CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. MARCO DARMON

presentadas el 25 de mayo de 1988 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

1. Mediante auto de 16 de diciembre de 1987, el Tribunal de Justicia decidió acumular, a efectos de la fase oral y de la sentencia, los diez asuntos que tienen por objeto la anulación de la Decisión 85/202/CEE de la Comisión, de 19 de diciembre de 1984, relativa a un procedimiento de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE. [1] Cinco meses antes, el 8 de julio de 1987, este Tribunal había considerado oportuno disociar del fondo, que afecta a determinados acuerdos dentro de la industria de la pasta de papel celebrados por los destinatarios de la Decisión, establecidos todos en el exterior de la Comunidad, la cuestión de la competencia comunitaria en materia de aplicación de las normas del Derecho de la competencia contenidas en el Tratado a empresas establecidas en terceros Estados y la cuestión, suscitada en uno de estos asuntos, relativa a las relaciones entre el Acuerdo de Libre Cambio con Finlandia y el artículo 85 del Tratado. [2]

2. Las partes y el Gobierno del Reino Unido —cuya intervención en apoyo de las pretensiones de la Comisión en los seis asuntos en que, desde el momento de interposición del recurso, se impugnó la competencia de ésta, se admitió mediante auto de 9 de octubre de 1985— fueron oídos sobre esta cuestión el 12 de enero de 1988. Precisamente, sobre la competencia de la Comisión en esta materia se referirán las presentes conclusiones.

3. Lo que impugnan las demandantes y lo que rebate el Gobierno del Reino Unido es el fundamento invocado por la Comisión en la Decisión impugnada para justificar su competencia: la localización de los efectos. [3] Sea cual fuere su punto de vista al respecto en otros contextos y aun cuando, como han señalado algunos, la Comisión en sus escritos se ha inclinado a invocar la localización, bien de los efectos, o bien del comportamiento contrario a las normas sobre competencia, en nuestra opinión, la cuestión de la competencia comunitaria sobre esta materia debe zanjarse en relación con el primer fundamento.

4. En este punto, nuestra opinión difiere de la del Gobierno británico, quien ha invitado al Tribunal de Justicia a que resuelva el presente litigio considerando que, en este caso, se trata de una manifestación del ejercicio de una competencia territorial, admitido tanto por el Derecho comunitario como por el Derecho internacional.

5. Los detractores de la teoría de los efectos intentan rebatirla mediante argumentos extraídos de ambas disciplinas. La objeción común que se ha planteado en contra de la

* Traducido del francés.

1 — DO L 85 de 26.3.1985, p. 1.

2 — Además del argumento relativo al Acuerdo de Libre Cambio con Finlandia, propio de su asunto, las demandantes en el asunto 89/85, así como la mayoría de las demás demandantes, niegan que la Comisión sea competente para aplicar las normas sobre competencia comunitarias basándose únicamente en la teoría denominada de «la localización de los efectos». No obstante, observemos que la demandante en el asunto 104/85 sólo puso en duda la competencia de la Comisión durante la vista, y que la demandante en el asunto 116/85 no planteó objeciones respecto a la competencia de la Comisión explicando, por carta de 29 de octubre de 1987, su pasividad inicial por haber considerado que el Tribunal de Justicia habría de examinar esta cuestión *ex officio*, pero que, sobre este punto, se adhería a los argumentos expuestos por las demás demandantes. Durante la vista se ratificó en esta postura, dejando tal cuestión al buen criterio del Tribunal de Justicia. La demandante en el asunto 117/85 no propuso un motivo de incompetencia y, durante la vista, se adhirió a la postura de las demás demandantes.

3 — Apartado 79 de la Decisión impugnada.

Decisión de la Comisión se articula en torno a dos ejes: ni el Derecho comunitario, ni el Derecho internacional autorizan a aplicar las normas del Derecho de la competencia comunitaria a empresas establecidas fuera de la Comunidad basándose para ello solamente en los efectos producidos dentro de ésta.

6. Después de examinar estos dos aspectos, será conveniente recordar la doctrina derivada de la jurisprudencia americana, que en este ámbito es particularmente copiosa. A continuación, sugerimos al Tribunal de Justicia los criterios que pueden tenerse en cuenta para basar la competencia comunitaria respecto a empresas establecidas fuera de la Comunidad y, apoyándonos especialmente en ellos, abordaremos la situación particular de la KEA. Por último, evocaremos el problema específico de la relación entre el Acuerdo de Libre Cambio con la República de Finlandia y el artículo 85 del Tratado CEE.

I. La teoría de los efectos en relación con el Derecho comunitario

7. Con independencia de cuáles sean las particularidades de los asuntos, las críticas contra la competencia comunitaria para aplicar el Derecho sobre prácticas restrictivas de la competencia a empresas establecidas fuera de la Comunidad se basan en dos consideraciones. En primer lugar, se sostiene que en el artículo 85 del Tratado no existe nada que permita extenderlo a las empresas exteriores basándose únicamente en los efectos contrarios al Derecho de la competencia producidos en el territorio de la Comunidad. En segundo lugar, se considera que de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende que éste rechaza la teoría de los efectos. Declaramos, de entrada, que propondremos que el Tribunal de Justicia no acoja ninguna de estas dos objeciones.

1. *El texto del artículo 85*

8. La lectura del artículo 85 del Tratado permite generalmente sostener que el Derecho de la competencia comunitario es aplicable, por su propia vocación, desde el momento que se hayan producido en el territorio de la Comunidad efectos contrarios a la competencia. La afectación del comercio entre Estados miembros constituye el criterio de demarcación entre las competencias comunitaria y nacional en la materia. Se prohíben y se declaran incompatibles con el Tratado los acuerdos, decisiones y prácticas concertadas «que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común».

9. A la vista de este texto, la gran mayoría de la doctrina considera que el criterio de aplicación del Derecho comunitario de la competencia no es ni la nacionalidad, ni la localización geográfica de la empresa, sino la localización del efecto anticompetitivo.[4]

10. En realidad, no está claro que el concepto de efecto previsto en el artículo 85 del Tratado sea, estrictamente hablando, el fundamento de la competencia. Este concepto —como, por otra parte, el de objeto[5]— permite determinar de forma indudable la

4 — G. Bernini: «Les règles de concurrence» en *Trente ans de droit communautaire*, Oficina de las Publicaciones Oficiales de las Comunidades Europeas, 1982, pp. 345 y ss., especialmente p. 375; B. Goldman: *Les champs d'application territoriale des lois sur sa concurrence*, RCADI, 1969 (III), pp. 635 y ss., especialmente pp. 676 y ss., y *Les effets juridiques extraterritoriaux de la politique de la concurrence*, RMC, 1972, pp. 612 y ss., especialmente, pp. 614 y 615. J. M. Bischoff y R. Kovar: *L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la Communauté*, JDI (Clunet), 1975, pp. 675 y ss., especialmente p. 684; J. Schapira, G. Le Tallec y J.-B. Blaise: *Droit européen des affaires*, PUF, Thémis, 1984, p. 245; J. Mégret, J.-V. Louis, D. Vignes, M. Waelbroeck, *Le droit de la Communauté économique européenne*, volumen 4: «Concurrence», éditions de l'université de Bruxelles, 1972, pp. 110 y 111; J. Sofflet, *La compétence extraterritoriale du droit de la concurrence de la Communauté économique européenne*, JDI (Clunet), 1971, pp. 487 y- ss., especialmente p. 491.

5 — L. Focsaneaunu: *Pour objet ou pour effet*, RMC, 1966, p. 862.

existencia de una infracción al Derecho material de la competencia en un caso en el que la propia competencia de la Comunidad sea incuestionable. Pero tal concepto puede cumplir otra función, en tanto que criterio de competencia, y, entonces, su contenido no es necesariamente idéntico al de efecto en Derecho material. Tendremos ocasión de volver sobre este punto.

2. *La doctrina derivada de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia*

11. Si bien, hasta el momento, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia no ha consagrado la teoría de los efectos en materia de aplicación del Derecho de la competencia a las empresas exteriores, ello no significa necesariamente que este Tribunal la rechace.

