

Comentarios de CCBE sobre un nuevo Instrumento de Competencia como parte de la futura legislación propuesta por la Comisión Europea

14/10/2020

1. Introducción

CCBE se complace en presentar sus comentarios sobre el "Nuevo instrumento de competencia" como parte de un futuro paquete legislativo (vinculado a una propuesta de Ley de Servicios Digitales) que está preparando la Comisión Europea (en adelante la Comisión). Mientras que en la sección dos exponemos nuestras preocupaciones en relación con el fundamento de la Comisión, en la sección tres exponemos el posible marco jurídico de este instrumento. A continuación comparamos y contrastamos el Nuevo Instrumento de Competencia de la Comisión con los regímenes similares de otras jurisdicciones que ya están en vigor en la sección cuatro, y antes de nuestra conclusión, nos proponemos hacer hincapié en algunas sugerencias, en caso de que la Comisión decida introducir este nuevo instrumento de competencia

Resumen: A CCBE le preocupa especialmente que la introducción de un "Nuevo instrumento de competencia" como el descrito cambie drásticamente la naturaleza de los instrumentos del derecho de la competencia y el equilibrio de poderes, al tiempo que se reduce el nivel de las pruebas y se pone en peligro de manera desproporcionada el derecho de defensa de las partes. El CCBE no cree que la Comisión necesite un instrumento que vaya más allá de su capacidad actual para realizar investigaciones sectoriales.

Si se introdujera ese instrumento, la Comisión debería aclarar las pruebas jurídicas y económicas que aplicaría antes de intervenir en un mercado o imponer recursos. En particular, será necesario definir la prueba exacta y el nivel de prueba que la Comisión debe cumplir antes de poder intervenir en cualquier mercado. La Comisión deberá también esbozar exactamente lo que implicarán sus nuevas facultades de investigación. El CCBE también sugeriría que la Comisión establezca normas básicas claras e introduzca sólidas salvaguardias de procedimiento (como las del Reino Unido). En cualquier caso, es necesario establecer salvaguardias adecuadas y rigurosas, como los controles de proporcionalidad, las garantías procesales y la revisión judicial exhaustiva.

Otra posible dificultad que la Comisión podría enfrentar con este instrumento es la de equilibrar los intereses de los Estados miembros: existe el riesgo de que se politice y, por lo tanto, se socave la independencia política de la Comisión.

2. Razón de ser

2.1 El fundamento de esta propuesta es que es necesario un nuevo instrumento de competencia que permita a la Comisión ocuparse de los problemas estructurales de competencia en los mercados que la Comisión ha identificado y que no pueden abordarse o tratarse de la manera más eficaz sobre la base de las normas de competencia actuales (por ejemplo, evitando que los mercados se inclinen).

2.2 Aunque la evaluación inicial de los efectos de la Comisión cita varios informes de investigación en los que basa su propuesta actual, en todos ellos se indican los peligros plausibles y potenciales que pueden surgir, y nada más. Aunque parece haber un consenso más amplio entre los académicos sobre los peligros que podrían existir, la mayoría de esos informes admiten que carecen de pruebas empíricas. No identifican ejemplos reales de que esto ya esté ocurriendo, algo que a menudo se ha reconocido como necesario para saber cómo proceder¹

2.3 Así pues, no se han presentado pruebas concretas y convincentes que demuestren que se necesita un nuevo instrumento para hacer frente a los desafíos que se plantean. La Comisión estaría en efecto en una posición más favorable si pudiera delimitar claramente las lagunas que este instrumento de competencia trata de resolver. En lugar de ello, nos quedan los informes de los expertos² que no hacen referencia a ningún ejemplo real que se convierta en mera plausibilidad, lo que hace que el objetivo final del instrumento no esté claro, dejándonos únicamente informados de un resultado deseado que no es para lo que existe el derecho de la competencia, y sin una evaluación basada en hechos. Esto es contrario a los principios de la UE de una mejor regulación -promovidos por la Comisión- que exigen que las medidas de la UE se basen en pruebas y en la comprensión de las repercusiones.

