

LA SAGA SCHNEIDER: UN FINAL DECEPCIONANTE

YOLANDA MARTÍNEZ MATA^{1*}

Abogada
Garrigues

1. INTRODUCCIÓN

Los requisitos de la responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias parecían sólidamente fijados desde que la jurisprudencia posterior a *Brasserie du Pêcheur*² y a *Bergaderm*³ viniera confirmando los criterios allí establecidos (violación, daño y nexa causal). Tradicionalmente, el escollo principal ha venido consistiendo en demostrar la concurrencia del primero de los requisitos, puesto que, según jurisprudencia constante, debe demostrarse la existencia de una violación suficientemente caracterizada de una norma jurídica destinada a conferir derechos a los particulares. El criterio decisivo es el margen de apreciación de que disponga la institución en cuestión a la hora de actuar. Si el margen de apreciación es reducido, el requisito de la violación es más fácil de cumplir. Si, por el contrario, la discrecionalidad es amplia, resulta muy complicado convencer a los tribunales comunitarios de la procedencia de la indemnización.

En casos de prohibición incorrecta de una operación de concentración, es evidente que, al menos conceptualmente, podría generarse la responsabilidad extracontractual de la Comisión, pero también lo es que el margen de apreciación de la Comisión en casos que implican valoraciones económicas complejas es necesaria-

1. La autora agradece los comentarios y conversaciones con Stefan Rating, Mercè Reverter, David Sanz y Joan Torrelles durante la elaboración del artículo.
2. Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas (actualmente y en adelante, «Tribunal de Justicia») de 5 de marzo de 1996, en los asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93 – *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, Rec. I-01029. Como es sabido, si bien éste era un caso de responsabilidad extracontractual de los Estados miembros por incumplimiento del derecho comunitario, el Tribunal dejó claro allí, por primera vez, que los criterios de la responsabilidad extracontractual no tenían por qué ser diferentes para los Estados miembros y para las instituciones comunitarias. *Brasserie*, §§ 40 – 42.
3. Sentencia del Tribunal de Justicia de 4 de julio de 2000, en el asunto C-352/98 – *Laboratoires pharmaceutiques Bergaderm SA y Jean-Jacques Goupil c. Comisión*, Rec. I-05291.

mente elevado. Por lo tanto, puede resultar especialmente complicado superar el test de la «violación suficientemente caracterizada».

El Tribunal de Justicia ha tenido recientemente la oportunidad de pronunciarse sobre la cuestión y, como era de esperar, ha dejado claro en la Sentencia *Schneider IV*⁴ que, como cuestión de principio, los requisitos tradicionales de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad son igualmente aplicables en casos de competencia. Si bien es cierto que se trata de un ámbito en el que el margen de apreciación es elevado, no cabe concluir automáticamente que cualquier irregularidad en esta área quedará cubierta por dicho margen. Si la violación lo es de normas de procedimiento, la Comisión no quedará amparada por su poder discrecional y se podrá generar su obligación de responder por los eventuales perjuicios causados.

Hasta aquí nada nuevo, más allá de aplicar por vez primera la jurisprudencia sobre la responsabilidad extracontractual en el marco de operaciones de concentración incorrectamente prohibidas. Sin embargo, el Tribunal no se ha quedado aquí. Además, ha endurecido notablemente el requisito del nexo causal, exigiendo no sólo una relación «suficientemente directa» entre la violación y el daño, sino también, aunque no lo diga en términos tan claros, que la violación sea la causa directa, inmediata y exclusiva del daño. Cualquier factor externo que intervenga en la causación del daño puede ser utilizado por el Tribunal para apreciar la ruptura del nexo causal.

En este artículo se analizan algunos de los argumentos utilizados por el Tribunal de Justicia y, con anterioridad, por el Tribunal General en el caso *Schneider*, para tratar de demostrar que las conclusiones del primero respecto al requisito de la causalidad no son necesariamente consistentes con la jurisprudencia anterior sobre responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias. Aun debiendo aceptar la posibilidad de ruptura del nexo causal por la intervención de factores externos, exigir que la violación de la Comisión sea la única causa del daño es ir demasiado lejos y convierte el artículo 288.2 CE (actual artículo 340.2 TFUE) en prácticamente inoperante.

2. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA COMISIÓN POR PROHIBICIÓN INCORRECTA DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN: EL MARCO DE ANÁLISIS ANTES DE SCHNEIDER

El caso *Schneider* ha sido el primero en que los tribunales de la Unión han debido dilucidar el alcance de la responsabilidad extracontractual de la Comisión por

4. Sentencia del Tribunal de Justicia de 16 de julio de 2009, en el asunto C-440/07 – *Comisión c. Schneider Electric SA*, aún no publicada en la Recopilación (en adelante, «Schneider IV»).

prohibición incorrecta de una operación de concentración.⁵ Conviene pues analizar, antes de entrar a valorar la razonabilidad de los fundamentos jurídicos de la sentencia, las reglas de juego de las que partía el Tribunal de Justicia para dictar su fallo.

2.1. LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LAS INSTITUCIONES DE LA UNIÓN EN GENERAL

El actual artículo 340.2 TFUE establece que «en materia de responsabilidad extracontractual, la Unión deberá reparar los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros». Los términos del precepto no son especialmente claros y, por lo tanto, la labor de la jurisprudencia en la delimitación de los «principios generales comunes a los Derechos de los Estados miembros» y, en definitiva, de los requisitos de la responsabilidad extracontractual de la Unión ha sido especialmente importante.

Dejando de lado una primera etapa en que el criterio fundamental estribaba en la naturaleza, normativa o no, del acto impugnado,⁶ en el año 2000 el Tribunal de Justicia dictó la fundamental Sentencia *Bergaderm* en que no sólo reiteró (por primera vez en sede de responsabilidad institucional) que los criterios de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad no debían diferir en función de la naturaleza nacional o comunitaria de la autoridad generadora del daño,⁷ sino que además consideró que el punto de inflexión para la apreciación de las pretensiones de indemnización era la facultad de apreciación de que gozara la institución comunitaria en cuestión en cada caso particular.⁸

Desde aquella sentencia y según ha venido confirmando y depurando la jurisprudencia posterior,⁹ está claro que para que nazca la responsabilidad extracontractual de la Unión es preciso que concurren cumulativamente los siguientes requisitos: (i) ilegalidad del comportamiento imputado a una institución comunitaria; (ii) realidad del perjuicio, y (iii) existencia de una relación de causalidad directa

5. No así en el ámbito más amplio de la aplicación de las reglas sobre competencia. *Vid.*, por ejemplo, Sentencia del TJCE de 7 de noviembre de 1985, en el asunto C-145/83 – *Stanley George Adams c. Comisión*, Rec. 03539. En ella, el Tribunal reconoció parcialmente las pretensiones del demandante solicitando una indemnización como consecuencia de los perjuicios sufridos por la violación de la obligación de confidencialidad que incumbía a la Comisión. El demandante había denunciado a la compañía suiza Hoffmann-La Roche, en la que trabajaba, por posibles prácticas anticompetitivas y la Comisión vulneró la obligación de preservar su identidad.