12. El asunto al que se ha aludido con mayor frecuencia en este debate es el denominado de las «materias colorantes». [6] En las sentencias de 14 de julio de 1972, incluso después de que el Abogado General Sr. Mayras, hubiera invitado a este Tribunal de Justicia a aplicar el criterio de los efectos —sin lugar a duda, adecuados— para asentar la competencia comunitaria frente a empresas exteriores, este Tribunal prefirió reconocer ésta basándose en la unidad de la empresa. Ello no significa, en modo alguno, que la localización de los efectos no constituya una base suficiente para atribuir competencia. [7] Como señaló el profesor Goldman, precisamente a propósito de esta sentencia, «no se debe hacer hablar a los silencios del Tribunal de Justicia». [8]

13. Tampoco se pueden deducir de las sentencias del Tribunal de Justicia en la materia argumentos concluyentes favorables a la teoría de los efectos, aun cuando en alguna se contengan afirmaciones que pueden ir en tal sentido. Así, por ejemplo, cuando en la sentencia Beguelin se declara «que el hecho de que una de las empresas que participaron en el acuerdo esté situada en un tercer país no impide la aplicación» del artículo 85 del Tratado «dado que el acuerdo produce efectos en el territorio del mercado común» *(traducción provisional)*, [9] no se debe olvidar totalmente la circunstancia de que, en aquel asunto, se trataba de un acuerdo de concesión en exclusiva, una de cuyas partes estaba establecida en la Comunidad.

14. Es decir, la jurisprudencia del Tribunal de Justicia *relativa al Derecho de la competencia* no permite deducir ni la adopción ni el rechazo de la localización de los efectos, como criterio determinante de la aplicabilidad del Derecho comunitario a empresas situadas fuera de la Comunidad.

15. Por el contrario, se puede encontrar un apoyo para la aplicación de la teoría de los efectos en la sentencia Walrave y Koch. En esta sentencia, dictada en relación con el principio de no discriminación basada en la nacionalidad en conexión con las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de circulación de trabajadores y de prestación de servicios, el Tribunal de Justicia declaró:

«que la norma de no discriminación, por ser imperativa, se impone para la apreciación de todas las relaciones jurídicas, en la medida en que tales relaciones, por razón, bien del lugar en el que se establecen, *bien del lugar en el que producen sus efectos,* puedan ser localizadas en el territorio de la Comunidad» *(traducción provisional)*. [10]

6 — Asuntos 48/69, Imperial Chemical Industries, Rec. 1972, p. 619; 52/69, J. R. Geigy AG, Rec. 1972, p. 787; y 53/69, Sandoz AG, Rec. 1972, p. 845.

7 — Véase J.-M. Bischoff y R. Kovar, artículo citado, p. 684.

8 — B. Goldman: «International Law Association», *Report of the 55th Conference,* Nueva York 1972, p. 128.

9 — Asunto 22/71, sentencia del 25 de noviembre de 1971, Rec. 1971, p. 949, considerando 11.

10 — Asunto 36/74, sentencia de 12 de diciembre de 1974, Rec. 1974, p. 1405, considerando 28, el subrayado es nuestro.

16. Se trataba, en este asunto, de una norma de la Unión ciclista internacional, con sede en Génova. Ante el Tribunal de Justicia, esta organización consideró que podía extraer de las sentencias Geigy [11] y Continental Can [12] un argumento en contra de la teoría de la localización de los efectos, puesto que tal criterio no había sido utilizado en tales sentencias.

17. Este argumento revela la importancia de la respuesta del Tribunal de Justicia. Ha habido quien ha deducido de ella la conclusión de que la localización de los efectos constituye un fundamento de la competencia comunitaria que, si bien se enunció en un ámbito diferente, puede ser invocado en el del Derecho de la competencia. [13] Si la postura que adoptó el Tribunal de Justicia en el asunto Walrave y Koch puede trasladarse al Derecho de la competencia —y no vemos la razón por la que no habría de serlo— cabe mantener con razón que, lejos de repudiar la teoría de los efectos, el Tribunal de Justicia no vacilará en suscribirla.

18. No obstante, no debemos quedarnos satisfechos con tal afirmación. En efecto, en una materia como la que nos ocupa, es preciso verificar si tal criterio es o no conforme con las exigencias y la práctica del Derecho internacional.

II. La teoría de los efectos frente al Derecho internacional

19. Los dos fundamentos de la competencia estatal admitidos de manera indiscutible en Derecho internacional son la *territorialidad* y la *nacionalidad*. [14] La primera reconoce jurisdicción a un Estado desde el momento en que la persona o el bien de que se trate estén situados dentro de su territorio o cuando el acontecimiento de que se trata se ha producido dentro del mismo. La segunda consagra semejante competencia en relación con los nacionales de tal Estado.

20. La territorialidad, por su parte, ha dado lugar a dos principios de competencia diferentes:

— la territorialidad *subjetiva*, que permite a un Estado atraer los actos que se hayan originado en su territorio, aun cuando se hayan perfeccionado en el extranjero,

— la territorialidad *objetiva*, que le permite, por el contrario, conocer aquellos actos cuya ejecución comenzó en el extranjero, pero que se perfeccionaron, al menos parcialmente, en su propio territorio.

21. El principio de territorialidad objetiva desempeñó un papel determinante en la extensión de las competencias nacionales en materia de Derecho de la competencia. De tal principio procede la teoría de la localización de los efectos que, para atraer éstos, confiere la competencia de un Estado, incluso cuando el comportamiento que los haya engendrado no haya tenido lugar en su territorio.

22. Esta localización ¿constituye una base para atribuir la competencia conforme a las normas del Derecho internacional? Para responder a esta pregunta se debe tomar en consideración, en primer lugar, la propia naturaleza de este último. ¿Atribuye competencias, de forma que el Estado que pretenda ejercer su jurisdicción debe probar la existencia de una norma de Derecho internacional que lo autorice? O, ¿se trata, por el contrario, de un Derecho que, respetando la plenitud de las competencias estatales —corolario de la soberanía—, se limita a es-

11 — Asunto 52/69, sentencia de 14 de julio de 1972, Rec. 1972, p. 826.

12 — Asunto 6/62, sentencia de 21 de febrero de 1973, Rec. 1973, p. 241.

13 — Ph. Delannay: *Observations sous l'arrêt 36/74, Walrave y Koch*, CDE, 1976, pp. 209 y ss., especialmente p. 224.

14 — Véase, por ejemplo, R. Higgins: «The Legal Bases of Jurisdiction», C. J. Olmstead (ed): *Extraterritorial Application of Laws and Responses Thereto*, Oxford, ILA y ECS, 1984, p. 3.

tablecer determinados límites al ejercicio de ésta, que, por la inexistencia de prohibiciones, se conserva intacta?

23. La doctrina al respecto se encuentra dividida. El debate se inició, básicamente, a raíz del significado y del alcance de la sentencia Lotus, dictada el 7 de septiembre de 1927 por el Tribunal Permanente de Justicia Internacional. [15] Esta sentencia, dictada gracias al voto de calidad del Presidente, afirma, en especial, que el Derecho internacional no prohíbe a un Estado:

«ejercer, en su propio territorio, su jurisdicción en todo asunto en el que se trate de hechos que han ocurrido en el extranjero y para los que no se pueda apoyar en una norma permisiva del Derecho internacional. Sólo podría defenderse semejante tesis si el Derecho internacional, de manera general, prohibiera a los Estados que impusieran sus leyes y que sometieran a la jurisdicción de sus Tribunales a aquellas personas, bienes y actos que se sitúen fuera de su territorio, y si, como excepción a esta prohibición general, permitiera que los Estados lo hicieran en casos especialmente determinados. Ahora bien, ciertamente éste no es el estado actual del Derecho internacional. Lejos de prohibir a los Estados que extiendan sus leyes y su jurisdicción a personas, bienes y actos situados fuera de su territorio, les deja, a este respecto, una amplia libertad, que sólo en algunos casos está limitada por prohibiciones; en los demás supuestos, cada Estado es libre de adoptar los principios que considere mejores y más convenientes. Esta libertad que el Derecho internacional deja a los Estados explica la variedad de las normas que éstos han podido adoptar sin que ello diera lugar a oposición o a reclamaciones por parte de los demás Estados [...] todo lo que se puede exigir de un Estado es que no rebase los límites que el Derecho internacional impone a su competencia; dentro de estos límites, el fundamento de la jurisdicción que ejerce se encuentra en su soberanía». [16]

Esta afirmación adquiere su mayor magnitud cuando se la acompaña de aquélla en la que el Tribunal Permanente declara que «el Derecho internacional rige las relaciones entre Estados independientes» y proclama que, «por consiguiente, las limitaciones de la independencia de los Estados no se presumen». [17]

24. La posición del Derecho internacional a este respecto fue retomada y afinada en el voto particular de Sir Gerald Fitzmaurice en la sentencia del Tribunal Internacional de Justicia, el 5 de febrero de 1970, en el asunto Barcelona Traction:

«Es cierto que, en el momento actual, el Derecho internacional no impone a los Estados ninguna norma rígida que delimite el ámbito de su competencia nacional en semejantes materias (y hay evidentemente, otras: por ejemplo, las cuestiones de transporte marítimo, la legislación antitrust, etc.), dejándoles, al respecto, una gran libertad. No obstante, a) postula la *existencia* de límites, aun cuando, en cada caso concreto, corresponde a los Tribunales, en su caso, definirlos a efectos del asunto de que se trate, y b) impone a todo Estado la obligación de actuar con moderación y mesura respecto a la extensión de la competencia que sus órganos jurisdiccionales se atribuyen en los asuntos que contienen un elemento de extranjería, evitando invadir indebidamente la competencia de otro Estado, cuando ésta tenga un mejor fundamento o pueda ejercerse de manera más apropiada». [18]

15 — *Recueil des arrêts*, publicaciones del Tribunal Permanente de Justicia Internacional, serie A-J 10.

