus inconvenients que la decisió porta amb ella mateixa per a l'efecte útil del Dret comunitari derivat, per a la seguretat jurídica i per al tràfic mercantil, no hi ha cap més remei que reconèixer que tan sols són emparats els contractes que compleixen els requisits dels reglaments explícitament recollits en el Real Decret”.

Però tot seguit estima que tampoc no seran d'aplicació els Reglaments d'exempció mencionats al RD 157/92 que ja hagin estat derogats o que hagin perdut la seva vigència en Dret comunitari.

“L'antic Reglament comunitari que seria d'aplicació al contracte de franquícia industrial notificat seria el 556/89, per la qual cosa seria possible argumentar, no sense raó, que l'exempció podria aplicar-se al contracte si compleix les condicions del Reglament comunitari ja derogat i no si compleix les condicions del nou Reglament que difereixin d'aquelles. Com que aquesta solució constitueix un sense sentit i perjudica la fita de l'efecte útil perseguit pel Dret comunitari derivat, no resulta acceptable i, per això, el Tribunal considera improcedent analitzar si el contracte compleix o no els requisits establerts en el Reglament CE 556/89, ja derogat”¹⁵.

Ambdós pressupòsits porten inevitablement a la conclusió que la substitució del Reglament comunitari rebut en virtut del RD 157/92 per un altre de nou, a nivell comunitari, va suposar la desaparició de l'ordenament espanyol del Reglament d'exempció per categories per als acords de franquícia. La mateixa sort correrien, segons aquesta interpretació, els altres Reglaments mencionats expressament al RD 157/92 i recentment derogats pel Reglament 2790/99, és a dir, els Reglaments 1983/83 –distribució exclusiva–, 1984/83 –compra exclusiva– i 4087/88 –franquícia. L'únic remei alternatiu llavors és la possibilitat de sol·licitar una autorització singular, que seguiria expedida, conforme a allò establert a l'article 4 de la Llei 16/1989.

“En tant que no es produeixi la modificació normativa necessària, el Tribunal ha de procedir a autoritzar els contractes afectats per aquesta circumstància i a anunciar que, per a aquesta autorització, normalment aplicarà els criteris continguts als Reglaments

¹⁵ Apartat 4 dels Fonaments de Dret.

comunitaris vigents i no imposarà multes als operadors que subscriuguin acords sense dimensió comunitària que compleixin la resta dels requisits continguts als Reglaments que substitueixin als enumerats a l'article 1 del Real Decret 157/1992”.

Però aquesta via, més limitada i selectiva, de l'autorització individual, no pot ésser entesa com a un substitutiu proper del nou Reglament d'exempció per categories comunitari aprovat com a substitució d'un altre. Tot i que no deixi de produir efectes, aquests tenen molt menys abast: les autoritats de competència espanyoles aplicaran els criteris continguts al nou Reglament a l'hora de concedir autoritzacions singulars; i tampoc no s'imposaran multes a les empreses que subscriuguin acords restrictius de la competència a Espanya, sempre i quan els referits acords compleixin amb els criteris establerts al nou Reglament. Aquesta solució genera problemes de notable consideració:

1. Inseguretat jurídica

L'apartat 2 de l'article 1 LDC planteja el problema de la nul·litat de ple dret dels acords, decisions i recomanacions afectats per la prohibició que estableix l'apartat 1 del mateix article. És suficient per a això que siguin subsumibles en el supòsit de fet de la prohibició, independentment que les autoritats de competència decideixin no perseguir-los; mentre no estiguin emparats per les exempcions previstes a la llei – autorització individual o exempció per categories–, seran nuls.

¿Què succeeix amb aquells acords sense «dimensió comunitària», els reglaments comunitaris d'exempció dels quals hagin expirat o hagin estat derogats i substituïts per d'altres –per exemple, de franquícia industrial o distribució selectiva– que respecten els límits establerts a l'antic reglament i que hagin estat celebrats amb anterioritat a la seva derogació? ¿I els acords celebrats després de la derogació d'un reglament, en tant no s'hagi modificat la norma de remissió –estàtica?