6. Entre otras, Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de diciembre de 1971, en el asunto C-5/71 – *Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt c. Consejo*, Rec. 00975.

7. *Bergaderm*, § 41, citando *Brasserie du Pêcheur*, § 42.

8. *Bergaderm*, § 43.

9. Recientemente, Sentencia del Tribunal de Primera Instancia (actualmente y en adelante, «Tribunal General») de 9 de septiembre de 2008, en el asunto T-212/03 – *MyTravel Group plc c. Comisión*, Rec. II-01967.

entre el comportamiento alegado y el perjuicio invocado. El primer y el tercer requisito son los que han merecido mayor elaboración jurisprudencial.

En cuanto al requisito de la ilegalidad cometida por la institución, la violación debe serlo de una norma que tenga por objeto conferir derechos a los particulares y debe ser «suficientemente caracterizada». Desde *Bergaderm*, el criterio decisivo es la inobservancia manifiesta y grave, por parte de una institución, de los límites impuestos a su facultad de apreciación.¹⁰ Así, cuando el margen de apreciación es considerablemente reducido o inexistente, la mera infracción del Derecho de la Unión puede bastar para demostrar la existencia de una violación suficientemente caracterizada. Sin embargo, cuando el margen de apreciación es elevado, demostrar la concurrencia del requisito deviene mucho más oneroso.

Por lo que se refiere al requisito del nexo causal, debe existir una relación de causalidad «suficientemente directa» entre la ilegalidad cometida por la institución comunitaria y el perjuicio sufrido por el interesado. Que sea o no una causa suficientemente directa ha sido objeto de decisiones no siempre consistentes por parte de la jurisprudencia comunitaria. Sin ánimo de realizar aquí un estudio exhaustivo del complejo instituto de la causalidad, conviene señalar algunos conceptos que han sido utilizados de forma recurrente por los tribunales de la Unión —aunque, como hemos dicho, no siempre de forma consistente—, a saber:

- i) Debe analizarse qué hubiera ocurrido en ausencia de la ilegalidad cometida por la institución en cuestión.¹¹ La relación de causalidad existiría si se supera el test de la *conditio sine qua non*¹² y el daño excede los riesgos normales de la actividad comercial y las decisiones empresariales del perjudicado.
- ii) El demandante de indemnización —el damnificado— tiene la obligación de intentar mitigar el perjuicio.¹³
- iii) Relacionado con el criterio anterior pero sin ser exactamente lo mismo, la negligencia contributiva o concurrente por parte del damnificado puede ser utilizada por los tribunales comunitarios tanto para reducir la cuantía del perjuicio indemnizable como para apreciar la ruptura del nexo causal.¹⁴

10. Sobre la importancia de la discrecionalidad o margen de apreciación en la jurisprudencia comunitaria sobre responsabilidad extracontractual de las instituciones comunitarias, *vid.*, Hilson, C. «The role of discretion in EC law of non-contractual liability», *Common Market Law Review*, nº 42, 2005, p. 677-95.

11. Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de enero de 2000, en los asuntos acumulados C-104/89 y C-37/90, *Mulder y otros c. Consejo y Comisión*, Rec. I-00203, § 63.

12. Cauffman, C. 2010. «Schneider IV: the Commission can indeed be liable for its merger decisions... if the conditions for liability are satisfied», *European Competition Law Review*, nº 1, p. 1-7.

13. Así, por ejemplo, tanto en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 10 de julio de 2003, en el asunto C-472/00 P – *Comisión c. Fresh Marine Company A/S*, Rec. I-07541, §§ 46 y 47, como en *Mulder*, § 168, se habló de la obligación de mostrar una «diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio».

14. En *Fresh Marine*, § 66, en *Adams*, §§ 53 y 54, y en la Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de marzo de 1990, en el asunto C-308/87 – *Alfredo Grifoni c. Comunidad Europea de la Energía Atómica*, §§ 16 a 18, se consideró que la responsabilidad correspondía a la institución comunitaria y al damnificado a partes iguales. No obstante, poniendo de relieve la inconsistencia en el uso de este criterio, *vid.*, Craig, P.; De Burca, G. 2008. *EU Law: Text, Cases and Materials*, Oxford, 4ª edición, p. 594.

En definitiva, si los tres requisitos de partida parecen claros –ilegalidad, daño y nexo causal–, la demostración de su concurrencia en el caso concreto puede resultar una labor extremadamente compleja, pudiendo hacerse pocas predicciones sobre la decisión judicial última. Tanto el requisito de la ilegalidad como el del nexo causal han sido definidos de forma sumamente vaga por la jurisprudencia comunitaria, recurriendo a conceptos tan indeterminados como el de la «violación suficientemente caracterizada» o el de la «relación de causalidad suficientemente directa». Vaguedad que constituye, en cualquier caso, el marco jurídico existente para procedimientos de responsabilidad institucional.

2.2. EL ELEVADO MARGEN DE APRECIACIÓN DE LA COMISIÓN EN LA APLICACIÓN DE LAS NORMAS SOBRE COMPETENCIA Y, EN PARTICULAR, EN EL EXAMEN DE OPERACIONES DE CONCENTRACIÓN

Como ha quedado apuntado en la introducción, las decisiones de la Comisión Europea en materia de defensa de la competencia requieren valoraciones económicas complejas y, por lo tanto, suponen necesariamente el reconocimiento de un margen de apreciación elevado para la institución. Ello conlleva, a la luz de los requisitos apuntados en el apartado anterior, cierta dificultad para que eventuales reclamaciones de responsabilidad extracontractual en esta materia puedan prosperar. Resulta extremadamente complicado cumplir con el requisito de la «violación suficientemente caracterizada», lo que explica que hasta la fecha no haya existido jurisprudencia en la materia.

