

Cooperación empresarial “verde” bajo el artículo 101 TFUE: un análisis de opciones

Jerónimo Maillo

Catedrático de Derecho de la Unión Europea y Catedrático Jean Monnet de Competencia y Regulación. Universidad San Pablo-CEU. CEU Universities

maigon@ceu.es

RESUMEN

¿Hasta qué punto se debe permitir bajo el artículo 101 TFUE que las empresas cooperen para luchar contra el cambio climático y elevar la protección del medioambiente? El actual diseño e interpretación del 101 TFUE ¿permite suficientemente tener en cuenta las consideraciones medioambientales? ¿Qué margen y qué opciones habría de utilizar ese 101 TFUE para contribuir, a la vez que se respeta la competencia, a una mejora de los objetivos verdes? ¿Qué posición mantiene la Comisión europea al respecto? Y en particular, ¿qué dirección apunta en el proyecto de nuevas Directrices sobre cooperación horizontal? Estas son las cuestiones que se tratarán de responder a lo largo de esta contribución.

PALABRAS CLAVE

Sostenibilidad, medioambiente, cambio climático, competencia, cooperación empresarial, acuerdos, priorización, excepción 101 TFUE, directrices horizontales

ABSTRACT

To what extent should companies cooperate under Article 101 TFEU to combat climate change and enhance environmental protection? Does the current design and interpretation of article 101 TFEU sufficiently allow environmental considerations to be taken into account? What margin and what options should be used by this 101 TFEU to contribute, while respecting competition, to an improvement of the green objectives? What position does the European Commission hold in this regard? And in particular, what direction does the draft new Guidelines on horizontal cooperation point to? These are the questions that we will try to answer throughout this contribution.

KEYWORDS

Sustainability, environment, climate change, competition, business cooperation, agreements, prioritization, exception 101 TFEU, horizontal guidelines

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS; II. EL PUNTO DE PARTIDA Y EL MARCO DE ANÁLISIS; III. LAS OPCIONES: III.1. La vía de la priorización; III.2. La vía de la exclusión (no artículo 101.1 TFUE); III.3. La ruta de la exención del 101.3 (TFUE). Ampliación (reinterpretación) de la exención; IV. REFLEXIONES FINALES Y POSICIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA EN EL BORRADOR DE NUEVAS DIRECTRICES DE COOPERACIÓN HORIZONTAL

I. INTRODUCCIÓN Y OBJETIVOS

La lucha contra el cambio climático es uno de los grandes desafíos actuales. Conseguir reducir las emisiones contaminantes y avanzar hacia un mundo climáticamente neutro es una necesidad imperiosa de nuestra sociedad. Además, todos los informes científicos apuntan a la urgencia y a la gran dimensión de la tarea que queda por realizar. Todos debemos de implicarnos y a todos los niveles. Todas las políticas e instrumentos deben ser, en la medida de lo posible y respetando sus esencias, puestos al servicio de este objetivo, sin olvidar por supuesto otros desafíos y fines loables.

En el campo de la política y el Derecho de la competencia -como ha ocurrido en muchos otros-, se ha abierto también un debate sobre sus posibles contribuciones a la sostenibilidad verde. Un debate que se está desarrollando a nivel doctrinal y a nivel de autoridades de competencia y de otros actores interesados¹.

Un debate que afecta a la práctica totalidad de los instrumentos de la política de la competencia europea: desde el control de cárteles y acuerdos restrictivos de la competencia, al de abuso de posición de dominio y concentraciones empresariales, sin olvidar el control de restricciones públicas entre las que destaca el de ayudas de Estado. El margen de actuación depende mucho de cada instrumento, aunque pueda haber puntos en común o ideas transversales que sean aplicables a todos ellos. Por ejemplo, presentan

¹ A nivel doctrinal, véase, entre otros, KINGSTON, S., *Greening EU Competition Law and Policy*, Cambridge University Press, 2012; o más recientemente HOLMES, S., MIDDELSCHULTE, D. & SNOEP; M. (eds), *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability*, Concurrences, 2021. Para ver el debate entre autoridades de competencia a nivel europeo, véase: MALINAUSKAITE, J., "Competition Law and Sustainability: EU and National Perspectives", *Journal of European Competition Law & Practice*, 2022, Vol. 13, No. 5, p. 336.

grandes diferencias y una aproximación muy diversa el control de conductas ejercido ex post con el de ayudas de Estado que se ejerce ex ante. El primero tiene por objetivo controlar los comportamientos empresariales mientras que el segundo supervisa ciertas actuaciones de autoridades y organismos públicos. En el primer caso, los sujetos supervisados -las empresas- tienen como fin habitual la obtención de beneficios económicos (fin lucrativo), mientras que, en el segundo cabe entender que los sujetos supervisados -las autoridades públicas- persiguen un interés general. Esta diferencia puede conllevar que las excepciones aceptables a las restricciones de competencia en uno y otro caso puedan ser muy diferentes y que el margen para tener en cuenta otros intereses públicos distintos a la competencia (por ejemplo, sostenibilidad ambiental) en sede conducta o sede ayudas sea también diversa. En principio, todo parece apuntar a que el margen será mayor en el control de las restricciones públicas que en el de las restricciones privadas. Sea como sea, es evidente que cada instrumento (y desde luego al menos los dos grupos de restricciones privadas y públicas) requieren un análisis distinto. Ello justifica aún más el acotar la investigación a uno solo de los instrumentos, en concreto el control de acuerdos restrictivos.

Más específicamente, esta contribución se centra en el artículo 101 TFUE y su objetivo principal es responder a las siguientes preguntas: ¿Hasta qué punto se debe permitir bajo el artículo 101 TFUE que las empresas cooperen para luchar contra el cambio climático y elevar la protección del medioambiente? Por ejemplo, ¿se deben permitir acuerdos empresariales que eliminen gradualmente productos y métodos que contribuyan en exceso al cambio climático o acuerdos para producir bienes más eficientes energéticamente, aunque los precios sean más altos para los consumidores y se reduzcan las opciones para estos? ¿El actual diseño e interpretación del 101 permite suficientemente tener en cuenta las consideraciones medioambientales? ¿Qué margen y qué opciones habría de utilizar ese 101 para contribuir, a la vez que se respeta la competencia, a una mejora de los objetivos verdes? ¿Qué posición mantiene la Comisión europea al respecto? Y en particular, ¿qué dirección apunta en las nuevas Directrices sobre cooperación horizontal?

Para ello, se seguirán los siguientes pasos. Se empezará por sentar el punto de partida y reflexionar sobre las premisas del marco de análisis. Tras ello, la investigación se centra en explorar las siguientes opciones:

-primero, utilizar el margen de las autoridades de competencia para fijar sus propias prioridades como instrumento para contribuir más a los objetivos verdes;

-segundo, explorar la vía de exclusión (no aplicación del artículo 101.1) a determinados tipos de acuerdos verdes;

-tercero, la ruta de la exención del 101.3, reflexionando sobre las posibilidades de explotación, adaptación, ampliación o reinterpretación de la excepción.

En cada uno de estas opciones, se analizarán pros y contras y, en ocasiones, se apuntarán posibilidades de manejarlas o de combinarlas entre sí para obtener los mejores resultados posibles.

Finalmente, en último apartado se estudiará el proyecto de nuevas Directrices de cooperación horizontal para intentar hacer una primera interpretación sobre la posición que parece apuntar la Comisión europea en relación a algunas de estas opciones.

II. EL PUNTO DE PARTIDA Y EL MARCO DE ANÁLISIS

La emergencia y gravedad de la crisis del cambio climático es uno de los grandes desafíos presentes para la humanidad. Para afrontarlo, se deben utilizar todas las herramientas y políticas posibles. La política de competencia no es una excepción y conviene pues reflexionar sobre las aportaciones que se pueden hacer y en qué medida su aplicación o su interpretación deben adaptarse a este contexto. Ahora bien, hay que ser consciente desde el inicio que el Derecho de la competencia va a jugar solo una función de apoyo o complementaria a otras políticas. La regulación será, sin duda, a menudo una herramienta mejor y más importante para alcanzar los objetivos perseguidos de lucha contra el cambio climático. De hecho, si fuésemos demasiado indulgentes en la aplicación del Derecho de la competencia para favorecer objetivos verdes, tal vez estuviéramos facilitando una excusa para que el legislador y los gobiernos no adopten las necesarias regulaciones y, por tanto, utilicen mejores herramientas para esos objetivos, al mismo tiempo que correríamos el riesgo de distorsionar el correcto funcionamiento y aplicación de la normativa de competencia.

Para cualquier reflexión a este respecto, conviene tener en cuenta que:

-Las autoridades de competencia no son las mejor situadas para hacer juicios de valor políticos controvertidos (por ejemplo, aceptar precios más altos para promover objetivos sociales o medioambientales).

-La sostenibilidad es, en sí misma, otro factor de competencia que no conviene subestimar y conviene promover. Hay que prestar atención para no desactivarlo o disuadirlo porque estaríamos perjudicando tanto la competencia como los objetivos medioambientales.

-El Pacto Verde Europeo y el artículo 11 del TFUE ofrecen un mandato transversal de colaborar en la promoción de la lucha contra el cambio climático y una mayor protección del medioambiente, pero siempre dentro de los límites propios de cada política y sus instrumentos.