Segons la doctrina del TDC deixarien d'estar emparats per l'exempció en bloc, de tal forma que, tot i que el Servei deixés de perseguir, o el propi Tribunal de sancionar, automàticament haurien de ser considerats nuls de ple dret. Això posa en mans dels contractants una arma estratègica altament lesiva per a la seva exigibilitat. Qualsevol de les parts en el contracte podria desvincular-se'n sense necessitat d'al·legar justa causa o de fer front a cap mena de remei per incompliment –ni compliment específic, ni compra de reemplaçament, ni equivalent monetari ni indemnització–. Però el més sorprenent és que d'acord amb aquesta solució, tot això s'esdevindria independentment que aquell contracte fos o no un dels que eximeix el nou reglament comunitari dictat en substitució de l'anterior.

2. Efecte útil i interpretació teleològica

Tant la nul·litat conforme al nostre ordenament dels contractes declarats exempts pel nou reglament, com la validesa dels que no s'hi adapten però sí als antics suposen privar d'eficàcia a una norma de Dret comunitari derivat. I ho fa contra el mandat i, sobretot, la finalitat perseguida pel RD 157/1992, que no era sinó estendre l'eficàcia dels reglaments europeus fins els acords sense dimensió comunitària, mitjançant la tècnica de la remissió o incorporació del Dret comunitari –el vigent– al nacional.

Aquesta interpretació obstrueix la incorporació al Dret nacional de tota una profunda transformació de l'ordenament comunitari en la matèria, amb l'aprovació de diversos Reglaments d'exempció, d'entre els quals han de citar-se el Reglament (CE) 1475/1995 de la Comissió, de 28 de juny, el Reglament (CE) 240/1996 de la Comissió, de 22 de desembre, el Reglament (CE) 2790/1999 de la Comissió de 22 de desembre, el Reglament (CE) 2658/2000 de la Comissió de 29 de novembre i el Reglament (CE) 2659/2000 de la Comissió de 29 de Novembre.

La manca d'adequació resultant entre un règim nacional i un altre de comunitari en seu de reglaments d'exempció és un mal per ell mateix per a la creació d'un mercat homogeni, però a més tampoc no es comprèn bé com es conjuga aquesta doctrina del TDC amb el criteri d'interpretació teleològica consagrat a l'article 3.1 del Codi Civil¹⁶.

La pròpia exposició de motius del RD 157/92 reconeix que “el temps transcorregut des de l'entrada en vigor de la llei aconsella introduir al nostre ordenament l'exempció d'aquells acords que, mitjançant la mateixa tècnica, han estat ja objecte d'exempció pel Dret comunitari quan cauen sota el seu àmbit d'aplicació. Això permet que, sense perjudici d'ulteriors desenvolupaments reglamentaris, l'ordenament intern resti homologat, en el seu respectiu àmbit d'aplicació, amb l'ordenament comunitari i clarifiqui les expectatives que la citada previsió de l'article 5 de la Llei lògicament ha creat en els operadors mercantils”.

3. Economia procedimental

L'únic remei disponible per als agents econòmics amb més aversió a la inseguretat jurídica –preocupats, no tan sols per un canvi de criteri del TDC, sinó també per la nul·litat dels seus vincles contractuals– seria sol·licitar una autorització singular per al nou acord que, en el seu cas, volguessin celebrar, independentment que es respectin els límits del nou reglament d'exempcions. Tenint en compte que la capacitat de les autoritats espanyoles de competència és limitada¹⁷, una aplicació estricta de la doctrina del TDC conduiria indubtablement a la sobrecàrrega, i potser àdhuc al col·lapse, davant d'un possible allau d'expedients¹⁸. Això, de pas, contradiu els principis d'economia procedimental i d'eficàcia en l'actuació de l'administració, reconeguts al nostre ordenament.

• Elements bàsics de la doctrina sobre remissions estàtiques i dinàmiques

El Prof. Salvador Coderch¹⁹, autor de la contribució més rellevant en el nostre país sobre la qüestió de les remissions durant els anys vuitanta, ens mostra que precisament

¹⁶ “Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

¹⁷ Segons la seva darrera memòria anual publicada, el Servei de Defensa de la Competència estava integrat per 62 treballadors en 1999 –8 menys que en 1996–, que han tramitat 29 expedients d'autorització singular, 5 dels quals va ser de distribució selectiva.

¹⁸ Especialment, en un cas com el que ens ocupa, en el que desapareixen els reglaments d'exempció potser més importants –compra i distribució exclusiva– a més del de franquícies.