Sin embargo, algunos errores de calado constatados por el Tribunal General durante el año 2002¹⁵ hicieron surgir esperanzas de encontrar algún resquicio para exigir la responsabilidad extracontractual de la Comisión en esta materia. Dos han sido los casos más relevantes planteados ante los tribunales comunitarios como consecuencia de aquellos errores: *Schneider*, el caso que aquí se analiza, y *MyTravel*, en el que el Tribunal General acabó considerando que no había derecho a indemnización por inexistencia de violación suficientemente caracterizada.¹⁶ Casos que ya permiten extraer ciertas conclusiones respecto de las particularidades de la aplicación del régimen de la responsabilidad institucional en el ámbito de la prohibición incorrecta de operaciones de concentración.

Como cuestión de principio, los tribunales de la Unión han dejado claro que los requisitos tradicionales de la responsabilidad extracontractual son aplicables

15. Ese año ha llegado a calificarse de *annus horribilis* para la Dirección General de Competencia, debido a la anulación judicial en poco tiempo de las decisiones de la Comisión en relación con las concentraciones *Airtours/First Choice* (asunto IV/M.1524), *Tetra Laval/Sidel* (asunto COMP/M.2416) y *Schneider/Legrand* (asunto COMP/M.2283) por graves deficiencias en la evaluación económica de las operaciones. *Vid.* Holmes, S. «Blocking mergers unlawfully: Following the Schneider / Legrand decision, the Commission now risks liability in tort». 2008. *European Union Law Articles in English*, junio.

16. *MyTravel*, § 132.

también en este ámbito. Además, a pesar del amplio margen que necesariamente debe reconocerse a la Comisión, no cabe excluir que los errores manifiestos y graves en los que puedan incurrir sus evaluaciones económicas puedan constituir violaciones suficientemente caracterizadas.¹⁷

No obstante, el baremo de exigencia será especialmente elevado, debido a la complejidad de las valoraciones económicas que debe realizar la Comisión al analizar con carácter prospectivo la compatibilidad de las operaciones de concentración con el mercado común.¹⁸ De acuerdo con el razonamiento del Tribunal General, «aceptar que fuera de otro modo amenazaría con menoscabar la capacidad de la Comisión para ejercer plenamente la función de regulador de la competencia que le confiere el Tratado CE debido al efecto inhibitorio sobre el control de las concentraciones que podría ocasionar el riesgo de tener que cargar con las indemnizaciones de los daños alegados por las empresas interesadas».¹⁹

En conclusión, estamos, como era de suponer, en un ámbito en el que el margen de apreciación es elevado y en el que las reclamaciones por daños únicamente van a tener éxito cuando las ilegalidades o errores que cometa la Comisión, que perjudiquen los intereses de terceros, no resulten comprensibles atendiendo a la complejidad inherente a la actuación de dicha institución.

El resultado de esta interpretación es que, a pesar de los graves defectos que, como se ha dicho, constató el Tribunal General en 2002 y conllevaron la anulación de las correspondientes decisiones de incompatibilidad de la Comisión, en *MyTravel* se decidió que la ilegalidad cometida no satisfacía el criterio de la «violación suficientemente caracterizada» y en *Schneider*, aunque lo satisfacía, la relación de causalidad con el perjuicio invocado por el interesado no era «suficientemente directa». Se han confirmado, pues, las sospechas que hacían presagiar una interpretación particularmente restrictiva de los requisitos de la responsabilidad extracontractual en casos de prohibición ilegal de operaciones de concentración.

3. SCHNEIDER IV Y LA REINTERPRETACIÓN DEL REQUISITO DEL NEXO CAUSAL

3.1. ANTECEDENTES

En febrero de 2001, Schneider Electric, S.A. (en adelante, «Schneider») y Legrand, S.A. (en adelante, «Legrand») —empresas matrices, respectivamente, de dos importantes grupos industriales franceses activos en el sector de la distribución eléctrica y la distribución de aparatos eléctricos— notificaron a la Comisión un proyecto de

17. Sentencia del Tribunal General de 11 de julio de 2007, en el asunto T-351/03 – *Schneider Electric SA c. Comisión*, Rec. II-02237 (en adelante, «Schneider III»), § 129.

18. *MyTravel*, § 40.

19. *MyTravel*, § 42.

concentración por el que Schneider pretendía adquirir la totalidad de Legrand mediante una oferta pública de canje. Para ejecutar la operación, las partes se acogieron a la excepción que permite llevar adelante las ofertas públicas de adquisición o canje, siempre que el comprador no ejerza los derechos de voto inherentes a su participación —o sólo los ejerza para salvaguardar el valor íntegro de su inversión— hasta haber recibido la autorización de la operación.²⁰

La Comisión consideró que la operación planteaba serias dudas de compatibilidad con el mercado común y el 30 de marzo de 2001 decidió abrir la segunda fase del procedimiento. Tras recibir información adicional, el 3 de agosto de 2001, la Comisión remitió a Schneider un pliego de cargos en el que señalaba que la operación daría lugar a la creación o refuerzo de una posición dominante en algunos mercados sectoriales nacionales.

Schneider propuso a la Comisión diversas medidas correctoras, sin que a juicio de esta institución fueran suficientes para resolver los problemas de competencia derivados de la operación. En consecuencia, el 10 de octubre de 2001 la Comisión adoptó la decisión por la que declaró la operación incompatible con el mercado común,²¹ por (i) crear una posición dominante en diversos mercados sectoriales de Italia, Dinamarca, España, Portugal, Francia, Reino Unido y Grecia, y (ii) reforzar una posición dominante en diversos mercados sectoriales franceses. Dado que las partes se habían acogido a la excepción que permitía la ejecución parcial de la operación, la Comisión inició pocos días después, el 24 de octubre de 2001, un segundo procedimiento para la separación de Schneider y Legrand. La decisión definitiva la adoptó la Comisión en fecha 30 de enero de 2002,²² ordenando a Schneider separarse de Legrand en un plazo de nueve meses —plazo que posteriormente se prorrogó hasta el 5 de febrero de 2003.

El 13 de diciembre de 2001, Schneider interpuso un recurso de anulación ante el Tribunal General contra la Decisión de incompatibilidad y, el 18 de marzo de 2002, otro contra la Decisión de separación. No obstante, para el caso de que sus pretensiones no fueran estimadas, el 26 de julio de 2002 Schneider celebró un contrato para la cesión de Legrand con el consorcio Wendel-KKR. El contrato debía ejecutarse antes del 5 de diciembre de 2002, salvo que Schneider decidiera resolverlo con anterioridad a cambio de una penalización de 180 millones de euros.

