CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL KARL ROEMER

apresentadas em 19 de Dezembro de 1968 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

O processo de reenvio sobre o qual tenho hoje de me pronunciar diz respeito a problemas de direito da concorrência do Tratado CEE. Para a sua apreciação, importa conhecer os factos seguintes.

As quatro empresas alemãs Badische Anilin- & Soda-Fabrik AG, Ludwigshafen, Farbenfabriken Bayer AG, Leverkusen, Farbwerke Hoechst AG, Frankfurt am Main-Hoechst e Cassella Farbwerke Mainkur AG, Frankfurt am Main-Fechenheim, fabricam, entre outros produtos, matérias corantes derivadas do alcatrão bem como de cores minerais. Segundo o Bundeskartellamt Berlin, os representantes dessas empresas encontram-se de vez em quando com os representantes de outras empresas (francesas, inglesas e suíças) fabricantes de matérias corantes derivadas do alcatrão e de pigmentos, para tentar adoptar uma atitude uniforme em matéria de preços. Um desses encontros teve lugar em Agosto de 1967. Sempre segundo o Bundeskartellamt, todas as empresas representadas decidiram, após essa reunião (antes de 19 de Setembro de 1967), aumentar em 8% os preços dos corantes derivados do alcatrão, a partir de 16 de Outubro de 1967. O aumento foi comunicado aos utilizadores, bem como às outras empresas interessadas, que as primeiras aprovisionavam parcialmente. Na sequência desta actuação, vários clientes apresentaram queixas ao Bundeskartellamt.

Este último considerou que a operação cuja apreciação lhe era requerida constituía a celebração de um contrato contrário ao § 1 da lei alemã contra as restrições à concorrência (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen) e, portanto, nulo. Considerou também que, ao comunicarem aos utilizadores os aumentos de preços, os interessados tinham voluntariamente ignorado a nulidade do contrato, e, por consequência, cometido uma infracção punível com uma multa administrativa, nos termos do § 38 da lei acima referida. Em consequência, por decisão de 28 de Novembro de 1967, o Bundeskartellamt condenou as quatro empresas alemãs que no início referi, dois membros das suas direcções e um director de vendas em multas de montantes diferentes. Após esta decisão, nos termos do § 54 da lei alemã sobre contra-ordenações (Gesetz über Ordnungswidrigkeiten), os interessados interpuseram perante o Kammergericht Berlin um recurso baseado no § 82 da lei contra as restrições à concorrência. Contestavam a existência de um contrato, na acepção do § 1 desta lei e, ao mesmo tempo, afirmavam que o Bundeskartellamt não estava autorizado a aplicar o direito alemão, porque os factos já tinham sido submetidos à Comissão das Comunidades Económicas Europeias.

Com efeito, no seguimento de uma decisão de 31 de Maio de 1967, está em curso um processo perante a Comissão: dirige-se contra as quatro empresas alemãs já referidas e contra outros fabricantes de corantes de países membros e de países terceiros, nos termos do artigo 9.°, n.° 3, e do artigo 3.° do Regulamento n.° 17. Este processo tem por objecto, por um lado, os aumentos de pre-

* Língua original: alemão.

ços das matérias corantes derivadas do alcatrão efectuadas em Janeiro de 1964 nos mercados externos à República Federal da Alemanha. Por outro lado, refere-se aos aumentos de preços das matérias corantes derivadas do alcatrão efectuados no mercado alemão, com efeitos a partir de 1 de Janeiro de 1965 (e que, de resto, foram objecto de um processo perante o Bundeskartellamt para condenação em multas administrativas, processo esse que foi arquivado por falta de provas). Finalmente, o processo perante a Comissão visa também os aumentos de preços efectuados em 16 de Outubro de 1967 e condenados pelo Bundeskartellamt. É isto que deduzo das acusações que, no mês de Dezembro de 1967, foram comunicadas às empresas interessadas, nos termos do artigo 19.° do Regulamento n.° 17, conjugado com o artigo 2.° do Regulamento n.° 99/63. A Comissão, que, entretanto, ouviu os interessados, em 10 de Dezembro de 1968, não tinha ainda proferido uma decisão definitiva. Perante estes factos, o Kammergericht admitiu a possibilidade de um conflito entre o direito comunitário da concorrência e o direito nacional relativo aos acordos entre empresas. Por esta razão e de acordo com o requerido pelas partes interessadas, suspendeu a instância e, por decisão de 18 de Julho de 1968, submeteu ao Tribunal, nos termos do artigo 177.° do Tratado CEE, as seguintes questões prejudiciais:

1) Está em conformidade com o artigo 85.°, n.os 1 e 3, do Tratado CEE, e com o artigo 9.° do Regulamento n.° 17, de 6 de Fevereiro de 1962 (sobre os acordos), bem como com os princípios gerais do direito comunitário em vigor, aplicar cumulativamente, a um mesmo facto susceptível de preencher as condições enunciadas no artigo 85.°, n.° 1, do Tratado CEE, para além da proibição neste prevista, também as disposições proibitivas contidas no direito dos acordos de um Estado-membro — no caso, o § 1, conjugado com o § 38, alínea 1, n.° 1, da GWB (lei contra as restrições da concorrência), quando a Comissão das Comunidades Europeias já reconheceu a sua competência por força do artigo 3.° do Tratado CEE e através de iniciativas nos termos do artigo 14.° do Regulamento n.° 17 (sobre os acordos) (processo IV/26.267/E 1 da Comissão das Comunidades Europeias)?

