

La Audiencia Nacional exime a Avis en el cártel de los coches de alquiler

La Audiencia Nacional (AN) impide a la CNMC concluir automáticamente que asistir a una sola reunión de un cártel sin distanciarse públicamente constituya una infracción, y exime a Avis de responsabilidad. La AN se adhiere al criterio del Tribunal de Justicia, y exige acreditar tanto la asistencia a la reunión, como que tal asistencia suponía su implicación en el cártel.

Contenido

- I. Antecedentes
- II. Análisis
 - a. Ausencia de prueba suficiente de la asistencia de Avis a la reunión y de su implicación en el cártel
 - b. Medios para desvirtuar la implicación en una concertación en caso de asistencia a una reunión de un cártel
- III. Conclusión

I. Antecedentes

Mediante Sentencia de 16 de marzo de 2016, que ha devenido firme, la Audiencia Nacional (AN) ha considerado no acreditada la participación de la filial de Avis en España (Avis Alquile Un Coche, S.A.) en un cártel que se desarrolló entre 2005 y 2011, y en el que participaron diversas empresas del sector de alquiler de vehículos sin conductor a corto plazo. En este contexto, se celebraron una serie de reuniones donde se compartía información sensible y se alcanzaron acuerdos para coordinar el comportamiento de los competidores en el mercado. En el caso concreto de Avis, la única base en la que se apoyó la extinta CNC (en la actualidad CNMC) para imputar su participación en el cártel – y posteriormente imponerle una sanción de 1.469.907 euros – fue su supuesta asistencia a una reunión del cártel, de 30 de marzo de 2011, durante la cual se intercambiaba información sensible en materia de precios y se analizó el grado de cumplimiento de un acuerdo anterior de precios mínimos respecto al alquiler de los vehículos más económicos en temporada baja.

La AN reconoce la posibilidad de que, tal y como se establece en la jurisprudencia comunitaria en la que se inspira, la asistencia a una única reunión de un cártel pueda ser suficiente para acreditar una concertación y, por tanto, implicar a la empresa asistente en un cártel. Sin embargo, la AN precisa que es necesario acreditar

tanto que (i) la empresa asistió efectivamente a la reunión en cuestión, como que (ii) a la vista de las circunstancias relevantes, dicha asistencia constituye prueba suficiente de su participación en el cártel.

En este punto, la AN se refiere en particular a la sentencia del Tribunal General de 30 de noviembre de 2011, en el asunto T-208/06, *Quin Barlo*, en cuyo apartado 47 se indica que: *"Cuando la participación en tales reuniones ha quedado acreditada, incumbe a esta empresa aportar los indicios adecuados para demostrar que su participación en las reuniones no estaba guiada en absoluto por un espíritu contrario a la competencia, probando que informó a sus competidores de que ella participaba en las reuniones con unas intenciones diferentes a las suyas (...)"*.

En el caso que nos ocupa, una vez valoradas todas las circunstancias concurrentes, y el hecho de que en el expediente administrativo únicamente conste un documento supuestamente incriminatorio, la AN concluye no sólo que no se puede tener por suficientemente acreditada la asistencia de Avis a la reunión de 30 de marzo de 2011, sino tampoco su implicación en el cártel como resultado de su supuesta participación en dicha reunión.

II. Análisis

Ausencia de prueba suficiente de la asistencia de Avis a la reunión y de su implicación en el cártel

En primer lugar, la AN entra a valorar si cabe considerar acreditada la asistencia de Avis a la reunión de 30 de marzo de 2011 y, como consecuencia de esto, su implicación en el cártel. La única prueba obrante en el expediente referida a Avis es el acta de dicha reunión, levantada por la empresa Goldcar, una de las empresas participantes del cártel. En opinión de la AN, si bien es cierto que un sólo documento puede ser considerado como medio de prueba suficiente, esto sólo sería posible si de ese mismo documento se deriva de manera clara y convincente la culpabilidad de la empresa.

Sin embargo, la AN afirma que, aunque el acta de la reunión demuestra la existencia de un cártel y constituye una prueba incriminatoria para el resto de empresas, no puede deducirse del mismo una plena convicción de la implicación de Avis en el mismo, ni tan siquiera de su asistencia a la reunión. Por tanto, en la medida en que se trata de la única prueba de cargo aportada por la CNC, la AN considera que ha de extremar el rigor en su análisis, siendo preciso atender a las demás circunstancias concurrentes en el caso con el fin de dilucidar si, efectivamente, Avis asistió a la reunión y, si como resultado de dicha posible asistencia, pasó a formar parte del cártel.

El análisis de dichas circunstancias lleva a la AN a concluir que no puede atribuirse al acta de la reunión suficiente valor probatorio como para sostener la asistencia de Avis a la reunión ni su implicación en el cártel. En primer lugar, considera la AN que, a diferencia de lo que sucede respecto al resto de participantes en el cártel, no existe ningún intercambio de correos entre Avis y las demás empresas, ni siquiera con Goldcar, lo que constituye un elemento de particular importancia, ya que la existencia de algún tipo de intercambio de correos sería una prueba relevante del reconocimiento por el resto de empresas de la implicación de Avis en el cártel y, por tanto, su ausencia puede tenerse como indicio de la falta de participación de Avis.