2.4 Más concretamente, el informe de la OCDE³ se basa en un hipotético resultado no deseado y plantea que ese resultado es un problema. La naturaleza de la competencia, tal como se ha considerado tradicionalmente en el contexto de la UE, no consiste únicamente en controlar o mejorar los resultados del mercado, sino en garantizar un proceso justo. Los informes en los que se basa la evaluación inicial de los efectos no abordan la forma en que eso puede lograrse.

2.5 No existe una norma convenida para medir esos problemas. De hecho, los informes parecen centrarse en los resultados más que en la metodología: esto no es útil cuando se intenta crear una solución jurídica a un problema. De hecho, en el mencionado informe de la OCDE se cita a Kaplow al decir que el enfoque actual podría ser demasiado "formalista" para hacer frente al daño causado en un intento de justificar un "enfoque más económico del derecho de la competencia"⁴, que hace caso omiso del énfasis puesto en los métodos exactos utilizados para generar el resultado perjudicial mencionado. **La adopción de ese enfoque permitiría, en efecto, que la Comisión pasara por alto las**

¹ El informe de la OCDE sobre la Colusión Tácita admite claramente la naturaleza hipotética de sus ideas. Véase OCDE (2017), Algoritmos y Colusión: La política de competencia en la era digital

² OCDE (2017), Algoritmos y colusión: La política de competencia en la era digital

³ OCDE (2017), Algoritmos y colusión: La política de competencia en la era digital

⁴ Kaplow, L. (2011), "On the Meaning of Horizontal Agreements in Competition Law", California Law Review, Vol. 99, Nº 3, pp. 683-818

normas probatorias establecidas, ya que no es necesario constatar una infracción, e interviniera por falta de resultados deseados en el mercado bajo el pretexto de la protección del consumidor.

2.6 La Comisión ha estipulado que las actuales normas de competencia siguen siendo el "pan de cada día de la política de competencia"⁵, y CCBE está de acuerdo. Las autoridades de defensa de la competencia ya disponen de un gran número de instrumentos para hacer frente a las posibles nuevas realidades. Esos instrumentos han resistido pruebas anteriores y si hay un problema que debe abordarse, podría tratarse más bien de una aplicación más exhaustiva y de la asignación de recursos para garantizar que se cumplan las normas de prueba para demostrar que ha habido una infracción. CCBE acoge con beneplácito el aumento de la utilización del actual conjunto de instrumentos de la Comisión, como las medidas cautelares, las investigaciones sectoriales y las investigaciones en virtud de los artículos 101 y 102 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE).

2.7 Además, CCBE desea expresar su preocupación por que el derecho de la competencia se transforme en un "curalotodo" para todas las cuestiones de política. El alcance de la injerencia que conlleva un instrumento de tan alta flexibilidad plantea cuestiones sobre la forma en que la aplicación podría seguir siendo proporcionada y eficaz. CCBE considera que la singular estructura de gobierno de las instituciones de la Unión Europea no está suficientemente equipada para abordar las cuestiones de rendición de cuentas y transparencia si esto se añade a la caja de herramientas de la Comisión.

2.8 El razonamiento de la OCDE en su informe sobre los algoritmos y la colusión aboga con demasiada libertad por la sustitución de los puntos de referencia jurídicos para la economización a fin de fundamentar los nuevos objetivos de la Comisión. El CCBE tiene la convicción de que ello podría dar lugar tanto a la incertidumbre jurídica como a cuestiones relativas al umbral de intervención de la Comisión. De manera similar, la OCDE estipuló que la "La inclusión de objetivos múltiples [...] aumenta los riesgos de conflictos y la aplicación incoherente de política de competencia"⁶.

3. Marco jurídico actual

3.1 Si bien, en la práctica, la introducción de este nuevo instrumento de la competencia puede significar que la Comisión se vea obligada a aplicar normas de prueba menos estrictas que las previstas en las actuales normas de la competencia, este instrumento también plantearía cuestiones relativas a si esas facultades se ajustarían al actual marco de la Unión Europea, ya que casi se concedería a la Comisión la capacidad jurídica para impulsar la regulación del mercado y, al mismo tiempo, haría que los derechos de las empresas a las garantías procesales fueran menos seguros desde el punto de vista jurídico. CCBE no cree que la Comisión necesite poderes que vayan más allá de su capacidad actual para realizar investigaciones sectoriales.