¹⁹ Vid. per totes el capítol VIII d'aquest autor, a GRETEL, *cit.*, pàgs. 221–241; ÍDEM: “La Disp. Final 3ª ..., *cit.*, pàgs. 976 i ss; ÍDEM, a *La función legislativa de los parlamentos y la técnica de legislar*,

una de les funcions més importants de la tècnica de la remissió consisteix en "l'adequació automàtica als canvis futurs de la regulació objecte de remissió". La qual cosa permet "preservar la vocació de perdurar de la Llei, no dictant-la per a regular qüestions de detall o passatgeres", com ara ho són els Reglaments d'exempció en bloc comunitaris, que necessàriament neixen amb un termini de vigència delimitat, després del qual són reemplaçats? per d'altres o expiren directament. En poc temps, el problema de la durada delimitada? de la norma objecte de remissió era previsible per l'autor de la norma de remissió, en el moment de la seva promulgació, tot i que no va arbitrar-se cap solució expressa.

Tot seguint l'autor, no s'arriba a comprendre el motiu pel qual el Govern hagués pretès fer al RD 157/92 una remissió estàtica, tal i com posteriorment ha interpretat el nostre TDC. Per començar, les remissions estàtiques requereixen un esment exprés en aquest sentit²⁰, i la duta a terme pel RD 157/92 no la feia. Però és que en darrera instància no hi ha cap mena de raó per tal que així sigui²¹.

Tenint en compte que el Govern, com a autor de la norma de remissió, posseeix plena competència per a dictar la normativa objecte de remissió –un reglament d'exempció en bloc–, en virtut de l'art. 5 LDC, llavors ¿què preocupava tant al TDC a l'hora de considerar estàtica la remissió del RD 157/92, "tot i els greus inconvenients que la decisió comporta per a l'efecte útil del Dret comunitari derivat, per a la seguretat jurídica i per al tràfic mercantil"?

De cap manera es pot pensar que aquesta discutible interpretació respongui a la cura per preservar la competència normativa en la matèria, atès que una remissió dinàmica no suposa alienació, sinó merament un «préstec temporal del seu exercici»²², revocable pel prestamista –el Govern– en qualsevol moment, mitjançant la publicació d'un nou Real Decret d'exempcions en bloc, amb el contingut material que estimi oportú. En el cas aquí analitzat –remissió d'un reglament nacional a d'altres comunitaris–, no semblen objecte de rèplica les cauteles i particularitats que fan preferible la remissió estàtica en el supòsit analitzat pel Prof. SALVADOR –Llei autonòmica que es remet a una altra Llei estatal–. Tampoc els dubtes al voltant de la seva constitucionalitat suscidades als ordenaments alemany i austríac²³ no semblen reproduïbles en aquest cas;

Congrés dels Diputats, pàgs. 45–88, Madrid, 2000; i les que en aquestes es citen.

²⁰ SALVADOR, a GRETEL, *cit.*, pàg 235.

²¹ Sens dubte no resulta convincent l'expressat a l'apartat 3.2. dels Fonaments de Dret de la RTDC de 23 de maig de 1996: "*Como los reglamentos comunitarios han de tener, necesariamente, una validez temporal limitada, a la hora de establecer que los contratos lícitos en Europa con arreglo a la normativa comunitaria de competencia fueran declarados lícitos también en España con arreglo a la normativa nacional debía utilizarse la técnica de la remisión a la normativa comunitaria vigente en cada momento sobre cada materia concreta en lugar de proceder a una recepción de normas temporales. Esta era una circunstancia sobradamente conocida en el momento de la aprobación por el Gobierno del Real Decreto. Sin embargo, no se decidió proceder a una remisión a las exenciones por categorías comunitarias, sino a la recepción de los Reglamentos concretos vigentes en el momento de la aprobación del Real Decreto y tampoco se dictó ninguna previsión para el régimen aplicable a partir del momento en que los reglamentos comunitarios perdieran su vigencia por el mero paso del tiempo o por su modificación por las instituciones comunitarias*" (apartat 3.1. dels Fonaments de Dret).

²² SALVADOR, a GRETEL, *cit.*, pàg. 236.

²³ *Cfr.* SALVADOR: "La Disposición Final 3ª...", *cit.*, npp 24, per a una enumeració de les objeccions plantejades contra les remissions dinàmiques.

sobre tot, essent palesa la similitud, sinó pràctica identitat, d'entre els models espanyol i comunitari de Dret de la competència.