El Tribunal General anuló ambas decisiones de la Comisión en sendas sentencias estimatorias de las pretensiones de Schneider. Así, en la Sentencia *Sch-*

20. Artículo 7.2 del Reglamento (CE) n° 134/2004, de 20 de enero de 2004, sobre el control de las concentraciones entre empresas, DOUE L24, de 29 de enero de 2004, p. 1 (anterior artículo 7.3 del Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DOCE L 395, de 30 de diciembre de 1989, p. 1).

21. Decisión de la Comisión 2004/275/CE, asunto COMP/M.2283 – *Schneider/Legrand*, DOCE L 101 de 6 de abril de 2004, p. 1 (en adelante, «Decisión de incompatibilidad»).

22. Decisión de la Comisión 2004/276/CE, asunto COMP/M.2283 – *Schneider/Legrand*, DOCE L 101 de 6 de abril de 2004, p. 134 (en adelante, «Decisión de separación»).

*neider I*²³, el Tribunal General consideró fundamentalmente que la Comisión (i), de un lado, había errado en la evaluación de los efectos económicos de la operación en los mercados sectoriales nacionales —distintos de los mercados franceses— al sobreestimar el poder económico de la nueva entidad y subestimar el poder de los competidores, amplificando indebidamente los efectos negativos de la operación,²⁴ y (ii), de otro lado, había vulnerado el derecho de defensa de Schneider al no haber abordado con suficiente claridad y precisión, en el pliego de cargos de 3 de agosto de 2001, el problema de yuxtaposición que se producía en los mercados sectoriales franceses como consecuencia de la operación.²⁵ Por lo tanto, anuló la Decisión de incompatibilidad de la Comisión y ordenó a ésta que, de reabrir el caso, respetara las consideraciones de la sentencia.

La Sentencia *Schneider II*²⁶ fue un simple corolario de la anterior, pues se limitó a anular la Decisión de separación que necesariamente debía considerarse ilegal a la luz de *Schneider I*.

Fruto de estas dos sentencias, la Comisión inició un segundo procedimiento de examen de la operación y, el 13 de noviembre de 2002, notificó a Schneider un pliego de cargos en el que informaba de que la operación podía afectar negativamente a la competencia en los mercados sectoriales franceses. Nuevamente Schneider propuso medidas correctoras y nuevamente la Comisión las consideró insuficientes. Schneider consideró que, ante la postura intransigente de la Comisión, no tenía sentido continuar con las negociaciones y, el 10 de diciembre de 2002, ejecutó el contrato de cesión suscrito con Wendel-KKR. El 13 de diciembre de 2002 la Comisión puso fin al segundo procedimiento de examen por falta de objeto.

Casi un año después, el 10 de octubre de 2003, Schneider interpuso ante el Tribunal General un recurso contra la Comisión solicitando que ésta la indemnizara por los perjuicios sufridos como consecuencia de las ilegalidades del primer procedimiento de examen. Schneider reclamaba un total de 1.663 millones de euros, con los correspondientes intereses, derivados, muy resumidamente, de: (i) los costes del segundo procedimiento de examen y de los procedimientos judiciales; (ii) la depreciación del valor de los activos de Legrand; (iii) el lucro cesante debido a la imposibilidad de beneficiarse de las sinergias esperadas de la operación, y (iv) el impacto negativo de todo el procedimiento sobre su reputación.

En la Sentencia *Schneider III*,²⁷ el Tribunal General consideró que la vulneración de los derechos de defensa de Schneider durante el primer procedimiento de examen daba lugar a la responsabilidad extracontractual de la Comisión. No así

23. Sentencia del Tribunal General de 22 de octubre de 2002, en el asunto T-310/01 — *Schneider Electric SA c. Comisión*, Rec. II-04071 (en adelante, «Schneider I»).

24. *Schneider I*, §§ 234 y ss. y §§ 404 y ss.

25. *Schneider I*, §§ 437 y ss.

26. Sentencia del Tribunal General de 22 de octubre de 2002, en el asunto T-77/02 — *Schneider Electric SA c. Comisión*, Rec. II-04201 (en adelante, «Schneider II»).

27. *Supra*, nota 16.

los errores en la evaluación económica de la operación que no satisfacían el estricto rasero de la «violación suficientemente caracterizada», dado el amplio margen de apreciación de que dispone la Comisión para el examen de operaciones de concentración. Respecto a los daños indemnizables, el Tribunal General consideró que únicamente existía una relación de causalidad «suficientemente directa» con los gastos derivados de la reanudación del procedimiento de examen de la operación y con la reducción del precio de cesión que Schneider tuvo que conceder a Wendel-KKR para obtener un aplazamiento en la ejecución del contrato que permitiera esperar a la finalización de los procedimientos instados por Schneider ante los tribunales de la Unión. No obstante, el Tribunal consideró que Schneider había contribuido en parte a su propio perjuicio al ejecutar su oferta pública de canje asumiendo el riesgo de una decisión de incompatibilidad. En consecuencia, de la reducción del precio de cesión de Legrand sólo debía responder la Comisión en una proporción de dos tercios del perjuicio indemnizable. La cuantificación exacta de la indemnización se dejaba para un procedimiento posterior.

3.2. LA DECISIÓN FINAL DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA: ¿ALGÚN MARGEN PARA EXIGIR LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL DE LA COMISIÓN?

El recurso de casación de la Comisión contra la Sentencia *Schneider III* no se hizo esperar. La decisión del Tribunal General no había dejado indiferente a nadie. Los detractores de la sentencia, entre los cuales se encontraba, por descontado, la propia Comisión, consideraban que se estaba abriendo la puerta a un alud de reclamaciones por responsabilidad extracontractual que limitarían indebidamente el margen de maniobra que necesita la Comisión para evaluar las operaciones de concentración y colapsarían la actuación de los tribunales comunitarios.²⁸ Los partidarios de la sentencia, en cambio, entendían que el margen de apreciación de la Comisión no podía justificar la inmunidad de esta institución ante cualquier reclamación por graves que hubieran sido sus errores y en detrimento del derecho a la tutela judicial de las empresas. De hecho, algunos de estos autores lamentaban que el Tribunal General sólo hubiera reconocido el derecho a compensación por la vulneración del derecho de defensa de Schneider, pero no por el defectuoso análisis económico realizado por la Comisión.²⁹

28. Para una fundada opinión en contra de la responsabilidad extracontractual de la Comisión por prohibición ilegal de operaciones de concentración, *vid.*, Petit, N.; Rato, M. 2007. «The Commission's non-contractual liability in the field of merger control – Don't use a hammer when you need a screwdriver», *eSapience Center for Competition Policy*, junio.