16 — *Loc. cit.*, p. 19.

17 — *Loc. cit.*, p. 18.

18 — Tribunal Internacional de Justicia: *Recueil des arrêts*, «Avis consultatifs et ordonnances», 1970, pp. 65 y ss., especialmente p. 105.

25. Determinados autores han invocado otro pasaje de la sentencia Lotus para atenuar el alcance de ésta respecto al reconocimiento de la teoría de los efectos como fundamento de la competencia estatal. El Tribunal Permanente precisaba en dicho pasaje que, incluso los Tribunales de los Estados que se adhieren a una concepción estrictamente territorial de la legislación penal, interpretan ésta de forma que incluyen dentro de su ámbito de aplicación las infracciones, aun cometidas en el extranjero, si «uno de los elementos constitutivos del delito y, sobre todo, sus efectos se han producidos dentro de su territorio nacional». [19] Incluso, en su sentencia, el Tribunal Permanente señala que, en aquel supuesto, entre el acto y sus efectos «existe una indivisibilidad jurídica absoluta», [20] lo que ha llevado a determinados autores a sostener que sólo tales circunstancias permiten que un Estado ejerza su competencia en virtud del principio de territorialidad objetiva.

26. Ahora bien, suponiendo que, con tal afirmación, el Tribunal Permanente quisiera limitar la competencia estatal derivada de la territorialidad objetiva al caso de que el efecto producido en su territorio fuera, en sí mismo, un elemento constitutivo de la infracción, ello no tendría incidencia alguna en la aplicación de las normas de competencia comunitarias a empresas establecidas fuera de la Comunidad. Recordemos una vez más que el artículo 85 del Tratado prohíbe todos los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas, que tengan por objeto «impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común». Tal efecto ¿no es, necesariamente, un elemento constitutivo de la infracción? [21] Ésta es la opinión del Abogado General Sr. Mayras, cuando expone que, «en el Derecho sobre prácticas colusorias», se debe «admitir que el mismo efecto de la infracción es uno de sus elementos constitutivos e incluso, probablemente, el elemento esencial». [22]

27. Así pues, aun cuando por otros motivos podría preguntarse: «¿continúa navegando el Lotus?», [23] parece indudable que el principio que entonces se dedujo, que, si bien criticado por la doctrina, la jurisprudencia internacional no contradijo en su día, permite llegar a la conclusión de que es conforme con las normas del Derecho de gentes la toma en consideración de la localización de los efectos como fundamento para la competencia estatal. [24] Aquello que se reconoce a los Estados, debe necesariamente reconocérsele a la Comunidad, en tanto que sujeto de Derecho internacional, ahí donde la competencia comunitaria sustituye a la de los Estados miembros.

28. La competencia reconocida de esta manera constituye una «jurisdiction to prescribe», es decir, el poder del Estado de «dictar normas generales o individuales a través de sus órganos legislativos, ejecutivos o jurisdiccionales». [25] No se puede entender como una «jurisdiction to enforce», que es el poder que posee un Estado para ejecutar una norma general o una decisión individual mediante actos materiales de ejecución que pueden llegar incluso a la coacción estatal». [26] Esta opinión es ampliamente compartida por aquéllos que admiten que la teoría

19 — *Loc. cit.*, p. 23.

20 — *Loc. cit.*, p. 30.

21 — M. Akehurst: *Jurisdiction in International Law*, BYIL, 1972-1973, pp. 145 y ss., especialmente pp. 195 y 196; B. Goldman: *Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence*, RCADI, 1969 (III), pp. 635 y ss., especialmente p. 701.

22 — Conclusiones en los asuntos acumulados 48, 52 y 53/69, ya citados, pp. 669 y ss., especialmente p. 700.

23 — P. Julliard: «L'application extraterritoriale de la loi économique», *L'application extraterritoriale du droit économique*, Cahiers du Cedin, ya citado, pp. 13 y ss., especialmente p. 24.

24 — A este respecto escribe P. Demaret: «la sentencia Lotus se dictó por la mayoría más débil posible. Pero el *dictum* arriba citado corresponde a la realidad internacional en 1927 y, sin duda, todavía a la de nuestros días», *L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques; une question de droit ou de diplomatie*, CDE, 1985, pp. 1 y ss., especialmente p. 26.

25 — B. Stern: *Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extraterritoriale du droit*, AFDI, 1986, pp. 7 y ss., especialmente p. 11.

26 — *Loc. cit.*

de los efectos puede servir de base a la competencia estatal. Por otra parte, cerca de veinte Estados han adoptado las denominadas leyes de bloqueo, básicamente contra las medidas adoptadas en virtud de la competencia de ejecución.[27] Pero, entonces, es preciso preguntarse si el poder de imponer una multa se deriva de la competencia normativa o de la ejecutiva.

29. Cuando se declara ilegal una práctica colusoria y se inflige una multa, en general se está de acuerdo en reconocer que se trata del ejercicio de la competencia normativa. Lo que el Derecho internacional prohíbe a un Estado es, recogiendo los términos de la sentencia Lotus, «—salvo cuando exista una norma permisiva en contrario— cualquier ejercicio de su poder en el territorio de otro Estado».[28]

30. Así pues, lo que se excluye son las medidas concretas de ejecución o de coacción. Pero, como se ha escrito, «ordenar no es constreñir».[29] Por nuestra parte, suscribimos el siguiente análisis del profesor Goldman:

«La condena a pagar una multa, dado que sanciona hechos que caen bajo la ley del foro, debido a los efectos que producen en el territorio del foro [...] está indisolublemente vinculada, al igual que la causa o la declaración de la nulidad, a la aplicación de la ley que en teoría es competente, y denegar al Juez el poder para decretarla sería privar de todo significado a esta "competencia legislativa"».[30]

En este sentido se pronunció el Abogado General Sr. Mayras, en sus conclusiones relativas a las sentencias «materias colorantes»:

«El hecho de imponer una sanción pecuniaria con el fin de reprimir un comportamiento anticompetitivo, así como, por otra parte, prevenir que se persista en él o que se repita, debe distinguirse del cobro de la multa infligida, el cual, en el supuesto de negativa de la empresa condenada al pago, sólo podrá efectuarse por la vía de la ejecución forzosa».[31]

31. Una vez hechas estas precisiones, sin duda alguna es el Derecho americano quien facilita el ejemplo de las reflexiones y tentativas de mayor alcance para determinar las circunstancias que permiten a un Estado ejercer su competencia normativa en situaciones que implican elementos de extranjería. No es extraño. La *Sherman Act* se remonta a 1890. Ha dado lugar a una jurisprudencia y a una doctrina abundantes y representativas de la preocupación por conciliar intereses nacionales legítimos con los imperativos del Derecho y de las relaciones internacionales. Este es el motivo que nos ha conducido a evocar las sentencias más destacadas.

III. La doctrina del Derecho americano

32. En un principio, los Tribunales americanos se limitaron a aplicar estrictamente el criterio de la territorialidad. Una de las ex-

27 — Véase, por ejemplo, J. R. Atwood: «Blokking Statutes and Sovereign Compulsion: Recent Developments and the Proposed restatement», en B. E. Hawk (ed): *Anti-trust and Trade Policies in the United States and the European Community*, Annual Proceeding of the Fordham Corporate Law Institute, Nueva York, Matthew Bender, 1986, capítulo 16, p. 327; L. Collins: «Blocking and Clawback Statutes: The United Kingdom Approach», *Journal of Business Law*, 1986, pp. 372 y 452.

