

**Informe final del consejero auditor <sup>(1)</sup>**  
**Transporte aéreo de mercancías (readopción)**  
**(AT.39258)**  
 (2017/C 188/10)

**INTRODUCCIÓN**

1. El 9 de noviembre de 2010, en el asunto COMP/39258 *Transporte aéreo de mercancías*, la Comisión adoptó la Decisión C(2010) 7694 final relativa al procedimiento con arreglo al artículo 101 del Tratado, el artículo 53 del Acuerdo EEE y el artículo 8 del Acuerdo entre la Comunidad Europea y la Confederación Suiza sobre el transporte aéreo (en adelante, «Decisión de 2010») <sup>(2)</sup>. Todos los destinatarios de la decisión por la que se imponen multas por el cartel, excepto uno, interpusieron recursos de anulación (total o parcial).
2. En 13 sentencias con fecha de 16 de diciembre de 2015 (las «sentencias de 2015») <sup>(3)</sup>, el Tribunal General dictaminó que la Decisión de 2010 adolecía de un defecto de motivación <sup>(4)</sup>. Dependiendo de las pretensiones alegadas ante el Tribunal General, ese defecto supuso la anulación total o parcial de la Decisión de 2010 con respecto a las distintas Partes que habían impugnado dicha Decisión <sup>(5)</sup>.
3. Las sentencias de 2015 señalaron un incumplimiento del requisito de motivación adecuada de conformidad con el artículo 296, apartado 2, del TFUE. No dictaminaron sobre ningún motivo de fondo. El proyecto de Decisión al que se refiere el presente informe está concebido para sustituir a la Decisión de 2010 en la medida en que esta ha sido anulada. Pretende corregir las deficiencias detectadas en las sentencias de 2015 y tener en cuenta la evolución en la estructura de algunas empresas desde 2010.

**Cartas de mayo de 2016**

4. El 20 de mayo de 2016, la Dirección General de Competencia de la Comisión (la «DG Competencia») escribió a los demandantes en las 13 impugnaciones que desembocaron en las sentencias de 2015. Las cartas en cuestión (la «cartas de mayo de 2016») informaron a dichas Partes de la intención de la DG Competencia de proponer que la Comisión adoptara una decisión totalmente nueva en el asunto AT.39258. Los destinatarios de dicha decisión serían las personas jurídicas afectadas por las 13 demandas ante el tribunal General, puesto que la Decisión de 2010 fue anulada con respecto a cada demandante. La decisión consideraría que cada uno de los denunciantes ante el Tribunal General participó en una «infracción única y continuada» en relación con todas las rutas de transporte contempladas en la Decisión de 2010. Según dichas cartas, la decisión totalmente nueva propuesta «requeriría algunas adaptaciones de los considerandos y de la parte operativa de la Decisión de 2010», pero no daría lugar a nuevos cargos ni alteraría el fondo de los cargos expuestos en el pliego de cargos de 18 de diciembre de 2007. Las cartas transmitían la opinión de la DG Competencia de que la jurisprudencia relevante permitiría una decisión totalmente nueva de este tipo, puesto que la anulación de la Decisión de 2010 se produjo «por motivos de procedimiento» <sup>(6)</sup> y solicitaban comentarios sobre la actuación prevista de la DG Competencia.

<sup>(1)</sup> De conformidad con los artículos 16 y 17 de la Decisión del Presidente de la Comisión Europea, de 13 de octubre de 2011, relativa a la función y el mandato del consejero auditor en determinados procedimientos de competencia (DO L 275 de 20.10.2011, p. 29) (en lo sucesivo, «Decisión 2011/695/UE»).

<sup>(2)</sup> Los destinatarios de la Decisión de 2010 eran Air Canada, Air France-KLM, Société Air France, KLM NV, British Airways Plc, Cargolux Airlines International S.A, Cathay Pacific Airways Limited, Japan Airlines, Japan Airlines International Co., Ltd, LAN Airlines SA, LAN Cargo SA, Lufthansa Cargo AG, Deutsche Lufthansa AG, SWISS International Air Lines AG, Martinair Holland N.V., Qantas Airways Limited, SAS AB, SAS Cargo Group A/S, SCANDINAVIAN AIRLINES SYSTEM Denmark – Norway – Sweden, Singapore Airlines Cargo Pte Ltd y Singapore Airlines Limited.

