

INFORMACIÓN ENGAÑOSA SOBRE UN PRODUCTO Y DERECHO ANTITRUST

MISLEADING INFORMATION ABOUT A PRODUCT AND ANTITRUST LAW

JAVIER FRAMIÑÁN SANTAS

Universidad de Santiago de Compostela

Recibido: 25.06.2018 / Aceptado: 19.07.2018

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2018.4383>

Resumen: La difusión de información engañosa sobre un producto puede, en determinadas circunstancias, restringir la competencia. Este trabajo analiza cuál es el estándar adecuado para evaluar este tipo de práctica a la luz del Derecho de Defensa la competencia de la UE.

Palabras clave: información engañosa, Derecho de la competencia, Hoffman La Roche/Novartis.

Abstract: Dissemination of misleading information about a product can be considered a restriction of competition under certain conditions. This paper analyses what standard should be employed in the light of the EU Competition Law to evaluate such practice.

Keywords: misleading information, competition law, Hoffman La Roche/Novartis.

Sumario: I.Preliminar. II.Los efectos del engaño sobre la competencia. III.Las declaraciones engañosas sobre un producto a la luz del derecho antitrust norteamericano. IV.Riesgos de falsos positivos y costes de “administración” en el examen de las declaraciones engañosas. V. Las declaraciones engañosas y los arts. 101 y 102 del TFUE. 1. Consideraciones generales. 2. El caso *Hoffman-La Roche/Novartis*

I. Preliminar

1. Las declaraciones engañosas emitidas por una empresa y relativas a sus productos o servicios o a los de un rival (pej. publicidad engañosa) son, sin duda alguna, conductas desleales que pueden dañar a los consumidores o a los competidores. Sólo en ciertos casos excepcionales pueden considerarse restricciones de la competencia en el sentido del Derecho antitrust. Recientemente, el Tribunal de Justicia en el caso *Hoffmann La Roche/Novartis* declaró que un acuerdo para crear una impresión engañosa sobre la seguridad de un medicamento puede ser considerada una restricción por el objeto en el sentido del art. 101.1 TFUE¹. Este fallo da pie para reflexionar sobre cuál es el estándar más adecuado para evaluar las declaraciones engañosas sobre el propio producto o el de un rival a la luz del Derecho de la competencia de la Unión Europea. Y este es, precisamente, el objetivo de este trabajo.

2. Hay que advertir que este trabajo tiene por objeto únicamente las declaraciones engañosas relativas al propio producto o al de un rival. No se pretende analizar a la luz del Derecho de la competencia la categoría de los actos de engaño en general ni formular una teoría global sobre los mismos. Así,

¹ STJUE 23 de enero de 2018, *F. Hoffmann-La Roche Ltd et al contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, C-179/16, Rec. 2018, EU:C:2018:25.

por ejemplo, no se evaluarán prácticas como la emisión de declaraciones engañosas ante una oficina de propiedad industrial con el objeto de obtener un derecho de exclusiva o el silencio sobre la existencia de patentes durante un proceso de estandarización². Tampoco se pretende abordar el tema más complejo y amplio de las relaciones entre el Derecho antitrust y de la competencia desleal o reflexionar sobre el art. 3 de la Ley de Defensa de la competencia española³. El objetivo es más modesto: se trata simplemente de formular algunas ideas sobre el problema del estándar adecuado para evaluar las declaraciones engañosas sobre los propios productos o los de un rival a la luz del Derecho antitrust de la UE.

3. Para ello, tendremos en cuenta el Derecho antitrust norteamericano (apartado III). En Estados Unidos, tanto los tribunales como la doctrina están divididos existiendo en la actualidad diferentes enfoques sobre cómo abordar este tipo de prácticas. A continuación analizaremos los riesgos asociados a la adopción de los diferentes estándares (apartado IV). Seguidamente, haremos una propuesta, en la línea de parte de la doctrina norteamericana, y trataremos de contrastarla con la sentencia del caso Hoffman La Roche/Novartis (apartado V). En lo sucesivo, para abreviar, utilizaré la expresión declaración engañosa para referirme exclusivamente a las manifestaciones engañosas relativas al producto propio o de un rival.

II. Los efectos distorsionadores del engaño

4. Una manifestación engañosa sobre un producto o servicio propio o de un rival produce efectos distorsionadores obvios. En primer lugar, pueden dañar de forma directa a los consumidores. Quien adquiere el producto del emitente de una declaración engañosa en lugar del de un rival confiando precisamente en esta declaración se encontrará después de la transacción en una peor situación que si hubiera optado por este último⁴. En términos económicos, si asumimos que los consumidores actúan de manera racional tratando de maximizar sus beneficios, debemos concluir que los consumidores tenderán a adquirir aquellos productos o servicios que le proporcionan un mayor grado de utilidad. Lo que implica que si un consumidor tiene que elegir entre varios productos o servicios seleccionará aquel que le proporcione un mayor grado de bienestar (bienestar del consumidor). El engaño puede provocar que los consumidores elijan un producto o servicio que les proporciona un bienestar menor que el que obtendrían si adquiriesen el producto de un rival o renunciasen a la compra completamente⁵. Así pues, el engaño cuando se consuma reduce el bienestar del consumidor. Puesto que uno de los objetivos del Derecho antitrust es proteger la competencia como medio para lograr el mayor grado de bienestar del consumidor, se comprende que el engaño sea relevante para el Derecho de la competencia en general, y pueda en ciertas ocasiones serlo para el Derecho de defensa de la competencia.

5. En segundo lugar, las declaraciones engañosas pueden provocar un daño indirecto al consumidor. Las prácticas engañosas pueden, bajo determinadas circunstancias, permitir la expulsión de un competidor o evitar o dificultar su entrada en el mercado, lo que a su vez puede dañar a los consumidores

² Vid. STJUE 6 de diciembre de 2012, *Astrazeneca contra Comisión Europea*, C-457/10P, Rec. 2012, EU:C:2012:770; Decisión de la Comisión Europea 9 de diciembre de 2009, “Rambus”, Comp/38.636, DOUE C30 de 6 de febrero de 2010, p. 17; el texto completo está disponible en http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/dec_docs/38636/38636_1203_1.pdf, consultado por última vez el 17 de mayo de 2018.

³ En relación con estas cuestiones, vid., entre otros, C. PAZ-ARES, “El ilícito concurrencial: de la dogmática monopolista a la política antitrust”, n° 159, *Revista de Derecho mercantil*, 1981, pp.7-147, A. ROBLES MARTÍN-LABORDA, *Libre competencia y competencia desleal*, Madrid, La Ley, 2001, J.I.FONT-GALÁN, y L. M^a. MIRANDA SERRANO, *Competencia desleal y antitrust*, Madrid, Marcial Pons, 2005, J. COSTAS COMESAÑA, “Prohibición de falseamiento de la libre competencia por actos de competencia desleal”, en M^a P. BELLO MARTÍN-CRESPO y F. HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (coords), *Derecho de la libre competencia comunitario y español*, Cizur Menor, Thomson/Aranzadi, 2009, p.213-232.

⁴ M.E. STUCKE, “How do (and should) competition authorities treat a dominant firm’s deception”, *SMU law review*, vol. 63, 2010, p. 1073.

⁵ M.E. STUCKE, op. cit., p. 1073, “Note”, “Deception as an antitrust violation”, *Harvard Law Review*, vol. 125, 2012, p. 1239. El engaño puede provocar como efecto reflejo un incremento de los costes de transacción de los consumidores, puesto que estos, conocedores del riesgo de engaño, dedican tiempo y esfuerzo a buscar información sobre los productos o servicios que desean adquirir, lo que a su vez reduce su bienestar, M.E. STUCKE, ibídem, pp. 1072 y 1073.

de manera indirecta. Al menos teóricamente, el engaño puede desviar consumidores hacia el emisor del mensaje engañoso en perjuicio de un rival o evitar que opten por este último provocando, eventualmente, su expulsión del mercado⁶. El engaño además en mercados de productos nuevos-cuyos riesgos son difícilmente evaluables-puede actuar como barrera de entrada⁷. El engaño también puede provocar un incremento de los costes de los rivales afectados. Para contrarrestar los efectos del engaño en el mercado, los rivales tendrán que destapararlo y eso requerirá realizar ciertas inversiones, pej publicitarias⁸. En este sentido, se ha dicho que el coste de responder a un acto engañoso puede provocar un desplazamiento de la curva de la oferta del afectado, con menos *output* y precios más altos⁹.

III. Las declaraciones engañosas sobre un producto a la luz del Derecho antitrust norteamericano

6. En los Estados Unidos los tribunales han utilizado criterios dispares para evaluar las manifestaciones engañosas sobre el propio producto o el de un rival.

El séptimo circuito ha defendido que la publicidad engañosa no es ilegal a la luz del Derecho antitrust. Los casos de engaño abordados por el séptimo circuito, tienen relevancia no sólo por el contenido del fallo sino también por la autoridad del juez que los resolvió, EASTERBROOK. El primer caso, *Schachar*, gira entorno a unas recomendaciones relativas a la queratotomía radial realizadas en el momento de aparición de esta técnica¹⁰. La queratomía radial es una técnica quirúrgica que permite corregir la miopía. Cuando apareció, las agencias federales encargadas de la investigación aplicada a la medicina calificaron la queratotomía radial como una técnica experimental y pidieron cautela. La asociación de oftalmólogos más grande de Estados Unidos, la *American Academy of Ophthalmologist*, apoyándose en esta declaración, emitió un comunicado de prensa en el que pedía a los pacientes, oftalmólogos y hospitales prudencia en relación con la queratotomía radial, hasta que se realizasen más estudios. Pues bien, algunos cirujanos que aplicaban esta técnica, consideraron que la declaración de la *American academy* era cuando menos alarmista y que, de no haber sido por ella, la demanda de esta técnica hubiera sido mayor. Esto es, en el fondo lo que alegaban era que la declaración de la *American Academy* favorecía a los oftalmólogos que no practicaban todavía la queratomía radial y optaban por métodos contrastados. Por esta razón, demandaron a la *American Academy* alegando infracción del § 1 de la Sherman Act. El juez EASTERBROOK consideró que no existía tal infracción. Entre otras cosas, argumentó que el Derecho antitrust pretende proteger el bienestar del consumidor condenando los acuerdos que reducen la oferta de productos o servicios provocando un alza en los precios¹¹. Sin embargo, la declaración de la *American academy* afectaba únicamente a la demanda; no producía una reducción de *output*, porque no pasaba de ser una mera recomendación: no prohibía a los oculistas practicar la queratomía radial ni les imponía ningún tipo de sanción si la aplicaban. Y “no puede haber una restricción de la competencia sin restricción”¹². Según EASTERBROOK si la declaración de la *American Academy* era *falsa, engañosa, incompleta o errónea*, el remedio no estaba en el Derecho antitrust sino en la información, en “el mercado de las ideas”¹³. Esto es, nada impide a los oftalmólogos que practicaban la queratomía radical cuestionar la declaración de la *American academy* y convencer al público de que esta técnica no era peligrosa.