3.2 Además, existe también una posible superposición con otras reglamentaciones, como la prevista reglamentación de los guardianes y la recientemente introducida reglamentación de la plataforma empresarial (Reglamento (UE) 2019/1150). Como la Comisión ya ha aclarado que el nuevo instrumento de competencia y la reglamentación de control de acceso serán supervisados por la DG CNECT y la DG COMP, se ha señalado acertadamente que las empresas podrían estar sujetas a dos organismos reguladores diferentes, lo que aumentaría la carga de cumplimiento, al tiempo que

⁵ Declaración de la Comisionada Vestager ante el Subcomité Judicial del Comité de los Estados Unidos de América para la Defensa de la Competencia, el Comercio y la Industria. Derecho Administrativo, 3 de agosto de 2020

⁶ Véase también el Foro Mundial de la OCDE sobre la Competencia, 2003. LOS OBJETIVOS DEL DERECHO Y LA POLÍTICA DE LA COMPETENCIA. Organización de Cooperación y Desarrollo Económicos.

tendría la capacidad de imponer soluciones análogas. **Al igual que en la reglamentación entre plataformas, la Comisión debería centrar su atención en la equidad del proceso más que en la equidad del resultado, reconociendo al mismo tiempo la creación de valor de las plataformas para los usuarios y consumidores de las mismas.**

3.3 Además, CCBE considera que la base jurídica de esta herramienta es cuestionable. Como se ha señalado con acierto, parece que este nuevo instrumento de competencia eludiría inevitablemente los requisitos de intervención establecidos por la Comisión, especialmente cuando se puede encontrar un solapamiento entre el nuevo instrumento de competencia y un comportamiento contrario a los artículos 101 y 102 del TFUE. Sin embargo, el artículo 103 del TFUE no proporcionaría una base jurídica adecuada, ya que "tendría que ser coherente con las disposiciones del Tratado tal como las interpretan los tribunales (en lo que respecta, por ejemplo, a la carga de la prueba, la noción de restricción de la competencia, la posición dominante, los efectos anticompetitivos...)". Las disposiciones del Tratado se refieren a las restricciones de la competencia, pero se puede argumentar que no pueden ser la base jurídica de las medidas que tratan de crear nueva competencia ⁷.

3.4 Por último, instamos a la Comisión a que aclare las pruebas jurídicas y económicas que aplicaría antes de intervenir en un mercado o imponer remedios. En particular, será necesario definir la prueba exacta y el nivel de prueba que la Comisión debe cumplir antes de poder intervenir en cualquier mercado. La Comisión deberá también esbozar lo que implicarán exactamente sus nuevas facultades de investigación. CCBE también sugeriría que la Comisión divulgue un formato de normas básicas y establezca garantías procesales elaboradas como las del Reino Unido.

4. Comparación y contraste con otras jurisdicciones

4.1 Con la Comisión tratando de avanzar hacia un entorno en el que se integren tanto los instrumentos ex-post como los ex-ante, países como Grecia, Islandia, México, Rumania, Sudáfrica y, sobre todo, el Reino Unido, ya disponen de estos sistemas de investigación de mercado. Estos sistemas son de naturaleza altamente discrecional, lo que permite a las autoridades tomar medidas drásticas en caso de que se descubra un fallo del mercado, como la desinversión de activos y la separación estructural.