2) Ou o risco de se chegar a uma duplicação de sanções aplicadas pela Comissão das Comunidades Europeias e pela autoridade nacional competente em matéria de acordos entre empresas — no caso, o Bundeskartellamt — opõe-se a esse procedimento?

3) Este procedimento é contrário ao artigo 5.° do Tratado CEE, conjugado com o artigo 3.°, alínea f), do Tratado CEE e com o artigo 9.° do Regulamento n.° 17 (sobre os acordos), designadamente por os Estados-membros deverem abster-se de aplicar as suas próprias disposições em matéria de concorrência, quando um determinado caso corre o risco de ser objecto de uma apreciação jurídica diferente e/ou quando daí resulte uma distorção da concorrência no mercado comum em prejuízo das pessoas que estão sujeitas a esse direito?

4) Este procedimento é contrário ao artigo 7.° do Tratado CEE, particularmente quando a autoridade nacional competente em matéria de acordos dirige as suas medidas exclusivamente aos nacionais do Estado em questão e, assim, pode colocá-los numa posição de desvantagem em relação aos nacionais de outros Estados-membros que se encontrem numa situação comparável?

Nos termos do artigo 20.° do Protocolo relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça, os

destinatários da decisão que aplicou multas administrativas, o Governo alemão, o Governo francês, o Governo neerlandês e a Comissão das Comunidades Europeias apresentaram observações escritas. Apresentaram também observações orais no decurso da audiência de 27 de Novembro (com excepção dos governos francês e neerlandês).

Com base na argumentação assim desenvolvida, tentarei propor *respostas às questões colocadas*.

I — Admissibilidade

Em minha opinião, a admissibilidade do reenvio não suscita qualquer dificuldade. Sem dúvida, o Kammergericht pergunta se a aplicação de disposições nacionais é compatível com o direito comunitário. Mas, na realidade, isso não significa que o Tribunal deva aplicar o direito comunitário a um caso particular (a medida adoptada a nível nacional) ou examinar se o direito nacional é compatível com o direito comunitário, o que não seria possível, segundo a jurisprudência deste Tribunal. Pelo contrário, o Kammergericht pretende apenas que da interpretação do direito comunitário resultem princípios cuja aplicação no processo a nível nacional permita resolver um problema preciso do direito dos acordos entre empresas. Ao fazê-lo, podemos também, é claro, interpretar o direito comunitário secundário (como o Regulamento n.° 17) e tomar em consideração ou precisar princípios gerais do direito comunitário.

Após estas considerações preliminares, podemos passar directamente à resposta a dar às questões colocadas.

II — Respostas às questões colocadas

Basicamente, do ponto de vista do direito comunitário, os factos em cuja presença nos encontramos suscitam uma só questão: a aplicação de regras proibitivas do direito nacional relativo aos acordos é excluída quando um facto é susceptível de preencher as condições enunciadas no artigo 85.°, n.° 1, do Tratado CEE e quando a Comissão já tomou a iniciativa, isto é, iniciou um processo. O Kammergericht considera que a solução deste problema depende de vários pontos de vista, e são estes que se encontram expressos em parte na primeira questão e em parte nas seguintes. Mas esta conclusão não impede que sigamos na apreciação do processo o sistema adoptado pelo Kammergericht, e é isso que me proponho fazer em seguida.

1. *Primeira questão*

Segundo o Kammergericht, deve examinar-se primeiro se o artigo 85.°, n.^{os} 1 e 3, do Tratado CEE, o artigo 9.° do Regulamento n.° 17 e os princípios gerais do direito comunitário fornecem elementos que permitam esclarecer as relações existentes entre o direito comunitário e o direito nacional.

Neste ponto, as partes interessadas sustentaram opiniões totalmente divergentes.

Os recorrentes 1, 2, 3, 5, 6 e 7 no processo principal consideram que, dentro do seu âmbito, o artigo 85.° é de aplicação *exclusiva*.

A opinião sustentada pela recorrente n.° 4, segundo a qual a regulamentação nacional

deve ceder o passo quando um facto está totalmente abrangido pelas proibições previstas pelo Tratado CEE em matéria de acordos (ou seja, quando as proibições nacionais não vão para além da proibição comunitária), parece ir um pouco menos longe.

Inversamente, os governos que tomaram posição, ainda que não estejam inteiramente de acordo em pontos de detalhe, opõem-se à tese segundo a qual os acordos referidos no artigo 85.°, n.° 1, devem ser apreciados exclusivamente com base no direito comunitário e sustentam que o direito comunitário e o direito nacional se aplicam paralelamente, e, por consequência, podem em larga medida ser aplicados cumulativamente a um só acto restritivo da concorrência.

Finalmente, a Comissão adopta uma atitude intermédia: em sua opinião, em princípio nada se opõe a uma aplicação cumulativa da proibição comunitária e do direito nacional. Em caso algum, porém, devem ser ameaçadas a aplicação e a execução uniformes do direito comunitário. Razão pela qual os processos nacionais (à excepção das medidas cautelares) devem ser suspensos, pelo menos até à conclusão do processo perante a Comissão.