7. En el año 2005, EASTERBROOK volvió a invocar las ideas mencionadas en un caso en el que el demandante, un vendedor de acondicionadores de agua “magnéticos” acusó a un fabricante de sistemas

⁶ Note, op. cit., p. 1238.

⁷ Note, *ibidem*, M.E. STUCKE, p. 1073; *vid, infra*, las referencias al caso Roanald A. Schachar et al v. American Academy of Ophthalmology, 870 F.2d 397, (7th circuit).

⁸ M.E. STUCKE, *ibidem*, Note, op. cit., 1238. Hay que reconocer que cuando las manifestaciones engañosas se refieren al producto de un rival, algunos de estos costes, podrían ser compensados económicamente, si los competidores afectados obtienen una indemnización de daños en los tribunales.

⁹ Note, *ibidem*.

¹⁰ A. Roanald . Schachar et al v. American Academy of Ophthalmology, 870 F.2d 397, (7th circuit).

¹¹ *Ibidem*, p. 399.

¹² *Ibidem*, p. 397.

¹³ *Ibidem*, p. 400, *vid. también* p. 399.

de purificación de agua químicos o mediante filtros de violar la Sherman Act cuando afirmó que los sistemas magnéticos no funcionaban¹⁴. Nuevamente EASTERBROOK insiste en que el Derecho antitrust se ocupa de prácticas que encarecen los productos o servicios reduciendo el *output*. Los comentarios falsos sobre los productos de un rival no reducen el *output* en el corto o largo plazo. Simplemente sitúan la competencia en otro escenario, el de la publicidad¹⁵. A diferencia de otras leyes, la Sherman Act no tendría como misión velar por la veracidad de las declaraciones comerciales; la Sherman Act promueve todo tipo de competencia, incluso aquella que otros competidores consideran desleal¹⁶

8. Otro grupo de tribunales ha optado por la teoría propuesta en su día por AREEDA y TURNER y asumida, con posterioridad, por HOVENKAMP según la cual los actos de engaño deben presumirse *de minimis* a efectos de la section 2 de la Sherman Act¹⁷. La presunción admite prueba en contrario. La presunción *de minimis* implica, en la práctica, que como regla general los tribunales antitrust descartan, en una fase preliminar del proceso, las demandas por infracción del Derecho antitrust basadas en prácticas engañosas¹⁸.

9. Dos factores aconsejan que los tribunales adopten el filtro de la presunción *de minimis*. Por un lado, la probabilidad de que mediante un acto de engaño se cree poder de mercado duradero y significativo es muy bajo en la mayoría de los casos. Por otro, debe tenerse en cuenta la enorme prevalencia de supuestas conductas engañosas¹⁹. Dados estos factores, la presunción de AREEDA se explica, en último término, por el deseo de evitar el coste que conllevaría abrir la puerta a que los actos de engaño pudieran ser examinados a la luz del Derecho antitrust. Debe tenerse en cuenta además que la litigiosidad en este ámbito se vería incentivada por la posibilidad de obtener *treble damages* si la demanda prosperase.

10. Como adelantábamos más arriba la presunción de AREEDA et al. admite prueba en contrario. Para levantar la presunción, el demandante debe probar, de forma cumulativa que: a) la declaración, recomendación, etc es claramente engañosa, b) claramente relevante (*material*), c) que con una clara probabilidad induce a una razonable confianza a su destinatario (consumidor, cliente etc), d) que los destinatarios del mensaje engañoso (compradores etc) carezcan de conocimientos en la materia, e) que el engaño sea continuado y se extienda a lo largo de periodos prolongados, f) que no pueda ser contrarrestado fácilmente por los rivales²⁰. Si el demandante consigue levantar la presunción *de minimis*, el caso será examinado aplicando las normas generales del Derecho antitrust.

11. La doctrina de AREEDA et al. ha sido aplicada en numerosos casos, principalmente en el segundo, sexto y noveno circuito. Los siguientes asuntos pueden considerarse los principales hitos en la difusión de la presunción *de minimis* en los tribunales. El punto de partida suele situarse en el asunto *Berkey*²¹. En este caso, el recurrente, Berkey Photo una empresa que se dedicaba a la venta de material

¹⁴ Charles H. Anderson v. Culligan International Company, 415 F.3d 620 (7th Circuit).

¹⁵ *Ibidem*, p. 623.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 623 y 624.

¹⁷ P. AREEDA y D. F. TURNER, *Antitrust law*, v. III, Boston-Toronto, Little Brown and Co., 1978, pp 280-281, P. E. AREEDA, y H. HOVENKAMP, *Antitrust law*, v. IIIB, Nueva York, Wolters Kluwer, 2015, p. 351.

¹⁸ Desde un punto de vista procesal, la presunción *de minimis* se canaliza, generalmente, a través del trámite del *summary judgment*. La parte demandada puede solicitar en la fase preliminar del proceso un *summary judgment* alegando la presunción *de minimis*. Es entonces cuando la otra parte si quiere superar –“sobrevivir”–el trámite del *summary judgment* tendrá que probar la existencia de los factores indicados por AREEDA et al. En caso de lograrlo, se examinará el fondo del asunto. En caso de no hacerlo, la demanda se desestimará.

¹⁹ P. E. AREEDA y H. HOVENKAMP, *op. cit.*, p. 351.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ *Berkey Photo, Inc v. Eastman Kodak Company*, 603 F.2d 263 (2nd Circuit). Unos días antes de que se fallase el caso *Berkey*, la presunción fue citada en el caso *Outboard Marine Corp*. Aunque anterior, *Outboard* tiene menos importancia que *Berkey* por dos razones: se trata de una decisión de un district court y además no ha sido citada como precedente en otras sentencias, M. E. STUCKE, *op. cit.*, p.1084. Quizás si resulte interesante destacar la razón por la que para el juez del caso debe adoptarse una presunción *de minimis*: la evaluación a la luz de la Sherman Act de actos de competencia desleal y en particular de desacreditación de un producto o empresa rival debe estar sujetos a la regla *de minimis* si no se quiere que los tribunales antitrust acaben siendo el campo de batalla en el que se discutan una variedad de *torts*, es decir, se cambie la naturaleza de los asuntos discutidos por los tribunales antitrust, *Outboard marine corp v. Pezetel*, 474 F. Supp. 168, en p. 180.

fotográfico-cámaras, películas, papel fotográfico... - y que proporcionaba servicios de revelado fotográfico, demandó a Kodak al entender que habría violado la Sherman Act con una serie de prácticas relacionadas con el lanzamiento y comercialización de la cámara Instamatic 110 y una nueva película de color (Kodacolor II) compatible con ese modelo. Berkey entre otras cosas habría notado, como consecuencia de estas prácticas, un descenso en la venta de cámaras. Pues bien, en el caso salió a relucir que Kodak indicaba en el envoltorio del Kodacolor II que la película tenía una “fecha de caducidad” de 14 meses cuando en realidad su velocidad se reducía a la mitad en un plazo de tres a seis meses. En una nota al pie de página, y a modo de *obiter dicta*, la Corte de apelación afirmó que la Sherman Act no era una panacea para todos los males de la vida empresarial y que, en todo caso, antes de permitir que la publicidad engañosa pudiese servir de base a una demanda por infracción de la Sherman Act, demanda que de ser admitida podría dar lugar a *treble damages*, sería preciso que el demandante levantara una presunción de que una práctica de esa naturaleza tenía un efecto sobre la competencia *de minimis*. Sin embargo, la Corte de apelación consideró que el demandante no había conseguido probar que de haber conocido que la información sobre la película no era correcta los consumidores hubieran comprado menos cámaras del modelo 110 de Instamatic-decantándose, en su lugar, por otros modelos²².

12. Unos años después, en 1988, el Tribunal de Apelación del segundo circuito volvió a invocar la presunción *de minimis* en el caso *Ayerst*²³. En este caso, se discutía si una carta en el que de una manera supuestamente engañosa se cuestionaba si un medicamento genérico era equivalente a un medicamento de marca podría constituir una infracción del Derecho antitrust. El Tribunal, citando el caso *Berkey*, fundamenta su decisión en la teoría de la presunción *de minimis* de AREEDA y menciona los seis factores requeridos por estos autores para levantar la presunción-sin aclarar, explícitamente, si debían aplicarse de forma cumulativa. Es importante destacar que expresamente se mencionan como fundamentos de la presunción *de minimis* los proporcionados por AREEDA²⁴. Con posterioridad, el noveno circuito, asumió también la teoría de la presunción *de minimis* citando como precedente *Ayerst*²⁵. En este caso una firma líder en el mercado de cursos para preparar los exámenes habilitantes para trabajar de abogado (BAR/BRI) cuestionó falsamente la solvencia de su principal competidor mediante el reparto de folletos en los campus con Facultades de Derecho. Por esta razón fue acusada de infringir la Sherman Act. El recurso fue desestimado porque la Corte de apelación indicó que para levantar la presunción *de minimis* debían probarse *todos* los factores sugeridos por AREEDA, lo que no se logró en este caso²⁶.