29. Dawes, A.; Peci, K. 2008. «Sorry, but there's nothing we can do to help: Schneider II and the extracontractual liability of the European Commission in merger cases», *European Competition Law Review*, nº 3, p. 151-61.

El delicado balance había sido ya expresado por el Tribunal General al enfrentarse a la cuestión que se le planteaba en *Schneider III*. Así, después de repasar los requisitos tradicionales de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad, había concluido:

Esta definición del umbral de generación de la responsabilidad extracontractual de la Comunidad permite proteger el margen de maniobra y la libertad de apreciación de que debe gozar, en aras del interés general, el regulador comunitario de la competencia, tanto en sus decisiones discrecionales como en su interpretación y su aplicación de las disposiciones pertinentes del Derecho comunitario primario y derivado, sin que recaigan sobre terceros, no obstante, las consecuencias de incumplimientos flagrantes e inexcusables.³⁰

También el abogado general, en sus conclusiones, había dicho:

Más que la abultada cuantía reclamada, cerca de 1.700 millones de euros, reviste importancia en este asunto la eventual incidencia del pronunciamiento de este Tribunal de Justicia en la política económica del órgano comunitario encargado del cuidado de la competencia en Europa.³¹

En efecto, con el recurso de casación de la Comisión, el Tribunal de Justicia se enfrentaba de nuevo al espinoso dilema. Veamos si consiguió mantener el equilibrio.

3.2.1. *La violación suficientemente caracterizada*

En casación, la cuestión del defectuoso análisis económico efectuado por la Comisión en relación con el impacto de la operación en diversos mercados sectoriales nacionales fuera de Francia ni siquiera se planteó. El Tribunal General había dicho que en la medida en que los errores de la Comisión no invalidaban las conclusiones de ésta con respecto a los mercados franceses en los que sí se suscitaban serias dudas de compatibilidad, la única ilegalidad que podría haber privado a Schneider de una decisión favorable era la incorrecta formulación del pliego de cargos.³² No se impugnó esta decisión.

Por lo tanto, el Tribunal de Justicia únicamente debía valorar la corrección del pronunciamiento del Tribunal General al estimar que la vulneración del derecho

30. *Schneider III*, § 125.

31. Conclusiones del abogado general, Sr. Dámaso Ruíz Jarabo Colomer, presentadas el 3 de febrero de 2009, en el asunto C-440/07 – *Comisión c. Schneider Electric, SA*, aún no publicadas en la Recopilación, § 2.

32. *Schneider III*, § 129 a 139.

de defensa de Schneider constituía una violación suficientemente caracterizada de una norma cuyo objeto era conferir derechos a los particulares.

En este punto, el Tribunal de Justicia estuvo de acuerdo con el Tribunal General. La norma violada era el artículo 18.3 del antiguo reglamento de concentraciones³³ que establecía con meridiana claridad lo siguiente:

3. La Comisión basará sus decisiones únicamente en las objeciones sobre las que los interesados hayan podido formular sus alegaciones. En el curso del procedimiento quedarán plenamente garantizados los derechos de la defensa de los interesados. El acceso al expediente será posible al menos para las partes directamente interesadas, siempre y cuando se respete el interés legítimo de las empresas de que no se divulguen sus secretos de negocios.

Era evidente que la norma confería derechos a los particulares y era evidente que si en el pliego de cargos —o en un momento posterior— no se formuló de forma suficientemente clara y precisa la imputación de yuxtaposición sobre la que después se basó en gran parte la decisión de la Comisión, la norma debía entenderse violada.

Ahora bien, ¿se trataba de una violación suficientemente caracterizada en el sentido tradicional de la jurisprudencia comunitaria? Esto es, ¿había incurrido la Comisión en inobservancia manifiesta y grave de los límites impuestos a su facultad de apreciación, tal y como se venía exigiendo desde *Bergaderm*? El Tribunal de Justicia entendió que sí e inadmitió, en consonancia con el Tribunal General, las argumentaciones de la Comisión indicando que la complejidad de las valoraciones económicas en temas de competencia y la celeridad de los procedimientos debían relativizar la gravedad de este tipo de errores. En palabras del Tribunal, en la sentencia recurrida se había llevado a cabo correctamente «una distinción entre un análisis completo del fondo de un problema de competencia y la formulación de dicho problema, de lo que deduce que la mera formulación no implica ninguna dificultad especial».³⁴

Por lo tanto, quedaba satisfecho el primer requisito. La Comisión había incurrido en una violación suficientemente caracterizada de una norma que confiere derechos a los particulares, traspasando de forma manifiesta y grave los límites impuestos a su facultad de apreciación.

33. Reglamento (CEE) n° 4064/89 del Consejo, de 21 de diciembre de 1989, sobre el control de las operaciones de concentración entre empresas, DOCE L 395, de 30 de diciembre de 1989, p. 1.

34. *Schneider IV*, § 182, citando *Schneider III*, § 155.

3.2.2. *La realidad del perjuicio invocado*

El segundo requisito, el de la existencia de un daño cierto, específico y susceptible de valoración económica sufrido por Schneider, no mereció la atención del Tribunal. De la lectura de la sentencia parece desprenderse, implícitamente, que nadie dudaba de la realidad del perjuicio.

Al respecto, cabe sin embargo hacer un breve apunte, puesto que la Comisión sí puso en entredicho la concurrencia del segundo requisito. Según se desprende de las conclusiones del abogado general, la Comisión consideraba que la Sentencia *Schneider III* reconocía un derecho a indemnización por un perjuicio que no había sido reclamado. Schneider había solicitado, entre otros, indemnización por la pérdida de valor de los activos de Legrand y, no obstante, el Tribunal General había reconocido indemnización por la disminución del precio de cesión de esta sociedad.

El abogado general concluye que la disminución del precio de cesión constituye una parte de la pérdida financiera invocada por Schneider y que «dirimir un pleito resolviendo infra petita no contraviene ninguna norma procesal».³⁵ Como se ha dicho, el Tribunal de Justicia ni siquiera entró a dilucidar esta cuestión.

3.2.3. *El nexos causal: ¿un nuevo estándar de exigencia?*

El mayor interés de la Sentencia *Schneider IV* se encuentra en el análisis de la concurrencia del tercero de los requisitos de la responsabilidad extracontractual: el nexo de causalidad entre la ilegalidad cometida y el daño invocado. Es aquí, precisamente, donde el Tribunal de Justicia disiente de la opinión del Tribunal General y donde radica la importancia fundamental de esta sentencia para futuras reclamaciones de responsabilidad extracontractual.