O leque de opiniões sobre o nosso problema é assim muito vasto e isso basta para demonstrar que estamos perante uma questão difícil. O grande número de publicações científicas que tratam este assunto sob diferentes ângulos confirma esta impressão. É certo que pode deduzir-se dessas publicações que a opinião dominante é a favor da teoria dita da dupla barreira (Zweischrankentheorie), segundo a qual os acordos de concorrência só são lícitos se preencherem as condições requeridas tanto pelo direito nacional como pelo direito comunitário sendo, também, possível cumular as consequências das proibições. Todavia, deve confessar-se que as dificuldades específicas do caso em apreço, dificuldades que dizem respeito à eventualidade de uma *dupla sanção,* não foram analisadas de forma tão aprofundada e que os comentários sobre esta questão são bastante raros. Por isso não podemos evitar um exame aprofundado do caso.

Tentemos, em primeiro lugar, responder à questão colocada, partindo do texto do Tratado e das suas disposições de aplicação (o recurso aos primeiros trabalhos preparatórios, como o relatório Spaak, parece-me pouco apropriado): ora, ao fazê-lo, verificamos que nas disposições citadas pelo Kammergericht nada indica que o direito nacional relativo aos acordos deva *ser afastado* quando estão reunidas as condições requeridas pelo artigo 85.°, n.° 1, nem, portanto, que exista uma situação jurídica análoga à que está em vigor no domínio da CECA em que, como sabemos, os acordos celebrados por empresas mineiras e siderúrgicas só podem ser apreciados com base no artigo 65.° do Tratado CECA.

Desde logo, o artigo 9.°, n.° 3, do Regulamento n.° 17 não pode servir de fundamento à tese segundo a qual o artigo 85.°, dentro do seu âmbito, é de aplicação exclusiva. Como sabeis, segundo o artigo 9.° as autoridades dos Estados-membros continuam competentes para aplicar as disposições do artigo 85.°, n.° 1, e do artigo 86.°, *enquanto* a Comissão não der início a qualquer processo nos termos dos artigos 2.°, 3.° e 6.° Ora, é manifesto que, com isso, a disposição em causa pretende apenas definir as competências das diferentes autoridades na aplicação de um só e mesmo direito, o *direito comunitário,* e não definir as relações entre diferentes ordens jurídicas. Esta conclusão, ou seja, o facto de o artigo 9.° não prever a suspensão total dos processos nacionais que impliquem problemas de direito comunitário, poderia pelo contrário permitir deduzir que

o próprio Regulamento n.° 17 parte da ideia de que o direito comunitário e o direito nacional devem ser aplicados *paralelamente.*

O artigo 87.°, n.° 2, alínea e), do Tratado CEE aponta também neste sentido, como alguns interessados justamente sublinharam e como a Comissão, por seu lado, admite. O artigo 87.° prevê que o Conselho adoptará todos os regulamentos ou directivas adequadas conducentes à aplicação dos princípios enunciados nos artigos 85.° e 86.°, designadamente as disposições que têm por finalidade «definir as relações entre as legislações nacionais e as disposições constantes da presente secção ou as adoptadas em execução do presente artigo». Ao tentarmos compreender esta disposição podemos, sem dúvida, admitir, como foi salientado por alguns intervenientes, que ela teria igualmente sentido se se partisse da aplicação exclusiva do direito comunitário a certas situações de concorrência. Pode, por exemplo, pensar-se nas regulamentações *processuais* destinadas a evitar conflitos de competência no caso de acordos puramente nacionais, aos quais o direito comunitário não é aplicável, mas em que é claro que o direito nacional sobre acordos de empresas se aplica sem restrições. Todavia, não é possível negar que, de acordo com o texto da disposição em questão, é muito mais convincente admitir que esta se baseia na ideia de uma *sobreposição* de duas ordens jurídicas (o direito comunitário e o direito nacional), isto é, que as duas ordens jurídicas são simultaneamente aplicáveis a um mesmo facto. Com efeito, esta disposição fala de *definir as relações* entre as legislações nacionais e o direito comunitário. Ora, isto é uma referência às normas jurídicas *substantivas* — parecendo excluir uma relação *fixa* que necessite apenas de uma regulamentação processual.

O artigo 88.° do Tratado CEE vai também no mesmo sentido. Nos termos deste artigo, até à data da entrada em vigor das disposições adoptadas em execução do artigo 87.°, as autoridades dos Estados-membros decidirão sobre a admissibilidade dos acordos..., em conformidade com o direito do *seu* país e com o disposto nos artigos 85.°... e 86.° Se nesse artigo se trata de decidir «em conformidade com o direito dos (seus próprios) países», não parece convincente considerar apenas o quadro *formal,* as formalidades e processos do direito nacional como fazem alguns autores. Dado que inicialmente (antes da adopção do Regulamento n.° 17) não existia qualquer regulamento processual no quadro do direito *comunitário,* o facto de o artigo 88.° atribuir às autoridades nacionais um poder geral de decisão podia significar apenas que essas autoridades deviam também aplicar o seu processo nacional. Por conseguinte, se se pretende dar a este artigo um conteúdo que vá para além deste sentido (evidente), é necessário tomar em consideração as disposições nacionais *substantivas,* desde que existam e desde que não *contrariem* os princípios do artigo 85.° (o que pode dizer-se da legislação em vigor em alguns Estados-membros e que se baseia na noção de abuso). Ora, isto significa que também o artigo 88.° parte, em princípio, da ideia da aplicabilidade simultânea do direito nacional e do direito comunitário. Considerando também que o artigo 9.° do Regulamento n.° 17 se refere igualmente ao artigo 88.°, pode deduzir-se que este regulamento não constitui ainda uma regulamentação que ponha fim ao período transitório previsto no artigo 88.°, mas antes que, pelo contrário, para esse efeito é necessário adoptar disposições com base no artigo *87.°, n.° 2, alínea e* (no que parece ter também pensado a Comissão de Política Económica do Bundestag, várias vezes referida).