13. Finalmente, en el caso *American Council Certified Podiatric Physicians and Surgeons* el sexto circuito, siguiendo al segundo y noveno circuito, también defendió la presunción de que las declaraciones engañosas tienen un efecto *de minimis* en la competencia²⁷. En este caso, las partes enfrentadas eran dos asociaciones de médicos podólogos que proporcionaban servicios de certificación. Pues bien, la demandante, la American Council of Certified Podiatric Physicians and Surgeons, acusaba a la demandada, American Board of Podiatric Surgery, de haberla desacreditado mediante el envío a miles de hospitales y aseguradoras, a lo largo de varios años, de cartas con información supuestamente falsa y engañosa sobre sus servicios. Con ello, se alegaba, la demandada pretendía mantener su monopolio en violación de la Sherman Act. Pues bien, la Corte de apelación desestimó el recurso, en la fase preliminar del proceso, porque la demandante no fue capaz de levantar la presunción *de minimis* citada. En este punto sin embargo, el sexto circuito se apartó de la posición adoptada por el noveno circuito. Si bien, consideró que los seis factores para levantar la presunción requeridos por AREEDA, y citados en *Ayerst*, eran relevantes expresamente aclaró que no era preciso probarlos de forma cumulativa. Basta con probar

²² *Berkey*, 603 F.2d en p. 288, nota 41.

²³ *The National Association of Pharmaceutical Manufacturers, Inc et al. v. Ayerst Laboratories et al.*, 850 F.2d 904 (2nd Circuit).

²⁴ *Ibidem*, pp.916 y 917.

²⁵ *American Professional Testing Service, Inc v. Harcourt Brace Jovanovich Legal and Professional Publications, Inc*, 108 F.3d 1147 (9th Cir. 1997) en p. 1152, *vid.* también, p. 1151.

²⁶ *Ibidem*, p.1152.

²⁷ *American Council of Certified Podiatric Physicians and Surgeons v. American Board of Podiatric Surgery, Inc*, 323 F.3d 366 (6th Circuit).

que las declaraciones son claramente falsas y que sería difícil o costoso para el demandante contrarrestarlas²⁸. Este segundo factor se exige porque para aplicar el Derecho antitrust es preciso que la competencia resulte dañada. Y no puede haber daño a la competencia si la publicidad o las manifestaciones engañosas pueden ser neutralizadas por el demandante. En este sentido, la Corte de apelación recuerda que el Derecho antitrust protege la competencia no a los competidores²⁹. Por ello, aunque la publicidad engañosa pueda eventualmente causarle un perjuicio a un competidor, ese daño será irrelevante para el Derecho antitrust si paralelamente no resulta afectado el proceso competitivo-por ejemplo, con la expulsión de un competidor. Pues bien, en este caso, la Corte de apelación entendió que la presunción no había sido levantada porque ni las declaraciones eran *claramente* engañosas ni era difícil neutralizarlas-como de hecho habría conseguido el demandante poniéndose en contacto con los hospitales y aseguradoras.

14. Finalmente, existe un tercer grupo de tribunales, que no someten los actos engañosos a un especial tratamiento: aplican el Derecho antitrust, la doctrina general sin más. De este modo, descartan que este tipo de prácticas se deban considerar per se competitivos o que pueda presumirse, salvo prueba en contrario, que su efecto anticompetitivo es *de minimis*. Por ejemplo, en el caso *International Travel Arrangers, Inc* la Corte de apelación del octavo circuito examinó, aplicando la *rule of reason*, un acuerdo entre una compañía de publicidad y una compañía aérea con una posición monopolística en una serie de rutas aéreas en virtud del que se diseñó y ejecutó una campaña publicitaria falsa relativa a una compañía de vuelos chárter que pretendía cubrir las mismas rutas. El objetivo del acuerdo era evitar o dificultar la entrada de ésta última en el mercado³⁰.

15. Así pues, en Estados Unidos existe acuerdo entre los diferentes circuitos en que una declaración engañosa sobre el propio producto o el de un rival sólo puede ser evaluado a la luz del Derecho antitrust si restringe de manera significativa la competencia. La diferencia entre los distintos circuitos viene motivada porque discrepan respecto a la probabilidad de que esto ocurra. En el caso de *EASTERBROOK* esa probabilidad es nula-porque no son aptas para reducir el *output*; para el segundo, sexto y noveno circuito esa probabilidad es remota. En consecuencia, está justificado la adopción de una presunción-que minimizando el riesgo de falsos positivos es sencilla de aplicar como veremos más abajo. Otro grupo de tribunales, no se pronuncia sobre el grado de probabilidad de que un acto engañoso pueda producir un efecto anticompetitivo y se decantan por aplicar las reglas generales.

16. Por lo que respecta a la doctrina, ya hemos mencionado el criterio defendido por *AREEDA*. Sin embargo, en los últimos años, este criterio ha sido objeto de críticas, y de este modo también la posición del segundo, sexto y noveno circuito³¹. En opinión de *STUCKE*, el test de *AREEDA* no se sustenta por varias razones de las que pueden destacarse las siguientes: en primer lugar, se ha dicho que los citados autores no han realizado un análisis empírico y, en consecuencia, en ausencia de éste, no cabría presumir que los actos de engaño realizados por una empresa monopolística tienen *generalmente* un efecto *de minimis*. En segundo lugar, se dice que la presunción no tiene sentido en términos económicos: si el engaño o la falsa desacreditación de un producto rival no produce efectos sobre la competencia, ¿por qué una compañía y menos una compañía monopolística iba a realizarlos -sobre todo si se tiene en cuenta que también tiene costes (pej los costes de la campaña publicitaria) y riesgos (riesgos, si el engaño es descubierto, de responsabilidad civil y criminal, de pérdida de goodwill y ventas..)?³².

²⁸ *Ibidem*, pp. 371 y 372. En opinión de la Corte de apelación, en el caso *Ayerst*, aunque el tribunal mencionó los seis factores de *AREEDA*, no deja claro si pensaba que todos ellos eran de prueba obligatoria para levantar la presunción, vid. *ibidem*, nota 6.

²⁹ *Ibidem*, p. 372.

³⁰ *International Travel Arrangers, Inc v. Western Airlines, Inc*, 623 F.2d 1255 (8th circuit). Otro ejemplos: *In re Warfarin Sodium Antitrust Litigation*, 214 F.3d 395, (3d Circuit), (monopolización mediante la publicación de información falsa relativa a un medicamento genérico realizadas por un competidor titular de una patente sobre el medicamento de marca equivalente); Y en los tribunales inferiores, vid. *pej.*, *Caldon, Inc v. Advanced Measurement & Analysis Group Inc*, 515 F. Supp.2d 565 (rechazo de una motion to dismiss en un caso relativo relativo a la información falsa suministrada por una compañía dominante en el mercado de los suministros y servicios para la industria nuclear).

³¹ M.E. *STUCKE*, op. cit., p. 1084.

³² *Ibidem*, p. 1087.

17. Una segunda crítica tiene por objeto los factores que permiten levantar la presunción *de minimis*: se considera que incrementan el riesgo de falsos negativos al ser demasiado rigurosos³³. En primer lugar, se dice que el Derecho antitrust sólo exigiría que el acto de engaño sea de tal naturaleza que pueda contribuir de manera significativa a mantener o adquirir un poder monopolístico, y que en todo caso lo que se podría exigir es que el acto engañoso pueda, *claramente*, contribuir a este objetivo; pero no requiere que se pruebe que el acto sea *claramente* engañoso, *claramente* importante, *claramente* capaz de provocar una confianza razonable³⁴. Sin embargo, esta crítica no parece decisiva porque el requisito de la claridad está, en nuestra opinión, embebido en la exigencia de que el acto de engaño contribuya a crear o mantener el poder de mercado. Si no hay un acto claramente engañoso no podremos afirmar que el engaño ha contribuido significativamente a mantener la posición monopolística. Sostener lo contrario, que un acto dudoso -pero no claramente engañoso-es suficiente, podría incrementar el riesgo de falsos positivos. Reflexiones similares pueden hacerse en relación con los otros dos factores: que el engaño se refiera a una circunstancia claramente importante; que el acto sea capaz claramente de provocar una confianza razonable. También se ha dicho que estos tres factores son demasiado estrictos porque, por ejemplo, una declaración tergiversada que no sea claramente engañosa es más probable que sea más creíble que una declaración claramente engañosa³⁵. Pero en el fondo parece que con esta crítica se está jugando con las palabras. Lo relevante es la impresión que la declaración correspondiente despierta entre sus destinatarios: una manifestación calculadamente ambigua si da una impresión *falsa*, es, entiendo, claramente engañosa. Por otro lado, cuando se exige que una declaración sea claramente falsa parece que lo que se pretende es dejar fuera manifestaciones que son-en un determinado momento, y a luz de los conocimientos existentes- objetivamente discutibles no aquellas que son intencionalmente ambiguas y que son aptas para engañar.

18. Por lo que respecta al cuarto factor, que los destinatarios carezcan de conocimientos en la materia, también ha sido criticado por aumentar indebidamente el riesgo de falsos negativos. Ciertamente, que los destinatarios carezcan de conocimientos no impide que puedan ser engañados³⁶. En este sentido, probablemente hay que reformular este factor y reconducirlo al requisito de que el engaño debe sea apto para generar una confianza razonable en su destinatario. Es decir, para decidir si un acto es susceptible de provocar un error en su destinatario habrá que tener en cuenta el grado de conocimientos que posea sobre la materia.

19. El quinto factor, engaño durante un periodo prolongado, también es susceptible de provocar falsos negativos porque un acto aislado de engaño puede causar un daño anticompetitivo, por ejemplo, impidiendo la entrada o consolidación de un rival³⁷.

