CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. KARL ROEMER presentadas el 19 de diciembre de 1968 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

El procedimiento de remisión sobre el que debo pronunciarme hoy gira en torno a problemas de Derecho de la competencia del Tratado CEE. A este efecto los hechos son los siguientes:

Las cuatro empresas alemanas Badische Anilin- & Soda-Fabrik AG, Ludwigshafen, Farbenfabriken Bayer AG, Leverkusen, Farbwerke Hoechst AG, Francfort del Meno-Hoechst y Cassella Farbwerke Mainkur AG, Francfort del Meno-Fechenheim fabrican, entre otras cosas, colorantes derivados de alquitrán así como colores minerales. Según indica el Bundeskartellamt de Berlín, los representantes de aquéllas se reúnen periódicamente con los representantes de otras empresas (francesas, inglesas y suizas) que fabrican colorantes a base de alquitrán y pigmentos de color para intentar establecer una política unitaria en materia de precios. En agosto de 1967 tuvo lugar una reunión de este tipo. Siempre según el Bundeskartellamt, todas las empresas representadas decidieron seguidamente (antes del 19 de septiembre de 1967) elevar los precios de los colorantes derivados del alquitrán en un 8 % a partir del 16 de octubre de 1967. Este aumento se comunicó a los clientes y a las restantes empresas interesadas, a las que abastecían en parte. A consecuencia de ello, varios clientes presentaron denuncias ante el Bundeskartellamt.

Este último consideró que la operación que se le había sometido constituía la celebración de un contrato contrario al artículo 1 de la Ley alemana contra las restricciones de la competencia (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) y que, por consiguiente, era nula. A su juicio, además, los interesados, al comunicar el aumento de precios a sus clientes, habían pasado por alto deliberadamente la nulidad del contrato y con ello habían cometido una infracción administrativa en el sentido del artículo 38 de la mencionada Ley. Por ello, mediante una resolución de 28 de noviembre de 1967, el Bundeskartellamt impuso multas de distinta cuantía a las cuatro empresas alemanas citadas, a dos de los miembros de sus consejos de administración y a uno de sus directores de ventas.

Seguidamente, con arreglo al artículo 54 de la Gesetz über Ordnungswidrigkeiten (Ley alemana sobre infracciones administrativas), los interesados interpusieron recurso ante el Kammergericht de Berlín con arreglo al artículo 82 de la Ley contra las restricciones de la competencia. Negando la

* Lengua original: alemán.

existencia de un contrato en el sentido del artículo 1 de la misma Ley y alegando al mismo tiempo que el Bundeskartellamt no era competente para aplicar el Derecho alemán, pues el asunto ya estaba en manos de la Comisión de las Comunidades Europeas.

En efecto, a partir de una resolución de 31 de mayo de 1967, está en marcha un procedimiento ante la Comisión, dirigido contra las cuatro empresas alemanas mencionadas y otros fabricantes de colorantes de Estados miembros y de países terceros con arreglo al apartado 3 del artículo 9 y al artículo 3 del Reglamento nº 17. Este procedimiento se refiere, por un lado, a los aumentos de precios de los colorantes derivados del alquitrán que se produjeron en enero de 1964 en los mercados situados fuera de la República Federal de Alemania. Por otro lado, se refiere a los aumentos de precios de los colorantes derivados del alquitrán que tuvieron lugar en el mercado alemán con efectos de 1 de enero de 1965 (y que, por lo demás, fueron objeto de otro procedimiento ante el Bundeskartellamt para la imposición de una multa, suspendido por dificultades probatorias). Por último, el procedimiento ante la Comisión se refiere también al aumento de precios de 16 de octubre de 1967 condenado por el Bundeskartellamt. Ello se deduce de las imputaciones que fueron notificadas a las empresas interesadas en diciembre de 1967, con arreglo al artículo 19 del Reglamento nº 17 en relación con el artículo 2 del Reglamento nº 99/63. La Comisión, que oyó entre tanto a los interesados el 10 de diciembre de 1968, no ha adoptado aún una decisión definitiva. En vista de estos hechos, el Kammergericht considera que es posible que se dé un conflicto entre el Derecho de la competencia de la Comunidad y el Derecho nacional sobre prácticas colusorias. Por ello, conforme a la petición de los interesados, dicho órgano jurisdiccional, mediante resolución de 18 de julio de 1968, decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia, con arreglo al artículo 177 del Tratado CEE, las siguientes cuestiones:

1) ¿Es compatible con los apartados 1 y 3 del artículo 85 del Tratado CEE y con el artículo 9 del Reglamento nº 17, de 6 de febrero de 1962, así como con los principios generales del Derecho comunitario vigente, aplicar cumulativamente a un único hecho que puede reunir los requisitos del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE, junto a la prohibición de éste, las normas que prohíben las prácticas colusorias en el Derecho de un Estado miembro -en este caso el artículo 1 en relación con el número 1 del apartado 1 del artículo 38 de la Ley alemana contra las restricciones de la competencia- cuando la Comisión de las Comunidades Europeas ya entiende del asunto basándose en el artículo 3 del Tratado CEE y por medio de iniciativas fundadas en el artículo 14 del Reglamento nº 17 (procedimiento IV/26.267/E 1 de la Comisión de las Comunidades Europeas)?

2) O por el contrario ¿existe el riesgo de una sanción doble de la Comisión de las Comunidades Europeas y de la autoridad nacional competente en materia de prácticas colusorias, en este caso el Bundeskartellamt?