28 — *Loc. cit.*, p. 18.

29 — B. Goldman y A. Lyon-Caen: *Droit commercial européen*, Dalloz, cuarta edición, 1983, p. 886.

30 — B. Goldman: *Observations sous les arrêts «matières colorantes»*, JDI (Clunet), 1973, p. 935.

31 — Rec. 1972, p. 701.

presiones más célebres, a este respecto, es la del Juez Oliver Wendell Holmes, en relación con el asunto American Banana:[32] «All legislation is prima facie territorial» («Toda legislación es, *prima facie*, territorial»). Continuaba afirmando que, conforme a un principio general, e incluso universal, la legalidad o ilegalidad de un acto la determina exclusivamente el Derecho del Estado en cuyo territorio se ha efectuado.

33. Hubo que esperar hasta 1945 y a la sentencia Alcoa,[33] para ver consagrada la teoría de los efectos en su forma más absoluta. Hasta esta sentencia, las empresas establecidas en el extranjero sólo fueron condenadas en Estados Unidos por razón de su comportamiento en el territorio de este país y el principio de territorialidad objetiva, conocido en otras ramas del Derecho nunca había sido invocado en los litigios en materia de prácticas colusorias.[34] El asunto Alcoa, del que conoció un Tribunal *ad hoc*, permitió al Juez Learned Hand afirmar que, para interpretar la legislación interna en materia de prácticas colusorias, deben tomarse en consideración los límites generalmente respetados por los Estados en el ejercicio de sus competencias. Learned Hand continuó con las siguientes palabras, que no han dejado de resonar, en la medida en que marcan la consagración extrema de la teoría de los efectos:

«It is settled law [...] that any State may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the State reprehends; and these liabilities other States will ordinarily recognize» («Es una norma de Derecho generalmente reconocida [...] que cualquier Estado puede imponer obligaciones, incluso a personas que no posean su nacionalidad, por actos realizados fuera de sus fronteras que tienen, dentro de éstas, consecuencias que el Estado condena; los demás Estados reconocen, ordinariamente, estas obligaciones»).

En opinión del Juez Hand, tal aplicación de la norma estatal en materia de competencia a empresas establecidas en el extranjero supone que concurra un elemento intencional y un elemento material. Así pues, esta regla sólo abarca los actos voluntarios y que han producido efectos cualquiera que sea su importancia.

34. Son raras las decisiones de este tipo, sin duda porque los supuestos concretos en lo que no existe otro elemento de conexión que no sea el efecto producido son, asimismo, excepcionales. Citemos, no obstante, el asunto Horlogerie suisse.[35] El Juez Cashin, invocando expresamente la teoría de los efectos, afirmó la competencia de las autoridades americanas respecto a esta demandada establecida en el extranjero, puesto que el comportamiento de ésta tenía un efecto directo y sustancial en Estados Unidos. Observemos, ya en este momento, la preocupación por calificar los efectos.

35. Tal jurisprudencia, especialmente en su expresión más extrema, tal como resulta de los términos utilizados por el Juez Hand, no podía sino suscitar críticas y reacciones. Para prevenir los conflictos que pudieran resultar, en especial del ejercicio de competencias concurrentes, de una aplicación indiscriminada de la teoría de los efectos, se formularon diversas propuestas en Estados Unidos. Citemos, a este respecto, el *Restatement of foreign relations law of the United*

32 — 213 US 347 (1909).

33 — 148 F. 2d 416 (1945).

34 — A. D. Neale y M. L. Stephens: *International Business and National Jurisdiction*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 167.

35 — 1965, *Trade Cases*, apartado 71352; 1963, *Trade Cases*, apartado 70600.

States, publicado en 1965 por el American law Institute y la *Antitrust Guide for International Operations*, aparecida en enero de 1977 a iniciativa del Ministerio de Justicia americano. Este último documento hace referencia al concepto de efecto sustancial y previsible. Este mismo concepto de efecto sustancial figura en el *Tentative Draft of the Restatement (revised)*, publicado en 1985, el cual exige, además, que el comportamiento en el extranjero tenga o haya tenido la intención de producir un efecto sustancial dentro del territorio. El elemento intencional es, en opinión de algunos, equivalente al requisito del efecto previsible. [36]

36. En esta misma perspectiva, dirigida a limitar la teoría de los efectos, debemos citar la sentencia del Juez Choy en el asunto Timberlane Lumber. [37] Suscribiendo la jurisprudencia Alcoa y Horlogerie suisse, el Juez Choy considera que los esfuerzos realizados hasta el presente para reducir el alcance de la teoría de los efectos son poco satisfactorios. Por una parte, el concepto de efecto sustancial le parece difícilmente definible en un contexto internacional. Por otra parte, el distingo entre efecto directo e indirecto le parece inadecuado en la medida en que no permite tener en cuenta los intereses de otros países.

37. Concluye el Juez Choy señalando que, en determinadas circunstancias, los intereses de Estados Unidos son demasiado débiles y el imperativo de moderación con el fin de preservar la armonía de sus relaciones internacionales demasiado intenso para justificar una reivindicación de competencia extraterritorial. Para determinar si tal competencia se debe ejercer, desarrolló tres criterios acumulativos —los dos primeros de legalidad y el tercero de oportunidad— que formula en tres cuestiones:

1) La restricción de la competencia que se alega ¿afecta o estaba destinada a afectar al comercio exterior de Estados Unidos?

2) Por su naturaleza y su importancia ¿se la puede considerar como una infracción a la *Sherman Act*?

3) Teniendo en cuenta la cortesía internacional y el «fairness», ¿es preciso, para afirmar su existencia, que se imponga la competencia extraterritorial de Estados Unidos?

38. Este último requisito, que debe entenderse como una *rule of reason* (principio de racionalidad) en materia de competencia, abarca siete factores cuya enumeración no es exhaustiva. Se trata principalmente de los siguientes:

— la importancia del conflicto con una norma extranjera;

— la nacionalidad de las partes y la localización del lugar principal de actividad de las empresas afectadas;

— la importancia respectiva de los efectos en Estados Unidos y en el extranjero;

— la medida en la que existió una voluntad expresa de perjudicar o de afectar al comercio de Estados Unidos, y la probabilidad de tal efecto.

39. Citemos, asimismo, la sentencia Mannington Mills, [38] en la cual el Juez Weis, refiriéndose a la sentencia Timberlane e inter-

36 — Véase A.-D. Neale y M.-L. Stephens, *op. cit.*, p. 167.

37 — 549 F. 2d 597 (9. Cir. 1977).

38 — 595 F. 2d 1287 (3 Cir. 1979).

pretándola, añade a los criterios en ella enunciados otros factores, algunos de los cuales están vinculados expresamente a consideraciones de política exterior. En pocas palabras, parece que este punto de vista, sin negar el principio de una competencia extraterritorial, desarrolla los requisitos relativos a la oportunidad de su ejercicio. Señalemos, no obstante, que con motivo de este mismo asunto, el Juez Adams dio otra interpretación de los mismos criterios, los cuales, en su opinión, tienden a establecer la propia existencia de una competencia, y no a definir los requisitos para ejercerla.

40. La postura actual del Derecho americano descansa en dos principios. Conforme al primero, la competencia de Estados Unidos se reivindica cuando los efectos sobre el comercio de este país son directos, sustanciales y previsibles. En virtud del segundo, los Tribunales proceden a efectuar un «balance of interests» para asegurar el carácter razonable del ejercicio de tal competencia. [39]

41. La regla del «judicial interest balancing» en materia de competencia no está exenta de críticas. Una de las más notables es la formulada por el Juez Wilkey en el asunto Laker Airways. [40] En su opinión, el «balance de intereses» por parte de los Tribunales, con el fin de que el ejercicio de la competencia esté de acuerdo con la «rule of reason», es una técnica inapropiada. Esta última les obliga a escoger entre una ley interna, destinada a proteger los intereses nacionales, y una ley extranjera que pretende impedir la aplicación de aquélla, que amenaza a los intereses extranjeros.