20. Finalmente, el sexto factor-el engaño no es susceptible de ser contrarrestado o difícilmente puede serlo- también ha sido criticado. Se dice que este requisito no tiene sentido porque una compañía en una posición monopolística no realizaría un acto de engaño si el mercado puede corregirlo³⁸. Pero parece que es posible, al menos teóricamente, que algunas empresas realicen cálculos equivocados. En consecuencia, respecto a éstas últimas, no sería posible levantar la presunción y, por tanto, aplicar el Derecho antitrust. Es decir, la presunción *de minimis* cumpliría su función: evitar falsos positivos y los costes sociales del litigio antitrust en relación con una práctica que el propio mercado puede corregir. Además hay que tener presente que empresas en una posición monopolística podrían realizar manifestaciones engañosas sin intención de monopolizar el mercado-del mismo modo que también las hacen, peji., miles de empresas minúsculas que por definición no pueden tener en mente este objetivo. Por otro lado, el sexto criterio parece acertado desde un punto de vista teórico: lo que se está haciendo es adelantar una

³³ *Ibidem*, op. cit., p. 1090; Note, op. cit., pp. 1247-1249.

³⁴ M.E. STUCKE, *ibidem*; Note, *ibidem*.

³⁵ Note, op. cit., p.1249; cfr. p. 1250.

³⁶ M.E. STUCKE, op. cit., pp. 1091 y 1092; Note, op. cit., p. 1247.

³⁷ M.E. STUCKE, op. cit., p. 1094; Note, *ibidem*.

³⁸ M.E. STUCKE, *ibidem*.

parte del juicio sobre los efectos anticompetitivos de la declaración engañosa. Si el Derecho antitrust se concibe como una parte del ordenamiento que permite corregir un fallo del mercado-una práctica anticompetitiva con efectos en el corto plazo-parece lógico exigir que el mercado no pueda corregir la práctica correspondiente o pueda hacerlo con dificultad³⁹. Sólo en ese caso habrá un efecto anticompetitivo de los que veta el Derecho antitrust.

21. Discrepamos con que el sexto factor implica imponer un deber de reacción a las empresas-con los correspondientes costes- o consumidores afectados. O que el ordenamiento esté protegiendo a quien engaña en lugar de a los engañados⁴⁰. Para empezar, los afectados que no consigan levantar la presunción tienen abierta la vía del Derecho de daños o pueden solicitar la aplicación de la *Lahman Act* para contrarrestar la publicidad engañosa y obtener, en su caso, una indemnización. Lo único que se está haciendo con el sexto factor es controlar la aplicación del Derecho antitrust; pero eso no significa que el ordenamiento esté conforme con los actos de engaño.

22. Los críticos al test de AREEDA han propuesto *standards* alternativos. STUCKE que como hemos explicado considera que el test de AREEDA tiende a provocar falsos negativos, ha propuesto analizar los actos de engaño mediante una “*quick look*”. Si el engaño realizado por un monopolista parece razonablemente capaz de contribuir de manera significativa a que aquel mantenga o adquiera poder monopolístico, entonces *prima facie* puede entenderse que se ha violado la section 2 de la Sherman Act. En este sentido, será preciso probar, la existencia de poder monopolístico; en segundo lugar habrá que demostrar la existencia de engaño-lo que implica prueba de que el engaño es relevante (material) y también de intencionalidad (*scienter*). En tercer lugar, es preciso probar una relación de causalidad: debe acreditarse que el engaño realizado por un monopolista es capaz de contribuir a que este mantenga su poder de mercado-o análogamente lo obtenga, en los casos de monopolización⁴¹.

23. Obviamente este estándar, al prescindir de la presunción *de minimis* y de los seis factores de AREEDA, permite que más conductas engañosas puedan ser evaluadas a la luz del Derecho antitrust y eventualmente condenados-con lo que al menos teóricamente se reduce el riesgo de falsos negativos asociados supuestamente a la presunción *de minimis*. En general, el estándar “*quick look*”- para condenar – en el ámbito del Derecho antitrust tiene su razón de ser en que de una manera rápida se puede deducir que existe un efecto anticompetitivo sin necesidad de probar poder de mercado-y evitando definir el mercado. Pero entonces uno puede preguntarse y el propio STUCKE así lo hace si, en la medida que exige prueba de poder de mercado-posición monopolística o peligrosa probabilidad de obtenerla, realmente estamos ante un *quick look standard*: STUCKE se defiende alegando que en realidad existiría la posibilidad de ordenar “procesalmente” la prueba, analizando, en primer lugar, el segundo y tercer factor (engaño y causalidad); sólo si el demandante es capaz de acreditar el engaño y la causalidad se analizaría si existe posición monopolística; en caso contrario se desestimaría la demanda⁴².

24. Aunque el test de STUCKE ha sido alabado por corregir el riesgo de falsos negativos que conlleva el standard de AREEDA también ha sido criticado porque conlleva un riesgo de falsos positivos y, en consecuencia, una limitación de la libertad de expresión y del recurso a la publicidad que son procompetitivas⁴³. Por ello, se ha propuesto una corrección: se trataría de partir del standard de STUCKE pero aplicando criterios estrictos en la definición de qué es engaño y en el análisis de la causalidad⁴⁴.

³⁹ HOVENKAMP recuerda que “The importance of time in antitrust analysis results from the fact that the policy maker is necessarily concerned with short-run dislocations in the market. We could presume that all markets will eventually become competitive, but antitrust is concerned with ensuring that this occurs sooner rather than later”, H. HOVENKAMP, *Federal antitrust policy. The law of competition and its practice*, St. Paul (MN) West, 2011, p. 7. Sobre el Derecho antitrust, como corrector de un fallo de mercado, vid. peñ., J. E. STIGLITZ Y C.E. WALSH, *Microeconomía*, Madrid, Ariel, 2009, pp. 332 y ss.

⁴⁰ M.E. STUCKE, op. cit., pp.1095 y 1096.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 1113 y 1114.

⁴² *Ibidem*, p. 1115.

⁴³ Note, op. cit., pp. 1247-1249.

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 1248 y 1249. En relación con los actos de monopolización, se dice-al igual que hace STUCKE -que será sufi-

IV. Riesgos de falsos positivos y costes de “administración” en el examen de las declaraciones engañosas

25. Cuando se trata de examinar a la luz del Derecho antitrust un acto de una empresa en el mercado nos enfrentamos a dos riesgos: el riesgo de falsos positivos y el riesgo de falsos negativos. En general, un falso positivo implica vetar un acto pro-competitivo o neutro. En el caso de las declaraciones falsas sobre el producto ajeno o propio, para analizar los costes de un falso positivo hay que diferenciar si hay engaño o no. Si no hay engaño, condenar un determinado acto conllevará una limitación de la libertad de expresión y una pérdida de los efectos beneficiosos derivados de la competencia legítima. Si hay engaño pero éste no tiene efectos anticompetitivos relevantes, la condena tendrá un efecto positivo. Se reprobará un acto desleal, que podría producir un efecto distorsionador aunque sea mínimo: el rival afectado podría sufrir algunas pérdidas y algunos consumidores podrían resultar engañados. Además, puesto que el engaño no tiene efecto procompetitivo alguno, el falso positivo no conlleva la pérdida de efectos beneficiosos que pudieran compensar la distorsión de la competencia. Si tenemos esto en cuenta, podríamos tener la tentación de decir que el riesgo de falsos positivos carece de relevancia para decidir cuál es el estándar adecuado para evaluar un acto engañoso. Sin embargo, descartar el riesgo de falso positivo sería contrario a la presunción de inocencia⁴⁵: podría imponerse una sanción económica a una empresa-y por tanto unos costes- a pesar de que no hay efecto anticompetitivo relevante; además, el sistema soportará los costes de un proceso antitrust-generalmente más elevados que los de un pleito de daños o de publicidad desleal-que no debería haber tenido lugar si se hubiera adoptado un standard más apropiado. Las consecuencias de un falso negativo son obvias y no hace falta insistir en ellas.

26. En relación con el engaño, ¿debe preferirse el riesgo de falso positivo o el de falso negativo?⁴⁶ Las posibilidades de corrección del falso negativo parecen mayores que las del falso positivo⁴⁷. Además de la posibilidad general de que el mercado acabe penalizando a la empresa que engaña, el falso negativo puede ser contrarrestado en el corto plazo acudiendo a cualquiera de las otras normas que permiten atacar los actos engañosos-derecho de daños, publicidad engañosa...

27. Por el contrario, el falso positivo, cuando el error se refiere al engaño-erróneamente se cree que hay engaño cuando no es así- comporta una limitación de la libertad de expresión y de la libertad de competir. Se priva a una empresa de utilizar una estrategia legítima. Pero a priori, debido a la experiencia de los tribunales evaluando actos de engaño y a que no es tan complejo como determinar si hay un efecto anticompetitivo del tipo requerido por la legislación antitrust, el riesgo de error puede considerarse menor. Si hay engaño pero no produce un efecto anticompetitivo relevante, un falso positivo no priva a una empresa de un instrumento legítimo de competencia. Al contrario, un falso positivo elimina un acto indeseable. Pero con todo, podemos seguir preguntándonos que es preferible también en este caso, si el riesgo de falsos positivos o el de falsos negativos. En la medida que el riesgo de falso positivo -engaño sin efectos anticompetitivos-comporta una serie de costes y de lesión de la presunción de inocencia, parece que al diseñar el estándar correspondiente sería preferible también en este caso evitar el riesgo de falso positivo.

ciente con que el demandante pruebe *prima facie* que el acto es apto para contribuir al mantenimiento incremento o adquisición del poder monopolístico del demandado; la carga de la prueba se desplaza entonces al demandado, que tendrá que acreditar que el acto de engaño no tiene ese efecto-para ello podrá recurrirse al análisis de las cuotas de mercado, evaluar si hay claramente engaño, si no está diseñado claramente para provocar la confianza del comparador etc.), *ibidem*, p. 1250; en relación con la aplicación de la section 1 de la Sherman Act (acuerdos anticompetitivos), se propone el uso de la *rule of reason*, *ibidem*, 1254.

⁴⁵ En relación con la presunción de inocencia y el Derecho antitrust en la UE, vid. STJUE 8 de julio de 1999, Hüls AG contra Comisión, caso C-199/92P, *Rec* 1999, p. I-4287, EU:C:1999:358, fundamentos 149 y 150 y STJUE 8 de julio de 1999, Montecatini SpA contra Comisión, C-235/92P, *Rec* 1999, p.I-4539, EU:C:1999:362, fundamento, 175.