3) ¿Es esto contrario al artículo 5 del Tratado CEE, en relación con la letra f) del artículo 3 del mismo Tratado y con el artículo 9 del Reglamento nº 17, en particular, porque los Estados miembros deben abstenerse de aplicar su propio Derecho de la competencia cuando un caso determinado corre el riesgo de ser objeto de una valoración jurídica diferente y/o cuando de ello se derivaría una distorsión de la competencia en el mercado común en perjuicio de las personas sometidas a este último Derecho?

4) ¿Es esto contrario al artículo 7 del Tratado CEE, en particular, cuando las autoridades nacionales competentes en materia de prácticas colusorias –en este caso el Bundeskartellamt– dirige solamente sus medidas a los nacionales del mismo Estado y con ello puede colocarlos en una situación desfavorable frente a los nacionales de otros Estados miembros que se encuentren en una situación comparable?

Con arreglo al artículo 20 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia, han presentado observaciones escritas los afectados por las multas, los Gobiernos de la República Federal de Alemania, de la República Francesa, del Reino de los Países Bajos y la Comisión de la Comunidad Económica Europea. También han presentado observaciones orales en la vista del 27 de noviembre (a excepción de los Gobiernos francés y neerlandés).

Sobre la base de estas alegaciones intentaré proponer *respuestas a las preguntas planteadas.*

I. Admisibilidad

Por lo que respecta a la admisibilidad de la remisión no veo problema alguno. Se pregunta si la aplicación de las disposiciones nacionales es compatible con el Derecho comunitario. Pero, en realidad, ello no quiere decir que el Tribunal de Justicia deba aplicar a un caso concreto (a saber, a una medida nacional) o comprobar la compatibilidad del Derecho nacional con el Derecho comunitario, cosa que, en realidad, no sería posible con arreglo a la jurisprudencia de este Tribunal de Justicia. Antes bien, al órgano jurisdiccional remitente sólo le interesa que, por medio de la interpretación del Derecho comunitario, se precisen los principios cuya aplicación permita resolver un determinado problema de Derecho sobre prácticas colusorias en un procedimiento nacional. Para ello podemos, como es natural, interpretar también el Derecho comunitario secundario (como el Reglamento nº 17) y tener en cuenta o aclarar los principios generales del Derecho comunitario.

Tras estas consideraciones previas puedo pasar directamente a responder a las cuestiones planteadas.

II. Respuesta a las distintas cuestiones

En el fondo, el presente asunto, desde la perspectiva del Derecho comunitario, plantea una única cuestión: si está excluida la aplicación de las normas de Derecho nacional que prohíben las prácticas colusorias cuando en una actuación pueden concurrir los requisitos del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE y cuando la Comisión ya

ha tomado la iniciativa, es decir, ha iniciado un procedimiento. En opinión del Kammergericht hay que tener en cuenta una serie de puntos de vista, que se expondrán en parte en la primera cuestión y en parte en las siguientes.

Sin embargo, reconocer esto no excluye que para tratar el asunto sigamos el orden elegido por el Kammergericht. En todo caso, es así como procederé en adelante.

1. *Sobre la primera cuestión*

Siguiendo al Kammergericht debe examinarse en primer lugar si los apartados 1 y 3 del artículo 85 del Tratado CEE, el artículo 9 del Reglamento nº 17 y los principios generales del Derecho comunitario proporcionan criterios que permitan aclarar las relaciones existentes entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional.

A este respecto las partes han manifestado opiniones totalmente distintas.

Los demandantes 1, 2, 3, 5, 6 y 7 del procedimiento principal opinan que, dentro de su ámbito de aplicación, el artículo 85 debe aplicarse con carácter *exclusivo*.

La opinión del demandante 4, según el cual la normativa nacional no debe aplicarse cuando un supuesto de hecho caiga por completo dentro de la prohibición de prácticas colusorias del Tratado CEE (es decir, cuando las prohibiciones nacionales no tengan mayor alcance que la prohibición comunitaria) parece ir un poco menos lejos.

Por el contrario, los Gobiernos interesados, aunque no concuerdan en todos los detalles, se oponen a la tesis de que los acuerdos contemplados por el apartado 1 del artículo 85 deban apreciarse exclusivamente con arreglo al Derecho comunitario y afirman que el Derecho comunitario y el nacional deben coexistir y que, por tanto, podrían aplicarse cumulativamente en gran medida al mismo supuesto de hecho relacionado con la competencia.

Por último, la Comisión adopta una vía intermedia: según ella, en principio, nada se opone a la aplicación cumulativa de la prohibición del Derecho comunitario y de las normas del Derecho nacional, pero en ningún caso se puede perturbar la aplicación y ejecución uniforme del Derecho comunitario. Por ello deben suspenderse los procedimientos nacionales (a excepción de las medidas cautelares) al menos hasta que la Comisión haya terminado su procedimiento.

Así pues, existe un abanico bastante amplio de opiniones sobre este problema y ello prueba que nos encontramos frente a una cuestión difícil. Esta impresión queda confirmada por las abundantes publicaciones científicas que se ocupan del tema desde numerosos puntos de vista. Sin duda se puede deducir que la opinión dominante se inclina en favor de la teoría de la *doble barrera,* según la cual los acuerdos sobre la competencia sólo son lícitos cuando cum-

plen los requisitos tanto del Derecho nacional como del comunitario y también se pueden acumular las consecuencias de las prohibiciones. Por otro lado, se debe admitir que las dificultades específicas del presente caso, relacionadas con la posibilidad de la *doble sanción,* no han sido analizadas con la misma profundidad y que los comentarios científicos sobre el tema son más bien escasos. Por ello no puedo dispensarme un análisis a fondo del asunto.