-Para alcanzar los ambiciosos objetivos establecidos de lucha contra el cambio climático y hacerlo en las fechas previstas, no bastará la acción de los poderes públicos. Se necesitará una colaboración e implicación de todos y entre ellos, también de las empresas. La cooperación empresarial “verde” puede jugar un papel relevante y por tanto merece la pena reflexionar, desde la política de competencia y en particular bajo el artículo 101 del TFUE, sobre las posibilidades de facilitarla.

-A este respecto, es muy importante ofrecer un cierto grado de seguridad jurídica a las empresas ofreciendo un marco regulatorio claro (bien sea vía exención por categoría o, al menos, directrices). Sin embargo, al mismo tiempo hay que ser conscientes de que se carece de suficiente experiencia sobre este tipo de acuerdos y, antes de adoptar normas o directrices generales detalladas sobre algunas cuestiones, puede ser necesario ganar tal experiencia resolviendo casos individuales en los que podamos valorar todas las circunstancias de hecho relevantes y hacer un análisis caso por caso.

-Hay que ser consciente de que entre las llamadas cooperaciones verdes hay iniciativas empresariales proambientales genuinas y proporcionadas y también las hay que son excusas para la colusión o el lavado verde. Distinguir unas de otras es esencial. Hay que afrontar la reflexión con un cierto grado de escepticismo, buscar los casos reales, y analizar también a fondo los posibles riesgos de colusión anticompetitiva y los *spill overs* de cualquier propuesta de cambio o adaptación de la aplicación e interpretación del artículo 101 TFUE.

III. LAS OPCIONES

Tres son las opciones que vamos a analizar: (1) la vía de priorización, (2) la vía de exclusión (no artículo 101.1 TFUE) y (3) la vía de la excepción (artículo 101.3 TFUE).

Todo ello sin entrar todavía a valorar si son excluyentes o se pueden combinar, qué ventajas o inconvenientes presentan comparativamente y, por tanto, cuál o cuáles nos pueden parecer más adecuadas. Puntos a los que dedicaremos posteriormente la sección cuatro de esta contribución.

III.1. La vía de la priorización

Aunque la Comisión europea siempre ha tenido una amplia discreción para iniciar o no una investigación de oficio, el rechazo a una denuncia por no ser una prioridad solo se constató en el sistema europeo tras la sentencia en el conocido caso *Automec*². Posteriormente el Reglamento 1/2003 se encargó de confirmar esta facultad de la Comisión al señalar que la Comisión puede “desestimar una denuncia por falta de interés comunitario, aun en caso de que ninguna otra autoridad de competencia haya manifestado su intención de ocuparse del asunto”³.

Es verdad que, en cualquier caso, la Comisión Europea está obligada a realizar un examen profundo de los elementos de hecho y de Derecho presentados por los denunciantes a efectos de poder establecer si contienen información acerca de una conducta restrictiva de la competencia y valorar apropiadamente el interés comunitario⁴.

Sin embargo, disfruta de una gran discrecionalidad a estos efectos⁵. Tal y como se ha desarrollado en la jurisprudencia y en la Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias⁶, entre los escenarios en que puede no haber interés comunitario, podemos mencionar: (1) si el denunciante puede ejercitar una acción ante órganos jurisdiccionales nacionales⁷; (2) si se ha puesto fin a las prácticas controvertidas⁸; o si las

² Sentencia del TPI, de 18 de septiembre de 1992, en el asunto T-24/90, *Automec Srl c. Comisión*, Rec. p. II-2223, ap. 85.

³ Considerando nº 18 del Reglamento (CE) no 1/2003 del Consejo de 16 de diciembre de 2002 relativo a la aplicación de las normas sobre competencia previstas en los artículos 81 y 82 del Tratado, DOUE, L 1 del 4.1.2003, p. 1.

⁴ Sentencia del TPI, de 9 de enero de 1996, en el asunto T-575/93, *Casper Koelman c. Comisión*, Rec. p. II-1, ap. 39.

⁵ Sentencia del TPI, de 18 de septiembre de 1992, en el asunto T-24/90, *Automec Srl c. Comisión*, Rec. p. II-2223, ap. 85.

⁶ Comunicación de la Comisión sobre la tramitación de denuncias por parte de la Comisión al amparo de los artículos 81 y 82 del Tratado CE, DOUE C 11 de 27.4.2004, p. 65, ap. 41-45.

⁷ Véase por ejemplo asunto T-575/93, *Casper Koelman/Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1996, p. II-1, apartados 75-80.

⁸ Asunto T-77/95, *Syndicat français de l'Express International y otros/Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1997, p. II-1, apartado 57, confirmado en asunto C-119/97 P, *Union française de l'express (Ufex) y otros/Comisión de las Comunidades Europeas*, Rec. 1999, p. I-1341, apartado 95.

empresas en cuestión aceptan cambiar su conducta⁹. Es relevante insistir en que no existe una lista exhaustiva de criterios o escenarios a los que la Comisión Europea deba atenerse¹⁰. Así pues, la Comisión Europea tiene muy amplias posibilidades de priorizar (y desestimar denuncias) que hacen difícil el control jurisdiccional posterior, aunque este no sea imposible y exista en una esfera formal. En efecto, la Comisión está obligada a informar motivadamente al denunciante de su intención de desestimar. Si el denunciante no presenta alegaciones en contra, se reputará que la denuncia ha sido retirada y la Comisión Europea podrá dar por concluido el procedimiento. En caso contrario, la Comisión Europea deberá continuar el procedimiento y adoptar una decisión formal de desestimación. La Comisión no puede simplemente aludir en el abstracto al interés comunitario, sino que debe motivar su decisión con base en las circunstancias de hecho y legales del caso concreto¹¹. La decisión formal podrá ser recurrida en el plazo de dos meses ante el Tribunal General. Sin embargo, dada el gran margen de discreción del que goza la Comisión, será muy complicado e improbable que la Comisión pierda y se vea obligada a continuar la investigación, más aún a adoptar una decisión de infracción.

Más recientemente, esta posibilidad de priorización se ha impuesto también para las autoridades nacionales de competencia (ANC) cuando aplican el 101 TFUE. Ya en 2013, ante la disparidades de los regímenes nacionales en esta cuestión, la Red Europea de Autoridades de Competencia (REC), hacía una primera llamada a una mayor convergencia al decir que: *“further convergence on the ability of the Authorities to set priorities would help enhance effectiveness and efficiency in the enforcement (...) by allowing them to focus their action on the most serious infringements/sectors and areas most in need of their action, thereby increasing the impact of their action for the benefit of consumers”*¹². Y finalmente, la llamada Directiva ECN¹³, con vistas a reforzar a las ANC y su efectividad, ha establecido que:

⁹ Asunto T-110/95, International Express Carriers Conference (IECC)/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 1998, p. II-3605, apartado 57, confirmada por el asunto 449/98 P, International Express Carriers Conference (IECC)/Comisión de las Comunidades Europeas, Rec. 2001, p. I-3875, apartados 44-47.

¹⁰ Sentencia del TJCE, de 4 de marzo de 1999, en el asunto C-119/97 P, *Union française de l'express (Ufex), anteriormente Syndicat français de l'express international (SFEI), DHL International y Service CRIE c. Comisión y May Courier*, Rec. p. I-1341, § 79.

¹¹ Artículo 296 TFUE. Véase de nuevo el ap. 85 del caso Automec.

¹² ECN's Recommendation on the Power to Set Priorities, de 2013, ap. 4, disponible en https://ec.europa.eu/competition/ecn/recommendation_priority_09122013_en.pdf

¹³ Directiva (UE) 2019/1 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 encaminada a dotar a las autoridades de competencia de los Estados miembros de medios para aplicar más eficazmente las normas sobre competencia y garantizar el correcto funcionamiento del mercado interior (Directiva ECN+), DOUE L 11 de 14.1.2019, p. 3.

-“En la medida en que dichas autoridades están obligadas a examinar las denuncias formales presentadas, tendrán la facultad de desestimarlas por no considerar su ejecución prioritaria”¹⁴.

-Y ello debe entenderse “sin perjuicio del derecho de un Gobierno de un Estado miembro de dar normas u orientaciones prioritarias de política general a las autoridades administrativas nacionales de competencia que no estén relacionadas con investigaciones sectoriales o con procedimientos específicos para la aplicación de los artículos 101 y 102 del TFUE”¹⁵.

Así pues, al igual que ya ocurría con la Comisión Europea, todas las ANC tienen ahora una facultad de priorización que se extiende no sólo a decidir qué investigaciones abren de oficio, sino también a desestimar una denuncia en función de sus prioridades. Sin embargo, hay que ser conscientes de que muy importantes aspectos relativos a la aplicación de esta priorización, tanto procedimentales como sustantivos, quedan abiertos y dependerán de cada sistema nacional¹⁶. Por tanto, el margen de discreción a la hora de realizar esa priorización dependerá mucho de cada ANC y del marco nacional en el que se mueva.

En el caso español, hasta la transposición de la Directiva ECN+, la CNMC carecía de la posibilidad de desestimar una denuncia basándose exclusivamente en que la investigación no entraba en sus prioridades. Después de la transposición de la Directiva en España¹⁷, se introdujo un nuevo artículo 49.4 LDC que establece lo siguiente:

“En caso de denuncia, la Dirección de Competencia podrá acordar no iniciar actuaciones por considerar que la investigación de los hechos que se contemplan en la misma no constituye una prioridad. Con este fin, comunicará al Consejo su intención de no iniciar procedimiento. Si en el plazo de 15 días el Consejo no ha motivado su oposición al respecto, la Dirección de Competencia procederá a ponerlo en conocimiento del denunciante.