<sup>(3)</sup> Sentencias *Air Canada/Comisión* (T-9/11, EU:T:2015:994); *Koninklijke Luchtvaart Maatschappij/Comisión* (T-28/11, EU:T:2015:995); *Japan Airlines/Comisión* (T-36/11, EU:T:2015:992); *Cathay Pacific/Comisión* (T-38/11, EU:T:2015:985); *Cargolux Airlines/Comisión* (T-39/11, EU:T:2015:991); *Latam Airlines Group y Lan Cargo/Comisión* (T-40/11, EU:T:2015:986); *Singapore Airlines y Singapore Airlines Cargo/Comisión* (T-43/11, EU:T:2015:989); *Deutsche Lufthansa y otros/Comisión* (T-46/11, EU:T:2015:987); *British Airways/Comisión* (T-48/11, EU:T:2015:988); *SAS Cargo Group y otros/Comisión* (T-56/11, EU:T:2015:990); *Air France-KLM/Comisión* (T-62/11, EU:T:2015:996); *Air France/Comisión* (T-63/11, EU:T:2015:993); y *Martinair Holland/Comisión* (T-67/11, EU:T:2015:984).

<sup>(4)</sup> Véanse, por ejemplo, las sentencias *Martinair Holland/Comisión* (EU:T:2015:984, apartados 25, 72, 78, 83 y 84) y *Cargolux Airlines/Comisión* (EU:T:2015:991, apartados 27, 28, 72, 79, 83 y 84).

<sup>(5)</sup> La Decisión de 2010 fue parcialmente anulada por lo que respecta a British Airways plc (asunto T-48/11) así como a Deutsche Lufthansa AG, Lufthansa Cargo AG y Swiss International Air Lines AG (asunto T-46/11). Fue anulada totalmente por lo que respecta a las otras entidades que la habían recurrido. Por lo que respecta al destinatario que no recurrió, la Decisión de 2010 se hizo firme.

<sup>(6)</sup> Las cartas de mayo de 2016 citaban a este respecto las sentencias *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión* (C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P y C-254/99 P, EU:C:2002:582, EU:C:2002:582, apartados 44 a 53, 59 a 69 y 72 a 76); *SP/Comisión* (T-472/09 y T-55/10, EU:T:2014:1040, apartados 277 a 281); y *Lucchini/Comisión* (T-91/10, EU:T:2014:1033, apartado 173).

### Respuestas de las partes afectadas

5. Todos los destinatarios de las cartas de mayo de 2016 respondieron y algunos de ellos facilitaron al consejero auditor una copia de sus respuestas dirigidas a la DG Competencia.
6. Algunos de los destinatarios criticaron que la carta de mayo de 2016 que recibieron era demasiado imprecisa. Sin especificar detalles de la «adaptación» prevista en dichas cartas, alegaban en diversos grados que su capacidad para hacer comentarios pormenorizados sobre la infracción que se suponía que la DG Competencia iba a identificar en la nueva decisión propuesta era limitada.
7. Varios destinatarios alegaron en esencia que, a diferencia de las situaciones que dieron lugar a las sentencias citadas en la nota 6 a pie de página del presente informe (la «línea de jurisprudencia de la sentencia *PVC II*»), los defectos señalados en las sentencias de 2015 no se limitan a meras formalidades en la fase final de la adopción de una decisión que sean relativamente sencillos de rectificar.
8. Algunos de esos mismos destinatarios alegaron, sin por ello citar siempre una base jurídica específica, que la Comisión no puede legalmente, por tanto, adoptar una nueva decisión en el asunto AT.39258. Otros inferían más bien que la Comisión no puede proceder a adoptar una decisión totalmente nueva sin antes elaborar un nuevo pliego de cargos y dar a las partes afectadas la oportunidad de ser oídas de nuevo, incluso mediante una audiencia. Algunos de estos últimos alegaron que había habido una evolución en la jurisprudencia relevante que cuestionaba si se cumplían los requisitos para concluir su participación en una infracción única y continuada.
9. Algunos destinatarios sostenían también que quedaba descartado que cualquier decisión totalmente nueva aumentara su responsabilidad en comparación con su grado de responsabilidad determinado en la Decisión de 2010.