42. Ante esta situación, el balance de intereses resulta obstaculizado por dos factores. En primer lugar, existen considerables límites en cuanto a la capacidad de los Tribunales para proceder, en tales circunstancias, a una evaluación objetiva de intereses concurrentes. El Juez Wilkey expresa, a este respecto, serias dudas sobre la medida en la que un Juez puede, por si mismo, apreciar adecuadamente los problemas y prioridades concurrentes de que se trate. [41] En segundo lugar, considera que tal método no permite alcanzar su objetivo, que consiste en asegurar el respeto de la cortesía internacional. En relación con esta última, considera que la eficacia del balance de intereses, como medio destinado a identificar el ejercicio más razonable de la competencia normativa, no ha quedado demostrada. Esta aproximación, manifestó en especial, sólo ha encontrado un punto de anclaje temporal en Derecho interno. [42]

43. Indicando que los Tribunales americanos se niegan a menudo a adoptar este método y que la crítica de la doctrina se ha intensificado al respecto, el Juez Wilkey observó, además, que no se ha demostrado que el balance de intereses constituya una norma de Derecho internacional. [43] Este último no excluye las competencias concurrentes. Cuando dos reivindicaciones de competencia estén justificadas respecto al Derecho internacional, ninguna norma de este Derecho permite descartar una en favor de la otra, debido a que esta última sea «más razonable». [44]

44. Señalemos, por último, que la *Tentative draft of the Restatement* de 1985 enumera ocho criterios que permiten determinar en qué circunstancias el ejercicio de competen-

39 — A. D. Neale y M. L. Stephens, *op. cit.*, p. 177.

40 — 731 F. 2d 909 (DC Cir. 1984). El Juez Wilkey también ha criticado el «judicial balance of interests» en su artículo «American Anti-trust: Adjusting Conflicts with other Legal Systems», *Private Investors Abroad*; Nueva York, Matthew Bender, 1985, citado por A. D. Neale y M. L. Stephens *op. cit.*, p. 179, nota 14.

41 — *Loc. cit.*, p. 78.

42 — *Loc. cit.*, p. 80.

43 — *Loc. cit.*

44 — *Loc cit.*, pp. 83 y 84.

cia debe considerarse como razonable. Entre ellos figuran el carácter sustancial, directo y previsible del efecto, la conformidad de la norma con las tradiciones del sistema internacional, el eventual interés de otros Estados y la probabilidad de conflicto que de ello pueda resultar.

45. Así pues, no me parece, en la práctica, que el balance de intereses que resulta de los criterios formulados en las sentencias Timberlane y Mannington Mills haya permitido extraer una «rule of reason» en materia de competencia. Excepto en un caso, señala un autor americano, ningún Tribunal ha declinado el ejercicio de su competencia a resultas del análisis preconizado en estas sentencias.[45] Por su parte, el profesor Mann considera que el balance de intereses constituye, en Derecho, «una guía mala y engañosa» («bad and misleading guide»).[46] En opinión de este autor, no corresponde a la facultad discrecional del Juez decidir sobre el ejercicio de su competencia. Si, interpretada a la luz del Derecho internacional, una ley es aplicable, el Juez no puede desecharla. Si las normas de Derecho internacional excluyen su aplicación, no corresponde a la facultad discrecional del Juez aplicarla. Por consiguiente, la distinción entre, por una parte, la existencia y, por otra, el ejercicio de una competencia y el reconocimiento de una facultad discrecional que permita no ejercerla, constituye un método erróneo que no debe seguirse.[47]

46. Por sutil y fecundo que sea, vemos cómo el Derecho americano, que proporciona una aproximación clarificadora a nuestro problema, no parece facilitar criterios de competencia precisos y acreditados, que se puedan adoptar pura y simplemente. Corresponde, pues, al Tribunal de Justicia, principalmente con ayuda de la reflexión doctrinal en la materia, definir las circunstancias en las que se puede reivindicar la competencia de la Comunidad para aplicar sus normas sobre el derecho de la competencia a empresas establecidas fuera de su territorio.

IV. Los criterios de competencia propuestos

47. Las dificultades que encontramos en esta materia ilustran claramente que la territorialidad, como factor de conexión, no permite resolver todos los problemas vinculados a las dimensiones y a los caracteres del comercio internacional contemporáneo. Se ha dejado de adoptar en el mundo moderno un principio rígido de territorialidad, tal como ha declarado el profesor Mann.[48] En este mismo sentido, citemos al profesor Prosper Weil:

«Tenemos la imagen de una sociedad internacional formada por alveolos yuxtapuestos, separados por fronteras. El concepto de territorio, que constituye el núcleo central del concepto de territorialidad, ilustra este reparto entre entidades separadas mediante límites físicos y geográficos. Pero resulta evidente [...] que las fronteras no sólo son barreras, que son además puntos de paso y que la vida económica se ríe de este tipo de barreras».[49]

48. Tal afirmación ha conducido a diferentes autores a elaborar diversos criterios en materia de aplicación extraterritorial de las leyes. Así, Sir Robert Jennings considera

45 — J. P. Griffin: «Possible Resolutions of International Disputes over Enforcement of US Anti-trust Laws», 18, *Stanford Journal of International Law*, Issue 2, 1982, citado por A. D. Neale y M. L. Stephens, *op. cit.*, p. 76, nota 14.

46 — F. A. Mann, *The Doctrine of International Jurisdiction Revisited after Twenty Years*, RCADI, 1984 (III), pp. 12 y ss., especialmente pp. 30 y 31.

47 — F. A. Mann, *loc. cit.*, pp. 87 y 88.

48 — *Loc. cit.*, RCADI, 1964, p. 126.

49 — P. Weil: *L'application extraterritoriale du droit économique*, Cahiers de Cedin Montchrestien, 1987, p. 11.

que, en Derecho internacional, un Estado tiene derecho a ejercer una competencia extraterritorial cuando estén en juego sus intereses legítimos, pero que no puede abusar de dicho derecho. Existe un abuso cuando el ejercicio de la competencia extraterritorial constituya una injerencia en el ejercicio de la competencia territorial local.[50] En opinión del profesor Mann, el verdadero problema consiste en identificar lo que llama los «legally relevant facts» («hechos jurídicamente relevantes»)[51] y el Estado cuya relación con éstos puede hacer que la atribución de competencia sea justa y razonable.[52] Preconiza basar la competencia en la «estrecha relación» («closeness of connection») y considera

«that a State has (legislative) jurisdiction, if its contact with a given set of facts is so close, so substantial, so direct, so weighty, that legislation in respect of them is in harmony with international law and its various aspects (including the practice of States, the principles of non-interference and reciprocity and the demands of inter-dependence)».[53]

Asimismo, precisa el profesor Mann que un mero interés político, económico, comercial o social no constituye una «estrecha relación». Tratándose más concretamente del Derecho de la competencia, considera que el efecto, voluntario, previsible y, *a fortiori*, imprevisto, no puede establecer tal relación.[54]

49. Otros autores proponen que se reconozca la competencia del Estado en el que se aprecia el efecto primario («the primary effect»).[55] Para determinar si el efecto es primario o secundario, debe tomarse en consideración un doble factor: si el efecto producido en el Estado es más directo y más sustancial que el registrado en otros Estados. Se considera que este método permite el ejercicio de las competencias por los únicos Estados que tienen al respecto un interés legítimo.[56] Por último, está generalmente admitido que el Derecho internacional no prohíbe las competencias concurrentes. No obstante, señalemos que, en opinión de algunos, la evolución del Derecho internacional consuetudinario hace emerger limitaciones específicas al ejercicio extraterritorial de las competencias estatales. Así, el Derecho internacional prohíbe la aplicación extraterritorial de la ley interna, cuando ésta pueda engendrar obligaciones contradictorias[57] o suscite conflictos de competencia.[58]

50. En nuestra opinión, mediante la adopción del criterio del efecto calificado se recogen, básicamente, diversas preocupaciones. Por no estar en conflicto con ninguna prohibición del Derecho internacional, este criterio se encuentra ampliamente recogido por la práctica de los Estados.[59] Además, por razones objetivas, resulta particularmente apropiado, en vista de la especificidad del Derecho de la competencia.[60] Ésta procede de su carácter de Derecho del mercado, dirigido a proteger el orden público económico.[61] En función de estas conside-

50 — R. Y. Jennings: *Extraterritorial Jurisdiction and the United States Anti-trust Laws*, BYIL, 1957, pp. 146 y ss., especialmente p. 153.

51 — F. A. Mann: *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, RCADI, 1964, pp. 7 y ss., especialmente p. 45.