Intentaré, en primer lugar, responder a la cuestión planteada basándome en los términos del Tratado y sus disposiciones de aplicación (recurrir a los primeros trabajos preparatorios, como el informe Spaak, me parece que tiene poco sentido); ahora bien, al hacer esto se comprueba que en las disposiciones mencionadas por el Kammergericht nada indica que haya que *prescindir* del Derecho nacional sobre prácticas colusorias, cuando se reúnen los requisitos del apartado 1 del artículo 85 ni, por tanto, que se dé una situación jurídica como la que existe en el ámbito de la CECA, en el que, como es sabido, los acuerdos entre empresas mineras y siderúrgicas sólo pueden enjuiciarse con arreglo al artículo 65 del Tratado CECA.

En primer lugar, el apartado 3 del artículo 9 del Reglamento nº 17 no puede servir de fundamento a la tesis de que, dentro de su ámbito de aplicación, cabe aplicar exclusivamente el artículo 85. Como es sabido, el artículo 9 dispone que las autoridades de los Estados miembros seguirán siendo competentes para aplicar las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 y el artículo 86, mientras la Comisión no inicie procedimiento alguno en aplicación de los artículos 2, 3 o 6. Ahora bien, está claro que, con ello, esta disposición sólo pretende delimitar las competencias de las diferentes autoridades para aplicar un solo y mismo Derecho, es decir, el *Derecho comunitario,* y no definir las relaciones entre los distintos ordenamientos jurídicos. Esta conclusión, es decir, el hecho de que el artículo 9 no dispone una suspensión *total* de los procedimientos nacionales que plantean problemas de Derecho comunitario, permite incluso deducir, a la inversa, que el propio Reglamento nº 17 parte de la base de que el Derecho comunitario y el nacional se deben aplicar *paralelamente.*

También es favorable a esta tesis la letra e) del apartado 2 del artículo 87 del Tratado CEE, como han subrayado acertadamente algunos interesados y como admite, por su parte, la Comisión. El artículo 87 dispone que el Consejo adoptará los Reglamentos o Directivas apropiados para la aplicación de los principios enunciados en los artículos 85 y 86, en especial las disposiciones que tengan por objeto «definir las relaciones entre las legislaciones nacionales, por una parte, y las disposiciones de la presente sección y las adoptadas en aplicación del presente artículo, por otra». Si se intenta comprender esta disposición, puede admitirse –como se ha señalado desde varios puntos de vista– que también tendría sentido si se partiera de la aplicación exclusiva del Derecho comunitario a determinadas situaciones relativas a las normas sobre la competencia. Se podría pensar, por ejemplo, en normas *de Derecho procesal* que evitaran conflictos de competencia en casos de

prácticas colusorias puramente nacionales, a los que no es aplicable el Derecho comunitario, pero a los que se aplica evidentemente el Derecho nacional sobre prácticas colusorias. En cambio no se puede negar que, conforme a los términos de la disposición, es mucho más razonable admitir que se basa en la idea de una *superposición* de dos ordenamientos jurídicos (el Derecho comunitario y el Derecho nacional), es decir, que ambos ordenamientos jurídicos son aplicables simultáneamente a un mismo supuesto de hecho. En efecto, la disposición habla de *definir las relaciones* entre las legislaciones nacionales y el Derecho comunitario («définir les rapports entre les législations nationales et le droit communautaire [...]»). Ahora bien, esto significa más bien que se refiere a disposiciones de Derecho material, mientras que parece excluirse una relación *fija* que precisara solamente una norma de Derecho procesal.

En esta dirección apunta igualmente el artículo 88 del Tratado CEE. Según él, las autoridades de los Estados miembros decidirán sobre la admisibilidad de los acuerdos hasta la entrada en vigor de las disposiciones adoptadas para la aplicación del artículo 87, de conformidad con *su propio Derecho* y las disposiciones del artículo 85 y 86. Al hablarse aquí de «conformidad con su propio Derecho» no parece tener sentido pensar solamente en el marco *formal,* en las formalidades y procedimientos de Derecho nacional, como hace parte de la doctrina. Dado que al principio (antes de adoptarse el Reglamento nº 17) no existían normas de procedimiento de Derecho *comunitario,* la atribución de una competencia resolutoria general a las autoridades nacionales que sanciona el artículo 88 sólo podía significar que éstas tenían que actuar conforme a su Derecho procesal nacional. Por tanto, si queremos dar contenido propio a la citada disposición, más allá del sentido -de por sí evidente- que acabo de precisar, será preciso tener en cuenta el Derecho nacional *material* en la medida en que tal Derecho exista y *no sea contrario* a los principios del artículo 85 (lo que se puede decir de la legislación sobre el abuso en vigor en diversos Estados miembros). Ahora bien, esto significa que el artículo 88 también parte fundamentalmente de la aplicabilidad simultánea del Derecho nacional y del comunitario. Dado que, además, el artículo 9 del Reglamento nº 17 se remite al artículo 88, podemos llegar a la conclusión de que el Reglamento nº 17 aún no representa una normativa que ponga fin al período transitorio a que alude el artículo 88, sino que, antes bien, para ello es necesario adoptar disposiciones con arreglo a la *letra e) del apartado 2* del artículo 87 (lo que también parece haber pensado la Comisión político-económica del Bundestag alemán, repetidamente citada).