4.2 Es interesante observar que Grecia tiene dos tipos de poderes (desde 2005): i) Examinar un sector específico de la economía griega que esté bajo su jurisdicción; y si llega a la conclusión de que no existen condiciones para una competencia efectiva en este sector y considera que la aplicación del resto de sus instrumentos de competencia no es suficiente para crear las condiciones de una competencia efectiva, puede, mediante una decisión motivada, adoptar todas las medidas necesarias y proporcionadas a este respecto, incluida una propuesta legislativa motivada presentada al Ministro pertinente y al Ministro de Economía, Competitividad y Navegación; y ii) realizar una investigación sobre un sector específico de la economía o un tipo específico de acuerdos en diversos sectores, cuando la fijación de precios u otras circunstancias hagan sospechar una posible restricción o distorsión de la competencia. En relación con esto último, no hay plazos, pero la Comisión Helénica de la Competencia puede publicar un informe sobre los resultados de su investigación y pedir a las partes interesadas que formulen observaciones. Sin embargo, en relación con la primera, la HCC debe notificar su opinión sobre la existencia de un mercado anticompetitivo en un plazo de 90 días a partir del inicio del procedimiento, seguido de una consulta pública de al menos 30 días. El siguiente paso

⁷ Véase también Lamadrid, A., 2020. ¿Puede ser esto la nueva normalidad? 10 preguntas sobre la nueva herramienta de competencia propuesta. [Blog] Chilin'Competition

es emitir un dictamen motivado en el que se exponen las medidas propuestas, que también se somete a consulta pública durante al menos 30 días. La decisión subsiguiente de la Comisión de Derechos Humanos es ejecutable y también puede apelarse, con una sanción por incumplimiento de las personas físicas o jurídicas de un mínimo de 15.000 euros y un máximo del 10% del volumen de negocios total del año anterior de la decisión. Si en los dos años siguientes la HCC considera que las medidas fueron insuficientes, reiniciará el procedimiento. Ambas facultades implican un esfuerzo sustancial y un compromiso de tiempo tanto por parte de la autoridad como de los agentes del mercado interesados, como lo demuestran, por ejemplo, la investigación de la HCC sobre los bienes de consumo básico iniciada en 2011, que supuestamente ha acumulado casi 300 páginas de información, y la consulta pública iniciada en abril de este año. Nótese que el HCC también está llevando a cabo actualmente investigaciones sobre el comercio electrónico y fintech respectivamente, con una posible futura investigación sobre los taxis.

4.3 En Rumanía existe un procedimiento de una sola etapa dirigido a los agentes privados y públicos, que da lugar a la adopción de una decisión. El Consejo de la Competencia de Rumanía está obligado a notificar a las partes investigadas en el marco de un procedimiento de investigación preliminar, pero no hay un plazo fijo para la investigación. Una vez redactado el informe, debe presentarse una copia a las partes al menos 30 días antes de las audiencias, en las que las partes pueden presentar sus alegaciones. Posteriormente, el Consejo de la Competencia de Rumania presentará su decisión, pero tampoco hay un plazo fijo para esta etapa. El Consejo de la Competencia de Rumania ha utilizado esta facultad de forma bastante activa en los últimos años.

4.4 CCBE tiene dos preocupaciones principales en relación con la posible adopción por parte de la Comisión del nuevo instrumento de la competencia. El marco sugerido permitiría a la Comisión una interferencia mucho más amplia como, por ejemplo, como ha mencionado la Vicepresidenta Ejecutiva Vestager, el deber de "poner los datos a disposición de otros". Como último recurso, podría incluso significar la disolución de empresas, para proteger la competencia"⁸. Además, en los casos en que la Comisión no pueda articular el daño con arreglo a los instrumentos convencionales en virtud de los artículos 101 y 102 del TFUE, CCBE teme que esos poderes se empleen para promover objetivos de política y se dirijan exclusivamente a sectores o empresas específicos.

4.5 Con casi veinte investigaciones de mercado realizadas en el Reino Unido desde la introducción del instrumento, cabe señalar que la CMA (Autoridad de Competencia y Mercados del Reino Unido) ha optado por no utilizar su instrumento de investigación de mercado para los asuntos digitales. Si bien la CMA tiene la capacidad de remediar cualquier "efecto adverso sobre la competencia"⁹, no es necesario encontrar una infracción. Al igual que los efectos que se producen en el Reino Unido tras una investigación de mercado, si se aplica este nuevo instrumento de competencia, los importantes compromisos de tiempo y recursos por parte del personal constituyen uno de los muchos desafíos a los que se enfrentan las empresas.