⁴⁶ En relación con la cuestión de qué tipo de riesgo se debe asumir al diseñar un estándar vid., por ejemplo, A.I. GAVIL, W. E. KOVACIC, y J. B. BAKER, *Antitrust law in perspective: cases, concepts and problems in competition policy*, St. Paul (MN), West, 2008, pp. 53 y ss y 77 y ss

⁴⁷ Las posibilidades de corrección de los falsos negativos por el mercado es uno de los argumentos utilizados por aquellos que consideran que el riesgo de falsos negativos es preferible al de falsos positivos, *ibidem*, p. 79.

28. Así pues, cuando se trata de examinar actos de engaño relativos a productos propios o de rivales parece que deberían preferirse un estándar que evite el riesgo de falsos positivos. Ello se traduce en que los criterios para decidir si las declaraciones engañosas sobre productos rivales o propios tienen efectos anticompetitivos deben ser estrictos: tanto al evaluar si hay engaño, como al decidir si existe causalidad. Del mismo modo, es acertado evitar, como regla general, estándares como la “per se rule” que permiten presumir la existencia de un efecto anticompetitivo o, salvando las distancias, la etiqueta de la restricción por el objeto.

29. Un segundo problema, relacionado con el expuesto en las líneas precedentes, es de la facilidad de “administración” del sistema y los costes de aplicación. Es decir, debemos optar por estándares que permitan obtener una respuesta al menor coste. En este punto cualquiera de los estándares propuestos en Estados Unidos cumplen este objetivo.

V. Las declaraciones engañosas y los arts. 101 y 102 del TFUE

1. Consideraciones generales

30. Los actos de engaño y en particular los acuerdos para realizar actos de engaño pueden distorsionar la competencia y no producen ningún efecto procompetitivo. Estas dos circunstancias podrían sugerir que el estándar adecuado para examinar este tipo de acuerdos, a la luz del art. 101 TFUE sería el de la “restricción por el objeto”. Sin embargo habría que tener en cuenta lo siguiente.

31. Por un lado, con carácter general, hay que decir que la categoría de “restricción por el objeto” se reserva para aquellos “tipos de coordinación entre empresas [que] revelan un grado de nocividad para la competencia suficiente para que pueda considerarse innecesario el examen de sus efectos” (cursiva y corchetes nuestros)⁴⁸. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha dado como ejemplo de esta categoría-y es sumamente esclarecedor de lo que se pretende con esta categoría- “la fijación horizontal de los precios por los cárteles”⁴⁹. En el caso de que “un tipo de coordinación entre empresas no revele un grado suficiente de nocividad para la competencia, es necesario en cambio examinar sus efectos y para aplicar la prohibición, exigir que concurren los factores acreditativos de que el juego de la competencia ha resultado, de hecho, bien impedido, bien restringido o falseado de manera sensible” (cursiva nuevamente nuestras)⁵⁰. Es decir, el Tribunal de Justicia desea aplicar la noción de restricción por el objeto a tipos o categorías de conductas colusorias que, de acuerdo con la *experiencia*, revelan un grado de nocividad tal que se hace innecesario examinar sus efectos concretos⁵¹. La categoría de la restricción por el objeto tiene como finalidad simplificar y reducir los costes de aplicación del Derecho de la competencia cuando resulta obvio que un determinado tipo de prácticas, como regla general, producen efectos anticompetitivos. De acuerdo con lo expuesto, no parece apropiado aplicar la etiqueta de restricción por el objeto al tipo de conducta colusoria consistente en la emisión de “declaraciones engañosas sobre el propio producto o el ajeno” porque la experiencia demuestra que muchas declaraciones engañosas no tienen un efecto restrictivo en el sentido del art. 101.1 TFUE.

32. Por otro lado, y en relación con lo que acaba de decirse, el Tribunal de Justicia ha mantenido a lo largo del tiempo que para poder aplicar el art. 101 TFUE es preciso que el acuerdo produzca unos efectos significativos sobre la competencia⁵². Recientemente en el caso *Expedia*, el Tribunal de Justi-

⁴⁸ STJUE 11 de septiembre de 2014, *Groupement des Cartes Bancaires*, C-67/13 P, Rec. 2014, EU:C:2014:2204, fundamento 49.

⁴⁹ *Ibidem*, fundamento 50.

⁵⁰ *Ibidem*, fundamento 52.

⁵¹ *Ibidem*, fundamento 51.

⁵² STJUE 9 de julio de 1969, *F. Völk*, 5/69, Rec. 1969, p. 295, EU:C:1969:35, fundamento 7; y con posterioridad, por ejemplo, STJUE 28 de mayo de 1998, *John Deere Ltd v Comisión*, C-7/95 P, Rec 1998, p. I-3111, fundamento 77, STJUE 21

cia dejó claro que un acuerdo que tiene un objeto contrario a la competencia constituye por su propia naturaleza e independientemente de sus efectos *concretos*, una restricción sensible-significativa-de la competencia⁵³. El razonamiento del Tribunal es el siguiente: las restricciones por el objeto son aquellas que por su propia naturaleza pueden considerarse perjudiciales para el buen funcionamiento del juego normal de la competencia. Precisamente por ello la ponderación de los efectos concretos de un acuerdo es superflua y, en consecuencia, también puede entenderse que produce una restricción sensible de la competencia⁵⁴. Esta reflexión implica que a la vista de la naturaleza del acto y del resto de factores que el TJUE considera relevantes para identificar una restricción por el objeto, no sólo debe poder deducirse que el acuerdo produce un efecto sobre la competencia sino que además éste es significativo. Pues bien, justamente lo que nos enseña la experiencia es que muchas “declaraciones engañosas sobre el propio producto o el de un rival” no tienen efectos significativos sobre la competencia-por la posición que ocupa la empresa emitente en el mercado, porque afecta a una parte reducida del mercado, porque sus efectos no son prolongados en el tiempo etc. En consecuencia, no parece razonable presumir que esta *categoría* de actos restringe de manera significativa la competencia o que comportan-si la restricción por el objeto se concibe como un ilícito de peligro- un peligro significativo para la misma.

33. De acuerdo con la doctrina del caso *Völk* para aplicar la prohibición del artículo 101 TFUE es preciso que el acuerdo correspondiente produzca un efecto significativo sobre la competencia. En este punto el Tribunal de Justicia ha defendido que la existencia de una restricción significativa ha de apreciarse en función del marco real en el que se sitúa el acuerdo y en particular el contenido de sus disposiciones, la finalidad objetiva que pretende alcanzar así como el contexto económico y jurídico en que se inscribe, la naturaleza de los bienes o de los servicios contemplados, la estructura y las condiciones reales de funcionamiento del mercado o mercados pertinentes⁵⁵. Nada excluye que para realizar esta evaluación se utilicen presunciones-de hecho la Comisión, por ejemplo, utiliza presunciones *de minimis* basadas en las cuotas de mercado de las empresas participantes⁵⁶. Y, en este punto, la doctrina americana podría servir de guía. A la vista de que la experiencia enseña que los actos de competencia desleal en general, y las declaraciones engañosas sobre productos propios o rivales en particular, no producen efectos significativos sobre la competencia, podría presumirse, *salvo prueba en contrario*, que los efectos son *de minimis* sobre la competencia y en consecuencia no debería aplicarse el art. 101 TFUE. Sin embargo, como también ha advertido parte de la doctrina americana, cuando quienes realizan un acuerdo para engañar tienen un poder de mercado relevante no cabe presumir que -simplemente porque el acto tiene un carácter engañoso -su efecto es *de minimis*. Y por ello parece preferible descartar la aplicación de la presunción *de minimis*. Hay además una segunda razón relacionada con la interpretación del art. 102 TFUE sobre la que volveremos con más detalle. El Tribunal de Justicia considera que no está justificada “la fijación de un umbral de apreciabilidad (*de minimis*) para determinar una explotación abusiva”⁵⁷. La razón es que, debido la existencia de una empresa dominante, “la estructura de la competencia del mercado ya está debilitada”⁵⁸. Es decir, el Tribunal de Justicia, relaciona poder de mercado-y en particular la posición dominante-con la regla *de minimis*, y asume que la posición de dominio excluye la fijación de un umbral de apreciabilidad-y *a fortiori*, la posibilidad de emplear una presunción para decidir si una práctica produce un efecto *de minimis*. Aunque para aplicar el art. 101 TFUE no es preciso que las empresas partes de un acuerdo posean en conjunto una posición de dominio, por razones de coherencia parece que no cabría presumir que un acto de engaño es *de minimis* cuando es el fruto de un acuerdo entre empresas con poder de mercado.

de enero de 1999, C. Bagnasco et al, C-215/96, *Rec* 1999, I-135, EU:C:1999:12, fundamento 34, STJUE 2 de abril de 2009, Pedro IV Servicios, S.L., C-260/07, *Rec* 2009, p.2437, EU:C:2009:215, fundamento 68.

⁵³ STJUE 13 de diciembre de 2012, Expedia Inc et al, C-226/11, *Rec* 2012, EU:C:2012:795, fundamento 37.

⁵⁴ *Ibidem*, fundamentos 35-37. Vid., también, Comunicación relativa a los acuerdos de menor importancia que no restringen la competencia de forma sensible en el sentido del art. 101, apartado 1, del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (Comunicación *de minimis*), DOUE C 291 de 30 de agosto de 2014, p. 1, puntos 1-3 y 13.

⁵⁵ STJUE 13 de diciembre de 2012, Expedia, cit., fundamento 21.

⁵⁶ Vid. Comunicación *de minimis*, op. cit.

⁵⁷ STJUE 6 de octubre de 2015, C-23/14, Post Danmark A/S et al, *Rec* 2015, EU:C:2015:651, fundamento 73 y STJUE 19 de abril de 2018, MEO (Serviços de Comunicações e Multimédia SA) et al, C-525/16, EU:C:2018:270, fundamento 29.