Se podrán considerar que no son prioritarias, entre otras, aquellas denuncias que:

¹⁴ Artículo 4.5 de la Directiva ECN+.

¹⁵ Considerando nº 23 de la Exposición de motivos de la Directiva ECN+.

¹⁶ BROOK, O. & CSERES, K., *Policy Report: Priority Setting in EU and National Competition Law Enforcement* (September 28, 2021). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3930189> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3930189>, p. 15.

¹⁷ Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril, de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores, BOE nº. 101 de 28 de Abril de 2021, p. 49749.

a) Aportan escasos elementos de prueba o indicios débiles, siendo reducida la probabilidad de que la Dirección de Competencia, dedicando recursos a ello, puedan probar la conducta ilícita.

b) Se refieren a conductas ilícitas cuyo alcance potencial es limitado o el daño potencial que pueden conllevar para el consumidor o para la competitividad de los mercados de factores productivos, bienes o servicios es escaso.

c) Se refieren a conductas cuya prevención o erradicación es factible a través de otros instrumentos legales para preservar y promover la competencia, haciendo un uso más eficiente de los recursos de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

Todo ello sin perjuicio de las prioridades que para la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia marque su Consejo de acuerdo con lo previsto en el artículo 20.16 de la Ley 3/2013, de 4 de junio, y de las facultades de dirección de la política general del Gobierno previstas en el artículo 3.2 de esa misma ley”.

Así pues, como no podía ser de otro modo, se confirma el cambio al conceder la facultad a la CNMC de desestimar una denuncia por falta de prioridad. Además, aunque con ciertas deficiencias y un carácter no exhaustivo, se ofrecen unas primeras orientaciones con un listado de escenarios en los que tal tipo de desestimación es posible, y se alude a otras orientaciones que puedan venir marcadas por el Consejo de la CNMC o el Gobierno, siempre en pleno respeto de la Directiva ECN+¹⁸.

En general, se trata de un gran salto adelante para la CNMC. Le permitirá concentrarse en temas prioritarios y utilizar sus recursos de manera más eficiente¹⁹. La nueva regulación va más allá del mínimo exigido en la Directiva ECN+, ofrece orientación y, por tanto, incrementa la seguridad jurídica y la transparencia²⁰. Lógicamente, puede promover la aplicación privada, ya que aquellas materias que la CNMC no considere

¹⁸ En este sentido, Costas Comesaña, J., “La transposición de la Directiva ECN+: otra oportunidad perdida para mejorar la eficacia del Derecho español de la competencia”, en Robles, A y Olmedo, E. (Dirs.), Estudios de la Red Académica de Defensa de la Competencia (RADC) 2021, Thomson Reuters Aranzadi, 2022, pp. 27-55, especialmente pp. 43-44.

¹⁹ OLMEDO, E., “La discrecionalidad de la Comisión Europea y las ANSc en la tramitación de expedientes de Defensa de la Competencia: incoación, negociación de compromisos y control de sus decisiones”, en TATO, A., COSTAS, J. FERNÁNDEZ, P. Y TORRES, F. (Dirs), *Nuevas tendencias en el Derecho de la Competencia y de la propiedad industrial II*, Comares, 2019, pp. 105-126.

²⁰ MAILLO, J., “ECN+ Directive Implementation: Spain, A First Assessment”, *CoRe 3* | 2021, pp. 321-324.

prioritarias o, presumiblemente, no consideraría prioritarias, pueden verse obligadas a plantearse directamente ante los tribunales, tras esta reforma.

Pero ¿en qué medida estas facultades de priorización tanto de la Comisión Europea como de la CNMC pueden ser utilizadas para promover la sostenibilidad ambiental?

Cabe pensar en una doble vertiente: una primera que podríamos calificar como “más competencia” y una segunda que encajaría en “menos competencia”.

En la primera, es factible pensar por ejemplo en una aplicación más estricta del control sobre la cooperación empresarial que bloquee o retrase la innovación verde, o perjudique la competencia y a la vez la sostenibilidad. Piénsese por ejemplo en la colusión para obstaculizar la innovación en los estándares de emisión de automóviles diésel. En este caso, las autoridades de competencia podrían darle prioridad a la investigación y condena de estas prácticas a la vista del doble daño que dicha cooperación empresarial implicaría para la competencia y la sostenibilidad. Creo que tal priorización estaría dentro de las amplias facultades de priorización de ambas autoridades tanto por lo que respecta a investigaciones de oficio como de investigaciones derivadas de una denuncia. Y no creo que cupiera objetar esta opción.

Es verdad que hipotéticamente podría haber alguna queja o crítica en el sentido de que las mismas autoridades no han iniciado acciones contra otras prácticas con similares efectos anticompetitivos (pero sin daños medioambientales). Pero no creo que estas diferencias pudiesen ser impugnadas legalmente con éxito. De hecho, creo que situaciones similares se están ya produciendo desde hace tiempo en, por ejemplo, la priorización por parte de la Comisión europea del control de conductas anticompetitivas en mercados digitales, o durante la pandemia del coronavirus, en mercados de productos o servicios relacionados con la crisis (médico-sanitarios, farmacéuticos, funerarios, bancarios...). Ese estar más atento a determinados mercados o prácticas parece no exceder el margen de discreción del que gozan las autoridades. No podemos olvidar además que ello no deja fuera de control a los otros sectores o prácticas dado que siempre es posible llevar los casos directamente ante los tribunales nacionales. Sí hay que reconocer que de facto puede ser más difícil llevar el caso ante los tribunales, al menos en algunos escenarios. En definitiva, poco (o nada) que objetar a esta estrategia de “más competencia”.

Con respecto a la segunda que hemos calificado de “menos competencia”, la conclusión puede ser, sin duda, más controvertida.

Por ejemplo, ¿podría una autoridad de competencia decidir no ir contra una genuina cooperación empresarial verde (en particular si hay consenso sobre su impacto ambiental positivo y tiene un amplio apoyo social) aunque fuera restrictiva de la competencia? A la hora de responder, cabría distinguir entre la Comisión Europea y la CNMC.

Con respecto a la primera, parece claro que la Comisión Europea podría perfectamente no iniciar una investigación de oficio o incluso desestimar una denuncia por no ser prioritaria. Por ejemplo, la Comisión podría basar la falta de interés comunitario en que el denunciante puede ejercitar una acción ante órganos jurisdiccionales nacionales²¹. También podríamos plantearnos si, en este escenario, la Comisión podría optar por buscar otras fórmulas como el compromiso de las empresas de cambiar la conducta (hacia una menos restrictiva pero que mantuviese la mayor parte de los efectos medioambientales positivos)²². No obstante, hay que ser muy conscientes de que el 101 no lo aplica solo la Comisión europea sino también, directa e íntegramente, las ANC y los tribunales.

Con respecto a la CNMC, un escenario como el planteado no parece encajar en ninguna de los escenarios listados en el artículo 49.4 LDC, y, por ahora, no hay nuevas orientaciones del Consejo de la CNMC ni del Gobierno. Sin embargo, no se puede descartar puesto que el listado del 49.4 LDC no es exhaustivo. Ahora bien, la motivación de falta de interés prioritario no podría ser solamente que se trata de una cooperación verde genuina (a no ser que se diese por válida alguna de las opciones de la vía de exclusión que examinaremos a continuación).

A contrario, se podría argumentar que, en un escenario en el que los límites de lo que está permitido y prohibido no están claros, sería de interés (y por tanto, en cierta medida, prioritario para el interés general) iniciar o seguir la investigación y pronunciarse expresamente, bien fuera para condenar la práctica y marcar claramente los límites, bien para dejar constancia de que un tipo de cooperación no plantea problemas y fomentar de este modo que otros operadores puedan adoptar acuerdos verdes similares.

III.2. La vía de la exclusión (no artículo 101.1 TFUE)

²¹ Comunicación de la Comisión europea sobre tramitación de denuncias, cit. supra, ap. 44, primer guión.

²² Ibidem, ap. 44, sexto guión.

En esta opción incluimos diversos supuestos de acuerdos verdes que, por varios motivos, queden fuera de la infracción del artículo 101.1 TFUE. Entre ellos, desarrollamos a continuación hasta cuatro posibilidades o grupos de supuestos.

Primero, es factible que la cooperación no esté relacionada con los parámetros de competencia y, por tanto, no caiga bajo el artículo 101.1. Por ejemplo, cabe pensar en acuerdos que simplemente promuevan la conciencia del consumidor, que aumenten la transparencia sobre el carácter verde de los productos o servicios, que fomenten o faciliten conductas corporativas responsables en pro de la sostenibilidad verde, que permitan o mejoren bases de datos sobre los efectos ambientales y las conductas empresariales relacionadas...