52 — *Loc. cit.*, p. 44.

53 — «Que un Estado tiene competencia (legislativa) si su conexión con determinado conjunto de hechos es tan estrecha, tan sustancial, tan directa, tan importante, que el hecho de legislar al respecto es conforme con el Derecho internacional y sus diferentes aspectos (inclusive la práctica de los Estados, los principios de no injerencia y reciprocidad y las exigencias de la interdependencia)» (*Loc. cit.*, p. 49).

54 — *Loc. cit.*, p. 104.

55 — Especialmente, M. Akehurst, *loc. cit.*, p. 198.

56 — *Loc. cit.*, p. 201.

57 — P. Julliard: «Application extraterritoriale de la loi économique» *L'application extraterritoriale du droit économique*, ya citada, pp. 13 y ss., especialmente p. 31.

58 — B. Stern, *loc. cit.*, p. 15.

59 — L. Idot: *Le contrôle des pratiques restrictives de concurrence dans les échanges internationaux*, Université de droit, d'économie et des sciences sociales de Paris (Paris II), Tesis, 1981, Ronéo, especialmente pp. 89 y ss.

60 — J. M. Bischoff y R. Kovar, *loc. cit.*, p. 700.

61 — P. Eeckman: *L'application de l'article 85 du traité de Rome aux ententes étrangères à la CEE, mais causant des restrictions à la concurrence à l'intérieur du marché commun*, RCDIP, 1965, pp. 499 y ss., especialmente p. 519.

raciones y de los criterios del Derecho internacional deben definirse los caracteres del efecto cuya localización justifica que se reivindique la competencia normativa respecto a empresas establecidas fuera de la Comunidad.

51. Para algunos, estos efectos deben corresponder a aquéllos que se experimentan cuando el ataque al Derecho de la competencia resulta de un comportamiento que se ha llevado a cabo dentro del territorio del Estado que reivindica su competencia al respecto. [62] Pero, como ya hemos indicado, no es seguro que el concepto de efecto previsto en el artículo 85 del Tratado para establecer la *existencia* de una infracción a las normas sobre la competencia sea idéntico al concepto exigido por el Derecho comunitario, y admitido en Derecho internacional, con el fin de *determinar la competencia* en relación con empresas establecidas en el exterior.

52. En derecho comunitario material, la restricción de la competencia ha de ser «perceptible» [63] o «sensible». [64] El efecto contrario a ésta puede ser directo o indirecto y objetiva o razonablemente previsible. [65] Éstos son los caracteres del efecto considerado como elemento constitutivo del ataque a la libertad de competencia comunitaria.

53. En el caso del efecto considerado como criterio de competencia extraterritorial, no nos parece que deban tenerse en cuenta todas estas características. La principal reserva a este respecto se refiere al efecto indirecto. [66] Recordemos que el Abogado General Sr. Mayras propuso en sus conclusiones sobre las *«materias colorantes»* que se siguiera el criterio del efecto directo e inmediato, razonablemente previsible y sustancial. [67] Nos adherimos a esta solución y, por las razones que él indica, hacemos nuestro su análisis:

«¿No estaría desarmada la Comisión si, ante una práctica concertada respecto a la cual determinadas empresas exteriores al mercado común hubieran tomado la iniciativa y hubieran asumido exclusivamente la responsabilidad, se la privase de la posibilidad de adoptar alguna decisión en contra? Ello supondría, al mismo tiempo, renunciar a una protección del mercado común, necesaria para la realización de objetivos principales de la Comunidad Económica Europea». [68]

54. Los efectos calificados están admitidos, en general, como criterio de competencia. El *Restatement* se refiere al efecto sustancial y previsible. La International Law Association adoptó, en el transcurso de su Conferencia nº 55, celebrada en Nueva York en agosto de 1972, una resolución relativa a los principios del Derecho internacional en materia de prácticas restrictivas. [69] El artículo 5 de este texto establece que un Estado tiene competencia para dictar normas que rijan el comportamiento llevado a cabo fuera de su territorio y que cause efectos dentro de éste siempre que se cumplan tres requisitos: a) el comportamiento y su efecto son elementos constitutivos de un acuerdo colusorio; b) el efecto es sustancial; c) es el resultado directo y perseguido con carácter principal («direct and primarily intended result») del comportamiento exterior de que se trate. Es interesante observar que este texto se prefirió al que había propuesto el Committee on

62 — P. Demaret, *loc. cit.*, p. 33.

63 — J. Mégret, J.-V. Louis, D. Vignes y M. Waelbroeck, *Le droit de la Communauté économique européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, 1972, volumen 4, «Concurrence», p. 20.

64 — *Loc. cit.*, p. 21.

65 — B. Goldman y A. Lyon-Caen: *Droit commercial européen*, Dalloz, cuarta edición, p. 551.

66 — J. M. Bischoff y R. Kovar, *loc. cit.*, especialmente pp. 706 y ss.

67 — Rec. 1972, pp. 699 y 700.

68 — *Loc. cit.*, p. 702.

69 — The International Law Association: *Report of the 55th Conference held at New York, August 21st to August 26th*, 1972, p. 138.

the Extraterritorial Application of Restrictive Trade Practices, según el cual, el Derecho internacional no autoriza a un Estado a reivindicar el ejercicio de la competencia normativa extraterritorial por el mero hecho de que los efectos o repercusiones de un comportamiento que tuvo lugar en el extranjero se hagan sentir en su territorio.[70] Así, en este ámbito académico, la propuesta a favor de rechazar la teoría de los efectos ha sido descartada en beneficio de una resolución favorable a la adopción del criterio del efecto calificado.

55. Es cierto que, en sus observaciones, el Gobierno del Reino Unido, aludiendo al memorando que dirigió a la Comisión el 20 de octubre de 1969 en relación con la sentencia *«materias colorantes»*, sostuvo que sólo la base territorial podía justificar la competencia comunitaria en los presentes asuntos. Asimismo considera que la jurisprudencia *«materias colorantes»* debe aplicarse, no sólo a las filiales, sino también a otros establecimientos intermediarios, situados en la Comunidad, cuyo comportamiento dentro de ésta haya producido en ella efectos anticompetitivos. En opinión del Gobierno británico, no se trata entonces sino de la competencia territorial.

56. Por todas las razones expuestas anteriormente, no creemos que sea conveniente proponer esta vía al Tribunal de Justicia. Por lo demás, las demandantes niegan que exista una conexión territorial con la Comunidad que permita a ésta asumir la competencia al respecto. En opinión de las demandantes, cualquier comportamiento que se les pueda atribuir se ha producido fuera de la Comunidad. Agregan que sus diversos representantes actuaron independientemente y no se les puede imputar ninguna actividad de estos últimos. Pero, sea como fuere, nos parece inútil abordar la discusión sobre la naturaleza de las relaciones jurídicas entre las sociedades demandantes y sus diversos establecimientos dentro de la Comunidad.

57. Ya hemos visto cómo no existe ninguna norma de Derecho internacional que se pueda invocar en contra del efecto directo, sustancial y previsible. Tampoco se le puede oponer el concepto de cortesía internacional, de contornos imprecisos.[71]

58. Al no haber tal prohibición y existiendo una práctica estatal tan extendida, debido a lo apropiado que resulta en el ámbito de la competencia, proponemos, pues, al Tribunal de Justicia que lo adopte como criterio de competencia comunitario.

59. Quedan por examinar dos problemas particulares relativos, respectivamente, a la situación de la KEA y a la incidencia, respecto a las demandantes finlandesas, del Acuerdo de Libre Cambio celebrado entre su país y la Comunidad.

V. La situación de la KEA

60. La KEA es la asociación de empresas americanas a la que la Comisión imputa, básicamente, haber emitido recomendaciones sobre los precios, que sus miembros siguieron y que contribuyeron a hacer el mercado transparente, favoreciendo así, la concertación con otros productores ajenos a la asociación. De manera general, esta asociación

70 — *Loc. cit.*, p. 175.

71 — Sobre el concepto de cortesía internacional, véase L. Oppenheim: *International Law*, octava ed. Lauterpacht, Longmans, Green and Co., vol. 1, pp. 33 y ss; E. Nys: *Le droit international*, segunda ed., 1904, tomo 1, pp. 201 y ss; H. E. Ynteman, «The Comity Doctrine», *Michigan Law Review*, 1966-1967, vol. 65, p. 1.

constituyó el marco en que se llevó a cabo la concertación entre los productores afectados.