⁵⁸ STJUE 6 de octubre de 2015, Post Danmark A/S, fundamento 72.

34. Ahora bien, al examinar los efectos concretos de un acuerdo para realizar actos engañosos puede optarse por seguir un procedimiento similar al “quick look” sugerido por algunos autores en Estados Unidos. Es decir, se trataría de evaluar si estamos ante un acto de engaño, si hipotéticamente de poseerse poder de mercado, podría dar lugar a efectos anticompetitivos y sólo en el caso de que así sea comprobar si efectivamente produce o puede producir dichos efectos concretos-definiendo el mercado y evaluando el poder de mercado de las partes entre otras cosas. De este modo se pueden alcanzar simultáneamente el objetivo de reducir el riesgo de falsos positivos al tiempo que se evalúa rápidamente si debe aplicarse el Derecho antitrust.

35. De modo que parece que la Comisión-o la autoridad nacional competente en su caso- deberían descartar los casos de declaraciones engañosas relativos al propio producto o al de un rival salvo que concurran una serie de factores que permitan deducir que *prima facie* el acto correspondiente puede tener un impacto sobre la competencia significativo. En este punto, nuevamente la doctrina americana puede servir de ayuda. Será preciso que el engaño sea objetivamente idóneo para inducir a error a su destinatario: este requisito implica que la declaración engañosa debe referirse a una cuestión material y sea apto para generar confianza en sus receptores, lo que a su vez obligará a tener en cuenta el grado de sus conocimientos; en segundo lugar, será necesario evaluar si hipotéticamente de existir poder de mercado podría causar un efecto anticompetitivo significativo. Para decidir si se cumple este requisito habrá que tener en cuenta, entre otros factores, la posibilidad de que el mercado corrija la conducta engañosa en el corto plazo, y la relación de causalidad. En esta primera fase, la Comisión no debería definir el mercado ni calcular el poder de mercado. Se trata simplemente de descartar de forma rápida y fácil si un acto debe ser examinado a la luz del Derecho de defensa de la competencia.

36. Una vez superado este filtro inicial, debería evaluarse si la declaración engañosa correspondiente puede producir el efecto *concreto* de restringir la competencia. Nuevamente, recuérdese que un acto de engaño produce por definición un efecto distorsionador siquiera mínimo. Lo que se trata es de precisar su alcance y esto, como regla general, sólo podremos hacerlo analizando si hay un efecto anticompetitivo significativo *concreto*-lo que a su vez implica definir el mercado y evaluar el poder de mercado de las partes.

37. Pasemos ahora a las declaraciones engañosas sobre el propio producto o el de un rival y su examen a la luz del art. 102 TFUE. Dos temas deben ser abordados: por un lado el relativo a la imposibilidad de aplicar la regla *de minimis* en el ámbito del art. 102 y por otro el del estándar más adecuado para evaluar estas conductas.

38. El TJUE, como adelantábamos, defendió en el caso *Post Danmark II*, y hace tan sólo unas semanas lo confirmó en el caso *MEO*, que no está justificada la fijación de un umbral de apreciabilidad (*de minimis*) para determinar la existencia de una explotación abusiva. Una práctica contraria a la competencia de una empresa dominante puede, por su propia naturaleza, provocar restricciones de la competencia *significativas*⁵⁹. En principio parece que, *a fortiori*, tampoco estaría permitido el empleo de presunciones *de minimis*. Por tanto, parece que debemos descartar que una declaración engañosa relativa al propio producto o al rival pueda presumirse *de minimis* cuando la realiza una empresa en posición dominio.

39. Por otro lado, en el caso *Post Danmark II*, el Tribunal afirmó que no exista un umbral de apreciabilidad implica que para estar comprendido en el ámbito de aplicación del art. 82 CE (hoy 102 TFUE) el efecto contrario a la competencia [de un sistema de descuentos aplicado por una empresa dominante] debe ser probable, *sin que sea necesario demostrar que tiene un carácter grave o apreciable* (cursiva y corchetes nuestros)⁶⁰.

⁵⁹ *Ibidem*, fundamento 73.

⁶⁰ *Ibidem*, fundamento 74.

40. Cuando se dictó la sentencia del caso *Post Danmark II*, algún autor advirtió que sería un error interpretarla en el sentido de que no es necesario demostrar un efecto anticompetitivo para aplicar el art. 102 TFUE, que cualquier impacto en la estructura del mercado es suficiente para que exista un abuso, o que toda práctica de una empresa dominante susceptible de provocar un efecto excluyente debía ser considerada-presumirse- por definición grave y, en consecuencia, abusiva⁶¹. Es decir, que sería incorrecto entender que el art. 102 TFUE abarca los abusos de menor importancia.

41. En el caso *MEO* puede leerse que la mera presencia de una desventaja inmediata que afecte a los operadores a quienes se haya aplicado precios superiores respecto de las tarifas aplicables a sus competidores equivalentes [discriminación de precios] no significa, sin embargo, que la competencia haya sido falseada o que pueda serlo. Es decir, una discriminación en materia de precios en sí misma no es un abuso si no produce una desventaja competitiva-es decir un falseamiento de la competencia⁶². Para determinar si existe una desventaja competitiva-si la competencia ha sido falseada-habrà de tenerse en cuenta todas las circunstancias del caso⁶³. Estos fragmentos del caso *MEO* a los que nos acabamos de referir han sido interpretados como una confirmación de que no toda conducta realizada por una empresa dominante que ocasiona un efecto negativo sobre un operador (competidor etc) equivale a un comportamiento anticompetitivo en el sentido del art. 102 TFUE⁶⁴. En este sentido, la referencia a que no esté justificada la fijación de un umbral de apreciabilidad (*de minimis*) en el ámbito del art. 102 TFUE-mencionada tanto en el caso *Post Danmark II* como en *MEO*- implicaría que precisamente porque nos estamos refiriendo a empresas en una posición dominante, no puede descartarse “ex ante” que una práctica no tiene efectos anticompetitivos-es decir que sus efectos son *de minimis*. Habrá que determinarlo en el caso concreto⁶⁵. Si relacionamos la emisión de declaraciones engañosas por empresas dominantes con esta doctrina, habrá que entender que no pueden presumirse que tienen un efecto *de minimis*. Habría que analizar sus efectos en el caso concreto-y decidir si constituyen un abuso o si por el contrario perjudican a un competidor o consumidores concretos pero sin restringir la competencia en el sentido requerido por el art. 102 TFUE.

42. La segunda cuestión que queremos abordar es si las declaraciones engañosas emitidas por una empresa dominante deberían considerarse *prima facie* abusivas-como, por ejemplo, lo son los descuentos por fidelización⁶⁶. Esto es, si en sí mismos tienen la capacidad de restringir la competencia⁶⁷. O si por el contrario, no cabe presumir que posean esta característica y es preciso analizar su efecto concreto en el mercado. Si las declaraciones engañosas son como las del primer tipo indicado, la empresa dominante acusada de abuso podrá aportar durante el proceso pruebas de que la declaración engañosa no tiene la capacidad de producir un efecto anticompetitivo-es decir podrá tratar de levantar la presunción

⁶¹ P. IBÁÑEZ COLOMO, “Appreciability and *De minimis* in Article 102 TFUE”, *Journal of European Competition Law & Practice*, vol. 7, nº 10, 2016, pp. 651 y 652. Cfr. del mismo autor, “The future of Art. 102 TFEU after Intel”, *Journal of European Competition Law & Practice*, 2018 (18 de abril de 2018)[After Intel en lo sucesivo], y en particular su Apartado V. (vol, número y páginas del trabajo no disponibles en el momento de elaboración de este trabajo) Con anterioridad, WHISH realizó una advertencia similar en relación con la sentencia del Tribunal General de 12 de junio de 2014, Intel Corp. v. Comisión, (T-286/09, Rec 2014, EU:T:2014:547), y en concreto en relación con su párrafo 116 en el que puede leerse que el Tribunal de Justicia habría renunciado a aplicar el criterio del efecto apreciable o del umbral *de minimis* en relación con el art. 82 EC. WHISH defendió que para aplicar el art. 102 TFUE era preciso un efecto negativo sustancial sobre la competencia, R. WHISH, “Intel v Commission:keep calm and carry on!”, *Journal of European Competition Law & Practice*, v. 6, nº 1, 2015, pág. 2.

⁶² STJUE 19 de abril de 2018, *MEO*, fundamentos 27-31.

⁶³ *Ibidem*, fundamento 31.

⁶⁴ P. IBÁÑEZ COLOMO, “Case C-525/16, *MEO-Serviços de Comunicações e Multimédia*: a major contribution to Article 102 TFUE case law”, disponible en <https://chillingcompetition.com/2018/04/20/case-c-525-16-meo-servicos-de-comunicacoes-e-multimedia-a-major-contribution-to-article-102-tfeu-case-law/> consultado por última vez el 17 de mayo de 2018.

⁶⁵ *Ibidem*.

⁶⁶ STJUE 6 de septiembre de 2017, Intel Corporation Inc contra Comisión Europea et al, C-413/14 P, Rec 2017, EU:C:2017:632, fundamentos 137-140. Algunos autores utilizan la expresión “por el objeto” para referirse a este tipo de restricción, vid., por ejemplo, P. IBÁÑEZ COLOMO, After Intel, op. cit. apartado C; vid. en general todo el artículo para un primer comentario sobre la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso Intel y sus repercusiones para la aplicación del art. 102 TFUE, en general.

⁶⁷ STJUE 6 de septiembre de 2017, Intel, fundamento 138.

de que son abusivas⁶⁸. En ese caso, el órgano decisorio deberá tener en cuenta las circunstancias del caso concreto junto con las alegaciones de la empresa dominante para decidir si la práctica analizada tiene o podría tener en *concreto* un efecto restrictivo. Así debería valorar circunstancias como la importancia de la posición dominante de la empresa en el mercado de referencia, el porcentaje de mercado afectado por la práctica criticada, las características del engaño-su duración etc⁶⁹. Si se descarta que una declaración engañosa posea en sí misma la capacidad de restringir la competencia, entonces habrá que examinar sus efectos. Se opte por una u otra categoría, la empresa acusada de abuso por realizar declaraciones engañosas no puede eludir su responsabilidad demostrando que la correspondiente práctica aunque restrictiva de la competencia está objetivamente justificada: el engaño no provoca efectos procompetitivos.