Este primer grupo de supuestos no plantea objeciones conceptuales. Ello sin perjuicio de la eventual dificultad de su aplicación en un caso concreto y la conveniencia por tanto de disponer de directrices específicas de las autoridades en toda la medida de lo posible. En efecto, si estos acuerdos verdes quedan fuera del 101.1 será porque se llegue a la conclusión, tras el debido análisis, de que no suponen una restricción sensible de la competencia en el mercado, ni por objeto ni por efecto. Principalmente por tres posibles motivos: i) tener por objeto cooperaciones no relacionadas con los parámetros de competencia en el mercado (tales como precios, calidad, variedad, innovación...); ii) referirse a fases o estadios muy alejados de la producción y comercialización y por tanto que no van a afectar significativamente a la competencia en el mercado; iii) ser de menor importancia lo que conllevaría que, incluso aunque existiese restricción de la competencia, esta no sería apreciable, y por tanto, no infringiría el artículo 101.1 TFUE. El método y los criterios para determinar estos aspectos son de sobra conocidos y no difieren sustancialmente de los que se aplican a acuerdos de otro tipo. Tanto las autoridades y jueces como las empresas y otros actores jurídicos están acostumbrados a su uso y no deberían tener mayores dificultades.

Conviene tener en cuenta que no es infrecuente que la coordinación empresarial sobre aspectos que no presentan problemas de competencia pueda terminar extendiéndose a otros ámbitos que sí suponen restricciones punibles²³. Habrá que estar por tanto especialmente atentos a que eso no ocurra y a reaccionar si tiene lugar.

²³ Véase por ejemplo los casos AT.39824—Camiones (19 Julio 2016), ap. 50, y COMP/39579—Detergentes (13 Abril 2011), ap. 24

En segundo lugar, se ha apuntado la posibilidad de utilizar la vía de la jurisprudencia *Wouters*²⁴ o *Meca Medina*²⁵.

Wouters se refería a medidas del colegio de abogados en Países Bajos que impedían a los abogados asociarse con algunas otras profesiones, en especial auditores. Esta restricción podía haberse considerado como una limitación de la producción y el progreso técnico prohibida por el artículo 101. 1 (b). Sin embargo, el TJUE dictaminó que dichas medidas quedaban fuera del 101.1 si podían ser razonablemente consideradas como necesarias para asegurar la buena práctica de la abogacía tal cual estaba organizada, de modo que se garantizase la integridad y la debida experiencia de la profesión en beneficio de los clientes de servicios legales (consumidores finales) y la administración de justicia.

De modo similar, en *Meca Medina* (y en *ISU*²⁶), se evaluó si la regulación *antidoping* y las sanciones adoptadas por el Comité Olímpico Internacional contra algunos deportistas podían ser contrarias a la normativa de competencia y al principio de libre prestación de servicios. El TJUE consideró que dicho tipo de regulación y sanciones podían tener efectos económicos y por tanto debían estar sometida al escrutinio de las autoridades de competencia. Sin embargo, si se perseguían objetivos legítimos y las medidas eran proporcionadas, serían compatibles con el artículo 101.1 TFUE.

De esta jurisprudencia se puede deducir, por tanto, que cabe excluir del 101.1 algunos acuerdos restrictivos si tienen por objeto un interés legítimo, los efectos restrictivos son inherentes a ese interés y siempre y cuando las restricciones respeten el principio de proporcionalidad.

Se ha planteado la posibilidad de aplicar también esta línea jurisprudencial a los acuerdos verdes o de sostenibilidad. Ello habilitaría a que algunos acuerdos restrictivos pudiesen dejarse fuera del 101.1 por perseguir un interés legítimo (protección medioambiental y cambio climático) y siempre que las restricciones fueran proporcionadas.

En mi opinión, sin embargo, esta extensión de la jurisprudencia *Wouters* y *Meca Medina* sería excesiva y entrañaría graves riesgos y distorsiones. No se puede olvidar que ambos casos son muy extraordinarios y en ambos estábamos hablando de medidas regulatorias

²⁴ Asunto *Wouters v Algemene Raad van de Nederlandse Orde van Advocaten* (2002) C-309/99, EU:C:2002:98

²⁵ Asunto *Meca Medina*, C-519/04 P, *Meca Medina e Igor Majcen c. Comisión*, ECLI:EU:C:2006:492.

²⁶ Asunto *ISU*, asunto T-93/18, *International Skating Union (ISU) c. Comisión*, ECLI:EU:T:2020:610.

o cuasi regulatorias de entidades que ejercían una especie de sustitución o delegación de ese poder regulatorio de la autoridad pública para establecer normas aplicables a una profesión o un deporte. En el caso de acuerdos verdes no estaríamos en un escenario análogo: ni se está regulando específicamente una profesión o un deporte, ni las empresas que llegasen a ese acuerdo verde tendrían el mismo estatus que el colegio de abogados o el Comité Olímpico Internacional. Además, si nos adentramos en esta vía, ¿por qué sólo proteger el medio ambiente y no también para otros objetivos tan legítimos o más? ¿Hasta qué punto y en qué medida deberíamos aceptar esos acuerdos? A mi modo de ver, *Wouters* y *Meca Medina* son la excepción que confirma la regla, una excepción muy extraordinaria que debe mantenerse limitada a casos muy extraordinarios y acotados. Ampliarla a otro tipo de supuestos como los acuerdos verdes generaría mucha inseguridad, dañaría la efectividad de la normativa de competencia y estaría atribuyendo a las autoridades de competencia (y a los tribunales) poderes de decisión para los que no están bien preparados ni legitimados. Por todo ello, no soy partidario de utilizar esta vía para este segundo grupo de supuestos.

En tercer lugar, también se ha planteado la opción de utilizar la vía de la jurisprudencia *FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden*²⁷. En los apartados 22 y 23 de su sentencia, el TJUE recuerda que:

“si bien determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de los empresarios y de los trabajadores, los objetivos de política social perseguidos por dichos acuerdos resultarían gravemente comprometidos si los interlocutores sociales estuvieran sujetos al artículo 101 TFUE, apartado 1, en la búsqueda común de medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo”.

Por ello, “...los acuerdos celebrados en el marco de negociaciones colectivas que tienen lugar entre interlocutores sociales para el logro de dichos objetivos no deben considerarse comprendidos, en razón de su naturaleza y de su objeto, en el ámbito de aplicación del artículo 101 TFUE, apartado 1”.

²⁷ *FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden* (C-413/13). Esta sentencia sigue la línea jurisprudencial de otros casos. Véase *Albany*, EU:C:1999:430, ap. 60; *Brentjens'*, EU:C:1999:434, ap. 57; *Drijvende Bokken*, EU:C:1999:437, paragraph 47; *Pavlov and Others*, C-180/98 to C-184/98, EU:C:2000:428, ap. 67; *van der Woude*, EU:C:2000:475, ap. 22; and *AG2R Prévoyance*, C-437/09, EU:C:2011:112, ap. 29.

En el caso particular, el acuerdo en cuestión fue celebrado entre una organización empresarial y determinadas organizaciones de trabajadores de composición mixta que negociaron, de acuerdo con el Derecho nacional, no sólo por los sustitutos por cuenta ajena sino también por los sustitutos autónomos que estaban afiliados a ellas. Por ello, la primera condición, sólo se cumpliría en la medida en que los sindicatos negociasen en representación de los trabajadores asalariados o de “falsos autónomos”, algo sobre lo que el TJUE deja que decida el tribunal nacional que planteó la cuestión prejudicial²⁸. La segunda condición quedaba plenamente cumplida pues el objeto de la negociación eran honorarios mínimos lo que implicaba aspirar a una remuneración básica más alta y a su vez a una mayor contribución al seguro de pensión de jubilación de los trabajadores²⁹.

De esta línea jurisprudencial, queda claro que la negociación colectiva entre empleadores y trabajadores destinada a mejorar el empleo y las condiciones de trabajo queda fuera del artículo 101.1 TFUE. Se podría explorar si, al igual que se excluyen los citados acuerdos, se podrían también excluir otros acuerdos con participación y consenso de los principales actores interesados (productores, consumidores, ...) que mejoren la sostenibilidad verde. El debate sería hasta qué punto una auto-regulación consensuada entre los representantes de todos los actores relevantes podría quedar fuera del artículo 101.1 TFUE como queda la negociación colectiva en materia laboral. Y este debate entonces no quedaría limitado a los acuerdos en pro de la sostenibilidad verde, sino que debería abrirse a otros objetivos de interés general.

En mi opinión, tal y como está la jurisprudencia, ese paso claramente no se ha dado. La jurisprudencia, por ahora al menos, es solo aplicable a la negociación colectiva en el ámbito laboral y además, como hemos explicado, solo y estrictamente en la medida en que una de las partes represente a trabajadores asalariados (o falsos autónomos, realmente trabajadores por tanto) y el objeto de la negociación sea alcanzar medidas destinadas a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo. Hay pues garantías y estrictos requisitos tanto desde una perspectiva procedimental como sustantiva. El TJUE está siendo muy exigente: lo acota a un ámbito en el que está reconocida y consolidada la delegación de poderes regulatorios estatales a los interlocutores sociales legítimos (que además son fácilmente identificables); sólo si es en materia laboral (se persigue el objetivo social de mejorar las condiciones de empleo y de trabajo); y solo en la medida en que una de las

²⁸ Ap. 38 de la sentencia.

²⁹ Ap. 40 de la sentencia.

partes represente a trabajadores por cuenta ajena. Este tercer elemento es clave pues, como sabemos, el artículo 101 solo se aplica a concertaciones entre empresas. Los trabajadores por cuenta ajena no son empresas y por tanto tiene toda la lógica que los acuerdos empresas-trabajadores queden fuera del 101 al igual que queda fuera un contrato laboral empresa-trabajador³⁰.