• ***A qui afecta realment el problema? Els òrgans encarregats d'aplicar les exempcions per categories a Espanya***

Tal i com se sap, el sentit literal de les normes constitueix tan sols una part del sistema jurídic. Fa temps que en l'anàlisi econòmica del Dret²⁴ es reclama atenció per al «vector» de probabilitats del qual depèn l'aplicació efectiva i exigibilitat de les normes. Conseqüentment, hem de prestar alguna atenció a la qüestió de qui és competent en cadascun dels assumptes. Concretament, en depenen els efectes de l'error, abans apuntat, de considerar la remissió com a estàtica.

Ja s'ha dit que les pràctiques prohibides que afectin al comerç entre els Estats membres o restringeixin la competència a nivell comunitari seran competència de la Comissió, mentre que tan sols aquelles conductes anti-competitives amb efectes localitzats a un únic Estat membre correspondran a la seva autoritat nacional de competència. La regla és senzilla, però tal i com acostuma a passar, els problemes sorgeixen en la línia divisòria que traça respecte a «l'efecte» o «dimensió» comunitària de l'acord.

Quan té un acord «dimensió» o «efecte» comunitari? Quin ordenament ha d'aplicar el jutge nacional? I aquesta darrera qüestió esdevé rellevant, sobretot en la mesura en què, tal i com és el cas, hi ha diferència de règim entre els ordenaments nacional i comunitari. La resposta és rellevant aquí, atès que només als que els manqui dimensió comunitària els afecta el problema de la remissió estàtica als reglaments derogats.

Acords amb «dimensió» o «efecte» comunitari. Podem començar a ordenar les coses aclarint que cap problema plantegen aquells acords i d'altres pràctiques restrictives de la competència els efectes dels quals transcendeixin enllà d'un únic Estat membre. Els que ho facin resten sotmesos exclusivament al Dret comunitari, de tal forma que els són plenament aplicables els nous Reglaments, com el 2790/99, actualment en vigor, en perjudici dels que deroguen.

No obstant, si es descendeix a la concreta delimitació de l'àmbit d'aplicació de l'ordenament comunitari, la qüestió és menys òbvia. La jurisprudència ha fixat el llinyar dels intercanvis intracomunitaris generosament, de manera que n'hi ha prou amb què la circulació de mercaderies, persones, capitals i serveis entre els Estats membres resulti amenaçada per un efecte potencial, sense la necessitat que la restricció sigui actual. N'hi ha prou, doncs, amb què un conjunt de circumstàncies objectives deixi entreveure, amb un grau de probabilitat suficient, que l'acord restrictiu pot influir directa o indirecta, real o potencialment, sobre els intercanvis econòmics entre els

²⁴ Per tots, *vid.* PASTOR PRIETO, Santos: *Sistema jurídico y Economía: una introducción al análisis económico del Derecho*, Tecnos, 1989, pàg. 28. També, el mateix autor: "La exigibilidad de las normas y la resolución de conflictos", *Juris. Cuadernos de Política Jurídica*, núm. 3, 1994, pàgs. 155 – 174: "el valor del Derecho es un «valor esperado». El valor esperado de un suceso equivale al valor de dicho suceso multiplicado por la probabilidad de que acaezca [...] lo importante no es tanto lo que las normas «dicen», sino lo que las normas «hacen», la función que realmente desempeñan; y por ello es crucial conocer si las normas se aplican, cómo y hasta qué punto".

Estats membres. Aquesta elevació del llindar «potencial» de menyscapte permet d'estendre l'àmbit d'aplicació de la prohibició de l'art. 81 TCE, àdhuc per a fer-lo arribar fins els acords restrictius subscrits entre operadors establerts en un únic Estat membre, tan sols per a la fabricació o distribució dels seus productes en el mercat nacional, quan repercuteixin sobre les vendes de productes estrangers al territori nacional²⁵ o influeixin sobre l'accés d'empreses estrangeres al mercat²⁶.

Sentència del Tribunal Suprem, Sala 1a, de 2 de juny de 2000.