### Observaciones del consejero auditor sobre las respuestas a las cartas de mayo de 2016

10. No recibí ninguna solicitud de los destinatarios de las cartas de mayo de 2016 a raíz de las mismas. No obstante, cabe señalar lo siguiente en relación con los escritos anteriormente resumidos.
11. El derecho a ser oído se refiere a los cargos de la Comisión y las pruebas en los que esta basa dichos cargos. No se hace extensivo, sin embargo, a la posición final que la Comisión tenga previsto adoptar en una decisión de infracción de la legislación de competencia <sup>(1)</sup>. Por consiguiente, las cartas de mayo de 2016 no pueden ser criticadas propiamente por no exponer con detalle las adaptaciones exactas que la DG Competencia tenía previstas a los efectos de una decisión totalmente nueva en el presente asunto. Las cartas de mayo de 2016 buscaban opiniones sobre las líneas generales de la propuesta de una decisión totalmente nueva prevista por la DG Competencia para corregir los defectos señalados en las sentencias de 2015. Habría sido prematuro exponer con todo detalle cada modificación que la DG Competencia consideraba necesaria para corregir dichos defectos. Por otra parte, de hecho se dio la posibilidad a los destinatarios de las cartas de mayo de 2016 de hacer comentarios sobre las cuestiones expuestas en dichas cartas.
12. El incumplimiento del requisito de motivación adecuada de conformidad con el artículo 296, apartado 2, del TFUE se considera «vicio sustancial de forma» a efectos del artículo 263 del TFUE <sup>(2)</sup>. Aunque los defectos en la Decisión de 2010 señalados en las sentencias de 2015 no eran los mismos que los defectos en cuestión en la línea de jurisprudencia de la sentencia *PVC II*, no puede inferirse que la ilegalidad señalada en las sentencias de 2015 sea más de fondo que de forma. La línea de jurisprudencia de la sentencia *PVC II* es por tanto aplicable a la situación que atañe al asunto AT.39258 tras las sentencias de 2015.
13. En realidad, las sentencias de 2015 no se pronunciaban sobre la cuestión de si se había cometido una infracción de cartel ni revisaban la legalidad de la apreciación de esta cuestión en la Decisión de 2010 <sup>(3)</sup>. Por consiguiente, no surge la fuerza de cosa juzgada <sup>(4)</sup>. Además, las diversas anulaciones efectuadas por las sentencias de 2015 no pueden considerarse un fallo absolutorio a efectos del principio de *ne bis in idem* recogido en particular en el artículo 50 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. De lo que se deduce que ninguno de estos principios prohíbe a la Comisión reanudar un procedimiento con respecto a conductas de las que trataba la Decisión de 2010 <sup>(5)</sup>. Ninguno de los escritos en respuesta a las cartas de mayo de 2016 sugerían que una decisión totalmente nueva de la Comisión en el asunto AT.39258 quedara descartada por otras razones.

<sup>(1)</sup> Véanse, entre otras, las sentencias *BASF/Comisión* (T-15/02, EU:T:2006:74, apartado 94) así como *IMI y otros/Comisión* (T-18/05, EU:T:2010:202, apartados 109 y 111).

<sup>(2)</sup> Entre otras, las sentencias *Comisión/Irlanda y otros* (C-89/08 P, EU:C:2009:742, apartado 34) así como *Cargolux Airlines/Comisión* (EU:T:2015:991, apartado 27).

<sup>(3)</sup> Lo que es comparable a la situación descrita en el apartado 60 de la sentencia *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión* (EU:C:2002:582). Véanse por ejemplo, las sentencias *Singapore Airlines y Singapore Airlines Cargo/Comisión* (EU:T:2015:990, apartados 30 a 33 y 90 a 92) así como *SAS Cargo Group y otros/Comisión* (EU:T:2015:990, apartados 29 a 33, 90 y 91).

<sup>(4)</sup> Véanse al respecto, las sentencias en *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión* (EU:C:2002:582, apartados 44, 46 y 47) y *ThyssenKrupp Nirosa/Comisión* (C-352/09 P, EU:C:2011:191, apartado 123).

<sup>(5)</sup> En relación con el principio de *ne bis in idem*, véase, por analogía, la sentencia *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión* (EU:C:2002:582, apartado 62).

14. A efectos del ejercicio del derecho a ser oído en relación con los cargos de la Comisión en el asunto AT.39258 lo relevante es el pliego de cargos y no la Decisión de 2010.<sup>(1)</sup> La ilegalidad señalada en las sentencias de 2015 se produjo en la fase de la finalización y adopción de la Decisión de 2010. En sí mismos, no afectaban a la legalidad del pliego de cargos y la consiguiente audiencia de las partes afectadas<sup>(2)</sup>. Por consiguiente, la Comisión puede reanudar el procedimiento en el asunto AT.39258 en el punto en el que se produjo la ilegalidad señalada en las sentencias de 2015<sup>(3)</sup>.
15. Sin entrar a opinar sobre la sugerencia de que la jurisprudencia relativa al concepto de una infracción única y continuada ha evolucionado desde el momento en que se emitió el pliego de cargos o se adoptó la Decisión de 2010, cabe recordar que, según los órganos jurisdiccionales de la UE, las eventuales evoluciones de la jurisprudencia no requieren en sí mismas nuevas audiencias, al igual que si se produjeran en el transcurso de un procedimiento administrativo previo a una decisión final<sup>(4)</sup>. En cualquier caso, el contenido de algunas de las respuestas a las cartas de mayo de 2016 sugiere que dichas cartas en la práctica no permitían a sus destinatarios exponer argumentos jurídicos sobre la base de la jurisprudencia relevante.
16. Si la Comisión decide sustituir la Decisión de 2010 en la medida en que ha sido anulada, en virtud del artículo 266 del TFUE debe eliminar la ilegalidad señalada en las sentencias de 2015. Con ello, a la Comisión no se le prohíbe adaptar el texto utilizado en la Decisión de 2010, ni siquiera de forma que, según algunos destinatarios de las cartas de mayo de 2016, afecte a la responsabilidad de estos en comparación con la parte operativa de la Decisión de 2010, especialmente cuando esto se hace precisamente para resolver las contradicciones de que adolecía la Decisión. Contrariamente a lo que sugerían algunas respuestas a las cartas de mayo de 2016, la mera posibilidad de diferencias entre la Decisión de 2010 y una decisión totalmente nueva sobre el asunto AT.39258 no justifica un nuevo pliego de cargos ni la organización de otra audiencia<sup>(5)</sup>.
17. En conjunto, los argumentos aducidos en las respuestas a las cartas de mayo 2016 no han señalado cuestiones de procedimiento que afecten a la legalidad de la adopción de una decisión totalmente nueva en el asunto AT.39258 como se preveía en las cartas de mayo de 2016.