En mi opinión, estos requisitos no se podrían reunir fácilmente en el caso de acuerdos verdes. En primer lugar, no se ha producido una delegación de poderes regulatorios estatales por ley o incluso textos de nivel constitucional, como en el caso de la negociación colectiva. Crear un foro institucionalizado con representantes de todos los actores relevantes para esa auto-regulación sería posible, pero muy complicado y más controvertido. El número y variedad de actores relevantes sería mucho mayor (productores, empleados, consumidores, ONGs medioambientales...) y la legitimidad de su representación mucho más difícil de aceptar. Y faltaría además esa delegación expresa de poderes regulatorios o su reconocimiento posterior, salvo que el regulador estuviera también involucrado en el acuerdo. El segundo requisito, la persecución de un interés general reconocido a nivel europeo, sí se cumpliría. El artículo 11 del TFUE, con su mandato horizontal y transversal de que todas las políticas de la UE deberán integrar la protección del medioambiente y fomentar el desarrollo sostenible lo respalda con rotundidad. Por último, el tercer elemento faltaría o al menos sería mucho más discutible, pues el acuerdo verde implicaría la cooperación entre múltiples empresas (de hecho, para que fuera legítimo, debería cubrir todo el espectro empresarial). No es descartable además que los productores tuvieran como clientes otras empresas -que también deberían estar representadas en el acuerdo- y no sólo consumidores finales. Si fuese así, la distancia con el caso de la negociación colectiva sería insalvable. Es verdad que podríamos imaginar algún escenario en que la otra parte (la contraria a los productores) estuviera solo integrada por consumidores finales, empleados y ONGs medioambientales que no son empresas, pero aún así la falta de un referente claro como el de la exclusión del contrato laboral del 101 hace muy controvertido el cumplimiento de este requisito y por ende la aplicación de la analogía en este ámbito.

³⁰ Bien es cierto que una de las partes representa a un colectivo de empresas y podría pensarse que esto ya de por sí hace que la concertación sea considerada entre varias empresas, a falta de la línea jurisprudencial mencionada que extiende la lógica de la exclusión del contrato laboral a la de los convenios colectivos laborales.

La principal ventaja para los partidarios de estas opciones es que se evita la necesidad de análisis de coste-beneficio. Otros lo verían como una desventaja porque ese análisis coste-beneficio hace más compleja la decisión, pero también la lleva a un terreno más técnico y promueve un análisis a fondo de los pros y contras de la cooperación.

En cualquier caso, debe quedar claro que hoy por hoy está vía no está abierta con la actual jurisprudencia. Además, sería muy controvertido y complejo abrirla porque: i) tendría que hacerse con carácter más general (para todo tipo de auto-regulación en pro de intereses generales, aunque se pudieran imponer condiciones) por lo que tendría importantes *spill-overs*; y ii) porque además exigiría una validación judicial del TJUE (idealmente previa), sin la cual sería muy arriesgado para las empresas, las autoridades o los tribunales nacionales dar un paso adelante.

En cuarto lugar, se podría explorar una combinación de los dos anteriores supuestos y su interacción además con la primera de las opciones (prioridades de las autoridades de competencia). Ello implicaría que las autoridades de competencia, alegando falta de carácter prioritario, decidiesen no intervenir en un acuerdo que restringiese la competencia porque el acuerdo fuese el resultado de un consenso entre todos los actores relevantes legítimamente representados (preferiblemente en un foro institucionalizado al que se hubiesen delegado poderes regulatorios), persiguiese un objetivo de interés general (pro sostenibilidad verde) y las medidas acordadas fueran inherentes y proporcionadas a su consecución. Para la valoración de esta posibilidad, me remito a lo ya comentado en la vía de priorización. La única diferencia con respecto a otros casos de priorización es que, en este escenario, la autoridad estaría respaldada en su no intervención por el consenso alcanzado en un foro legitimado sobre el equilibrio entre los valores de mercados competitivos y otros intereses generales. Se podría sentir pues más cómoda al no tener que hacer esa evaluación (para la que no está bien posicionada) en solitario. Este supuesto es en esencia el que ha sido apoyado explícitamente por la autoridad de competencia de los Países Bajos³¹

III.3. La ruta de la exención del 101.3 (TFUE). Ampliación (reinterpretación) de la exención

³¹ 'ACM sets basic principles for oversight of sustainability arrangements' (Press Release, 2 December 2016).

Hubo periodos en los que la exención del hoy artículo 101.3 TFUE se interpretó de modo amplio, incluyendo (al menos ocasionalmente) no solo eficiencias económicas sino también contribuciones a otros objetivos generales como empleo, cohesión económica y social o medioambiente³². Eran tiempos en los que la Comisión europea tenía el monopolio en la concesión de exenciones bajo el 101.3 y por tanto esa lectura amplia tenía menos relevancia. Sin embargo, desde 2004 cuando se implementa la modernización de la aplicación de los artículos 101 y 102 TFUE y se descentraliza la aplicación íntegra del 101.3 a autoridades y tribunales nacionales, la Comisión se inclinó por una interpretación más restrictiva basada estrictamente en eficiencias económicas y así se reflejó en las Directrices sobre el artículo 101.3 TFUE de la Comisión Europea³³.

Para algunos actores, sin embargo, esta interpretación y su aplicación tradicional deja un margen muy limitado para poder apreciar beneficios medioambientales y conjugar mejor competencia y sostenibilidad verde. Por tanto, proponen explorar fórmulas nuevas para su aplicación, realizar una lectura renovada de algunos de sus requisitos o incluso una reinterpretación que amplie las posibilidades de tener en cuenta estos beneficios medioambientales.

Son muchas las opciones que se están proponiendo para adaptar y ampliar el uso de la excepción del 101.3 con estos fines. Podemos agrupar esas propuestas en dos grandes bloques:

Primero, las que se refieren al tipo de eficiencia o beneficio que se debe valorar y a cómo valorarlo. Están ligadas principalmente al cumplimiento de la primera condición del 101.3 TFUE: la mejora de la producción o distribución de los productos o el fomento del progreso técnico o económico. No obstante, algunos de las fórmulas de este grupo están también ligadas, como veremos, a la segunda de las condiciones del 101.3 TFUE (que las eficiencias redunden en una parte equitativa en los consumidores). Entre las fórmulas encuadrables en este grupo están:

³² Véase, por ejemplo, en relación a la promoción del empleo, la sentencia del TJUE en *Metro c. Comisión*, caso 26/6, EU:C:1977:167, ap. 43; en relación a cohesión económico y social, la decisión de la Comisión en el as. *Ford/Volkswagen*, DOUE 1993 L 20/14; o en relación a medioambiente, el asunto *CEDED*, DOUE 200 L 187/47.

³³ Comunicación de la Comisión — Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (DO C 101 de 27.4.2004, pp. 97-118). Véase, por todos, WHISH, R. & BAILEY, D., *Competition Law*, 9th ed., Oxford University Press, 2018, pp. 166-168. Para una visión crítica de la Comunicación y esta visión restrictiva, véase HANCHER, L. & LUGARD, P. 'HONEY, I., "Shrunk the Article! A Critical Assessment of the Commissions Notice on Article 81(3) of the EC Treaty" [2004] 25(7) *ECLR* 410.

a) Dar más juego e importancia a las eficiencias no relativas al precio o reducción de costes (eficiencias cualitativas). A este respecto una cuestión clave es la cuantificación de dichas eficiencias cualitativas y también su marco temporal (valorar más el medio-largo plazo y no solo el corto plazo).

Las actuales Directrices generales relativas al artículo 101.3 ya reconocen con claridad que no todas las eficiencias implican reducciones de costes, sino que también tienen cabida en el 101.3 las mejoras de calidad y otras eficiencias de carácter cualitativo y que, este tipo de eficiencias pueden ser de igual o mayor importancia que las económicas³⁴. Entre ellas, cabe mencionar las que con frecuencia producen los acuerdos de investigación y desarrollo o los acuerdos de licencia de tecnología. Pueden implicar sinergias que posibiliten innovaciones, nuevos productos o mejoras de calidad de productos existentes, que serían imposibles sin esa cooperación o al menos no con la misma rapidez y efectividad. También pueden suponer una mayor difusión de las mejoras e innovaciones alcanzando a un mayor número de operadores y usuarios³⁵. Estas eficiencias cualitativas son difíciles de cuantificar y, por tanto, resulta más complicado realizar el balance entre los efectos positivos y negativos que en el caso de eficiencias cuantitativas. No obstante, ello no es obstáculo para que se tengan en cuenta y puedan ser consideradas suficientes para aplicar la excepción. Como mucho, puede aconsejar ser cautos (especialmente en los casos en que las restricciones impliquen una subida de precios para el consumidor o un empeoramiento de las condiciones de competencia y su libertad de elección) y comprobar que la eficiencia cualitativa crea un valor “real” que compense los efectos negativos³⁶.

Hasta recientemente, sin embargo, los precedentes y la experiencia para identificar esas eficiencias cualitativas en acuerdos de cooperación verde eran escasas (todavía lo son), al igual que los métodos para valorarlas y contrastarlas con las restricciones derivadas de la cooperación. Además, se tendía a una visión restrictiva de las eficiencias que se podían considerar, focalizándolas más -cuando no únicamente- en mejoras de calidad, innovación o variedad de los productos y eludiendo valorar otros beneficios más generales de salud pública o medioambiente que repercutieran también en los consumidores afectados.