Al 1990, D. José Carlos C.C. signa un contracte amb DISA per tal d'explotar l'estació de servei, que l'entitat està construint. Tot i que les parts donen el nom de «concessió mercantil» al contracte, el propi Tribunal Suprem el considera un comodat. Algunes de les clàusules integrants van més enllà del permès pel Reglament CEE 1984/1983, de 22 de juny (d'exempció en bloc de determinats acords de compra exclusiva), adoptat per la Comissió en virtut del Reglament CEE 19/65, del Consell, de 2 de març. Si bé el seu art. 10 declara exemptes determinades clàusules de compra exclusiva de carburants, a la vegada que l'art. 2 permet que la durada d'aquests contractes excedeixi del termini general quan el prové dor cedeixi l'usdefruit al revenedor; n'hi ha d'altres en el clausulat del contracte signat amb DISA, que van més enllà de l'àmbit de l'exempció del Reglament, o entren directament d'entre les no autoritzades de l'art. 12:

- La clàusula d'exclusivitat absoluta a favor del prové dor per al subministrament de «tots els productes de recolzament per a l'automoció»
- El fixament dels preus dels productes abans esmentats per part del prové dor
- En particular, l'exclusivitat respecte als lubricants, només autoritzada quan les instal·lacions posades a disposició del revenedor incloguessin les d'engreix –cosa que no succeeix en aquest cas– i respecte als productes usats per tal de prestar aquest servei. Excepte en aquest supòsit, el règim del Reglament protegeix la llibertat del revenedor per a adquirir lubricants, additius i líquids de frens
- El control de la publicitat per part del prové dor

El Tribunal Suprem ens fa recordar a la sentència una consolidada doctrina jurisprudencial que atribueix al jutge nacional la facultat de declarar la nul·litat d'un contracte ex art. 81.2 TCE. El límit entre la competència dels òrgans jurisdiccionals nacionals, la Comissió i el jutge comunitari es traça d'acord amb les següents premisses bàsiques:

COMISSIÓ	Concessió d'autoritzacions individuals ex art. 81.3 i promulgació de Reglaments d'exempció en bloc
JUTGE NACIONAL COMPARTEIX AMB LA COMISSIÓ	Aplicació dels arts. 81.1 i 82 TCE (efecte directe entre particulars) i correlativament, aplicació dels reglaments d'exempció, als efectes de l'art. 81.2
TPI i TJCE	Supervisió de l'activitat de la Comissió

²⁵ Vid. TJCE, assumptes 126/80 *Salonia/Poidamani* i 246/86, *Belasco/Comisión*.

²⁶ Vid. TJCE, assumpte 161/84 *Pronuptia/Schillgalis*.

Efectivament, la delimitació entre els contractes que correspon analitzar a la Comissió o al jutge nacional és raonablement establert a la jurisprudència²⁷ en els següents termes. La prohibició de l'art. 81.1 TCE s'estén a contractes celebrats entre dues empreses d'un Estat membre, fins i tot encara que tractin sobre la venda de productes en un únic Estat, sempre que hi hagi un mer risc de què obstaculitzin la consecució del mercat únic o els intercanvis comunitaris directa o indirectament, actual o potencialment. Per tant, ja que la Comissió comparteix amb el jutge nacional la competència per a aplicar aquest precepte –en la mesura en què produeix efecte directe en les relacions entre particulars– també són competents ambdós per a l'aplicació dels reglaments d'exempció que fiten l'àmbit de la prohibició. Això significa que el jutge nacional ha de, en primer lloc, determinar si l'acord és prohibit per l'art. 81.1, després, si resta exempt de la prohibició en virtut d'algun dels reglaments d'exempció en bloc, i en darrer terme, ha de comprovar que no existeix risc que la Comissió concedeixi una autorització individual, vistos els requisits de l'art. 81.3 TCE i la pràctica decisòria en la seva aplicació. Només en aquest cas podrà declarar el jutge nacional la nul·litat del contracte.

El límit a l'actuació del jutge nacional ve donat per les pròpies normes que apliqui: en cap cas pot estendre l'àmbit d'aplicació del reglament d'exempció –eximint de la prohibició acords que compleixin els requisits del reglament–, ni retallar-lo –sancionant pràctiques que el reglament declari exemptes.

Això vol dir que quan no hi hagi cap mena de dubte entorn el compliment dels requisits del reglament, o el contrari, ni sobre la possible autorització individual de l'acord, el jutge nacional pot procedir a la seva aplicació, fins arribar a la nul·litat de l'acord *ex art. 81.2TCE*. Això suposarà la declaració de nul·litat de l'acord contrari a la prohibició de l'art. 81.1 i no subsumible en l'exempció d'un reglament, d'acord amb l'art. 6.3 del Codi Civil.