4.6 En el Reino Unido también ha habido preocupaciones de que, cuando el gobierno prefiere no interferir abiertamente o los instrumentos de la competencia no son óptimos para resolver la política, las investigaciones de mercado se llevan a cabo como un medio para alcanzar fines políticos. A este respecto, la AMC ha comentado anteriormente con discreción el apoyo del gobierno a su importante posición como regulador independiente.

⁸ Discurso del Comisionado Vestager. La competencia en la era digital: Changing Enforcement for Changing Times, Conferencia Anual de ASCOLA, 26 de junio de 2020

⁹ Párrafo 2 del artículo 138 de la Ley de Empresas de 2002.

4.7 Dada la presión del tiempo y el alcance de las investigaciones, hay consenso entre algunas partes en que el escrutinio realizado no tiene un carácter suficientemente enérgico y va acompañado de remedios desproporcionados, sobre todo porque las actividades de mercado en cuestión sólo cumplen los requisitos de los efectos adversos sobre la competencia¹⁰, y por lo tanto no son "ilegales". Teniendo en cuenta lo anterior, las investigaciones de mercado en el Reino Unido se han considerado a veces desproporcionadamente problemáticas. Desde que se acortó el plazo de las investigaciones de mercado¹¹, las demoras se están convirtiendo cada vez más en un punto principal de dolor para los procedimientos de las investigaciones. Debido a la falta de tiempo para responder a las declaraciones, documentos de trabajo o solicitudes de emisión, podría argumentarse razonablemente que el derecho de las partes a una defensa se ve comprometido, y que a todos los efectos las conclusiones de la investigación se distorsionan.

4.8 La Comisión ha extraído claramente su visión del régimen del Reino Unido, un sistema que la Vicepresidenta Ejecutiva Vestager elogiaba periódicamente, pero todavía no se ha establecido si los tribunales de la Unión Europea podrán exigir a la Comisión el mismo nivel de responsabilidad que el Tribunal de Apelación de la Competencia (CAT). En el Reino Unido, las partes pueden, durante los dos meses siguientes a la notificación del informe final, presentar un recurso ante el CAT contra las decisiones del CMA. Si un fallo del CAT confirma un aspecto de la apelación, ello podría dar lugar a que la investigación o una parte de ella se remitiera al CMA para su reconsideración¹². Las apelaciones contra las sentencias del CAT pueden, si se permiten, pasar al Tribunal de Apelación o, en Escocia, al Tribunal de Sesión y, en última instancia, al Tribunal Supremo. El sistema del Reino Unido está sujeto a rigurosas salvaguardias, con un procedimiento detallado y transparente para hacer responsables a las autoridades mediante planes meticulosos que contienen documentos de trabajo, audiencias de declaraciones de emisión y consultas sobre los recursos. La Unión Europea necesita asegurarse de que se encuentra institucionalmente en una etapa en la que puede aplicar ese grado de responsabilidad y transparencia, especialmente en lo que respecta a los tribunales de la Unión Europea. Deben tener la capacidad de realizar el mismo nivel de revisión judicial meticulosa y estricta como lo hacen los tribunales del Reino Unido. Por ejemplo, los mecanismos de apelación que podrían estar disponibles no parecen tan sólidos como los que están disponibles en el contexto del Reino Unido, donde el Comité contra la Tortura mantiene la AMC en un nivel alto.

4.9 De hecho, ese instrumento necesitaría las salvaguardias más rigurosas e incluiría la participación sin concesiones de las partes interesadas en el curso de una investigación, visitas sobre el terreno, la comunicación oportuna de las audiencias y consultas sobre los recursos y un seguimiento estrecho después de la imposición de los recursos. Además, también deben tenerse especialmente en cuenta la aplicabilidad de los recursos y la intensidad del control de la Corte de Justicia desde la perspectiva de las medidas provisionales y suspensivas. En este nuevo esquema, habría que examinar la cuestión de la ejecución inmediata de las decisiones de la Comisión y del control por el Tribunal de Justicia con carácter preventivo. En la actualidad, el régimen funciona bien en lo que respecta a las multas, pero

¹⁰ Los siguientes tres temas se examinan al aplicar la prueba de AEC: i) las características del mercado y los resultados de la competencia en él; ii) la definición del mercado; y iii) la situación de la competencia en el mercado; concretamente, si hay alguna característica que perjudique a la competencia.