De este modo, del texto del Tratado se derivan sin duda poderosos argumentos en favor del punto de vista jurídico de los Gobiernos interesados. A ello se añade el hecho de que, si se admite la tesis contraria (es decir, que el Derecho comunitario se aplica dentro de su campo de aplicación con carácter exclusivo) se tendría que recurrir, para delimitar el ámbito comunitario frente al puramente nacional, a un criterio muy inseguro, flexible y variable, es decir, el daño causado al comercio entre los Estados miembros.

No obstante, sería prematuro querer responder a la pregunta planteada basándose tan sólo en las consideraciones anteriores.

En efecto, por muy justificada que esté la llamada «teoría de la doble barrera» cuando el Derecho nacional impone el examen de criterios complementarios (por ejemplo, cuando un hecho contiene elementos a los que no se refiere el Derecho comunitario, pero sí en el Derecho nacional), puede uno plantearse con razón si resulta posible aplicar a un solo y mismo hecho dos prohibiciones esencialmente iguales, es decir, si una misma situación de hecho -como sucede en el presente caso- puede ser examinada por dos instancias desde criterios esencialmente idénticos.

Daré la respuesta por adelantado: en efecto, no veo la necesidad de establecer una limitación en este sentido. Me doy cuenta de que no es del todo oportuno referirse a la diferencia entre los intereses protegidos por el Derecho comunitario (la competencia en el comercio entre Estados miembros) y por el Derecho nacional (competencia en el comercio interno): efectivamente, el perjuicio causado a la competencia entre Estados afecta por igual a la situación del mercado de un Estado miembro por lo menos, por lo que es seguro que a la inversa el Derecho comunitario de la competencia tiende necesariamente a proteger también la competencia interna. Ésta es la razón por la que se impone otra consideración. Se debe admitir que, aun suponiendo que se dé una superposición de los ámbitos de protección, la aplicación de prohibiciones comunitarias no coincide perfectamente con la aplicación de la prohibición de la misma naturaleza dispuesta por el Derecho nacional. La explicación es sencilla: por un lado, tenemos la política de la competencia de la Comunidad, que se desarrolla progresivamente gracias a las Instituciones comunitarias y, por otro, una política nacional de la competencia más o menos avanzada y que forma parte integrante de la política económica nacional y respecto a la que el Tratado sólo prevé una obligación de *coordinación*. La diferencia de concepciones fundamentales puede llevar a enjuiciamientos completamente distintos de un solo y mismo hecho, aun aplicándose normas prohibitivas análogas en lo esencial. Basta con pensar en la tesis, desarrollada por la Comisión, de la restricción «sensible» de la competencia, que puede producirse por ejemplo cuando los acuerdos internacionales no sobrepasen un determinado volumen de negocios o bien basta pensar en casos que parecen poco interesantes desde el punto de vista de la Comunidad porque el centro de gravedad de la restricción de la competencia se encuentra en la esfera nacional mientras que sus repercusiones en el comercio internacional tienen una importancia secundaria. En tales situaciones puede suceder que los criterios nacionales sean los más severos, es decir, que las prohibiciones nacionales se apliquen al no hacerlo las prohibiciones comunitarias.

¿En qué medida pueden admitirse estas divergencias como consecuencias que derivan de la diferencia entre las políticas de la competencia? La respuesta a esta pregunta debería depender exclusivamente de si existe una verdadera *contradicción* entre el Derecho comunitario y el nacional.

Esto sucedería si la aplicación de una prohibición comunitaria chocara con una determinada autorización nacional de una práctica colusoria, cosa que rechazan, bien entendido, los partidarios de una aplicación cumulativa del Derecho comunitario y del nacional. Pero semejante contradicción no existe cuando el Derecho nacional sobre prácticas colusorias establece normas más estrictas, pues ello quiere decir -como subrayó acertadamente el Gobierno francés- que el Derecho nacional sobre prácticas colusorias se mueve en la *misma dirección* que el apartado 1 del artículo 85, que actúa *de acuerdo* con esta disposición, es decir, que tiende al perfeccionamiento de las condiciones de la competencia.

La cuestión de si existiría la amenaza de un verdadero conflicto cuando la aplicación de las normas prohibitivas nacionales coincide con la expectativa de una exención concedida por los Ejecutivos comunitarios con arreglo al apartado 3 del artículo 85 podría en el fondo quedar abierta en el presente asunto: en efecto, a falta de notificación del acuerdo (o práctica concertada) y también, cosa sobre la que existe acuerdo entre los interesados, habida cuenta de la naturaleza de las presentes restricciones de la competencia, no se puede contar con una exención concedida por la Comisión. Por tanto, se puede decir, de acuerdo con el Gobierno neerlandés, que la cuestión carece de relevancia decisoria. Sin embargo, si se quiere responder a ella, porque algunos interesados han observado que los apartados 1 y 3 del artículo 85 constituyen una unidad, un todo coherente o porque, en otros casos, las autoridades nacionales no pueden hacerse idea de la aplicación del apartado 3 del artículo 85, con la misma seguridad que en el presente asunto, si así pues se toma en consideración el apartado 3 del artículo 85, será preciso, de acuerdo con los Gobiernos interesados, negar por principio la existencia de un conflicto, incluso si la exención a nivel comunitario choca con la aplicación de normas prohibitivas nacionales. ¿Qué sucede entonces del lado de la Comunidad? A decir verdad sólo se declara que la prohibición comunitaria podría desaparecer ante determinados aspectos positivos de una práctica colusoria y que se *renuncia* a aplicar el apartado 1 del artículo 85. Como ha subrayado el Gobierno alemán, se restablece la libertad de acción que anteriormente había cerrado el apartado 1 del artículo 85. Pero, en el marco de esta libertad de acción, las autoridades nacionales competentes en materia de prácticas colusorias también deben tener en cuenta los intereses de la política nacional sobre la competencia, es decir, considerar aspectos que no es posible tener en cuenta del mismo modo en el marco del Derecho comunitario, ni desde el punto de vista del procedimiento (a pesar del artículo 10 del Reglamento nº 17) ni desde el punto de vista material (a causa de las normas especiales del apartado 3 del artículo 85). Si así lo hacen, si las autoridades nacionales contrarrestan los efectos de la exención comunitaria mediante la aplicación de una norma prohibitiva nacional, no ponen en peligro los objetivos del Tratado en mayor medida que las partes de un acuerdo cuando renuncian a su aplicación, lo que es posible en cualquier momento. Por regla general esta conclusión es irrefutable porque las prácticas colusorias no pueden considerarse en principio como un instrumento para la organización del mercado común. Sin embargo si, en un caso