El Tribunal analizó en este punto la relación de causalidad existente entre las ilegalidades cometidas por la Comisión —únicamente, recuérdese, las relativas a la vulneración del derecho de defensa de Schneider— y los daños sobre los que el Tribunal General había reconocido un derecho a indemnización, esto es, los costes del segundo procedimiento de examen y la reducción del precio de cesión de Legrand. En cuanto a los gastos de reanudación del procedimiento, no había dudas. El Tribunal de Justicia convino con el Tribunal General que se trataba de daños indemnizables directamente vinculados con las ilegalidades cometidas por la Comisión.

La discrepancia estribaba en el carácter indemnizable o no de la reducción del precio de cesión de Legrand. A este respecto, el abogado general ya había dicho en sus conclusiones de 3 de febrero de 2009 que, a su juicio y en contra de lo decidido por el Tribunal General, «el vínculo desencadenante de la responsabilidad extracon-

35. Conclusiones *Schneider IV*, § 118.

tractual carece en este caso de las notas características de la adecuación, es decir, que el daño no deriva del acto ilegal de manera directa, inmediata y exclusiva, en una relación de causa a efecto». ³⁶ El abogado general consideró que la reducción del precio de cesión de Legrand no provenía de la ilegalidad cometida por la Comisión sino de la libre voluntad negociadora de Schneider al fijar las cláusulas del contrato de cesión.

El Tribunal de Justicia, en términos menos claros que los del abogado general –el Tribunal no habla en ningún momento de causa «directa, inmediata y exclusiva»– pero siguiendo su razonamiento, entendió igualmente que no existía una relación de causalidad suficientemente directa entre la ilegalidad y el perjuicio. Si bien, según reconoció el Tribunal, el 26 de julio de 2002 –fecha de suscripción del contrato de cesión con el consorcio Wendel-KKR– aún no se habían dictado las Sentencias *Schneider I* y *Schneider II* y, por lo tanto, estaba vigente la obligación de separación, en diciembre de 2002, cuando se ejecutó el contrato de cesión, Schneider no estaba obligada a ello, pudiendo hacer uso de la facultad de resolución que ella misma había previsto en el contrato. Si no lo hizo fue, a juicio del Tribunal, por temor a una decisión de incompatibilidad, puesto que de lo contrario lo lógico hubiera sido seguir con el procedimiento de examen de la operación hasta el final. Ciertamente, ello hubiera conllevado una penalización de 180 millones de euros, pero tal riesgo únicamente se derivaba de las cláusulas del contrato de cesión libremente negociadas por Schneider.

Siguiendo esta lógica, el Tribunal razonó que de haber soportado la penalización y continuado con el procedimiento de examen cabían dos posibilidades: (i) una decisión de compatibilidad, que hubiera acabado con la obligación de ceder Legrand y, por lo tanto, con la reducción de su precio de venta, o (ii) una decisión de incompatibilidad que hubiera obligado a la separación, pero siendo ello un riesgo inherente a la ejecución de una concentración antes de la decisión de la Comisión.

En consecuencia, el Tribunal de Justicia estimó que el Tribunal General erró en su calificación jurídica de los hechos puesto que «no existe una relación de causalidad directa entre la reducción del precio controvertida y la ilegalidad que vicia la Decisión negativa de la Comisión. En efecto, la causa directa del daño alegado es la decisión de Schneider de permitir que la cesión de Legrand surtiese plenos efectos en fecha 10 de diciembre de 2002, a lo cual no estaba obligada». ³⁷ No existía, por lo tanto, derecho a indemnización por la reducción del precio de cesión, debiendo casarse la Sentencia *Schneider III* en este punto.

36. *Conclusiones Schneider IV*, § 140.

37. *Schneider IV*, §§ 221 y 222.

3.3. COMENTARIO A LA DECISIÓN DEL TRIBUNAL

Schneider IV constituye ya el primer precedente con el que contamos para fijar los límites de la responsabilidad extracontractual de la Comisión en casos de prohibición incorrecta de operaciones de concentración. Deben reconocerse a los tribunales de la Unión varios méritos en el análisis de un caso, nada fácil, en el que debían equilibrar dos necesidades contrapuestas: la indemnización del perjudicado y la salvaguardia del margen de apreciación que requiere el regulador comunitario de la competencia. No obstante, el resultado final ha consistido en primar claramente la segunda de esas dos necesidades, en detrimento evidente de los legítimos intereses del damnificado.

Tribunal General y Tribunal de Justicia han estado de acuerdo en considerar que, como cuestión de principio, los principios generales aplicables a la responsabilidad extracontractual de las instituciones de la Unión son también aplicables al defectuoso análisis de operaciones de concentración. Ambos tribunales han dejado claro, además, que el margen de apreciación de la Comisión, aunque amplio, no es ilimitado y, por lo tanto, no justifica cualquier error; en particular, los errores de procedimiento que lesionen los derechos de defensa de los interesados. Decir que era necesario distinguir «entre un análisis completo del fondo de un problema de competencia y la formulación de dicho problema», para luego concluir que «la mera formulación no implica ninguna dificultad especial» no era necesariamente evidente y hemos de reconocer el avance que ello supone al recordar a la Comisión que debe prestar particular atención a la protección de los derechos fundamentales de las empresas.³⁸

En cuanto a si se debía haber reconocido la existencia de «violación suficientemente caracterizada de una norma que confiere derechos a los particulares», no sólo por los errores procedimentales, sino también por la evaluación económica defectuosa de los efectos de la operación en el mercado común, a nuestro juicio, acertó el Tribunal General –el Tribunal de Justicia, como se ha dicho, no entró en esta cuestión– al considerar que no. Ciertamente, habían existido errores en la valoración del impacto de la operación en los mercados sectoriales fuera de Francia, pero la concentración continuaba planteando serios problemas de competencia en diversos mercados sectoriales franceses y, por lo tanto, los errores de la Comisión –aunque graves– no habían privado a *Schneider* de una decisión favorable. Ello no quiere decir, por descontado, que cualquier error en las valoraciones económicas de la Comisión, por grave que sea, haya de quedar fuera del actual artículo 340.2 TFUE, pero no creemos que sea esa la conclusión que se debe extraer del caso.

38. La importancia de respetar las normas procesales y los derechos de defensa de los interesados en el ámbito de la aplicación de las normas de competencia, así como las posibles consecuencias de su violación en sede de responsabilidad extracontractual, también se infieren de *Adams* (*supra*, nota 4), caso en el que la Comisión había violado su obligación de confidencialidad al no preservar adecuadamente la identidad del denunciante.