Assim, o texto do Tratado fornece, sem qualquer dúvida, elementos poderosos em favor da tese jurídica dos governos interessados. A isto acresce o facto de que, ao admitir-se a tese oposta (isto é, se se admitir que o direito comunitário se aplica exclusivamente dentro do seu âmbito de aplicação), é-se obrigado, para delimitar o domínio co-

munitário em relação ao domínio puramente nacional, a recorrer a um critério muito incerto, fluido e susceptível de se modificar: o prejuízo causado ao comércio interestatal.

No entanto, seria prematuro pretender responder à questão em apreço com base apenas nestas conclusões.

Com efeito, por muito justificada que possa ser a «teoria da dupla barreira» quando o direito nacional impõe o exame de critérios complementares (por exemplo, quando um facto inclui certos elementos que não são abrangidos pelo direito comunitário, mas o são pelo direito nacional), podemos, com razão, interrogar-nos sobre se é possível aplicar a um só e mesmo facto duas proibições que, basicamente, têm a mesma natureza, isto é, se, como parece ser o caso vertente, duas autoridades podem apreciar um mesmo facto à luz de critérios essencialmente idênticos.

Anteciparei a resposta: com efeito, não vejo qualquer necessidade de restringir a teoria da dupla barreira, considerando este último ponto de vista. Ao fazer esta afirmação, estou ciente de que não é pertinente invocar a diferença entre os interesses protegidos pelo direito comunitário (concorrência no comércio interestatal), e pelo direito nacional (concorrência no comércio interno): com efeito, o prejuízo causado à concorrência entre os Estados afecta também a situação do mercado de pelo menos um Estado-membro, de forma que, inversamente, resulta que o direito comunitário da concorrência se destina necessariamente a proteger também a concorrência interna. Razão pela qual uma outra consideração se impõe. Deve admitir-se que, mesmo supondo essa sobreposição dos domínios protegidos, a aplicação da proibição comunitária não coincide perfeitamente com a aplicação da proibição da mesma natureza prevista pelo direito nacional. A razão é simples: por um lado, temos a política de concorrência da Comunidade, que se desenvolve progressivamente através dos esforços das instituições comunitárias e, por outro, uma política de concorrência nacional, sempre mais ou menos individualizada, e que faz parte integrante da política económica nacional, em relação à qual o Tratado prevê apenas uma obrigação de *coordenação*.

A divergência das concepções fundamentais pode assim conduzir a apreciações completamente diferentes de um só e mesmo facto, mesmo que sejam aplicadas regras proibitivas essencialmente análogas. Basta pensar na tese desenvolvida pela Comissão quanto à restrição «sensível» (spürbar) da concorrência, que pode aplicar-se, por exemplo, quando os acordos internacionais não ultrapassem um certo volume de negócios; ou pensar nos casos que, do ponto de vista do direito comunitário, parecem de pouco interesse por a restrição da concorrência se manifestar essencialmente no plano nacional, enquanto que as incidências no comércio internacional são de importância secundária. Nesses casos, pode acontecer que os critérios nacionais sejam os mais severos, isto é, que se apliquem as proibições nacionais e não as proibições comunitárias.

Quanto a saber em que medida essas divergências podem ser admitidas como consequências da diferença entre as políticas de concorrência, a resposta a esta questão deve depender unicamente do facto de existir ou não uma verdadeira *contradição* entre o direito comunitário e o direito nacional. Seria esse o caso se a aplicação de uma proibição comunitária chocasse com uma autorização nacional dada a um acordo, o que, bem entendido, os próprios partidários da aplicação cumulativa do direito comunitário e do direito nacional não admitem. No entanto, essa contradição não existe quando o direito nacional dos acordos prevê regras mais

severas, porque isso significa, como o Governo francês justamente sublinhou, que o direito nacional sobre os acordos entre empresas opera no *mesmo sentido* que o artigo 85.°, n.° 1, e age em *conformidade* com esta disposição, isto é, pretende aperfeiçoar as condições da concorrência.