excepcional que se presenta raras veces, el enjuiciamiento por la Comisión de los elementos determinantes pusiera de manifiesto una ventaja de los intereses de la Comunidad, y mostrar que un acuerdo *sirve* o incluso *favorece* los objetivos del Tratado (por ejemplo, a causa de la intensificación de la competencia), el riesgo de un conflicto con las decisiones adoptadas a nivel nacional parecería más bien teórico, dado que es posible ciertamente armonizar las concepciones por medio de contactos permanentes a nivel de Administraciones. Para asegurar jurídicamente la excepción concedida por la Comisión, se podría pensar en adoptar una disposición con arreglo a la letra e) del apartado 2 del artículo 87, es decir, regular las relaciones con las disposiciones de Derecho interno sobre la competencia.

Por ello, sin examinar el Derecho americano, que se enfrenta a una problemática parecida, después de todas las consideraciones expuestas llego a la conclusión de que se debe responder afirmativamente a la primera cuestión del Kammergericht.

2. *Sobre la segunda cuestión*

La segunda cuestión se refiere a si el riesgo de que un solo y mismo hecho da lugar a una doble sanción impuesta, de un lado, por las autoridades nacionales y, de otro, por la Comisión, impide la aplicación cumulativa del Derecho nacional y del comunitario.

Los Gobiernos interesados lo niegan con diferentes argumentos, mientras que los demandantes del procedimiento principal mantienen el punto de vista contrario. Por otra parte, la Comisión opina que las autoridades nacionales deberían suspender el procedimiento, al menos hasta que se resuelva el procedimiento pendiente ante ella.

Me parece que aquí se encuentra el núcleo del conflicto de interpretación a juzgar por la naturaleza del asunto y por las alegaciones de los interesados.

Ahora bien, antes de entrar en detalles debo subrayar que el riesgo de doble sanción sólo existe para una parte de los interesados, es decir, para las *empresas.* Por el contrario, las personas *físicas* afectadas por las decisiones nacionales del Bundeskartellamt no tienen que temer en ningún caso una multa de la Comisión, ya que con arreglo al artículo 15 del Reglamento nº 17, la competencia sancionadora de ésta se limita a las empresas.

Teniendo en cuenta esta limitación, la primera cuestión que plantean los demandantes del procedimiento principal es si el hecho de que la Comisión haya *iniciado* un procedimiento excluye de por sí la apertura de un procedimiento nacional. Para ello se remiten al principio *ne bis in idem,* que se observa en todos los Estados miembros y forma parte por consiguiente del Derecho comunitario; según ellos, conforme a este principio, no podía iniciarse un segundo procedimiento sobre el mismo objeto en caso de litispendencia. Esta cuestión no debiera quedar sin respuesta so pretexto de que la fecha de apertura del procedimiento suscita dudas (como sabe el Tribunal de

Justicia, las infracciones sancionadas por el Bundeskartellamt sólo se incluyeron con gran retraso en el procedimiento ante la Comisión). En efecto, la manera como el Kammergericht formuló sus cuestiones demuestra de forma indiscutible que la Comisión ejercitó sus competencias *antes* de que el Bundeskartellamt iniciara sus actuaciones.

Sin embargo, un examen más detallado demuestra que las consideraciones de los demandantes no son oportunas. Sin embargo, no hago mía la objeción de los Gobiernos neerlandés y francés: según ellos dichas sanciones son de diferente naturaleza jurídica según actuaran a nivel nacional o comunitario (sanción penal en un caso y administrativa en otro), en el ámbito nacional y en el comunitario respectivamente, pues esta apreciación puede ser válida en el ámbito propio de dichos Estados, no lo es sin duda en el presente asunto. En efecto, me parece indiscutible que las multas de la Ley contra las restricciones de la competencia y que se incluyen entre las infracciones administrativas son de la misma naturaleza jurídica que las multas del artículo 15 del Reglamento nº 17. Opino, por el contrario, que el citado principio, *ne bis in idem,* en la interpretación que le dan los demandantes, sólo es aplicable dentro de un *ordenamiento jurídico* interno de los Estados miembros, pero que no es válido cuando se trata de las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho nacional. A este respecto, la jurisprudencia ha declarado reiteradas veces que se trata de dos ordenamientos jurídicos independientes y separados. Así pues, mientras las Comunidades no constituyan un ordenamiento jurídico federal, parece más lógico realizar una aproximación entre las actuaciones de las Instituciones comunitarias y los actos de soberanía extranjeros y aplicar para el ejercicio de la potestad sancionadora las normas vigentes en las relaciones entre ordenamientos jurídicos diferentes. De ello resulta, por lo tanto, que sólo el hecho de que la Comisión haya *iniciado* un procedimiento no puede obligar por sí solo a las autoridades nacionales a abstenerse de ejercer su potestad sancionadora.