³⁴ Ap. 69 de las Directrices relativas a la aplicación del apartado 3 del artículo 81 del Tratado (hoy 101. 3 TFUE), DOUE C 101, de 27.4.2004, p. 97

³⁵ Ibid. ap. 70-72.

³⁶ Ibid. ap. 104.

A ese respecto, es muy significativo que las Directrices sobre cooperación horizontal publicadas en 2011 (ahora en revisión) siguiesen la misma línea de la Directrices generales sobre la exención del 101.3 y hasta profundizasen en ella³⁷. Como señala Monti³⁸, no sólo abandonan la categoría específica anterior relativa a estándares medioambientales (subsumiéndola en la general de acuerdos de estandarización) sino que se percibe una limitación en los tipos de beneficios a considerar en estos acuerdos. Así el supuesto hipotético que da como ejemplo de estándares medioambientales es un acuerdo de casi todos los fabricantes de lavadoras (90%), auspiciados por un organismo público, para dejar de fabricar productos que no cumplan ciertos criterios medioambientales³⁹. Entre los aspectos positivos del acuerdo, la Comisión contempla que los consumidores podrán utilizar un mayor número de programas en las lavadoras y los menores costes de funcionamiento de la lavadora debidos al menor consumo de agua, electricidad y detergente. No menciona, sin embargo, ningún beneficio en el medioambiente derivado de la reducción de la contaminación y la mayor eficiencia energética, ni siquiera en la parte proporcional del beneficio colectivo que les pueda corresponder a los compradores y usuarios de las lavadoras. Algo que sí había contemplado en decisiones anteriores parecidas⁴⁰ y que algunas autoridades nacionales de competencia sí consideran que se debe contemplar⁴¹. Lo cual está en línea, más en general, con la consideración de otros objetivos generales en el marco del 101.3 TFUE por algunas autoridades nacionales, que

³⁷ Comunicación de la Comisión europea, Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, DOUE C 11, de 14.1.2011, p. 1.

³⁸ MONTI, G., “Four Options for a Greener Competition Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2020, Vol. 11, No. 3–4, p. 124.

³⁹ Directrices horizontales de 2011, ap. 329.

⁴⁰ Véase Caso IV.F.1/36.718, CECED, DOUE L187 de 2000, p. 47, ap. 47–57. Es verdad que esta decisión data de antes de la modernización y descentralización de la aplicación del 101-102 TFUE.

⁴¹ Tal es el caso de la autoridad de Países Bajos, por ejemplo, en su análisis del cierre planteado de plantas de carbón, en el que incluyó los beneficios de mejora medioambiental por reducción de contaminación, mejora en la salud pública y las expectativas de vida. Disponible en https://www.acm.nl/sites/default/files/old_publication/publicaties/12082_acm-analysis-of-closing-down-5-coal-power-plants-as-part-of-serenergieakkoord.pdf Véase también más en general sus Draft Guidelines on Sustainability agreements. Opportunities within competition (2nd draft), disponible en <https://www.acm.nl/en/publications/second-draft-version-guidelines-sustainability-agreements-opportunities-within-competition-law> Para un análisis de la posición de varias autoridades nacionales, véase MALINAUSKAITE, J., “Competition Law and Sustainability: EU and National Perspectives”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2022, Vol. 13, No. 5, p. 336.

tienen una visión mucho más abierta de la naturaleza de efectos positivos a valorar que la de la Comisión europea⁴².

Dada la cada vez mayor importancia de las mejoras medioambientales en la sociedad actual (y el cada vez mayor valor que la ciudadanía -los consumidores- le otorgan), debe prestarse especial atención a intentar identificarlas y valorarlas adecuadamente. Se debe pues fomentar una mayor atención a las mismas. Con todas las cautelas que procedan, pero también con una actitud abierta, moderna y muy consciente de su importancia. Es también importante caminar hacia una mayor uniformidad en la interpretación, en particular en la naturaleza de los beneficios a considerar y su valoración.

En cualquier caso, no se debe olvidar que la carga de la prueba de esos aspectos positivos corresponde a las empresas. Son ellas las que tendrán que ofrecer suficientes evidencias de que el acuerdo genera esos efectos positivos y de su importancia. Evidentemente se pueden encontrar con dificultades para identificarlos, objetivarlos y valorarlos, pero cada vez hay más estudios de economistas medioambientales que exploran e identifican métodos para ello⁴³. Las autoridades de competencia o los jueces deben examinar esas evidencias para ver si son realistas y contrastarlas, en caso necesario con otras investigaciones. Las dificultades para ese ejercicio no deben impedir que se realice, al igual que en otras eficiencias cualitativas en las que hay más experiencias, ya se viene realizando. Más si cabe, visto que la carga de la prueba reside en quien lo alega. Pero para que las empresas hagan ese esfuerzo, en no sólo llevar adelante la cooperación sino soportar la carga de la prueba, las autoridades deben mostrar una actitud abierta a su examen y valoración.

Respecto al marco temporal, creo que no debería haber inconveniente a tener en cuenta no sólo los efectos positivos en el corto plazo sino también en el medio-largo plazo, siempre y cuando esos efectos se puedan probar⁴⁴. Y aquí estará la dificultad porque con

⁴² BROOK, O “Struggling With Article 101(3) TFEU: Diverging Approaches Of The Commission, EU Courts, And Five Competition Authorities”. *Common Market Law Review*(2019) , 56 (1). pp. 121-156.

⁴³ Véase, por ejemplo, HUSSEN, A.M., *Principles of Environmental Economics and Sustainability*, Taylor & Francis, 4th ed., 2018.

⁴⁴ Esta es claramente la posición de la autoridad de los Países Bajos. Véase ap. 40 de sus Directrices Guidelines on Sustainability agreements. Opportunities within competition (2nd draft): “ACM will also take into account long-term benefits, since such are typical of many sustainability agreements.”

frecuencia el medio-largo plazo implicará más variables y por tanto será más difícil de probar. De nuevo, la carga de la prueba reside en las empresas que quieran cooperar.

b) Ampliar los casos en que se puede considerar que existen eficiencias en el mercado (*in-market efficiencies*) y/o valorar también las eficiencias fuera del mercado (*out-of-market efficiencies*), al menos parcialmente y en toda la medida de lo posible. A ello se suma explorar no solo los beneficios individuales, sino también algunos colectivos. Es todo esto último lo que se vincula también a la reinterpretación de la segunda condición del 101.3 (parte equitativa de los beneficios a los consumidores). A este respecto también se debate cuál debe ser el significado de “parte equitativa” y si conlleva una compensación total de los perjuicios o basta una parcial y en su caso, con qué alcance.

Respecto al primer grupo de cuestiones, la clave es identificar si los efectos positivos a considerar son solo los directos sobre los consumidores del mercado en el que se produce la restricción de competencia o se deben tener también en cuenta otros efectos indirectos en ese mismo mercado, efectos sobre el mismo grupo de consumidores en otros mercados, o incluso efectos colectivos sobre la sociedad.

De acuerdo con la interpretación actual, se entiende por consumidores los clientes de las partes del acuerdo y los posteriores compradores, sean empresas o consumidores finales⁴⁵. El foco está en los efectos positivos globales en todos los consumidores de ese mercado de referencia y no tanto los efectos en cada grupo de consumidores⁴⁶. No obstante, la jurisprudencia a veces ha sido más exigente y ha considerado que si existen dos grupos de consumidores, ambos tienen que obtener una “parte equitativa” de los beneficios⁴⁷.

De acuerdo con la jurisprudencia actual, sí parece claro que los efectos negativos para los consumidores en un mercado geográfico o mercado de productos no pueden compensarse con los efectos positivos para los consumidores de otro mercado, salvo cuando dichos mercados estén vinculados y el grupo de consumidores afectado por la restricción y el

⁴⁵ Directrices generales 101.3, ap. 84.

⁴⁶ Ibid. ap. 87. Véase también asunto T-131/99, Shaw, Rec. 2002, p. II-2023, ap. 163; o asunto C-382/12 P, Mastercard c. Comisión, EU:C:2014:2201, ap. 236.

⁴⁷ Asunto T-111/08 Mastercard c. Comisión, EU:T:2012:260, ap. 228.

beneficiario de las mejoras de eficiencia sean sustancialmente idénticos⁴⁸ o al menos haya considerables elementos comunes entre los dos grupos de consumidores⁴⁹.

Por lo que se refiere al significado de “parte equitativa”, la Comisión ha dejado claro que no es necesario que los consumidores obtengan beneficios de cada una de las eficiencias observadas, sino que basta que globalmente sus beneficios en ese mercado sean suficientes⁵⁰. La Comisión parece exigir, sin embargo, que la compensación sea total: en sus directrices dice que “el efecto neto del acuerdo debe ser al menos neutro” para los consumidores⁵¹.