¹¹ El 7 de marzo de 2016, la CMA anunció que extendía el plazo de la investigación del mercado de la banca minorista en tres meses

¹² Por ejemplo, tras las apelaciones contra las decisiones de la AMC, el Comité contra la Tortura ordenó a la AMC que reconsiderara partes de los paquetes de recursos en los informes finales sobre los alimentos (abril de 2008) y el seguro de protección de pagos (PPI) (enero de 2009). Estos aspectos eran, respectivamente, la prueba de competencia aplicada a las solicitudes de planificación de la venta al por menor de comestibles y la inclusión de una prohibición de la emisión de PPI en el punto de venta.

si se trata de imponer obligaciones a las empresas para tratar de reestructurar el mercado, la situación sería muy diferente. Habría que revisar la aplicación de esas medidas mientras estén sujetas a apelación, ya que, con el régimen actual, las decisiones de la Comisión son casi siempre de aplicación inmediata y es muy difícil obtener una reparación cautelar en el Tribunal de Justicia. Como se trata de cuestiones estructurales, el daño que se puede causar a las empresas es irreversible y es bastante incierto si el estado actual de la legislación de la Unión Europea sobre medidas cautelares se adapta bien a esta nueva práctica.

4.10 En Francia, las autoridades públicas tenían previsto otorgar a la Autoridad de la Competencia (*Autorité de la concurrence*) una facultad de interdicción estructural, pero finalmente se abandonaron esos intentos.

4.11 Esta facultad de interdicción estructural se introdujo primero en la legislación francesa para el sector del comercio minorista en determinados territorios de ultramar (Ley Nº 2012-1270, de 20 de noviembre de 2012) y en Nueva Caledonia y luego en la Polinesia Francesa. Sin embargo, habida cuenta de los escasos resultados de esta introducción, el sistema fue finalmente derogado en la Polinesia Francesa.

4.12 A raíz de una solicitud del organismo encargado de la competencia¹³, la Ley de 6 de agosto de 2015 (Loi Macron) preveía la introducción de un mandamiento judicial estructural en Francia metropolitana. Sin embargo, este proyecto fue rechazado por el Consejo Constitucional, que consideró que este instrumento era excesivamente perjudicial para la libertad de empresa y el derecho de propiedad en la medida en que podía dar lugar a un cuestionamiento de los precios o los márgenes o dar lugar a la enajenación de activos, mientras que la posición dominante podía haberse adquirido en función del fondo y no se había constatado ningún abuso¹⁴. Como se desprende de las diversas opciones propuestas, el mero hecho de abordar determinados sectores puede interpretarse como discriminatorio, pero dejar el ámbito completamente indefinido puede considerarse desproporcionado. La aclaración de cualquier tipo de umbral o criterio sería bienvenida por CCBE.

4.13 Ciertamente, la intervención de la Comisión en situaciones en que lo considere necesario exigirá proporcionalidad. CCBE desearía que se presentara una propuesta de salvaguardias para garantizarla.

5. Sugerencias

5.1 Como ya se ha mencionado, CCBE sostiene que es necesario establecer salvaguardias adecuadas y rigurosas, tales como controles de proporcionalidad, garantías procesales y una revisión judicial exhaustiva. Otro posible peligro que la Comisión de la Unión Europea podría enfrentar si decide aplicar este instrumento es el equilibrio que debe lograr entre los intereses de los Estados miembros, a riesgo de politizarse. Como la UE es una Unión de Estados miembros (que confieren competencias a esa Unión para alcanzar los objetivos comunes a que se refieren los Tratados), está sustancialmente más expuesta a este riesgo potencial que los Estados miembros individuales que optan por ese instrumento de investigación del mercado, y la Comisión tendrá que adoptar un enfoque proactivo para conservar su independencia política respecto de los intereses nacionales.