A questão de saber se existe o perigo de um verdadeiro conflito quando a aplicação de regras proibitivas nacionais coincide com a perspectiva de uma excepção concedida pelos executivos comunitários, nos termos do artigo 85.°, n.° 3, pode ficar em aberto no presente processo: com efeito, não tendo havido notificação do acordo (ou da prática concertada), e devido, como as partes concordam, à natureza da restrição da concorrência em causa, não é de considerar a possibilidade de uma excepção concedida pela Comissão. Por conseguinte, podemos dizer, com o Governo neerlandês, que a questão não tem importância para a solução do litígio nacional. No entanto, se pretendermos responder-lhe, porque alguns interessados fizeram notar que os n.os 1 e 3 do artigo 85.° constituem uma unidade, um todo coerente, ou porque, noutros casos, as autoridades nacionais não podem pronunciar-se sobre a aplicação do artigo 85.°, n.° 3, com a mesma certeza que no caso em apreço, se, portanto, tomarmos também em consideração o artigo 85.°, n.° 3, devemos, concordando com os governos interessados, negar, em princípio, a existência de um conflito, mesmo que a excepção a nível comunitário choque com a aplicação de regras proibitivas nacionais. Que se passa realmente do lado comunitário? Verdadeiramente, apenas se declara que a proibição comunitária pode apagar-se perante certos aspectos positivos de um acordo e que se *renuncia* a aplicar o artigo 85.°, n.° 1. Como sublinhou o Governo alemão, a liberdade de acção que o artigo 85.°, n.° 1, inicialmente excluiu encontra-se assim restabelecida. Mas, no quadro dessa liberdade de acção, as autoridades nacionais competentes em matéria de acordos devem poder ter em conta os interesses da política nacional de concorrência, ou seja, considerar os aspectos que não é possível ter em conta da mesma forma no quadro do direito comunitário, nem do ponto de vista processual (apesar do artigo 10.° do Regulamento n.° 17), nem do ponto de vista do fundo (devido aos critérios particulares do artigo 85.°, n.° 3). Se agirem assim, se as autoridades nacionais contrariarem o efeito da excepção comunitária através da aplicação de uma regra proibitiva nacional, não ameaçam mais os objectivos do Tratado do que o fazem as partes intervenientes num acordo quando renunciam à sua aplicação, o que é possível a todo o momento. Esta conclusão impõe-se como regra geral porque, em princípio, os acordos não podem ser considerados como instrumentos destinados a organizar o mercado comum. Todavia, se, num raro caso excepcional, a apreciação pela Comissão dos elementos determinantes demonstrar uma vantagem para os interesses comunitários e revelar que um acordo *serve* ou até *favorece* os objectivos do Tratado (por exemplo, devido a uma intensificação da concorrência), o risco de conflito com as decisões adoptadas a nível nacional parece bastante teórico, dado que é certamente possível harmonizar os conceitos através de contactos permanentes no plano administrativo. Para garantir juridicamente a derrogação concedida pela Comissão, poder-se-ia, nesses casos, no máximo, adoptar uma disposição ao abrigo do artigo 87.°, n.° 2, alínea e), ou seja, regular as relações com as disposições nacionais sobre a concorrência.

Sem entrar na apreciação do direito americano, que conhece problemas semelhantes, chegamos à conclusão, após todas as considerações precedentes, de que a primeira questão submetida pelo Kammergericht deve receber resposta afirmativa.

2. *Segunda questão*

A segunda questão visa determinar se o risco de um só e mesmo facto dar lugar a uma

dupla sanção imposta, por um lado, pelas autoridades nacionais e, por outro, pela Comissão, impede a aplicação cumulativa do direito nacional e do direito comunitário.

Os governos interessados respondem pela negativa, com diferentes argumentos, enquanto os réus no processo principal são de opinião contrária. Por seu lado, a Comissão considera que as autoridades nacionais devem suspender o processo nacional, pelo menos até à conclusão do processo pendente perante ela.

A natureza do processo e os argumentos das partes levam-me a crer que éaqui que se situa o ponto fulcral do conflito de interpretação. Antes de entrar numa apreciação detalhada, sublinho que o risco de dupla sanção existe apenas para alguns dos interessados, as *empresas.* As pessoas *singulares,* a quem se dirige a decisão do Bundeskartellamt, não devem em caso algum recear uma multa da Comissão, dado que o poder sancionatório que o artigo 15.° do Regulamento n.° 17 atribui a esta instituição se limita às empresas.

Tendo em conta esta limitação, a primeira questão suscitada pelos réus no processo principal é a de saber se o facto de a Comissão ter *iniciado* um processo basta por si só para impedir a abertura de um processo a nível nacional. Neste aspecto, invoca-se o princípio *non bis in idem,* aplicado em todos os Estados-membros, e que, por conseguinte, constituiria um elemento do direito comunitário; na opinião dos réus, este princípio implica que não pode ser iniciado um segundo processo com o mesmo objecto em caso de litispendência. Esta questão não pode ser deixada sem resposta a pretexto de que a data de início do processo suscita dúvidas (como sabeis, as infracções punidas pelo Bundeskartellamt apenas muito tardiamente foram incluídas no processo perante a Comissão). Com efeito, a forma como o Kammergericht formulou a questão demonstra com toda a evidência que a Comissão exerceu as suas competências *antes* de o Bundeskartellamt ter iniciado o processo.

No entanto, a apreciação da tese dos réus demonstra que esta não é pertinente. Não compartilho da objecção dos Governos neerlandês e francês, segundo a qual essas sanções são de natureza jurídica diferente conforme se trate do plano nacional ou do plano comunitário (sanções penais, por um lado, sanções administrativas, por outro), porque, se esta opinião é válida no domínio jurídico desses Estados, não o é certamente no presente processo. Com efeito, parece-me indiscutível que as multas administrativas previstas na lei sobre as restrições da concorrência (GWB), que se incluem no domínio das contra-ordenações (Recht der Ordnungswidrigkeiten), têm a mesma natureza das previstas no artigo 15.° do Regulamento n.° 17. No entanto, considero que, no sentido em que os réus o entendem, o princípio *non bis in idem* é aplicável no âmbito da *ordem jurídica* interna dos Estados-membros, mas não é válido quando se trata das relações entre o direito nacional e o direito comunitário. Neste ponto, constitui jurisprudência repetida que se trata de duas ordens jurídicas distintas e independentes. Ora, enquanto as Comunidades não constituírem uma ordem jurídica federal, parece mais lógico fazer uma aproximação entre os actos das instituições da Comunidade e os actos de soberania dos Estados-membros e aplicar ao exercício do poder de sanção as regras em vigor nas relações entre ordens jurídicas diferentes. Daí resulta que o simples facto de a Comissão ter *iniciado* um processo não pode, por si só, constranger as autoridades nacionais a renunciar ao seu poder de sanção.