61. En el supuesto de que se cumpla, el criterio que proponemos al Tribunal de Justicia permite justificar en principio la competencia de la Comunidad, aun cuando la KEA no dispone en ésta de sucursales, filiales o agencias, de forma diferente al criterio de conexión territorial, que, en opinión del Reino Unido, permite exclusivamente basar el ejercicio de la jurisdicción comunitaria.

62. El carácter de las actividades de la KEA, que no se dedicó, ella misma, al comercio en la Comunidad, no nos parece, además, que constituya un obstáculo a la aplicabilidad del Derecho comunitario. En efecto, el hecho de que una asociación de empresas no participe, como tal, en la vida económica, no impide que se le apliquen las normas de competencia. Recordemos, al respecto, la generalidad de la redacción de la sentencia Van Landewyck en la que, sobre las críticas a la aplicabilidad del apartado 1 del artículo 85 a una recomendación, en la medida en que emanaba de una asociación sin fines de lucro, el Tribunal de Justicia indicó:

«Por una parte, como resulta del artículo 8 de los Estatutos de Fedetab, las decisiones adoptadas por ésta son obligatorias para sus miembros. Por otra parte, el apartado 1 del artículo 85 se aplica también a las asociaciones, en la medida en que *su actividad propia* o *la de las empresas que se adhieran a ellas* tienda a *producir los efectos que tal disposición pretende reprimir.* Dado que varios fabricantes han declarado expresamente que se ajustaron a lo dispuesto en la recomendación, no se puede sustraer ésta al artículo 85 del Tratado, por el mero hecho de que haya sido emitida por una asociación sin fines de lucro» *(traducción provisional).* [72]

63. Es cierto que, en este caso, los Estatutos de la KEA prevén que sus miembros son, en principio, libres de separarse del precio recomendado. Pero la Comisión alega que la existencia de un procedimiento que debería ponerse en práctica en el seno de la asociación en el caso de que algún miembro no practicase los precios así determinados, se concilia difícilmente con este carácter facultativo. Sostiene, además, que las recomendaciones se respetaron en 1975 y 1976. Debe observarse aquí que el Tribunal de Justicia admite la aplicación del artículo 85 a una recomendación de una asociación de empresas que se califica de no obligatoria, en la medida en que de las circunstancias del supuesto se desprenda que, sea cual fuere el «estatuto jurídico exacto», constituye «la expresión fiel de la voluntad de la parte demandante de coordinar el comportamiento de sus miembros». [73] Claramente se trata de un examen sobre el fondo del asunto, pero, en cualquier caso, el Tribunal de Justicia no puede descartar el *principio* de la aplicación del artículo 85 a la asociación de que se trata.

64. Precisemos, por último, que parece prematuro examinar el motivo de nulidad basado en que la Decisión impugnada indica que todos sus destinatarios exportan directamente a la Comunidad o que practican en ésta su comercio, no siendo éste el caso de la KEA. Propiamente, no constituye un problema de competencia, sino de motivación, que deberá apreciarse en una fase ulterior del procedimiento.

65. La KEA fue constituida conforme a la Webb Pomerene Act. Sabemos que esta Ley

72 — Asunto 209/78, sentencia de 29 de octubre de 1980, Rec. 1980, p. 3125, el subrayado es nuestro. Análoga solución en el asunto 96/82, NVIAZ, sentencia de 8 de noviembre de 1983, Rec. 1983, p. 3369.

73 — Asunto 45/85, VDS, sentencia de 27 de enero de 1987, Rec. 1987, p. 405, apartado 32.

recoge una excepción a la legislación americana en materia de competencia, al autorizar las asociaciones para la exportación. Sin embargo, no creemos que tal Ley pueda poner en duda la competencia normativa de la Comisión, en la medida en que en ningún caso impone a las empresas correspondientes que practiquen acuerdos restrictivos para la exportación.

66. A este respecto, el profesor Turner, en el documento presentado en la fase oral[74] por las propias demandantes, recuerda, conforme a las normas generalmente admitidas en Derecho internacional, que es preciso distinguir entre autorización y obligación: «Existing international law draws a line between sovereign compulsion and mere permission» («El Derecho internacional actual establece una distinción entre coacción estatal y mera tolerancia»).

67. Por otra parte, aun cuando el autor indica que una autorización específica y oficial de un acuerdo para la exportación constituye un requisito decisivo para su inmunidad frente al ejercicio de una competencia represiva extranjera, subrayemos que, en último extremo, sostiene el punto de vista según el cual:

«it seems reasonable to conclude that mere permission or even specific authorization for participation in an international cartel should not suffice to immunize the cartel from anti-trust attack by countries whose interests are substantially affected» («Parece razonable concluir que la mera tolerancia o incluso la autorización específica para participar en una práctica colusoria internacional no deberían bastar para conferir a tal práctica la inmunidad frente a acciones de represión de las mismas por parte del país cuyos intereses resultan afectados sustancialmente»).

VI. El Acuerdo de Libre Cambio y la aplicación del artículo 85 del Tratado CEE

68. Las demandantes finlandesas impugnan más específicamente la competencia de la Comisión para aplicar el artículo 85 del Tratado CEE, habida cuenta de las disposiciones del Acuerdo de Libre Cambio celebrado entre Finlandia y la Comunidad.[75] Este texto, que prevé las normas particulares para las restricciones de la competencia que afecten a los intercambios de mercancías entre las partes contratantes, tiene «primacía» sobre el Derecho comunitario de la competencia. Por tanto, la Comisión sólo podría haber recurrido al procedimiento previsto en el artículo 27 del Acuerdo, es decir, debería haber sometido el caso al Comité mixto.

69. Por lo que sabemos, es la primera vez que se plantea ante el Tribunal de Justicia esta tesis de la primacía del Acuerdo de Libre Cambio. En efecto, en ninguno de los dos recursos interpuestos por empresas originarias de Estados signatarios de Acuerdos de Libre Cambio, contra decisiones que les sancionaban en virtud del Derecho comunitario de la competencia, se impugnó que la Comunidad fuera competente al respecto.[76] Además, los numerosos supuestos en los que la Comisión ha aplicado los artículos 85 o 86 a tales empresas no han dado lugar a recursos en los que se pusiera en tela de juicio la aplicabilidad de estos textos.

70. En primer lugar, subrayemos que el artículo 23 afecta a las prácticas restrictivas de

74 — «Application of Competition Laws to Foreign Conduct: Appropiate Resolution of Jurisdictionnal Issues», Conferencia del Fordham Corporate Law Institue, del 3 al 4 de octubre de 1985.

75 — Acuerdo de 5 de octubre de 1973 (DO L 328 de 28.11.1973, p. 17; EE 11/04, p. 151).

76 — Asuntos 85/76, Hoffmann-La Roche, sentencia de 13 de febrero de 1979, Rec. 1979, p. 461, y 22/78, Hugin, sentencia de 31 de mayo de 1979, Rec. 1979, p. 1869.

la competencia, en la medida en que puedan afectar a los intercambios entre Finlandia y la Comunidad. Este texto se distingue, pues, en cuanto a su objeto, de las disposiciones en materia de competencia propias de cada parte contratante, como, en este caso, el artículo 85 del Tratado CEE, que se refiere a los acuerdos que afectan a la competencia dentro del mercado común.

71. Así pues, la circunstancia de que determinadas prácticas restrictivas de la competencia contravengan simultáneamente las disposiciones del acuerdo y las normas propias, ¿puede descartar la aplicación de estas últimas, en beneficio exclusivo del procedimiento previsto en el artículo 27 del Acuerdo? Ya sea de manera explícita,[77] o implícitamente,[78] la doctrina que se ha ocupado de esta cuestión no pone en duda la aplicación del artículo 85 a empresas originarias de países signatarios de Acuerdos de Libre Cambio, en la medida en que el comercio intracomunitario resulte afectado.

72. La tesis de las demandantes entrañaría una limitación muy significativa de las prerrogativas de los contratantes, quienes precisarían una disposición perfectamente clara o, al menos, debería poder deducirse de la intención evidente de las partes del Acuerdo. Ahora bien, los términos de este último no suministran ninguna indicación en este sentido. Por lo demás, semejante interpretación no se podría apoyar en el «respeto del mantenimiento del poder autónomo de decisión» de las partes contratantes, previsto en el preámbulo.