Un altre interessant argument dins d'aquesta Sentència és el de privar de conseqüències al fet que sigui la part que es beneficia de las clàusules prohibides i responsable de la seva inclusió –va tenir la iniciativa o àdhuc predisposà les clàusules nul·les d'exclusiva, publicitat i imposició de preus–, la que hagi al·legat i sol·licitat la seva declaració de nul·litat. Al seu favor s'argumenta que en l'aplicació que el Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees ha vingut fent de l'art. 81 és irrellevant qui hagi inserit les clàusules prohibides al contracte, així com que la nul·litat de l'art. 6.3 del Codi Civil és apreciable d'ofici. No obstant, indica que al demandant que no hagués demanat inicialment una indemnització, podrà fer-ho en un ulterior litigi per *culpa in contrahendo* de qui va provocar la nul·litat del contracte.

En canvi, quan existeixi el risc que la Comissió pugui prendre una Decisió d'exempció individual *ex art. 81.3*, el jutge nacional podrà suspendre el procediment o fins i tot adoptar mesures cautelars; en qualsevol cas, sempre pot sol·licitar el parer de la Comissió –obligada a cooperar lleialment–; o suspendre el procediment per al plantejament d'una qüestió prejudicial.

²⁷ Per totes, Sentències del Tribunal de Justícia de les Comunitats Europees de 30 de gener de 1974, 3 de febrer de 1976, 13 de juliol de 1990, 28 de febrer de 1991, 15 de desembre de 1994, 18 de setembre de 1992, 24 d'octubre de 1995, 30 d'abril de 1998.

Però la competència de l'òrgan jurisdiccional que pertany a un Estat membre es limita a la possibilitat de declarar la nul·litat del contracte prohibit, en virtut de l'art. 81.2 TCE, i procedir pel que fa als efectes entre les parts, segons el 6.3 del Codi Civil –nul·litat per violació de normes prohibitives–²⁸. En canvi, no podrà sancionar l'autor de la conducta ni ordenar la seva cessació –ja que tan sols la Comissió pot fer-ho–.

Acords amb efecte únicament a Espanya. Els contractes entre empreses d'un mateix Estat, i els efectes dels quals no transcendeixin –actual o potencial, directa o indirectament– a un altre, és a dir, sense «àmbit comunitari», estaran sotmesos al Dret nacional de la competència vigent en aquest Estat. Segons aquest, un acord restrictiu de la competència només a Espanya és prohibit tan sols per l'art. 1.1 LDC, i conseqüentment, únicament es beneficia de les limitacions del seu àmbit d'aplicació vigents en l'ordenament nacional.

Doncs bé, és aquí on ens trobem amb el problema de la remissió, que s'ha interpretat com a estàtica, de l'ordenament nacional, a Reglaments comunitaris d'exempció en bloc, més tard derogats. Només quan els òrgans jurisdiccionals o les autoritats de competència espanyols apliquen el Dret espanyol de defensa de la competència. Tal i com s'ha vist, l'art. 1 del RD 157/92 ens remet, en matèria d'exempcions en bloc, als requisits compresos en alguns reglaments comunitaris que ja no estan en vigor. Si aquesta remissió fos dinàmica, simplement quedarien exempts en l'àmbit nacional els acords que complissin els requisits del nou Reglament comunitari, o el que eventualment vingui a reemplaçar-lo. Però si s'entén, com efectivament s'ha fet per part del nostre TDC, que la remissió era estàtica, es crea al nostre ordenament la referida situació de falta de certesa del Dret, que ha permès d'arribar a la poc assenyada conclusió de què han deixat d'existir temporalment les exempcions en bloc al nostre ordenament.

• **Conclusió**

L'opció per una remissió indeterminada al RD 157/1992 fou un error de tècnica normativa sense disculpa ni raó aparent. L'esmentat error va permetre al TDC incórrer en un altre de més greu, consistent en considerar que aquella remissió era estàtica, barrant així l'entrada al nostre ordenament dels nous reglaments comunitaris dictats en substitució dels originalment en vigor quan va realitzar-se la remissió. A més a més, va crear-se un problema d'inseguretat jurídica, per no dir de buit normatiu, un cop els reglaments expressament esmentats a la norma de remissió van deixar d'estar vigents en l'ordenament comunitari.