Aquí se añade una segunda consideración que parte de la idea, sin duda evidente, de que un mismo acto no puede ser objeto de una sanción doble fundada en motivos jurídicos esencialmente idénticos. Los partidarios de esta idea, basándose en la idea de que una multa impuesta por la Comisión debe considerarse -desde la perspectiva del Derecho nacional- como procedente de un ordenamiento jurídico extranjero, intentan descubrir un principio que pueda ser aplicable a las relaciones entre la potestad penal de la Comunidad y la de los Estados miembros. Para ello comprueban que dos Estados miembros admiten el principio de que la sanción de un hecho por un órgano jurisdiccional extranjero excluye una nueva condena por el Derecho interno. Aplicando la tesis de que la protección jurídica concedida por el Derecho comunitario debe ser equivalente no al nivel más bajo sino al más alto que exista en los Estados miembros, quieren que se reconozca el citado principio como parte del Derecho comunitario. Pero si esto es así -deducen a continuación- la pena pronunciada por una autoridad nacional impediría que la Comisión ejerciera su competencia penal. Para evitar pues que el Derecho nacional

impida la aplicación del Derecho comunitario y para no atentar contra el principio de la primacía de este último sólo queda la solución de que las autoridades nacionales no ejerzan sus competencias cuando la Comisión conozca un asunto relacionado con el Derecho sobre prácticas colusorias.

Nadie podrá negar que se trata de unas deducciones impresionantes. Pero en último término tampoco resultan oportunas.

En primer lugar se les podría objetar que sólo se puede hablar de un agotamiento de la pretensión penal (o dicho de otro modo, de la exclusión de toda nueva acción en vía penal) cuando la instancia que debe resolver en primer lugar posee competencia *jurisdiccional* plena, es decir, cuando es competente para apreciar un asunto desde todos los puntos de vista jurídicos posibles. Ahora bien, en opinión del Gobierno alemán, no es éste el caso en las relaciones entre las autoridades nacionales competentes en materia de prácticas colusorias y la Comisión. Efectivamente, la autoridad nacional competente, cuando la Comisión haya iniciado un procedimiento, ya no podrá perseguir más que los aspectos ilegales del asunto según el Derecho interno sobre prácticas colusorias, mientras que a la Comisión le corresponde apreciar los aspectos del asunto según el Derecho comunitario. Además hay que pensar que, aunque efectivamente en dos Estados miembros (Francia y los Países Bajos) se aplica el principio de que una sanción extranjera excluye un procesamiento nacional, este principio se desarrolló para el Derecho *penal.* Parece dudoso que el mismo se pueda aplicar al Derecho *administrativo.* En todo caso, llama la atención que las alegaciones escritas de los Gobiernos francés y neerlandés aludan también a la posibilidad de que la Comisión *tenga en cuenta* las sanciones ya impuestas en el plano nacional. No sería sin duda éste el caso si los principios anteriormente citados fueran aplicables al terreno que nos interesa. Por consiguiente si tratamos de fundar sobre esta base el principio aplicable a las relaciones entre el Derecho comunitario y el nacional, en materia de sanciones administrativas, parece más oportuno que, por razones de equidad, se dé preferencia al sistema de los Derechos italiano, alemán, belga y luxemburgués, según el cual la sanción impuesta en el extranjero es tenida en cuenta (aunque en formas distintas). Además, se puede decir que de este modo se sigue el criterio más *progresista,* lo que constituye una consideración esencial que ha de considerarse al colmar las lagunas del Derecho comunitario por medio del Derecho comparado.

En el apartado 2 del artículo 90 del Tratado CECA se establece ya un procedimiento análogo, según el cual la Alta Autoridad (ahora, la Comisión) al imponer una sanción con arreglo al Derecho comunitario deberá tener en cuenta las decisiones nacionales recogidas al respecto. Por otro lado, si el Derecho sobre *prácticas colusorias* del Tratado CECA no contiene una disposición semejante, ello sólo es debido –como hemos visto– a que el artículo 65 es el *único* aplicable y, por tanto, excluye la aplicación cumulativa del Derecho nacional.

Por lo tanto llego a la conclusión de que la imposición de una multa por el Derecho interno no excluye el ejercicio de la compe-

tencia sancionadora prevista por el Derecho comunitario y que no se produce una neutralización de éste, que se opondría a su primacía. Por el contrario, la Comisión está obligada a lo sumo a tener en cuenta las sanciones impuestas por las autoridades nacionales en una actuación anterior.

Por lo demás, esta tesis evita al mismo tiempo el riesgo de considerables inconvenientes que -como se ha señalado- podrían derivarse en el ámbito nacional de la mayor dificultad de la prueba o del efecto de normas sobre prescripción, si las autoridades nacionales estuvieran obligadas a suspender el procedimiento hasta que la Comisión hubiera finalizado el suyo.

Por consiguiente, se debe responder, en resumen, a la segunda cuestión que el riesgo de desembocar en una doble sanción no exige la no aplicación (aunque sea con carácter provisional) del Derecho nacional sobre prácticas colusorias.