73. Por último, las demandantes sostienen que el concepto de afectación de los intercambios entre la Comunidad y Finlandia desempeña, para delimitar la aplicación del Acuerdo y la del Tratado CEE, un papel idéntico al de la cláusula interestatal del artículo 85, en relación con el Derecho comunitario y el Derecho de los Estados miembros. Nos parece que se puede impugnar este paralelismo, en la medida en que asimila las relaciones basadas en el Tratado CEE y en el Acuerdo, respectivamente. Debemos evocar aquí la sentencia Polydor,[79] en la que el Tribunal de Justicia indicó, respecto al Acuerdo de Libre Cambio celebrado con Portugal que:

«sus disposiciones [...] no tienen la misma finalidad que el Tratado CEE, en la medida en que éste tiene por objeto [...] la formación de un mercado único en el que se creen unas condiciones lo más semejantes posible a las de un mercado interior» *(traducción provisional).*

74. La aparente lógica del razonamiento que se propone al Tribunal de Justicia ignora esta diferencia de objetivos. No se puede equiparar el carácter de las relaciones entre las disposiciones del Acuerdo de Libre Cambio y el Tratado CEE con el de las que se establecen entre éste y los Derechos nacionales de los Estados miembros. Observemos, además, que el argumento de la demandante no tiene en cuenta que, en todo caso, la aplicación simultánea y cumulativa del Derecho comunitario y del Derecho nacional a un mismo acuerdo no está, en absoluto, excluida. La sentencia Walt Wilhelm[80] formuló esta solución en términos particularmente claros, indicando:

77 — Véase, especialmente, Roth: «Die Wettbewerbsregeln in den Freihandelsabkommen der EWG», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, p. 423; John Temple Lange: «European Community Anti-dumping and Competition Laws, Their Actual and Potential Application to EFTA Countries», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, 3/87, p. 590.

78 — H. Schröter (en *Kommentar zum EWG-Vertrag-Groeben*, Boeckl, Thiesing, Ehlermann, vol. 1, p. 919), considera que si la cuestión práctica del efecto directo de las normas sobre competencia de los Acuerdos de Libre Cambio aún no se había planteado entonces, ello se explica «por el hecho de que una gran parte de las prácticas que son incompatibles con el funcionamiento correcto de los Acuerdos de Libre Cambio caen también dentro del ámbito de aplicación del artículo 85 del Tratado CEE». Véase, asimismo, Hirsch (en *L'accord entre la Suisse et la CEE confère-t-il des droits aux particuliers?*, CDE, 1974, p. 194), quien expresa exactamente la misma idea desde el punto de vista de la aplicación de las disposiciones helvéticas en materia de prácticas colusorias.

79 — Asunto 270/80, sentencia de 9 de febrero de 1982, Rec. 1982, p. 329.

80 — Asunto 14/68, sentencia de 13 de febrero de 1969, Rec. 1969, p. 1.

«[...] considerando que el Derecho comunitario y el Derecho nacional en materia de prácticas colusorias consideran éstas desde diferentes puntos de vista; que, en efecto, mientras que el artículo 85 las contempla en la medida en que puedan obstaculizar el comercio entre los Estados miembros, las legislaciones internas, inspiradas por consideraciones propias de cada una de ellas, consideran las prácticas colusorias únicamente en ese contexto; [...]» *(traducción provisional).*

Asimismo, el Tribunal de Justicia afirmó que, si:

«la distinción entre los aspectos comunitarios y nacionales no puede servir, en todos los casos, de criterio determinante para delimitar las competencias [...], no obstante, implica que un mismo acuerdo puede, en principio, dar lugar a dos procedimientos paralelos, uno ante las autoridades comunitarias conforme al artículo 85 del Tratado CEE, y el otro, ante las autoridades nacionales de acuerdo con el Derecho interno» *(traducción provisional).*

Observemos, desde ahora, que si el propio principio de la analogía sugerida por las demandantes, parece discutible, además, tal analogía conduce a contradecir la tesis que pretende que se adopte. Así pues, no puede admitirse la aplicación exclusiva del Acuerdo de Libre Cambio.

75. Por el contrario, frente a acuerdos que afecten, tanto a los intercambios intracomunitarios, como al comercio entre Finlandia y la Comunidad, ¿se podría considerar que, antes de cualquier aplicación del artículo 85, existe la obligación de recurrir al procedimiento del Comité mixto? Nos parece extremadamente dudoso que, de los términos de la letra a) del apartado 3 del artículo 27, se pueda inferir una obligación de esta naturaleza a cargo de las partes contratantes. La expresión «cada parte contratante *podrá* someter el caso al Comité mixto» incita a analizar este procedimiento como una facultad.[81] Si se compara esta formulación con las que figuran en la letra b): «en lo que se refiere al artículo 24, las dificultades que se deriven de la situación mencionada en dicho artículo *se notificarán* para su examen al Comité mixto»; y, sobre todo, en la letra c): «en lo referente al artículo 25 [supuestos de dumping], *se celebrará* una consulta en el seno del Comité mixto *antes* de que la parte contratante interesada tome las medidas pertinentes». No se pueden considerar neutras estas claras diferencias de terminología.

76. Pero, en todo caso, las demandantes ¿tienen derecho a reprochar a la Comisión que no haya sometido el caso al Comité mixto con el fin de buscar una solución negociada, debido a que semejante actitud contradice, tanto los artículos 23 y 27 del Acuerdo de Libre Cambio, como el carácter particular de las relaciones entre Finlandia y la Comunidad, que la Declaración anexa al Acuerdo pone de relieve?

77. Para descartar esta argumentación, basta, a este respecto, con recordar lo declarado por el Tribunal de Justicia en la sentencia Adams:[82]

«una decisión de someter o no someter el caso al Comité mixto [...] sólo puede adoptarse teniendo en cuenta los intereses generales de la Comunidad, tras haber efectuado una apreciación esencialmente política, contra la que un particular no se puede dirigir en justicia» *(traducción provisional).*

78. Observemos, *in fine*, que no se ha rebatido el hecho de que, en el marco de la Re-

81 — March Hunnings: «A mere permissive provision», *Enforceability of the EEC-EFTA Free Trade Agreements*, 2 EL Rev., 1977, p. 63.

82 — Asunto 53/84, sentencia de 7 de noviembre de 1985, Rec. 1985, p. 3595.

comendación de la OCDE de 1979, sobre las prácticas restrictivas de la competencia, se consultó a la República de Finlandia, si bien las demandantes sostienen que tal consulta versó únicamente sobre el tenor de la Decisión, que ya había sido adoptada. Debe observarse que el Estado contratante no juzgó útil provocar una reunión del Comité mixto, tal como le autoriza el párrafo 2 del apartado 2 del Acuerdo.

79. Por último, las demandantes alegan que se trata sólo de los efectos de «una concertación de sus precios con los de las demás partes del procedimiento», concertación que «como mucho, ha podido afectar a los intercambios de mercancías entre la Comunidad y Finlandia» y cuyos «eventuales efectos indirectos sobre los intercambios de mercancías intracomunitarios» no bastan para que se justifique la aplicación de las prohibiciones del Tratado CEE. Por su parte, la Comisión sostiene que intentó sancionar una concertación mundial que afectó al comercio intracomunitario, en la cual participaron las demandantes finlandesas, no sólo entre ellas, sino también con otros productores.

80. El examen de la existencia y de la intensidad de la afectación de los intercambios intracomunitarios supone llevar a cabo un análisis de fondo, al que el Tribunal de Justicia procederá en una fase ulterior.

81. A la vista de estas observaciones, consideramos, pues, que la Comisión, en la Decisión impugnada, indicó de manera acertada que el Acuerdo de Libre Cambio no contiene disposición alguna que le impida aplicar directamente el apartado 1 del artículo 85, cuando el comercio entre los Estados miembros resulte afectado.

82. Por lo tanto, sugerimos al Tribunal de Justicia que desestime:

— Por una parte, el motivo propuesto por las demandantes contra la Decisión impugnada, en la medida en que pone en duda el criterio de los efectos como fundamento de ésta. Para determinar si la Comisión estaba facultada para ejercer su competencia frente a las demandantes, corresponderá ulteriormente al Tribunal de Justicia investigar si los efectos del comportamiento alegado por la Comisión fueron sustanciales, directos y previsibles.

— Por otra parte, el motivo según el cual el Acuerdo de Libre Cambio celebrado por la Comunidad con la República de Finlandia es contrario a la aplicación de lo dispuesto en el artículo 85 a las demandantes finlandesas.