43. El Tribunal de Justicia en el caso Intel no ha aclarado qué significa que una práctica sea capaz de producir un efecto distorsionador de la competencia⁷⁰. Se ha sugerido que esta referencia podría entenderse en el sentido de que es probable-más probable que no- que el acto examinado restrinja la competencia⁷¹. Pero también se ha defendido que es suficiente con que sea plausible que el acto restrinja la competencia-es decir, un criterio más laxo⁷².

44. En cualquier caso, parece que, como categoría, las declaraciones engañosas realizadas por una empresa en posición de dominio no deben considerarse unas prácticas capaces de producir un efecto anticompetitivo como el requerido para aplicar el art. 102 TFUE. Como se ha dicho en varias ocasiones, hay muchas declaraciones engañosas que no pueden producir un efecto distorsionador de la competencia-por su duración, por los consumidores a los que se dirige, por el competidor afectado etc. Por otro lado, debe mantenerse la coherencia con la interpretación que hemos hecho del art. 101 TFUE en relación con el que hemos descartado que un acuerdo para engañar deba considerarse una restricción por el objeto. Es cierto que los supuestos no son exactamente iguales-el 102 TFUE requiere la existencia de una posición de dominio y no existe *strictu sensu* abusos “por el objeto”.

45. Al examinar a la luz del art. 102 TFUE una declaración engañosa pueden aplicarse, mutatis mutandis, el procedimiento “rápido” expuesto más arriba en relación con el art. 101 TFUE.

2. El caso Hoffman-La Roche/Novartis

46. Recientemente, el Tribunal de Justicia en el caso Hoffman-La Roche/Novartis declaró que un acuerdo entre empresas para divulgar información engañosa relativa a un medicamento puede ser considerada una restricción por el objeto⁷³. A continuación analizaremos este caso a la luz de las reflexiones realizadas en las líneas precedentes.

47. El grupo Roche, a través de una empresa llamada Genentech Inc, desarrolló un medicamento, el Avestis, que permitía combatir ciertos tumores. Paralelamente, crearon un segundo medicamento, al que se llamó Lucentis para tratar ciertas patologías vasculares oculares-entre ellas la degeneración macular senil⁷⁴. Genentech, que sólo operaba en Estados Unidos, concedió a su sociedad matriz Roche, una licencia de explotación del Avastin para el resto del mundo. Puesto que Roche no operaba en el

⁶⁸ Aplicando la misma doctrina que defiende el Tribunal de Justicia en relación con los descuentos por fidelización, *ibidem*, fundamentos 138 y 139.

⁶⁹ *Ibidem*, fundamento 139.

⁷⁰ P. IBAÑEZ COLOMO, After Intel, op. cit., apartado IV.

⁷¹ AG N. WAHL, Conclusiones generales de 20 de octubre de 2016, Intel Corporation Inc contra Comisión Europea, EU:C:2016:788, apartado 115.

⁷² P. IBAÑEZ COLOMO, After Intel, op. cit., apartado IV.

⁷³ STJUE 23 de enero de 2018, F. Hoffmann-La Roche Ltd et al contra Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, C-179/16, Rec. 2018, EU:C:2018:25.

⁷⁴ AG K. SAUGMANDSGAARD ØE, Conclusiones generales, F. Hoffmann-La Roche Ltd et al/Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato, C-179/16, ECLI:EU:C:2017:714, apartados 20 a 23 (Conclusiones en lo sucesivo).

sector de la oftalmología, Genentech licenció al grupo Novartis para su explotación fuera de Estados Unidos, el Lucentis.

48. Pues bien, el Avastin fue lanzado al mercado antes que el Lucentis. En ese primer momento, algunos médicos observaron que al suministrar Avastin a enfermos de cáncer que padecían también degeneración macular, mejoraban de ésta última dolencia⁷⁵. A raíz de estas observaciones, y a que el Avastin era- por aquel entonces- el único medicamento de su tipo disponible, médicos de todo el mundo comenzaron a prescribir el Avastin para tratar la degeneración macular, hasta el punto que su uso con esta finalidad se generalizó⁷⁶. Italia no fue una excepción.

49. Casi dos años después que de que lo hiciese el Avastin, el Lucentis comenzó a comercializarse en Italia. De modo, que a partir de ese momento, coincidieron en el mercado italiano el Lucentis y el Avastin, “medicamentos terapéuticamente equivalentes” para el tratamiento de la degeneración macular y otras enfermedades oculares⁷⁷. Sin embargo, el tratamiento con el Lucentis era considerablemente más caro que con Avastin, y por eso los médicos italianos siguieron prescribiéndolo de manera preferente. En este sentido, el Avastin era el principal competidor del Lucentis⁷⁸.

50. Pues bien, las autoridades de la competencia italiana sancionaron a Roche y Novartis por haber acordado “diferenciar artificialmente” el Lucentis y el Avastin presentando a este último como menos seguro y eficaz para el tratamiento de la degeneración macular mediante la elaboración y difusión de noticias que destacaban los riesgos del Avastin y minusvaloraban los informes científicos en contra. Al parecer en el momento en el que se plantea el pleito, no existía certeza sobre estos extremos. Además habrían acordado que Roche solicitase a la Autoridad del medicamento de la UE (EMA)-aprovechándose de esa imagen negativa- una modificación del expediente relativo al Avastin -en concreto, del resumen de sus características para indicar que provocaba una reacción adversa cuando se inoculaba en los ojos, modificación que de lograrse daría lugar a una notificación oficial entre la comunidad médica⁷⁹. Según las autoridades de la competencia italiana, el acuerdo pretendía evitar que el Avastin restase ventas al Lucentis, un producto más caro y de cuya venta se beneficiaban tanto Novartis como Roche. Hay que advertir que aunque Roche no convenció a la EMA-el resumen se modificó solo para incluir una mención especial entre las advertencias especiales y precauciones de empleo-las autoridades italianas consideraron probado que el acuerdo desvió ventas del Lucentis hacia el Avastin provocando pérdidas para el sistema de Seguridad social italiano⁸⁰.

51. La resolución de la autoridad italiana de la competencia fue recurrida en dos ocasiones, llegando el asunto, finalmente, al *Consiglio di Stato* que planteó entonces varias cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia. En una de ellas se pregunta si puede considerarse restrictivo de la competencia por su objeto un acuerdo que tiene como finalidad “poner de relieve la menor seguridad o la menor eficacia de un medicamento, cuando esa menor eficacia o seguridad, *pese a no estar respaldada por resultados científicos ciertos, tampoco puede sin embargo excluirse de forma irrefragante a la luz de los conocimientos científicos disponibles en la época de los hechos*” (la cursiva es nuestra). La respuesta del TJUE es que “el art. 101.1 TFUE debe interpretarse en el sentido de que constituye una restricción de la competencia “por su objeto” (...) una práctica colusoria entre dos empresas que comercializan

⁷⁵ *Ibidem*, apartado 38.

⁷⁶ El Avastin, antes de la comercialización del Lucentis, era el único medicamento anti-VEGF: un medicamento que permitía inhibir la acción del factor de crecimiento del endotelio vascular (VEGF). El Lucentis es, por tanto, también un medicamento anti-VEGF, para más detalles, AG SAUGMANDSGAARD ØE, Conclusiones, apartados 20-23 y 29.

⁷⁷ Según las autoridades de la competencia italianas, STJUE 23 de enero de 2018, F. Hoffmann-La Roche Ltd et al., fundamento 32. Hay que advertir que el Avastin no contaba con autorización de comercialización para el tratamiento de enfermedades oculares vasculares. A pesar de ello, su comercialización era legal en Italia.

⁷⁸ AG SAUGMANDSGAARD ØE, Conclusiones, apartado 33.

⁷⁹ La EMA era competente porque era la que había expedido la autorización de comercialización del Avastin.

⁸⁰ STJUE 23 de enero de 2018, F. Hoffmann-La Roche Ltd et al., fundamento 63, AG SAUGMANDSGAARD ØE, Conclusiones, apartado 39.

dos medicamentos competidores, que tiene como objetivo, en un contexto caracterizado por la incertidumbre científica, la difusión entre la EMA, los profesionales sanitarios y el público de información engañosa sobre los efectos adversos del uso de uno de esos medicamentos para el tratamiento de patologías no cubiertas por la Autorización de comercialización de éste, con el fin de reducir la presión de la competencia resultante de dicho uso sobre el uso del otro medicamento”⁸¹. Dos extremos son claves: por un lado, la necesidad de comprobar que existe engaño, un efecto anticompetitivo previsible y un nexo de causalidad entre ambos⁸².

52. Pues bien, si aplicamos el test defendido más arriba, las autoridades de la competencia al enfrentarse con un caso de esta naturaleza, deberían, en primer lugar, analizar si existe un acto de engaño relevante. Como hemos explicado para ello en primer lugar debería evaluarse si las declaraciones examinadas se refieren a un aspecto *capital*. En nuestro caso así es puesto que las noticias que Roche y Novartis se comprometen a publicar tratan de cuestionar la seguridad y eficacia del Avastin.

53. En segundo lugar, sería preciso que las noticias fuesen *claramente* engañosas. En un contexto de incertidumbre científica como el del caso que nos ocupa, podríamos dudar o incluso pensar que no se cumple esta condición si el fabricante de un medicamento-unilateralmente- trata de difundir la opinión que más les favorece. No sólo se trata de que tengan derecho a expresar su opinión *científica* sino que además puede interesarles al objeto de evitar que el nombre de la empresa resulte dañado si, finalmente, se demuestra que el medicamento no es tan seguro o eficaz como algunos científicos pretendían; por supuesto, nada excluye que realicen estas declaraciones para proteger el interés de los consumidores. Todos ellos son intereses legítimos. Parece, sin embargo, que habría engaño si las declaraciones son aptas para crear la opinión de que *no existe incertidumbre científica* cuando no es así realmente-tanto por acción como por omisión⁸³.