3. *Sobre la tercera cuestión*

Mediante la tercera cuestión se plantea el problema de si el artículo 5 del Tratado CEE, en relación con la letra f) del artículo 3 de dicho Tratado y el artículo 9 del Reglamento n° 17, así como la necesidad de apreciar jurídicamente de un modo uniforme los casos de prácticas colusorias y de evitar distorsiones de la competencia, justifican la no aplicación del Derecho nacional de la competencia.

También sobre este punto difieren las opiniones de los interesados, cuando no han renunciado a manifestarse sobre la cuestión, como han hecho algunos. Veamos, pues, cuál es la apreciación resultante de ello.

En particular, es digna de atención la opinión de la Comisión. Ésta atribuye una importancia decisiva al artículo 5, en cuyo párrafo segundo se exige a los Estados miembros que se abstengan de todas aquellas medidas que puedan poner en peligro la realización de los fines del Tratado. A este respecto, desarrolla el siguiente razonamiento: si se aplica el apartado 1 del artículo 85, el órgano ejecutivo de la Comunidad dispone de una serie de posibilidades con arreglo al Derecho de la competencia del Reglamento n° 17. Puede conformarse con formular recomendaciones con arreglo al artículo 3 (un instrumento cuyo significado para la configuración positiva de las relaciones de la competencia han subrayado también algunos de los demandantes del procedimiento principal); puede también adoptar una resolución exigiendo que se ponga fin a una infracción del artículo 85 y prescindir de las sanciones en caso de cumplimiento; por último, puede imponer multas por infracción del apartado 1 del artículo 85. Ahora bien, afirma la Comisión, si las autoridades nacionales tuvieran la posibilidad de intervenir al mismo tiempo con arreglo al Derecho nacional de la competencia y de imponer multas, el procedimiento incoado por la Comisión podría verse gravemente perturbado. De este modo se pondría en peligro la aplicación y ejecución homogéneas del Derecho de la competencia de la Comunidad, lo que no es compatible con la obligación que impone el artículo 5.

Sin embargo, me parece que esta sugestiva argumentación tampoco posee un verdadero poder de convicción. Hay que partir de las

conclusiones formuladas en respuesta a la primera cuestión: el mismo Tratado –su texto ofrece argumentos decisivos en favor de esta tesis– parte de una aplicación *cumulativa* del Derecho comunitario y del Derecho nacional de la competencia sin excluir, pues, la aplicación del Derecho nacional, por lo menos mientras no haya una verdadera contradicción entre ambos. El artículo 5 no basta por sí solo para derribar esta tesis, como en realidad intenta la Comisión cuando dice que las medidas por ella adoptadas para aplicar el apartado 1 del artículo 85 no pueden ser corregidas por medidas adoptadas a nivel nacional y que, en particular, no se puede adoptar una resolución nacional sancionadora cuando a la Comisión se ha limitado a invitar a los interesados a modificar un determinado comportamiento. En realidad el artículo 5 no ofrece ningún argumento irrefutable en el presente contexto. Por un lado, no debe olvidarse que dicho artículo sólo pretende evitar que se pongan en peligro los fines del Tratado. Como acertadamente subrayan los Gobiernos interesados, no es éste el caso cuando se aplica un Derecho nacional de la competencia más riguroso que el Derecho comunitario, porque en tal caso se respeta una de las ideas básicas del Tratado, es decir, se procura intensificar la competencia. Por otro lado, el artículo 5 no permite siquiera suspender el procedimiento en el plano nacional, no contiene en efecto ningún precepto de naturaleza procesal. Como ha señalado acertadamente el Gobierno federal, falta para ello un requisito esencial, a saber, el efecto directo de la disposición. En realidad no se puede negar que el artículo 5, al referirse a los *fines* del Tratado, que a su vez no están formulados de un modo totalmente claro y de los que sólo se dice que hay que evitar ponerlos en peligro, está redactado de una manera demasiado general e imprecisa para aceptar la inseguridad que acompañaría a su aplicación directa. Por lo demás, tampoco se deduce otra cosa del Reglamento nº 17. Aunque en su exposición de motivos se habla de asegurar la aplicación uniforme de las disposiciones de los artículos 85 y 86, lo decisivo es que en su *texto* no se halla ninguna disposición que obligue a las autoridades nacionales a suspender el procedimiento incoado cuando se trata del Derecho nacional de la competencia. El apartado 3 del artículo 9 del mismo Reglamento se presta más bien a la conclusión contraria, puesto que sólo contiene una norma de competencia para la aplicación de los artículos 85 y 86.

Por último, tampoco la remisión a la letra f) del artículo 3 del Tratado CEE, me parece válida para apoyar las alegaciones de la Comisión. Como es sabido, dicha letra f) dispone que la acción de la Comunidad llevará consigo «el establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común». Como sus mismos términos indican, esta disposición tiene la función de caracterizar una de las múltiples actividades de la Comunidad, que debe cumplirse de acuerdo a otras disposiciones del Tratado y, además, con arreglo al ritmo previsto en ellas, es decir, gradualmente. Por lo tanto, como subraya en particular el Gobierno francés, se trata únicamente de una disposición de principio en la que tampoco está claro, por lo demás, qué grado de uniformidad exige a las condiciones de la competencia. Por el contrario, su objeto no puede consistir en

excluir las distorsiones de la competencia existentes, atribuyendo al Derecho comunitario sobre prácticas colusorias, en su ámbito de aplicación, un efecto que excluya, aunque sólo sea temporalmente, las disposiciones nacionales.