A tudo isto acrescenta-se uma segunda consideração que provém da ideia incontestavelmente evidente de que um mesmo acto não

pode ser objecto de uma dupla sanção baseada em aspectos jurídicos substancialmente idênticos. Baseando-se na ideia de que, na óptica do direito nacional, a multa aplicada pela Comissão deve ser considerada proveniente de uma ordem jurídica estrangeira, os partidários desta tese tentam descobrir um princípio aplicável às relações entre o poder sancionatório da Comunidade e o dos Estados-membros. Salientam que dois Estados-membros reconhecem o princípio segundo o qual um acto pelo qual foi aplicada uma pena por um tribunal estrangeiro não pode ser de novo punido pelo direito interno. Utilizando o argumento de que a protecção jurídica concedida pelo direito comunitário deve ser equivalente não ao nível mais baixo, mas sim ao nível mais alto conhecido nos Estados-membros, pretendem que seja admitido que esse princípio constitui um elemento do direito comunitário. Mas, prosseguem, a ser assim, a pena imposta por uma autoridade nacional impediria a Comissão de exercer o seu poder de sanção. Para evitar que o direito nacional impeça a aplicação do direito comunitário e para não prejudicar o primado deste último a única solução restante é que as autoridades nacionais não exerçam o seu poder quando a Comissão se ocupa de um processo no âmbito do direito dos acordos. É incontestável que estamos perante deduções impressionantes. Mas, em última análise, não mais pertinentes que as outras.

A primeira objecção que se lhes pode fazer é que o direito de punir uma infracção só pode ser precludido (noutros termos, ficando excluída qualquer nova sanção penal), se o primeiro juiz a quem o processo foi submetido tiver poderes *jurisdicionais* ilimitados, se possuir o poder de apreciar o processo em todos os seus aspectos jurídicos. Ora, segundo o Governo alemão, não é esse o caso nas relações entre as administrações nacionais competentes em matéria de acordos entre empresas e a Comissão Europeia. Com efeito, tendo a Comissão iniciado um processo, a autoridade nacional competente só pode conhecer dos aspectos do processo que são ilegais segundo o direito nacional, competindo à Comissão apreciar os aspectos do processo segundo o direito comunitário. Além disso, não pode esquecer-se que, se é certo que em dois Estados-membros (a França e os Países Baixos) uma pena aplicada no estrangeiro exclui qualquer sanção do direito interno, esse princípio foi elaborado no quadro do direito *penal*. Parece duvidoso que possa aplicar-se também em matéria de infracções *administrativas*. Em todo o caso, é impressionante que também as observações escritas dos Governos francês e neerlandês aludam à possibilidade de a Comissão *ter em conta* as sanções já aplicadas no plano nacional. Sem dúvida que não o teriam feito se os princípios há pouco mencionados fossem aplicáveis ao domínio que nos interessa. Por conseguinte, se procuramos, com esta base, estabelecer o princípio aplicável às relações entre o direito comunitário e o direito nacional em matéria de multas administrativas, parece-me, por razões de equidade, ser melhor preferir o sistema que existe nos direitos italiano, alemão, belga e luxemburguês, segundo o qual a sanção aplicada no estrangeiro é tida em linha de conta (mesmo se as modalidades são diferentes). Creio poder também dizer — e esta é uma consideração essencial, a ter em conta em qualquer tentativa de integração das lacunas do direito comunitário por recurso ao direito comparado — que assim seria aplicado o princípio mais *progressista*.

Já o segundo parágrafo do artigo 90.° do Tratado CECA prevê um processo análogo, segundo o qual a Alta Autoridade (actualmente a Comissão) deve ter em conta a decisão proferida no plano nacional para determinar a sanção que tenha de aplicar segundo o direito comunitário. Por outro lado, se o direito sobre os acordos entre empresas do Tratado CECA não inclui essa disposição, a única razão para isso é o facto de o artigo 65.° ser de aplicação *exclusiva*, como já referi, e, portanto, qualquer aplicação cumulativa deste artigo com o direito nacional estar excluída.

Sou assim levado a concluir que uma multa aplicada pelo direito interno não preclude automaticamente o exercício dos poderes de sanção previstos pelo direito comunitário e, portanto, não há que deixar de aplicar este último, o que seria contrário ao seu primado sobre o direito nacional. A Comissão é obrigada, no máximo, a ter em conta as sanções aplicadas pelas autoridades nacionais em intervenções anteriores à sua.

Esta tese tem também a vantagem de evitar os graves inconvenientes que poderiam resultar de dificuldades de prova acrescidas ou dos efeitos de prescrições extintivas se as autoridades nacionais fossem obrigadas a suspender o processo até a Comissão ter concluído o seu.