En resumen, la línea actual de la Comisión europea es bastante restrictiva. Parece incluir solamente los efectos positivos directos e indirectos sobre los consumidores en el mercado de referencia (o en otros mercados vinculados cuando al menos haya considerables elementos comunes entre los dos grupos de consumidores). No parecen incluirse beneficios colectivos para la sociedad en general (ni siquiera la parte proporcional de esos beneficios colectivos). Además, se exige que la compensación sea total para cada grupo de consumidores. Esto limita bastante las eficiencias en el mercado (*in-market efficiencies*) que se pueden tener en cuenta, y sólo muy parcialmente y bajo condiciones muy estrictas, permite el uso de eficiencias fuera del mercado de referencia (*out-of-market efficiencies*). La limitación se agranda al exigirse un efecto neutro para cada grupo de los consumidores afectados.

Frente a esta línea, se han lanzado propuestas de reinterpretación que darían al 101.3 un más amplio alcance. Las más ambiciosas provienen de la autoridad de competencia de los Países Bajos (ACN). Además de que tiene una concepción amplia de la naturaleza o tipos de efectos positivos a considerar (incluyendo sostenibilidad social y medioambiental, bienestar animal, salud pública, etc), también considera que no es necesario que el efecto neutro exista para cada grupo de consumidores; que tendrían cabida en el 101.3, al menos en ciertos escenarios, beneficios no sólo para los consumidores sino también para la sociedad en general, y que puede haber “parte equitativa” sin que haya un efecto neutro⁵².

⁴⁸ Directrices generales 101.3, ap. 43. Véase también el asunto T-86/95, *Compagnie Générale Maritime* y otros, ap. 343 a 345, Rec. 2002, p. II-1011.

⁴⁹ Decisión de la Comisión europea de 23 de mayo de 2013, asunto AT.39595, *Air Canada/United Airlines/Lufthansa (Star Alliance)*, ap. 57-58.

⁵⁰ Directrices generales 101.3, ap. 86.

⁵¹ *Ibid.*, ap 85.

⁵² Ap. 45-52 de sus Directrices: *Guidelines on Sustainability agreements. Opportunities within competition* (2nd draft).

En concreto, tal sería el caso de los llamados “acuerdos de daño medioambiental” (*environmental-damage agreements*) que buscan la reducción de externalidades negativas y el uso más eficiente de los recursos naturales⁵³. Para este tipo de acuerdos, considera que es “equitativo” no compensar totalmente a los usuarios porque ellos contribuyen a causar el daño medioambiental (debido a su demanda de dichos bienes) y se beneficiarían del acuerdo como el resto de la sociedad. Para ello, exige que el acuerdo contribuya eficientemente al cumplimiento de un estándar nacional o internacional o de un objetivo concreto de la política medioambiental⁵⁴.

En mi opinión personal, creo factible aceptar que no sea necesario que el efecto neutro exista para cada grupo de consumidores dentro del mercado de referencia. También cabría explorar el considerar los beneficios generados por el acuerdo fuera del mercado de referencia y tener en cuenta para la compensación la parte proporcional de esos efectos positivos que repercutiesen en los consumidores del mercado de referencia. Otras propuestas que van más allá me parecen muy arriesgadas porque atribuyen a la autoridad de competencia funciones para las que no estarían bien situadas y legitimadas. Vuelvo a llamar la atención sobre la necesidad de mantener una uniformidad en la interpretación del 101.3 TFUE. Estas desviaciones se salen claramente del marco actual y crearían diferentes terrenos de juego, riesgo de *forum shopping* e inseguridad jurídica.

Segundo, posibilidades de un mayor margen en el marco de la tercera condición del artículo 101.3 TFUE, la indispensabilidad de la restricción. Para ello se podría tener más en cuenta la urgencia climática (de nuevo el marco temporal) o, por ejemplo, la desventaja que conlleva ser el primer operador en tomar la iniciativa o dar el primer paso.

Respecto a la primera, parece factible que algunas eficiencias medioambientales se puedan generar sin el acuerdo, pero no con la rapidez necesaria, dada la urgencia climática actual. En tal escenario, se podría considerar cumplida la condición de indispensabilidad, pues no hay medidas menos restrictivas para conseguir esas mejoras en el período

⁵³ En el ap. 8 de sus Directrices, la ACN profundiza en este concepto y los efectos de este tipo de acuerdos: “Environmental damage can be described as damage to the environment in the production and consumption of goods or services. Environmental damage results, for example, from the emission of harmful air pollutants and greenhouse gases, and from the waste of raw materials. We call the resulting damage for society, which is not included in the price of production, negative externalities. This damage manifests itself as atmospheric heating, a reduced biodiversity, and/or less healthy livelihoods. Environmental damage implies the inefficient usage of scarce natural resources. If undertakings, by working together, reduce environmental damage, they thus generate an efficiency gain. That gain will not only be reaped by the users of the products in question, but also by society as a whole”.

⁵⁴ *Ibid.*, ap. 48.

temporal necesario. Estas apreciaciones pueden ganar en relevancia a medida que los plazos de reducción de emisiones establecidos se acerquen.

En cuanto a la indispensabilidad de cooperación porque ninguno de los operadores daría el primer paso solo, es un escenario que se puede concebir. Son escenarios que las autoridades de competencia han tenido que valorar en otros ámbitos y cuyo análisis no diverge sustancialmente de esas ocasiones.

En ambos casos, corresponderá a las empresas probar que esa indispensabilidad se cumple con las debidas evidencias.

IV. REFLEXIONES FINALES Y POSICIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA EN EL BORRADOR DE NUEVAS DIRECTRICES DE COOPERACIÓN HORIZONTAL

A lo largo de esta contribución no sólo se han planteado las distintas opciones que se han barajado, sino que también se ha procedido a hacer una valoración sobre sus pros y contras, así como sobre cómo gestionarlas y, en su caso, cómo combinarlas.

Algunas resultan poco problemáticas como la priorización (especialmente -aunque no sólo- en el escenario que hemos denominado de “más competencia”) o la exclusión del 101.1 de la cooperación no relacionada con los parámetros de competencia. Ambas ofrecen potencial de desarrollo y habrá que seguir atentamente cómo se utilizan tanto por la Comisión europea como por las autoridades nacionales de competencia.

Otras, sin embargo, tales como otras exclusiones del 101.1 se han descartado o se han considerado problemáticas. Tal es el caso de la utilización extendida de la jurisprudencia *Wouters* y *Meca Medina* que no se ha considerado una opción posible en el marco actual ni deseable de cara a futuro. Tampoco parece estar abierta en el marco actual la vía de la jurisprudencia *FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden*. Y además, tal como se ha justificado, sería muy controvertido y complejo abrirla.

Respecto a las propuestas de flexibilización o reinterpretación de las condiciones de aplicación de la excepción del 101.3, se han constatado las muy diferentes concepciones que tienen en la práctica la Comisión europea y algunas autoridades nacionales de competencia y se ha insistido en la necesidad de garantizar una sustancial uniformidad. De no tomarse medidas, el debate sobre la sostenibilidad verde puede incrementar las disparidades y agravar el problema. Se ha identificado cada una de las principales

disparidades y, tras su análisis de pros y contras, se ha valorado personalmente el margen de interpretación y cada una de las nuevas propuestas.

Hay que valorar positivamente la amplia consulta *ex ante* realizada por la Comisión europea sobre esta cuestión y el debate que se está produciendo en Europa al respecto a todos los niveles, incluido desde luego el de las autoridades de competencia y los diferentes actores interesados. Lo deseable es alcanzar un consenso sobre al menos las cuestiones principales a debate. Sin embargo, si las dudas sobre el cambio o los *spillovers* persisten, quizás convenga mantener dichas cooperaciones bajo supervisión de las autoridades de competencia, recurrir al análisis caso a caso e ir ganando experiencia⁵⁵. Eso sí intentando ofrecer en paralelo las máximas orientaciones generales posibles a las empresas y a los operadores jurídicos llamados a examinar estas cooperaciones empresariales y abriendo cauces adecuados para que esas empresas puedan consultar sus proyectos de cooperación verde y recibir al menos una valoración informal sobre su transacción o las cuestiones nuevas que ella implique.

En cuanto al posicionamiento de la Comisión europea en su borrador de nuevas Directrices de cooperación horizontal⁵⁶ sobre las distintas opciones aquí debatidas, me limitaré tan solo a un primer acercamiento y valoración general:

-El borrador no se pronuncia sobre la vía de priorización, pero sí trata, directa o indirectamente, las otras dos vías, la de la exclusión del 101.1 y las de excepción del 101.3.

-Con respecto a la vía de exclusión del 101. 1:

a) Queda claro que los acuerdos restrictivos de la competencia no pueden eludir la prohibición del artículo 101.1 por el mero hecho de que sean necesarios para alcanzar un objetivo de sostenibilidad⁵⁷, pero si el acuerdo persigue efectivamente un verdadero

⁵⁵ Esto se reconoce expresamente por la Comisión en el ap. 608 de su nuevo proyecto de Directrices de cooperación horizontal en el que dice:” La experiencia actual en la medición y cuantificación de los beneficios colectivos sigue siendo escasa. La Comisión podrá proporcionar más orientaciones sobre esta cuestión tras acumular experiencia en el tratamiento de casos concretos, lo que podría permitir el desarrollo de metodologías de evaluación.

⁵⁶ Proyecto de Comunicación de la Comisión - Directrices sobre la aplicabilidad del artículo 101 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea a los acuerdos de cooperación horizontal, DOUE C 164, de 19.4.2022, p. 2.