Por otro lado no se puede negar -y ninguno de los interesados lo hace- que, a la larga, esta situación jurídica no es satisfactoria. En efecto, en aplicación del principio según el cual las prácticas colusorias quedan sujetas a la ley del país en cuyo territorio se producen sus efectos («Wirkungsstatut»), la referida situación jurídica supone en ciertos casos que el Derecho interno más estricto se impone en gran medida en la Comunidad y puede de este modo causar un perjuicio a las empresas a las que se aplica. Sin embargo, para poner término a esta situación, actualmente inevitable respecto a las prácticas colusorias que solamente producen efectos a escala nacional, estoy convencido de que sólo queda el camino de la acción *normativa,* ya sea la adopción por el Consejo de disposiciones que regulen las relaciones entre el Derecho comunitario y el nacional, con arreglo a la letra e) del apartado 2 del artículo 87 del Tratado, ya sea -si no se encuentra en el artículo 87 fundamento para una intervención más a fondo en el Derecho nacional- su armonización con arreglo a los artículos 100 a 102 del Tratado CEE. Por el contrario, sería incompatible con el principio de seguridad jurídica querer alcanzar el mismo fin mediante la exclusión *tácita* del Derecho nacional. De este modo las alegaciones expresadas sobre la tercera cuestión tampoco producen modificación alguna del resultado hasta ahora alcanzado.

4. *Sobre la cuarta cuestión*

La cuarta cuestión nos lleva ahora a examinar si el artículo 7 del Tratado CEE se opone a la aplicación del Derecho nacional sobre prácticas colusorias. Mi definición de postura al respecto será relativamente breve.

En primer lugar, estoy de acuerdo con la Comisión al afirmar el efecto inmediato del artículo 7, es decir, la aplicación directa de la prohibición de toda discriminación ejercida por razón de la nacionalidad, con independencia de si se han dictado o no las normas contempladas en el apartado 2. Además, admito que el artículo 7 pretende también proteger a los propios nacionales de un Estado miembro. Sin embargo, a este respecto corresponde al Derecho del Estado interesado determinar quién se considera nacional y extender el concepto de nacionalidad a las personas jurídicas.

Ahora bien, no existe una total claridad sobre las consecuencias que de ello se derivan para el presente asunto, pues la cuestión formulada admite diversas interpretaciones.

Si la pregunta (como parece posible deducir de su formulación) es si las autoridades nacionales pueden limitarse a aplicar las normas a los nacionales de su propio Estado, aunque el Derecho nacional les permita ejercer sus competencias de manera más amplia (con arreglo al principio enunciado por el artículo 98 de la Ley contra las restricciones de la competencia), según el cual

dicha Ley se aplica a todos los actos cuyos efectos se produzcan en el territorio de la República Federal; si por tanto, se pregunta –con otras palabras– si se puede permitir una aplicación diferenciada de las normas nacionales de Derecho económico según la nacionalidad de los interesados, la respuesta seguramente es unívoca: semejante proceder es incompatible con los principios del artículo 7, a no ser que se demuestre el fundamento objetivo de tal diferenciación (por ejemplo, dificultades de prueba con respecto a los interesados extranjeros o el hecho de que el comportamiento de éstos tenga poca importancia, habida cuenta de su escasa cuota de mercado).

Pero si el sentido de la cuestión es si debe considerarse como discriminatorio en el sentido del Tratado que la República Federal de Alemania aplique un Derecho de la competencia más estricto que el de los demás Estados (lo que puede causar un perjuicio a los acuerdos que deban producir efecto en la República federal), la respuesta debe ser indudablemente negativa. Como acertadamente señalan varios interesados, el único objetivo de la prohibición de discriminación es evitar dentro del mismo Estado miembro la existencia de diferentes regímenes en función de las diferentes nacionalidades de sus destinatarios. En cambio, esta prohibición no tiene por objeto impedir las consecuencias desfavorables de la limitación territorial de los poderes del Estado y de las leyes estatales, es decir, favorecer la uniformización del Derecho en la Comunidad. En cualquier caso, este último objetivo –como hemos visto– se apoya en los principios de los artículos 100 a 102 del Tratado CEE; por tanto, la unificación del Derecho interno de la competencia no puede realizarse al nivel más bajo (lo que vendría impuesto por la aplicación de la prohibición de discriminar).

De este modo, tampoco el examen de la cuarta cuestión aporta nada decisivo para resolver el problema de la aplicación del Derecho nacional sobre prácticas colusorias a una situación de hecho enjuiciada simultáneamente por la Comisión.

III. Conclusión

Por ello propongo que se conteste lo siguiente a las preguntas planteadas:

Ninguno de los criterios expuestos por el Kammergericht se opone a la aplicación de una prohibición de prácticas colusorias por el Derecho interno (con las correspondientes consecuencias derivadas del Derecho nacional) a situaciones de hecho a las que pueda aplicarse el apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE y respecto a las cuales la Comisión ha iniciado también un procedimiento con el fin de condenar una infracción del artículo 85.

El artículo 7 del Tratado CEE constituye una norma con efecto directo y prohíbe que las autoridades nacionales apliquen de modo diferente normas de Derecho económico según la nacionalidad de los participantes en un acuerdo.

No tengo nada que alegar sobre las costas del procedimiento. Por lo que respecta a las partes del procedimiento principal, serán objeto de una resolución del órgano jurisdiccional nacional.