Portanto, creio poder dizer quanto à segunda questão, em resumo, que o risco de dupla sanção não impede a aplicação (mesmo provisória) das disposições do direito nacional sobre os acordos de empresas.

3. *Terceira questão*

A terceira questão consiste em saber se o artigo 5.° do Tratado CEE, conjugado com o artigo 3.°, alínea f), do mesmo Tratado e com o artigo 9.° do Regulamento n.° 17, bem como a necessidade de julgar de forma uniforme os actos restritivos da concorrência e de evitar as distorções da concorrência, podem ser fundamento suficiente para suspender a aplicação do direito interno da concorrência.

Também aqui as opiniões dos interessados são discordantes, havendo até quem renunciasse a tomar posição. Vejamos então qual a apreciação que se impõe.

A opinião da Comissão é particularmente digna de registo. Atribui uma importância decisiva ao artigo 5.° do Tratado, cujo segundo parágrafo impõe aos Estados-membros que se abstenham de tomar quaisquer medidas susceptíveis de pôr em perigo a realização dos objectivos do Tratado. A argumentação que apresenta a este propósito é a seguinte. Quando é aplicável o artigo 85.°, n.° 1, as disposições do Regulamento n.° 17 oferecem ao executivo comunitário uma série de possibilidades. Este pode limitar-se a formular recomendações nos termos do artigo 3.° (alguns dos réus no processo principal sublinharam a importância deste meio de acção para dar uma configuração positiva às relações de concorrência); pode também adoptar decisões que obriguem a pôr termo a uma infracção ao artigo 85.° do Tratado e renunciar a aplicar sanções quando os destinatários da decisão em causa a cumpriram; finalmente, pode aplicar multas por violação do artigo 85.°, n.° 1. Ora, afirma a Comissão, se as autoridades nacionais tivessem a possibilidade de intervir nos termos do direito nacional dos acordos e de aplicar multas administrativas, o processo iniciado pela Comissão poderia ser gravemente perturbado.Isto poria em perigo a uniformidade da aplicação e implementação do direito da concorrência da Comunidade, o que seria incompatível com a ideia fundamental do artigo 5.° do Tratado.

Embora sedutora, esta argumentação não me parece verdadeiramente convincente. O nosso raciocínio deve partir da conclusão a que cheguei quanto à primeira questão: o próprio Tratado (argumentos claros retirados do seu texto apoiam esta concepção) admite a ideia da aplicação *cumulativa* do direito comunitário e do direito interno da concorrência e, portanto, não exclui a aplicação do direito interno, pelo menos na medida em que as duas ordens jurídicas não se contradigam verdadeiramente. O artigo 5.° não basta para privar esta tese de fundamento: a Comissão tenta no entanto fazê-lo, quando afirma que as medidas que adopta em execução do artigo 85.°, n.° 1, não podem ser corrigidas por medidas

adoptadas no plano nacional e, em especial, que uma autoridade nacional não pode aplicar uma multa quando a Comissão pretende limitar-se a convidar os interessados a modificar um determinado comportamento. A verdade é que a referência ao artigo 5.° do Tratado não constitui, no caso em apreço, um argumento irrefutável, e isto em vários aspectos. Em primeiro lugar, não pode esquecer-se que esse artigo tem por única finalidade evitar que os *objectivos* do Tratado sejam postos em perigo. Ora, como afirmam, com razão, os governos interessados, não pode ser esse o caso na aplicação de um direito nacional sobre acordos de empresas mais severo que o direito comunitário, porque esta aplicação, na realidade, respeita um dos princípios fundamentais do Tratado, o crescimento da concorrência. Por outro lado, nada no artigo 5.° permite que seja suspenso o processo nacional, ou seja, este artigo não contém qualquer imposição de natureza processual. Como o Governo alemão sublinhou, falta uma condição fundamental: a aplicabilidade directa da disposição. Com efeito, o texto do artigo 5.° refere-se apenas à necessidade de evitar que os objectivos do Tratado sejam postos em perigo, não sendo esses objectivos formulados de forma perfeitamente clara; é assim incontestável que este texto é demasiadamente geral e impreciso, de forma que a sua aplicabilidade directa implicaria uma incerteza inadmissível. Aliás, o próprio Regulamento n.° 17 não conduz a uma solução diferente. Embora seja verdade que, segundo o seu preâmbulo, os artigos 85.° e 86.° devem ser aplicados uniformemente, o que realmente importa é que o seu *texto* não contém qualquer disposição que imponha às autoridades nacionais a suspensão do processo iniciado, quando está em causa o direito nacional da concorrência. O artigo 9.°, n.° 3, do mesmo regulamento permitiria até uma conclusão em sentido contrário, visto que prevê apenas uma norma de competência para a aplicação do disposto nos artigos 85.° e 86.°

Finalmente, não me parece que a referência ao artigo 3.°, alínea f), do Tratado CEE possa fundamentar a argumentação da Comissão. Segundo este artigo, a acção da Comunidade implica «o estabelecimento de um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado comum». Como o próprio texto da disposição demonstra, o seu objecto é definir uma das tarefas que a Comunidade deve realizar em conformidade com outras disposições do Tratado e segundo o seu calendário, ou seja, gradualmente. Como sublinhou o Governo francês, trata-se, portanto, de uma disposição de princípio, e não é possível discernir qual o grau de uniformidade que exige nas condições de concorrência. Por outro lado, em caso algum pode ter como objectivo suprimir as distorções da concorrência existentes permitindo ao direito comunitário dos acordos neutralizar (ainda que temporariamente) as disposições nacionais no seu âmbito de aplicação.