54. Al evaluar la aptitud para engañar de una manifestación o declaración habrá que tener en cuenta quiénes son los destinatarios de los correspondientes mensajes. En este caso, aunque los consumidores finales podrían no tener conocimientos médicos-y así será en la mayoría de los casos-, que se prescriba Lucentis en lugar de Avastin depende de una decisión de una persona que tiene una formación médica. Habrá que considerar en qué medida los médicos encargados de prescribir estos medicamentos están en condiciones de evaluar la información procedente de las empresas. Por otro lado, habrá que tener presente que los médicos disponen de la información que suministra las autoridades del medicamento. Por tanto, habrá que valorar también en qué medida el mensaje difundido por las empresas es apto para engañar a estas autoridades. En el caso que nos ocupa, hay un indicio de que no era así puesto que la EMA no modificó el resumen en el sentido requerido por Roche y Novartis sino que se limitó a realizar unas meras advertencias. Finalmente, habrá que tener en cuenta también en qué medida la comunidad científica podría suministrar información que contrarreste la proporcionada por las empresas farmacéuticas. Finalmente, en este caso, deberíamos también tener en cuenta que el acuerdo pretendía que el engaño tuviese unos efectos prolongados en el tiempo-y no meramente transitorios.

55. El Abogado general (AG) SAUGMANDSGAARD ØE mantuvo en sus conclusiones que la divulgación concertada de afirmaciones engañosas, como las de este caso constituye una restricción por el objeto. Por esta razón, considera que es indiferente que la EMA introdujese en el resumen del Avastin una modificación diferente de la solicitada por Roche y que, en consecuencia, no se hubiera enviado a los médicos la correspondiente comunicación para advertirles de los efectos adversos del Avastin⁸⁴. Sin em-

⁸¹ STJUE 23 de enero de 2018, F. Hoffmann-La Roche Ltd et al., fundamento 95.

⁸² *Ibidem*, fundamentos 92 y 93. La necesidad de un nexo causal entre el engaño y el efecto anticompetitivo está implícita en el párrafo 93.

⁸³ El AG SAUGMANDSGAARD ØE mantuvo en este sentido que “el hecho de no precisar el carácter incierto de los riesgos que suscita la utilización de este medicamento [el Avastin], o de exagerarlos faltando a la objetividad a la vista de las pruebas disponibles, puede convertir en engañosa una comunicación concertada relativa a estos riesgos”, Conclusiones, apartado 160.

⁸⁴ *Ibidem*, apartados 156 y 175.

bargo, creemos, que, siguiendo la práctica americana, en la primera fase del análisis de un caso de engaño, en la que hay que decidir si se aplica el antitrust, es preciso evaluar si una determinada declaración-en este caso información sobre la seguridad del Avastin- puede objetivamente engañar, y para ello puede ser pertinente tener en cuenta qué resultados tuvo la campaña publicitaria correspondiente-en este caso las autoridades sanitarias no la dieron por buena. Con ello no se quiere decir que esta circunstancia sea concluyente-pero sí que es una más de las que debe tenerse en cuenta. Por otro lado, incluso aceptando la lógica del abogado general, no puede hablarse de efecto presumido sobre la competencia o si se prefiere de riesgo grave - (restricción por el objeto)- de una manifestación engañosa si ésta objetivamente no lo es o no puede crear una impresión falsa o el riesgo de que lo haga es bajo o nulo. Y para ello hay que evaluar si objetivamente puede provocar engaño. Y este parece ser también el punto de vista del Tribunal de Justicia. En el fundamento 92, el Tribunal de Justicia exige que el órgano remitente compruebe si la información que Novartis y Roche pactan suministrar tiene carácter engañoso como paso previo para decidir si a la vista de las características del mercado del medicamento es previsible que la difusión de la citada información puede incitar a los médicos a dejar de prescribir el Avastin⁸⁵.

56. De acuerdo con la teoría que se está defendiendo en este trabajo, el segundo paso, una vez concluido que existe una declaración apta para provocar una impresión engañosa, sería evaluar si es plausible que, a la vista de las circunstancias, la conducta podría provocar un daño anticompetitivo, es decir, si existe una teoría del daño plausible. Entre otras cosas, en este momento, debería evaluarse si el mercado puede, en el corto plazo, eliminar el error que podría producir la comunicación examinada. En este punto, en el caso que nos ocupa, *prima facie*, no puede contarse con este resultado, pues los dos principales competidores en el mercado de los medicamentos para el tratamiento de patologías vasculares oculares en Italia-Astra y Novartis⁸⁶-adoptaron un acuerdo para dejar de competir “en el mercado de las ideas”: es decir, Astra se comprometió a presentar su medicamento como inseguro para resaltar la imagen de su “rival”; en un mercado que funciona correctamente lo que cabe esperar es que Astra, sin negar la situación de incertidumbre, destaque las virtudes de su medicamento y que Novartis, *mutatis mutandis*, haga lo propio. Por tanto, el pacto altera el funcionamiento correcto del mercado e impide, al involucrar a los principales operadores, que el eventual engaño pueda ser corregido.

57. Cabría plantearse qué ocurre si el mercado está regulado y existe como ocurre en el caso de los medicamentos unas autoridades que velan por que la información que se suministra a los médicos encargados de su prescripción sea exacta y objetiva. Creemos que en este punto puede ser relevante la sentencia del Tribunal de Justicia en el caso Astrazeneca: en este asunto se examinó si una empresa abusa de su posición de dominio cuando emite una declaración engañosa ante una oficina de propiedad industrial con la finalidad de obtener un certificado complementario de patente. Pues bien, el Tribunal de Justicia consideró que el Tribunal general había actuado correctamente al considerar que una práctica de esta naturaleza era abusiva cuando se demuestra que teniendo en cuenta el *contexto objetivo* en que se realizan pueden conducir realmente a que las autoridades públicas otorguen el derecho exclusivo solicitado⁸⁷. En este sentido, el Tribunal General y la Comisión habrían actuado correctamente *al tener en cuenta el limitado margen con el que cuentan las oficinas de propiedad industrial o la inexistencia de una obligación de comprobar la exactitud o veracidad de las informaciones que le son comunicadas*⁸⁸. Pues bien, en nuestro caso si bien no estamos hablando de procedimientos de concesión de derechos de propiedad industrial, sería preciso evaluar si incluso ante un fallo del mercado-los principales competidores pactan suministrar información engañosa-todavía es posible contar con que las autoridades del medicamento detectarán el error-teniendo en cuenta su margen de actuación y su obligación de supervisar el mercado del medicamento- y están en condiciones de contrarrestarlo objetivamente.

⁸⁵ STJUE 23 de enero de 2018, F. Hoffmann-La Roche Ltd et al., fundamentos 92 y 93.

⁸⁶ AG SAUGMANDSGAARD ØE, Conclusiones, apartados 40 y 46.

⁸⁷ STJUE 6 de diciembre de 2012, Astrazeneca v Comisión Europea, C-457/10P, *Rec* 2012, ECLI:EU:C:2012:770, fundamento 106 y ss.

⁸⁸ *Ibidem*, fundamento 105.

58. El AG SAUGMANDSGAARD ØE se pregunta en sus conclusiones que habría ocurrido si el acuerdo entre Novartis y Astra tuviera por objeto la emisión de información verdadera⁸⁹. Según el Abogado general un pacto de esta naturaleza no produce un efecto anticompetitivo porque básicamente aumenta la transparencia⁹⁰. En mi opinión, esto es correcto salvo que bajo la apariencia de un acuerdo para aumentar la transparencia, Astra pretenda indicar que renuncia a tratar de resolver la situación de incertidumbre en beneficio de ambos; es decir, que se compromete a no hacer nada que pueda alterar un *statu quo* que beneficiaba a ambas y perjudicaba a los consumidores.

59. Continuando con el análisis, en esta primera fase será preciso evaluar también si es plausible que la práctica engañosa genere un efecto anticompetitivo al menos hipotéticamente. En este caso se había observado que el Lucentis era sustancialmente más caro que el Avastin; por tanto, si el engaño se consumaba los consumidores o el sistema sanitario italiano pagarían mucho más. Por otro lado, también era evidente que las dos empresas tenían un incentivo para lograr este objetivo: ambas obtendrían más beneficios con la venta del Lucentis que compitiendo por el mercado italiano. No se olvide que el Grupo Astra a través de Genentech obtenía los royalties de la licencia del Lucentis y que Novartis obtenía las ganancias procedentes de la venta del Lucentis en Italia y además de forma indirecta participaba en las ganancias de Astra al tener un 33 por ciento de su capital⁹¹. Se deduce de lo anterior, que es también en este momento cuando debe evaluarse la relación de causalidad entre el engaño y el efecto anticompetitivo.

60. Una vez que, después de un primer análisis, se concluye que el acto de engaño, *prima facie*, podría producir un efecto dañino sobre la competencia no meramente *de minimis*, debería comprobarse si efectivamente estamos ante una restricción de la competencia del art. 101 del TFUE. En este punto, como hemos defendido más arriba, el estándar que debería utilizarse es el propio de las restricciones por el efecto. Es en este momento cuando habrá que evaluar si las declaraciones engañosas producen el efecto concreto de restringir la competencia, para lo que entre otras cosas será preciso determinar el poder de mercado de las empresas implicadas⁹².

⁸⁹ AG SAUGMANDSGAARD ØE, Conclusiones, apartados 177 y ss.

⁹⁰ *Ibidem*.

⁹¹ *Ibidem*, apartado 37.

⁹² Esta conclusión, por otro lado, parece razonable a la vista del caso Astrazeneca. En este caso, el Tribunal de Justicia rechazó que una declaración engañosa ante una oficina de propiedad industrial al objeto de obtener un certificado complementario hubiera sido considerada anticompetitiva “per se” por el Tribunal General y la Comisión, STJUE 6 de diciembre de 2012, Astrazeneca, fundamento 106.