En segundo lugar, la AN considera llamativo que, en el acta que Goldcar levanta de la reunión de 30 de marzo de 2011, no se haga referencia alguna a la incorporación de Avis al cártel y a la relevancia de dicha incorporación, en particular por tratarse de la única multinacional supuestamente partícipe en el mismo. Como afirma la AN, de haberse incorporado realmente Avis al cártel, lo normal habría sido encontrar al menos una mención específica que destacase dicha incorporación.

En tercer lugar, destaca la AN el hecho de que ninguna de las empresas que denunciaron el cártel (Sol Mar y Niza Cars) mencionara a Avis como participante en el cártel y que, sin embargo, constasen en el expediente manifestaciones de Goldcar sobre la imposibilidad de que Avis fuese parte del cártel por el hecho de que sus precios se determinaban desde su central en el Reino Unido.

En cuarto lugar, la AN se refiere al escaso poder negociador y de representación de la persona que, según se afirmaba, asistió a la reunión en representación de Avis, ya que se trataba del Jefe de estación de Avis en el aeropuerto de Málaga, cuyas competencias se limitaban a la entrega y recepción de los vehículos alquilados.

Por último, la AN valora la falta de interés real de Avis en participar en el cártel, en la medida en que su actividad se centra en el mercado corporativo y en el sector de gama alta del mercado vacacional, siendo por ello sus objetivos distintos al del resto de empresas; asimismo, como algunas empresas reconocieron, el cártel se organizó precisamente para perjudicar a las multinacionales como Avis.

En definitiva, la AN considera fundamental que no exista un solo documento que ratifique la asistencia de Avis a la reunión, más allá del acta de Goldcar.

Medios para desvirtuar la implicación en una concertación en caso de asistencia a una reunión de un cártel

Además del análisis del caso específico de Avis, cabe inferir de la sentencia de la AN una serie de pautas para los casos en los que – a diferencia de lo que concluye en relación con Avis – la asistencia de una empresa a una reunión de un cártel haya quedado acreditada. Incluso en esos casos, la AN contempla la posibilidad de que las empresas acrediten que no tuvieron implicación alguna en la concertación.

La AN invoca la jurisprudencia comunitaria (entre otros, asuntos C-8/08 *T-Mobile*, *Quin Barlo* ya citada), y reconoce, en primer lugar, lo extremadamente rigurosa que es dicha jurisprudencia cuando se trata de apreciar la relevancia y consecuencias de la asistencia a las reuniones de un cártel en las que se intercambia información sensible. Así, cuando la asistencia a la reunión se ha acreditado – a diferencia del caso de Avis – corresponde a la empresa participante demostrar que con su asistencia a la reunión no estaba participando en la concertación, y que informó al resto de empresas de que su participación en la reunión no estaba guiada por un espíritu contrario a las normas de competencia. Es decir, se exige a dicha empresa un *distanciamiento público* dado que, a falta de éste, la empresa estaría dando a entender al resto de participantes en el cártel que consiente con lo acordado en tales reuniones y que ajustará su comportamiento en el mercado en consecuencia.

Sin embargo, como afirma la AN citando sentencias recientes del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en los asuntos C-634/13, *Total Marketing Services SA* y C-74/14 *Eturas UAB*, aunque el *distanciamiento público* pueda ser el medio idóneo, no sería el único medio existente para demostrar la falta de implicación en un cártel, indicando en este sentido que si una empresa ha dejado de participar en las reuniones durante un periodo significativo de tiempo, la autoridad de competencia deberá aportar pruebas que demuestren que dicha empresa sigue participando en el cártel. Cabría entender aquí que los argumentos y circunstancias concurrentes en el caso específico de Avis constituirían de hecho formas alternativas de demostrar que, incluso si Avis hubiese participado en la reunión de 30 de marzo de 2011, y a pesar de no haberse distanciado públicamente, su hipotética participación en dicha única reunión no pudo estar guiada por el ánimo de participar en el cártel.

Por otra parte, ha de tenerse en cuenta que, en algunos casos, la concertación entre empresas no tiene lugar mediante reuniones de los partícipes de un cártel, por lo que el *distanciamiento público* ha de permitir por fuerza otras modalidades o deben admitirse alternativas al *distanciamiento público* como medio de acreditar la

no participación en un cártel. En este sentido, en el asunto *Eturas UAB* la práctica concertada se produce como consecuencia de un correo electrónico enviado por el operador de un sistema informático que utilizan numerosas agencias de viajes, y en el que este operador sugiere a las agencias de viaje que adopten un mismo límite al tipo de descuento que ofrecen a sus clientes. Pues bien, el Tribunal de Justicia admitió en este caso que la falta de seguimiento por las agencias de tal sugerencia era prueba suficiente para acreditar la existencia de un distanciamiento. En definitiva, el hecho de que las agencias siguieran ofreciendo descuentos superiores probaría suficientemente que éstas se habrían distanciado de la posible concertación.