De outro ponto de vista, não pode negar-se (e nenhuma das partes o fez) que, a longo prazo, esta situação jurídica se torna insatisfatória. Com efeito, a aplicação do princípio segundo o qual um acordo está sujeito à lei do país em cujo território os seus efeitos se produzem (Wirkungsstatut) implica que em certos casos o direito interno mais severo se impõe em larga medida na Comunidade e pode assim prejudicar as empresas às quais se aplica. No entanto, para pôr termo a esta situação, que é actualmente inevitável para os acordos cujos efeitos se limitam ao plano nacional, estou convencido que o único meio é a acção *legislativa*, quer através da adopção pelo Conselho de disposições que regulem as relações entre o direito comunitário e o direito nacional, nos termos do artigo 87.°, n.° 2, alínea e), do Tratado, quer, se se considerar que o artigo 87.° não permite uma intervenção profunda no domínio do direito interno dos Estados-membros, através da harmonização deste com base nos artigos 100.° a 102.° do Tratado CEE. Mas seria incompatível com o princípio da segurança jurídica tentar alcançar esse objectivo através da neutralização *tácita* do direito nacional. Assim, as considera-

ções desenvolvidas a propósito da terceira questão em nada alteram as conclusões a que tinha chegado quanto às duas questões precedentes.

4. *Quarta questão*

A quarta questão leva-nos a examinar se o artigo 7.° do Tratado CEE se opõe à aplicação do direito interno sobre acordos de empresas. Posso ser relativamente breve neste ponto.

Como a Comissão, considero, em primeiro lugar, que é correcto admitir que o artigo 7.° se aplica directamente, e, por conseguinte, que a proibição de discriminação em razão da nacionalidade é directamente aplicável, independentemente da regulamentação prevista no segundo parágrafo. Além disso, parece-me possível admitir que o artigo 7.° visa também a protecção dos próprios nacionais de um Estado-membro. A qualidade de nacional de um Estado é determinada pelo direito do Estado em questão e estende-se também às pessoas colectivas.

As consequências que, do que precede, podem ser retiradas para o caso em apreço não são todavia perfeitamente claras, por a questão submetida ser susceptível de várias interpretações.

Se com ela se pretende saber (como parece provável pelo modo como éformulada) se as autoridades nacionais podem limitar-se a punir os seus próprios cidadãos, ainda que o direito interno lhes permita exercer as suas competências de uma forma mais alargada, segundo o princípio enunciado no § 98 da lei contra as restrições da concorrência (GWB), segundo o qual esta lei se aplica a todo e qualquer acto cujos efeitos se produzam no território da República Federal da Alemanha, se, portanto, a questão submetida se resume a saber se o direito económico interno pode ser aplicado de forma diferente em função da nacionalidade dos interessados, a resposta não oferece qualquer dúvida: esta forma de agir seria incompatível com os princípios enunciados no artigo 7.° do Tratado, a menos que fosse provada a existência de razões sérias para proceder a essa diferenciação (como, por exemplo, dificuldades de prova em relação a estrangeiros ou o facto de o comportamento destes ser pouco importante devido à parte reduzida que ocupam no mercado nacional).

Todavia, se o objectivo da questão é saber se deve ser considerado discriminatório, nos termos do Tratado, o facto de a República Federal da Alemanha aplicar um direito da concorrência mais severo que o de outros Estados-membros, o que pode desfavorecer as empresas que participam num acordo que produz efeitos no território da República Federal da Alemanha, a resposta deve certamente ser negativa. Como vários interessados sublinharam com razão, o único objectivo da proibição de discriminação é evitar, no território de um mesmo Estado-membro, a existência de vários sistemas em função da nacionalidade dos seus destinatários. Esta proibição não tem por objectivo impedir as consequências desfavoráveis da delimitação territórial da soberania e das leis do Estado, isto é, favorecer a harmonização do direito na Comunidade. Este objectivo inclui-se nos artigos 100.° a 102.° do Tratado CEE; a harmonização do direito interno da concorrência não pode, portanto, fazer-se ao nível mais baixo (o que a aplicação da proibição de discriminação provocaria).

Assim, a resposta a dar à quarta questão não traz qualquer contribuição decisiva ao problema da aplicação do direito interno sobre acordos de empresas a uma situação que está a ser simultaneamente apreciada pela Comissão.

III — Conclusão

Proponho, portanto, que às questões submetidas seja respondido da seguinte forma:

Nenhum dos aspectos mencionados pelo Kammergericht se opõe à aplicação de proibições previstas pelo direito interno dos acordos (com as consequências que daí resultam segundo do direito nacional) a situações susceptíveis de entrarem no âmbito de aplicação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado CEE e em relação às quais a Comissão da CEE iniciou um processo com a finalidade de punir uma infracção ao artigo 85.°

O artigo 7.° do Tratado CEE é uma norma jurídica directamente aplicável e proíbe que as autoridades nacionais apliquem o direito económico de forma diferente, segundo a nacionalidade das empresas que são partes num acordo.

Não tenho qualquer observação a fazer quanto às despesas do processo. No que respeita às partes no processo principal, as despesas serão objecto de decisão do tribunal nacional.