Sin embargo, el análisis del Tribunal de Justicia sobre la relación de causalidad y, sobre todo, la conclusión alcanzada al respecto, nos parecen menos meritorios. Se favorece inmerecidamente a la Comisión, en detrimento de los legítimos intereses de Schneider, sin que el razonamiento del Tribunal de Justicia resulte convincente.

En primer lugar, parece que el Tribunal está modificando, sin decirlo, el tercer requisito de la responsabilidad extracontractual, pasando del criterio tradicional de la relación «suficientemente directa» a uno más estricto en el que sólo se admite una única causa del daño. En efecto, el Tribunal acoge prácticamente en su integridad las conclusiones de su abogado general, sin utilizar, sin embargo, los términos clarísimos que había utilizado éste, al desechar toda teoría de causación múltiple y exigir que la ilegalidad cometida por la Comisión fuera la causa «directa, inmediata y exclusiva» del daño. Con el fin de garantizar la seguridad jurídica de los futuros solicitantes de indemnización, hubiera sido deseable que si el Tribunal de Justicia pretendía limitar de tal forma el carácter «suficientemente directo» de la causa generadora del daño, al menos lo hubiera dejado claro.

En segundo lugar, resulta paradójico que, siendo consciente el Tribunal de la necesidad de casar dos intereses contrapuestos, éste no haya utilizado los recursos con los que contaba, a la luz de su propia jurisprudencia, para encontrar una solución algo más equitativa. El Tribunal toma su decisión sin entrar a considerar conceptos utilizados en su jurisprudencia anterior, tales como (i) la *conditio sine qua non*; (ii) el deber del empresario de mitigar el perjuicio, o (iii) la negligencia concurrente. Conceptos, todos ellos, que le hubieran permitido obligar a la Comisión a reparar —como mínimo, en parte— el perjuicio ocasionado, sin abrir la veda a un número ingente de reclamaciones infundadas de indemnización.

Respecto a la *conditio sine qua non*, resulta difícilmente argumentable que, en ausencia de la ilegalidad de la Comisión, Schneider hubiera sufrido idénticos perjuicios. Y no sólo nos referimos a reconocer el derecho a recuperar los gastos de un doble procedimiento —lo que al Tribunal de Justicia ya le parece suficiente—, sino también a la reducción del precio de cesión de Legrand. Conviene recordar, en este sentido, que, cuando Schneider celebró el contrato de cesión con el consorcio Wendel-KKR, aún no habían recaído las Sentencias *Schneider I* y *Schneider II* y, por lo tanto, la Decisión de separación de la Comisión era plenamente ejecutiva. Schneider acordó la cesión porque en ese momento estaba obligada a ello y lo estaba, precisamente, como consecuencia de la decisión de la Comisión³⁹.

En cuanto al deber del empresario de mostrar una diligencia razonable en la mitigación del perjuicio, el hecho mismo de contratar la cesión pactando la posibilidad de resolución fue una muestra de prudencia empresarial. Schneider conti-

39. Tal como observó el abogado general, en el párrafo 127 de sus conclusiones:

«Además, sin abandonar la fusión antes de que terminara la batalla judicial entablada en el Tribunal de Primera Instancia y mientras avanzaban rápidamente sus conversaciones con el futuro comprador, Schneider se sentía atrapada entre el cumplimiento de sus obligaciones legales y las expectativas jurisdiccionales aludidas. Sería inícuo recriminarle su celeridad en amoldarse a la Decisión de separación, cuando la propia Comisión requería un final inmediato de la concentración económica».

nuaba interesada en la concentración, pero, para el caso de que sus pretensiones de anulación no fuesen reconocidas, celebró el contrato de cesión, difiriendo sus efectos hasta diciembre de 2002. Lo hizo además en un momento en el que, precisamente por la incertidumbre respecto a la decisión definitiva del Tribunal General, podía obtener un mayor precio que si acababa recayendo una sentencia desestimatoria, pero probablemente uno menor del que hubiera conseguido tras la estimación de sus pretensiones.

En relación con la negligencia concurrente de Schneider, nadie duda de que Schneider contribuyera en parte a su propio perjuicio: primero, al ejecutar la oferta pública de canje antes de contar con la autorización comunitaria de la operación y, luego, al pactar una penalización con Wendel-KKR para el caso de no ejecutar el contrato de cesión. Pero el Tribunal de Justicia no analizó la cuestión como un supuesto de concurrencia de culpas, sino como uno de ruptura del nexo causal. Conclusión, a nuestro juicio, altamente criticable desde varios puntos de vista. Por un lado, la ejecución de una oferta pública de canje antes de contar con la debida autorización de la operación (i) es una posibilidad prevista en el reglamento comunitario de concentraciones, y (ii) aunque conlleva ciertamente la asunción del riesgo de prohibición de la operación, no debería suponer también la asunción del riesgo derivado de procedimientos defectuosos y con dilaciones. Por otro lado, la penalización pactada por la eventual resolución del contrato de cesión tiene, como se ha dicho en el párrafo anterior, la doble vertiente de contribución al daño y diligencia debida. Podríamos discutir sobre la razonabilidad de la cantidad de la penalización –180 millones de euros–, pero ello no debería hacernos olvidar que Schneider venía obligada a la cesión por la Decisión de separación y que, en el momento de celebrar el contrato, resultaba legítimo e incluso razonable que Schneider quisiera continuar con la concentración.

En tercer y último lugar, después de haber repasado las posibilidades con las que contaba el Tribunal y que decidió no utilizar, merece la pena analizar los estrictos términos de su razonamiento. En los escasos veinte párrafos dedicados en *Schneider IV* a la relación de causalidad, el Tribunal se fija esencialmente en las decisiones empresariales de Schneider después de haberse dictado las Sentencias *Schneider I* y *Schneider II*, para concluir que lo lógico hubiera sido continuar con la concentración hasta sus últimas consecuencias y que, si no se hizo así, fue simplemente por el temor a una decisión de incompatibilidad.⁴⁰ De haber continuado con la operación, Schneider hubiera soportado la penalización pactada con Wendel-KKR –según el Tribunal, como consecuencia únicamente de su libre voluntad negociadora– y en caso de decisión de compatibilidad no hubiera soportado ninguna reducción en el precio de cesión de Legrand, mientras que en caso de decisión de incompatibilidad únicamente hubiera tenido que asumir el riesgo inherente a su decisión de ejecutar la cesión antes de contar con la autorización de la Comisión.

40. *Schneider IV*, § 204.