El Tribunal Supremo adoptó un pronunciamiento similar en su sentencia de 8 de junio de 2015 (que confirma la de la AN de 8 de julio de 2013) en el recurso de la empresa Colgate Palmolive (CP) contra la Resolución de la CNMC en el asunto S/0084/08 *Fabricantes de Gel*, en la que el Tribunal Supremo concluyó que no se había acreditado la participación de CP en las reuniones del cártel (lo que reconocía la propia CNMC), ni que se hubiera beneficiado indirectamente del cártel. El Alto Tribunal consideró que CP se había distanciado de manera efectiva del cártel, ya que a diferencia del resto de participantes, no redujo el tamaño de los geles, y lanzó una campaña publicitaria bajo el título "*el tamaño si importa*" que, indirectamente, dejaba clara su intención de no participar en el cártel. Es por ello reseñable que tanto la AN como el Tribunal Supremo hayan criticado el automatismo con que la CNMC suele lidiar respecto a la participación de las empresas en los cárteles.

III. Conclusión

La AN confirma que si bien la participación en una única reunión celebrada en el contexto de un cártel ya existente puede dar lugar a la implicación de una empresa en una concertación contraria a las normas de la competencia, para llegar a esta conclusión, es necesario acreditar suficientemente tanto la asistencia a la reunión como que dicha asistencia resulte en la implicación de la empresa en la práctica concertada. En este sentido, cuando existe un único documento incriminatorio es preciso que la información en él contenida permita alcanzar a la autoridad la plena convicción sobre la culpabilidad de la empresa.

Este pronunciamiento de la AN es de particular importancia en la medida en que confirma que, incluso cuando la asistencia a una reunión ha quedado acreditada, las empresas pueden aportar indicios, argumentos y razones, bien de su específico *distanciamiento público* respecto a la concertación, bien de otras circunstancias que demuestren que no han llegado a participar en el cártel.

Sin perjuicio de que las circunstancias concurrentes en el caso de Avis puedan ser muy particulares, y no sean en todo caso trasladables a otros escenarios, cabría de algún modo sistematizar algunos de los factores relevantes tenidos en cuenta por la AN a los efectos de poder alegarlos en supuestos similares para tratar de demostrar que la participación en una reunión no es sinónimo de participación en la práctica concertada:

- La existencia o no de comunicaciones entre la empresa que participa en la reunión y el resto de participantes, que confirmen de algún modo el reconocimiento por el grupo de la participación de aquella en el cártel;
- La existencia o no de menciones específicas al propio hecho de la incorporación de la empresa al cártel, lo que parece más exigible cuanto mayor sea la entidad de la empresa en el mercado;
- La existencia o no de cualquier documento adicional que ratifique la asistencia a la reunión a la que acudió la empresa (o su participación en el cártel), y la existencia o no de contactos posteriores mediante los que se convoquen reuniones futuras;

- La posición que desempeñe la persona que asiste a la reunión como representante de la empresa, en particular su poder negociador y su capacidad para representar a su empresa, factor éste que ha sido ignorado de manera sistemática por la CNMC en el pasado;
- El margen de maniobra real que la empresa imputada tenga para poner en práctica los acuerdos que se hayan alcanzado como parte de la concertación (ya sea fijar precios u otras condiciones comerciales); o
- El interés comercial real que la empresa pueda tener en participar de la concertación, lo que puede no ser tan evidente en función de la naturaleza de dicha empresa y del segmento de mercado específico en el que esté presente.

CONTACTO

Clifford Chance

Paseo de la Castellana, 110
28046 Madrid
Tel.: +34 91 590 75 00

Miguel Odriozola

Socio responsable de Derecho de la Competencia y de la UE
E: miguel.odriozola@cliffordchance.com

Carlos Vergez

Senior Associate
E: carlos.vergez@cliffordchance.com

Belén Irisarry

Senior Associate
E: belen.irisarry@cliffordchance.com

Fernando Las Navas

Abogado
E: fernando.lasnavas@cliffordchance.com

Esta publicación no trata necesariamente cada tema importante ni cubre todos los aspectos de los temas sobre los que trata, no estando diseñada para prestar asesoramiento legal o de otro tipo.

www.cliffordchance.com

Clifford Chance, Paseo de la Castellana 110, 28046 Madrid, España
© Clifford Chance 2016
Clifford Chance S.L.

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Jakarta* ■ Kyiv ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh ■ Rome ■ São Paulo ■ Seoul ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

*Linda Widyati & Partners in association con Clifford Chance.

Clifford Chance tiene una relación de *best friend* con Redcliffe Partners en Ucrania