Són les autoritats de competència espanyoles i els òrgans jurisdiccionals nacionals, no el jutge comunitari, els qui es troben front a aquest problema. I no sempre, sinó exclusivament –els segons– en l'aplicació del Dret nacional de defensa de la

²⁸ En darrer terme, aclareix el Tribunal Suprem que quan no sigui possible delimitar les clàusules prohibides de la globalitat del contracte, perquè de fer-ho aquest perdria el seu sentit o valor, la declaració de nul·litat haurà d'afectar la totalitat del contracte. En els casos en els que això no succeeix, és clar, podran declarar-se nul·les exclusivament les clàusules prohibides, amb manteniment de la resta del contracte.

competència als assumptes els efectes anti-competitius dels quals es limitin i no transcendeixin ni actual ni potencialment, més enllà del nostre país.

No existeix cap avantatge en la tècnica escollida i sí nombrosos inconvenients –ja exposats en aquestes línies–, des del punt de vista de la seguretat jurídica, la certesa del Dret, l'economia procedimental, l'efecte útil de Dret comunitari, la interpretació teleològica de les normes i l'agilitat del tràfic.

Per això ha d'aplaudir-se l'esmena de l'error a l'[Avantprojecte](#) del nou Reial Decret d'exempció per categories, que actualment prepara el Govern²⁹, per realitzar una remissió dinàmica als reglaments comunitaris d'exempció en bloc, tret en allò referent al Reglament 2790/99, únic dels esmentats per l'Avantprojecte, en què no s'ha inserit la clàusula de remissió dinàmica.

De no tractar-se d'un error de redacció de la versió publicada a la pàgina del Ministeri d'Economia a internet, caldria criticar l'absència, per a la qual cosa no es troba una raó aparent. Tornar a cometre l'error del RD 157/92 mereix, a més de les crítiques formulades en contra seu, la de contradir la vocació de “recerca de l'adient coherència econòmica i jurídica entre la normativa comunitària i nacional en matèria d'exempcions per categoria, així com [les] raons de seguretat jurídica per a les empreses que operen a Espanya”, que “recomanen substituir el Reial Decret 157/1992 per un de nou que incorpori els nous Reglaments d'exempcions comunitaris”, expressament formulades al preàmbul de l'Avantprojecte, amb la finalitat igualment expressa d'incorporar al nostre ordenament la transformació que “des de la promulgació d'aquest Reial Decret al 1992 l'ordenament comunitari ha experimentat..., amb l'aprovació de diferents Reglaments d'exempció, d'entre els que hem de citar el Reglament (CE) 1475/1995 de la Comissió, de 28 de juny, el Reglament (CE) 240/1996 de la Comissió, de 22 de desembre, **el Reglament (CE) 2790/1999 de la Comissió de 22 de desembre**, el Reglament (CE) 2658/2000 de la Comissió de 29 de novembre i el Reglament (CE) 2659/2000 de la Comissió de 29 de novembre”. El raonable sembla afegir una «s» al pronom de l'expressió «el substitueixin» de l'apartat b. de l'art. 1.1 de l'Avantprojecte, per tal de convertir la frase en plural («els substitueixin»), de manera que també sigui dinàmica la remissió feta al Reglament 2790/99.

L'única crítica ha de dirigir-se al retard pel que fa a l'aprovació, perquè fins la seva entrada en vigor persisteix la referida, indesitjable i evitable situació de manca de certesa i inseguretat jurídica. Aquesta situació podia i hauria haver-se evitat des d'un

²⁹ El nou règim jurídic de les exempcions per categoria en el Dret espanyol consisteix en incorporar, per via de remissió dinàmica, els següents Reglaments comunitaris:

Acords verticals	R (CE) 2790/1999 de la Comissió, de 22 de desembre R (CE) 1475/1995 de la Comissió, de 28 de juny
Acords de transferència de tecnologia	R (CE) 240/1996 de la Comissió, de 22 de desembre
Acords d'especialització	R (CE) 2658/2000 de la Comissió, de 29 de novembre
Acords d'I+D	R (CE) 2659/2000 de la Comissió, de 29 de novembre

principi, atès que la tècnica de la remissió dinàmica en aquesta matèria no suposa auto-alienació de la competència normativa, que pot tornar a exercir-se en qualsevol moment si es desitja rectificar la recepció del règim comunitari en matèria de reglaments d'exempció, donant-los el contingut que es desitgi.