⁵⁷ *Ibid.*, ap. 548.

objetivo de sostenibilidad, no se considerará restricción por objeto y habrá que analizar los efectos⁵⁸.

b) La vía de *Wouters* no parece que se pueda utilizar para excluir los acuerdos de sostenibilidad. La Comisión menciona esta jurisprudencia solo en una nota a pie y además limita su aplicación a regulaciones profesionales.

c) No hay referencia alguna de la Comisión europea a la jurisprudencia *FNV Kunsten Informatie en Media v Staat der Nederlanden* por lo que tampoco parece que la Comisión se plantee explorar esta vía.

d) Sí hay un desarrollo en el proyecto en relación a los acuerdos de sostenibilidad que no infringen la prohibición por no referirse a parámetros de competencia⁵⁹. Tal sería el caso por ejemplo de los que se refieran a la conducta empresarial interna; los acuerdos sobre la creación de una base de datos que contenga información sobre los proveedores o distribuidores con procesos sostenibles; o los relativos a la organización de campañas de sensibilización en todo el sector o de campañas de sensibilización de los clientes sobre la huella ambiental de su consumo. Estas orientaciones generales son bienvenidas.

e) Se incluye una sección 9 específica sobre acuerdos de sostenibilidad, en la que cabe destacar la subsección dedicada a los acuerdos de estandarización medioambiental, y muy en particular la llamada “salvaguardia regulatoria blanda” que permite excluir del 101.1 los acuerdos de estandarización medioambiental que cumplan con 7 condiciones⁶⁰. Aunque las condiciones son exigentes⁶¹, esta salvaguardia ofrece un puerto seguro a las empresas y puede facilitar que cooperen para elevar estándares.

-Con respecto a la vía de excepción del 101. 3:

a) La Comisión sigue centrando la primera condición en mejoras objetivas de la eficiencia tanto cuantitativas como cualitativas (no solo las reducciones de los costes de producción y distribución, sino también los aumentos de la variedad y la calidad de los productos, las mejoras en los procesos de producción o distribución y el aumento de la innovación)⁶²,

⁵⁸ Ibid., ap. 559-560.

⁵⁹ Ibid., ap. 551-554.

⁶⁰ Ibid., ap. 572.

⁶¹ Especialmente la condición sexta que establece que el estándar de sostenibilidad no debe dar lugar a un aumento significativo del precio ni a una reducción importante de la elección de productos disponibles en el mercado.

⁶² Ibid, ap. 577.

pero a lo largo del texto y de los ejemplos que utiliza se aprecia una mayor apertura a subsumir en todos estos supuestos mejoras medioambientales, de la salud o de otros intereses generales (calidad de agua, del aire, de la tierra, seguridad de la cadena de suministro...) siempre que se pruebe que repercutan en los consumidores del mercado de referencia⁶³.

b) Sigue considerando que la compensación debe ser total (efecto al menos neutro para los consumidores. No obstante, no parece considerar necesario que ese efecto neutro se produzca en cada uno de los grupos de consumidores de ese mercado: la Comisión habla más de la incidencia global en los consumidores de ese mercado⁶⁴. Esto puede dar algo más de margen de actuación a las autoridades de competencia.

c) Una de las partes más innovadoras e interesantes del análisis bajo el 101. 3 es la referencia a los beneficios de uso, beneficios de no uso y los beneficios colectivos. Cualquiera de ellos o una combinación de los mismos puede justificar la excepción⁶⁵. Frente a los más clásicos beneficios de uso, son particularmente interesantes los beneficios de no uso y los colectivos.

Los beneficios de no uso son beneficios indirectos, derivados de la apreciación por parte de los consumidores del impacto de su consumo sostenible en los demás (en particular, preferencia por el sostenible porque tiene un impacto menos negativo para los demás). Ello permite abrir de modo notable el abanico de posibles beneficios medioambientales a considerar (lucha contra la deforestación, etc) e incluir además el efecto en no usuarios ajenos al mercado de referencia y la sociedad en general. Evidentemente esto pasa por probar que los consumidores del mercado de referencia están dispuestos a pagar un precio más elevado por un producto sostenible o a limitar su elección de consumo al no utilizar una variante no sostenible del producto, a fin de que la sociedad o las generaciones futuras se beneficien⁶⁶. Y puede bastar con una fracción representativa de todos los consumidores del mercado de referencia⁶⁷. Todo ello se tendrá que probar, vía encuestas o por otros medios sólidos. Habrá que estar muy atentos a la novedosa aplicación práctica de esta prueba.

⁶³ Ibid. ap. 578 y 604-605.

⁶⁴ Ibid. 588.

⁶⁵ Ibid., subsección 9.4.3

⁶⁶ Ibid., ap. 596.

⁶⁷ Ibid. ap. 600.

Respecto a los beneficios colectivos, es importante que se reconozca que “puede ser necesaria una acción colectiva, como un acuerdo de cooperación, para internalizar externalidades negativas y aportar beneficios en materia de sostenibilidad a un grupo más amplio de la sociedad”⁶⁸. No se podrán tener en cuenta todos los beneficios para la sociedad, pero sí la parte de esos beneficios colectivos que repercutan en los consumidores de ese mercado de referencia (y de otros vinculados si los consumidores son sustancialmente los mismos). Por ejemplo, los conductores que compran combustibles menos contaminantes también son ciudadanos que se beneficiarían de un aire más limpio si se utilizaran combustibles menos contaminantes. Para que estos beneficios se materialicen es necesario que la cobertura del acuerdo sea significativa⁶⁹. De nuevo, aquí hay un paso adelante, y razonable, de la Comisión europea.

d) Respecto a la indispensabilidad, y en particular respecto a los puntos debatidos referidos a ella en la sección 3 de esta contribución, hay dos a reseñar. Primero, la Comisión parece abierta al análisis de efectos en el medio-largo plazo⁷⁰. Y segundo, también es consciente de lo que llama “las desventajas del pionero” y la posibilidad de que sustenten en ocasiones la indispensabilidad de una restricción.

V. BIBLIOGRAFÍA

BROOK, O “Struggling With Article 101(3) TFEU: Diverging Approaches Of The Commission, EU Courts, And Five Competition Authorities”, *Common Market Law Review* (2019) , 56 (1), pp. 121-156.

BROOK, O. & CSERES, K., *Policy Report: Priority Setting in EU and National Competition Law Enforcement* (September 28, 2021). Disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3930189> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3930189> , p. 15.

HANCHER, L. & LUGARD, P. ‘HONEY, I., “Shrunk the Article! A Critical Assessment of the Commissions Notice on Article 81(3) of the EC Treaty” [2004] 25(7) *ECLR* 410.

HOLMES, S., MIDDELSCHULTE, D. & SNOEP; M. (eds), *Competition Law, Climate Change & Environmental Sustainability*, Concurrences, 2021.

GASSLER, M., “The new sustainability chapter in the draft revised Horizontal Guidelines of the European Commission”, *EU Law Live Analysis* (4th March 2022).

HUSSEN, A.M., *Principles of Environmental Economics and Sustainability*, Taylor & Francis, 4th ed., 2018.

IACOVIDES, M. C. & VRETTOS, C., “Falling through the cracks no more? Article 102 TFEU and sustainability: the relation between dominance, environmental degradation,

⁶⁸ Ibid., ap. 601.

⁶⁹ Ibid. ap. 604-605.

⁷⁰ Véase, entre otros, en Ibid, ap. 586, el balance entre costes inmediatos y mejoras futuras.

and social injustice”, *Journal of Antitrust Enforcement*, Volume 10, Issue 1, March 2022, pp. 32–62.

KINGSTON, S., *Greening EU Competition Law and Policy*, Cambridge University Press, 2012.

INDERST, R., *Incorporating Sustainability into an Effects-Analysis of Horizontal Agreements*, Expert advice on the assessment of sustainability benefits in the context of the review of the Commission Guidelines on horizontal cooperation agreements, European Union, Luxemburgo, 2022.

MAILLO, J., “ECN+ Directive Implementation: Spain, A First Assessment”, *CoRe* 3|2021, pp. 321-324.

MALINAUSKAITE, J., “Competition Law and Sustainability: EU and National Perspectives”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2022, Vol. 13, No. 5, p. 336.

MARX, A. & WOUTERS, J., *Competition and Cooperation in the Market of Voluntary Sustainability Standards*, Working Paper, Leuven Centre for Global Governance Studies, No. 135 – April 2014.

MONTI, G., “Four Options for a Greener Competition Law”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2020, Vol. 11, No. 3–4, p. 124.

OLMEDO, E., “La discrecionalidad de la Comisión Europea y las ANSc en la tramitación de expedientes de Defensa de la Competencia: incoación, negociación de compromisos y control de sus decisiones”, en TATO, A., COSTAS, J. FERNÁNDEZ, P. Y TORRES, F. (Dir.), *Nuevas tendencias en el Derecho de la Competencia y de la propiedad industrial II*, Comares, 2019, pp. 105-126.

VELJANOVSKI, C., *The Case against Green Antitrust*, Case Associates, 2 November 2021, disponible en www.casecon.com

VERDEGUER, M., “Hacia una Unión Europea verde: el papel del Derecho de la competencia en la lucha contra el cambio climático”, *Unión Europea Aranzadi*, nº 4, 2021

WHISH, R. & BAILEY, D., *Competition Law*, 9th ed., Oxford University Press, 2018, pp. 166-168.