

19 de marzo de 2020

Alerta informativa

Área de Derecho de la UE y Competencia

El Coronavirus COVID-19 y los Cáteles de Crisis

Como regla general, los competidores tienen prohibida la creación de cárteles o acuerdos de capacidad, pero no pocas empresas están viendo la necesidad de que se apliquen excepciones temporales que garanticen su continuidad a largo plazo en el actual contexto económico. En este sentido, el gobierno noruego ha decidido otorgar a *SAS* y a *Norwegian* una exención del cumplimiento de las normas de Derecho de la Competencia por una duración de tres meses. De esta forma, las aerolíneas *SAS* y *Norwegian* pueden coordinar sus actividades con vistas a mantener los servicios mínimos que necesitan los ciudadanos durante la crisis del COVID-19. La cuestión es si sería posible alcanzar una solución similar en España durante la crisis del COVID-19.

I. Los cárteles de crisis: el enfoque tradicional.

Aunque los acuerdos deben valorarse siempre en su contexto económico, la existencia de una crisis sectorial o general no implica que las normas de Competencia dejen de aplicarse¹. Incluso cuando un acuerdo persigue una finalidad legítima en el contexto de una crisis generalizada, puede existir una conducta anticompetitiva.

En su XII Informe sobre Competencia, la Comisión Europea aceptó, con carácter excepcional y no sin cierta polémica doctrinal, la posibilidad de formar cárteles de crisis como solución a situaciones de sobrecapacidad estructural, en periodos prolongados, y en un sector particularmente afectado por una recesión económica. Determinados acuerdos restrictivos de la competencia pueden ser autorizados cuando se cumplan las condiciones del artículo 101.3 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ("TFUE"); *i.e.*:

- (i) Que el acuerdo pueda mejorar la producción si las reducciones en la capacidad permiten reestablecer la competitividad a largo plazo, y siempre cuando se contribuya a mitigar y escalonar el impacto en el empleo.

¹ Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de noviembre de 2008, *Beef Industry Development Society and Barry Brothers*, C-209/07, EU:C:2008:643.

- (ii) Que los consumidores puedan beneficiarse de una parte justa de los beneficios del acuerdo. Esto es, que, como resultado del acuerdo, los consumidores puedan beneficiarse de una estructura de suministro competitiva, sin privarlos de libertad de elección o de la competencia continuada entre competidores.
- (iii) Que la restricción sea indispensable para el objetivo de la reestructuración planificada (i.e. el acuerdo se debe limitar a la reestructuración de la capacidad excedente y estar limitado también al periodo imprescindible para conseguirlo). En ningún caso el acuerdo puede contribuir a coordinar políticas o alcanzar acuerdos sobre condiciones de venta.
- (iv) Que el acuerdo no ofrezca la posibilidad de eliminar de forma permanente la competencia en el mercado (dada la naturaleza del acuerdo y las limitaciones temporales de cooperación).

En definitiva, cabe ampararse en el artículo 101.3 TFUE para formar como “cárteles de crisis”, siempre que se cumplan estrictamente los requisitos previstos en dicha disposición.

II. Cáteles de crisis en el contexto de la crisis del coronavirus COVID-19

La crisis del COVID-19 no es una crisis estructural de capacidad. Por ello, podría haber dudas sobre si la jurisprudencia y los precedentes en materia de cárteles de crisis son aplicables. Por ejemplo, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dejado claro que la sobrecapacidad cíclica en principio no puede justificar la formación de cárteles². En efecto, la regla general es que hay que dejar que el juego de la competencia solucione el problema de sobrecapacidad por sí mismo y devuelva el equilibrio al mercado en un periodo razonable de tiempo, sin necesidad de ningún tipo de coordinación entre las empresas que ahí operan.

Sin embargo, no puede esperarse que las fuerzas del mercado por sí solas puedan lidiar con la crisis originada de forma tan repentina por el COVID-19, ni con los problemas de sobrecapacidad y de demanda que acarrea, en un periodo de tiempo razonable³.

La solución de las Autoridades Noruegas respecto a SAS y *Norwegian* puede ser el camino correcto a seguir en el contexto de esta crisis. Cualquier industria o sector que necesite reducir su capacidad y garantizar el suministro durante la crisis debe examinar si se cumplen las condiciones del artículo 101.3 TFUE. Aunque la notificación formal de acuerdos a las Autoridades de competencia ya no es posible, tiempos extraordinarios requieren de medidas extraordinarias. Las industrias o sectores especialmente dañados por la crisis deberían contactar a las Autoridades de competencia, si necesitan:

- Acordar reducciones temporales de capacidad y/o

² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de marzo de 2002, *Löfgtör Rör/Commission*, T-16/99, EU:T:2002:72, apartado 319-320; y Sentencia de 20 de abril de 2004, *Tokai Carbon e.a./Commission*, en los casos T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 y T-252/01, EU:T:2004:118, apartado 345; y Sentencia de 12 de septiembre de 2007, *Prym and Prym Consumer/Commission*, T-30/05, EU:T:2007:267, apartado 207-208.

³ “*Crisis Cartels*”, contribución de la Unión Europea para la III Sesión del Foro Global de Competencia de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), apartado 40.

- Asegurar un nivel mínimo de oferta de servicios durante la crisis, incluyendo suministros entre competidores.

En ese caso sería necesario iniciar contactos informales con las Autoridades de competencia para adoptar cualquier medida necesaria para salvaguardar el empleo y la economía en la Unión Europea. Debe hacerse un análisis cuidadoso sobre las condiciones del artículo 101(3) TFUE en cada caso concreto (ver *supra*). Ciertos principios deberían tenerse en cuenta al hacer este análisis:

- (i) Las empresas en cuestión deberían preparar un análisis sobre el cumplimiento de las condiciones del artículo 101.3 TFUE en el caso en concreto, prestando especial atención a las circunstancias específicas de cada caso.
- (ii) La transparencia debería ser el principio que guía la toma de decisiones. Las Autoridades de competencia deberían ser informadas del acuerdo, así como de su alcance y duración, para que en su caso puedan presentar objeciones.
- (iii) El acuerdo debería centrarse en una reducción temporal de capacidad, estrictamente limitada a la duración de la crisis sanitaria.
- (iv) El acuerdo debería ser indispensable en el contexto económico actual a la luz de la situación económica de cada industria o sector.
- (v) El acuerdo no debe tratar en ningún caso una fijación de precios, cuotas, condiciones de venta o reparto de mercados.

20 de marzo de 2020.