#### **Solicitud de material potencialmente exculpatario recibido con posterioridad al pliego de cargos**

18. En respuesta a una carta de mayo de 2016, un destinatario solicitó (como ya había hecho antes de la Decisión de 2010) acceso a todo documento potencialmente exculpatario obtenido por la Comisión después de emitir el pliego de cargos en 2007. La solicitud de 2016 buscaba en particular toda información potencialmente exculpatoria que la Comisión pudiera haber recibido en los procedimientos judiciales que desembocaron en las sentencias de 2015, y que se añadiera al expediente del asunto AT.39258 la parte del expediente del asunto M.3770 *Lufthansa/Swiss* que era relevante para una nota a pie de página concreta.
19. La DG Competencia respondió por carta de 14 de octubre de 2016, en la que explicaba que un examen de los documentos identificados recibidos por la Comisión después del pliego de cargos no había revelado ninguna prueba potencialmente exculpatoria a la que el destinatario no tuviera ya acceso. En cuanto a la solicitud de que parte del expediente en el asunto M.3770 se añadiera al expediente en el asunto AT.39258, la carta señalaba que la nota a pie de página relevante se refería únicamente a la versión pública de la decisión de autorización de la Comisión en el asunto M.3770, y no a ningún documento del expediente en dicho asunto.
20. En una fase muy tardía del procedimiento de adopción de una nueva decisión, el mismo destinatario me envió una carta en la que cuestionaba el enfoque subyacente a la respuesta de la DG Competencia de 14 de octubre de 2016. En mi respuesta escrita, señalé lo tardío de dicha carta y expliqué por qué no podían aceptarse las críticas formuladas.

#### **Proyecto de Decisión**

21. Las multas impuestas a los destinatarios individuales en el proyecto de Decisión no superan los importes correspondientes fijados en la Decisión de 2010.
22. De conformidad con el artículo 16 de la Decisión 2011/695/UE, he examinado si el proyecto de Decisión atiende únicamente objeciones respecto de las cuales las Partes han tenido ocasión de dar a conocer sus puntos de vista. Mi conclusión es que así es.

<sup>(1)</sup> Véanse, por analogía, las sentencias *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión* (EU:C:2002:582, apartado 98); *Lucchini v Comisión* (EU:T:2014:1033, apartado 177); así como *Leali y Acciaierie e Ferriere Leali Luigi/Comisión* (T-489/09, T-490/09 y T-56/10, EU:T:2014:1039, apartado 284).

<sup>(2)</sup> Véanse, entre otras, las sentencias *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros v Comisión* (EU:C:2002:582, apartado 73) así como *SP/Comisión* (EU:T:2014:1040, apartado 277).

<sup>(3)</sup> Véase, por analogía, la sentencia *Lucchini/Comisión* (EU:T:2014:1033, apartado 173 y la jurisprudencia citada).

<sup>(4)</sup> Véanse las sentencias *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión* (EU:C:2002:582, apartados 91 y 92) así como *IRO v Comisión* (T-69/10, EU:T:2014:1030, apartado 141).

<sup>(5)</sup> Véase, por analogía, la sentencia *Limburgse Vinyl Maatschappij y otros/Comisión* (EU:C:2002:582, apartado 97).

**CONCLUSIÓN**

23. Habida cuenta de lo anterior y teniendo presente que, aparte de la carta mencionada en el apartado 20, no he recibido solicitudes ni denuncias, considero que ha sido respetado el ejercicio efectivo de los derechos procesales en el procedimiento para la adopción de una nueva decisión en el asunto AT.39258.

Bruselas, 9 de marzo de 2017.

Wouter WILS

---