Este razonamiento del Tribunal adolece, a nuestro juicio, de serias deficiencias. El Tribunal olvida que lo que se discutía era la reducción del precio de cesión como consecuencia de la primera Decisión de incompatibilidad. Schneider, digámoslo una vez más, celebró la cesión cuando estaba obligada a ello, obteniendo un precio menor del que hubiera podido conseguir en otras condiciones, como consecuencia de una decisión de la Comisión que luego se anuló y consideró ilegal. Lo que ocurriera en el segundo procedimiento de examen de la operación y las probabilidades —o conjeturas— de que la operación fuera igualmente considerada incompatible con el mercado común, no desvirtúan el daño ocasionado a Schneider como consecuencia de la primera decisión. Dicho de otro modo, ¿qué hubiera ocurrido si Schneider, en lugar de pactar un aplazamiento para la ejecución de la cesión, hubiera ejecutado la cesión antes de las Sentencias *Schneider I* y *Schneider II*? o ¿qué hubiera ocurrido en caso de soportar la penalización pactada con *Wendel-KKR*? ¿Se le hubiera reconocido un derecho a indemnización por el menor precio o por el importe de la penalización, pactados ambos en ejecución de una decisión vigente de la Comisión? A juzgar por los criterios del Tribunal, probablemente no. Nuevamente se podría haber atribuido cualquiera de las dos decisiones a la libre voluntad empresarial. No parece que sea una solución razonable. En procedimientos que duran años como consecuencia de graves errores institucionales, pedir que las empresas se limiten a esperar y únicamente tomen las decisiones que más faciliten la vida de la institución en cuestión va mucho más allá de lo que cabe exigir a cualquier empresario como parte de su obligación de mostrar una «diligencia razonable para mitigar el perjuicio».

En definitiva, en *Schneider IV* el Tribunal de Justicia se ha pronunciado por primera vez sobre el alcance y los límites de la responsabilidad extracontractual de la Comisión en casos de prohibición ilegal de operaciones de concentración. Lo ha hecho, afortunadamente, recordándole a la Comisión la importancia de salvaguardar los derechos fundamentales de los interesados en los procedimientos de concentración y, con ello, los límites del amplio margen de apreciación del que goza la institución comunitaria en este ámbito. Sin embargo, más allá de estas declaraciones de principios, el Tribunal ha decidido que, para tener derecho a indemnización, la ilegalidad debe ser la causa «directa, inmediata y exclusiva» del daño, endureciendo así notablemente el tradicional requisito de la causalidad «suficientemente directa». El resultado es, obviamente, una advertencia a las empresas —que lo van a tener difícil para demostrar el nexo causal si sólo se admite una única causa del daño— y un alivio para la Comisión, pero también un descrédito para los tribunales de la Unión, que desnaturalizan así un derecho reconocido en el Tratado.

4. CONCLUSIONES

Bergaderm supuso un punto de inflexión en la jurisprudencia relativa a la responsabilidad extracontractual de las instituciones de la Unión y es posible que *Schnei-*

der IV, dictada en julio de 2009, suponga otro, al menos en el ámbito de actuación de la Comisión relativo a la autorización o prohibición de operaciones de concentración. En *Bergaderm* se dejó claro que el criterio decisivo para satisfacer el criterio de la «violación suficientemente caracterizada de una norma que tiene por objeto conferir derechos a los particulares» radica en el margen de apreciación del que gozan las instituciones comunitarias en cada actuación. Ahora, en *Schneider IV*, se ha dicho —no tan claro— que, para tener derecho a indemnización por los daños derivados de la prohibición ilegal de una concentración, la ilegalidad de la Comisión tiene que ser la única causa del daño. Cualquier factor externo y, en particular, toda decisión empresarial, que intervenga en la causación del perjuicio, podrán ser utilizados por el Tribunal para apreciar la ruptura del nexo causal.

El Tribunal de Justicia se ha decantado así por asegurar un amplio margen de apreciación —y de error— a la Comisión, evitándole el riesgo de tener que enfrentarse a cuantiosas reclamaciones de responsabilidad extracontractual. El objetivo es sin duda legítimo y, ciertamente, debe reconocerse que los análisis prospectivos de la Comisión en temas de competencia son altamente complejos y se pueden cometer errores. Si cada error de la Comisión en este ámbito pudiera suponer reclamaciones de miles de millones de euros, las facultades del regulador de la Unión en materia de competencia se verían efectivamente mermadas.

Ahora bien, ¿era necesario, para salvaguardar ese margen de maniobra, tomar la decisión que se ha tomado en *Schneider IV*? A nuestro juicio, no. En primer lugar, porque la interpretación tradicionalmente restrictiva de la «violación suficientemente caracterizada» ya hace de por sí muy complicado superar los raseros de la responsabilidad extracontractual en este ámbito. Los errores en las valoraciones económicas casi siempre van a quedar fuera de este tipo de reclamaciones en la medida en que, de acuerdo con la jurisprudencia comunitaria, entrarán dentro de la normalidad. En segundo lugar, porque la violación de que se trataba afectaba a los derechos de defensa de la empresa y, por lo tanto, «el otro» interés en juego era especialmente digno de protección. Y, en tercer lugar, porque, según hemos intentado mostrar en este artículo, el Tribunal de Justicia disponía de recursos que le hubieran permitido tomar una decisión algo más equitativa, calibrando cuidadosamente los intereses en juego. En este sentido, aunque la decisión del Tribunal General de indemnizar los dos tercios del perjuicio pueda parecer aleatoria (deliberadamente, hemos omitido entrar aquí en el pantanoso terreno de si lo procedente era indemnizar los dos tercios, la mitad o cualquier otra cantidad), respondía mejor a la concurrencia de culpas que parecía obvia en este caso.

En definitiva, aunque creemos que resulta forzoso convenir con Tridimas que, en última instancia, quien paga la indemnización es el contribuyente comunitario y, por lo tanto, únicamente debería reconocerse la indemnización cuando el interés en compensar al perjudicado supere el interés de proteger al contribuyente,⁴¹ no

41. Tridimas, T. 2006. *The General Principles of EU Law*, Oxford University Press, 2ª edición, p. 480.

consideramos que en este caso se haya hecho el balance adecuado. Exigir a las empresas que no tomen ninguna decisión que pueda contribuir, siquiera remotamente, a la causación del perjuicio, no ya para no ver disminuida su indemnización, sino para no excluirla de plano, convierte al artículo 340.2 TFUE en papel mojado.

SEGUNDA PARTE

DIRECCIONES DE INTERUNTE