5.2 Son muchos los que solicitan una participación estrecha y activa cuando se llevan a cabo los procedimientos de investigación, a fin de garantizar un resultado más justo y tal vez más eficaz. Se ha

¹³ Dictamen de la Autoridad Francesa de la Competencia Nº 12-A-01, de fecha 11 de enero de 2012, sobre la situación de la competencia en el sector de la distribución de alimentos en París

¹⁴ Decisión del Consejo Constitucional francés Nº 2015-715 de 5 de agosto de 2015.

sugerido anteriormente que la Comisión proponga un conjunto de criterios claros tanto para iniciar una investigación como para imponer remedios, a fin de proporcionar a las empresas al menos cierta seguridad jurídica. Además, la Comisión no debería tener la "facultad de imponer remedios arbitrarios" y las empresas de un sector sujeto a una investigación de mercado deberían tener la posibilidad de asumir compromisos voluntarios en una etapa temprana del procedimiento de investigación.

5.3 Incluso si la Comisión decide adoptar un nuevo instrumento, CCBE desearía añadir que, no obstante, deberían estar sujetas a: i) una carga de la prueba con la necesidad de cumplir las normas jurídicas en materia de pruebas, y ii) la responsabilidad de demostrar cómo su interferencia beneficiaría al mercado al que trata de ayudar recae en la Comisión. Como no todos los mercados tienen características de naturaleza similar (algunos efectos anticompetitivos en ciertos mercados pueden considerarse pro-competitivos en otros), sería fundamental que existiera tanto la norma jurídica como el requisito de justificación.

5.4 Si bien parece que la Comisión está buscando una norma probatoria más baja para poder intervenir antes, CCBE desea subrayar que esta norma debería estar en consonancia con la jurisprudencia desarrollada en el marco de la legislación vigente en materia de competencia. Los efectos plausibles o el mero riesgo de que se produzcan esos efectos no deberían ser suficientes, ya que ello dejaría casi cualquier mercado abierto a una investigación. Teniendo en cuenta la jurisprudencia existente, es necesario que los efectos anticompetitivos estén directamente vinculados a los elementos del mercado que se estén examinando, y la Comisión debería poder presentar pruebas de que los efectos anticompetitivos considerados tienen más tendencia a producirse que a no producirse.

5.5 En la segunda parte de esta propuesta, la Comisión tendría la responsabilidad de demostrar que sus soluciones beneficiarían positivamente las condiciones de la competencia en el mercado investigado. Si hubiera múltiples opciones de reparación, CCBE sostiene que la Comisión debería optar por la menos restrictiva. Dada la etapa teórica en que se encuentra actualmente este nuevo instrumento de competencia, estas son consideraciones cruciales. Con la posibilidad de modificar radicalmente el funcionamiento de los mercados mediante una multitud de posibles soluciones, incluidas las desinversiones y las obligaciones de información/interoperabilidad, es muy urgente que haya claridad en los procedimientos.

5.6 Otra cuestión que quisiéramos plantear junto con la necesidad de un mecanismo de apelación más sólido es el impacto de las demoras en el proceso de apelación, que puede significar que las cuestiones de reglamentación se ciernan sobre las empresas durante mucho tiempo, incluso si las empresas tienen éxito al final de los procedimientos.

6. Conclusión

6.1 Aunque CCBE elogia a la Comisión por los informes de expertos de la evaluación inicial de los efectos para llegar a su conclusión, creemos que la Comisión debe trabajar para demostrar y legitimar la urgencia de este instrumento. Como se ha estipulado anteriormente, es necesario contar con más pruebas empíricas de un daño definitivo para el consumidor. La Comisión debería analizar más a fondo la necesidad de este instrumento antes de proceder a su adopción.

6.2 Si la Comisión decide seguir adelante con la aplicación del nuevo instrumento sobre la competencia, debería asegurarse de que su uso sea de alcance limitado y esté claramente delimitado.

Dado que este instrumento puede resultar considerablemente oneroso tanto en lo que respecta al tiempo como a los costos para todas las partes interesadas, la Comisión debe tener en cuenta las enseñanzas de otras jurisdicciones para introducir una orientación inequívoca en materia de procedimiento, con salvaguardias rigurosas.