

INFORME PARA LA VISTA

presentado en el asunto 249/85 *

I. Hechos

El mercado comunitario de la leche y de los productos lácteos se caracteriza desde hace años por un excedente de producción. Las existencias de mantequilla de almacenamiento público han alcanzado desde 1984 el millón de toneladas. Las medidas adoptadas por la Comisión para restablecer el equilibrio en dicho mercado tienen como objetivo la reducción de la producción así como el aumento del consumo de los productos de referencia.

A este segundo tipo de medidas pertenece una Decisión dirigida por la Comisión, el 25 de febrero de 1985, a la República Federal de Alemania sobre las medidas a tomar para la promoción de la venta de mantequilla en el mercado de Berlín (Oeste).

Dicha Decisión fue adoptada sobre la base del artículo 4 del Reglamento nº 1079/77 del Consejo, de 17 de mayo de 1977, relativo a una tasa de corresponsabilidad y a determinadas medidas destinadas a ampliar los mercados en el sector de la leche y de los productos lácteos (DO L 131, p. 6; EE 03/12, p. 148), que dispone que:

«1. Se adoptarán medidas que favorezcan la ampliación de los mercados de productos lácteos, de acuerdo con el procedimiento contemplado en el artículo 6.

2. Las medidas contempladas en el apartado 1 se referirán a:

— la ampliación de los mercados en el interior de la Comunidad,

— la ampliación de los mercados en el exterior de la Comunidad,

— la búsqueda de nuevas salidas y de productos mejorados.»

Las medidas que debían adoptarse en cumplimiento de la Decisión eran las siguientes. Durante un período de dos meses y medio, previsto desde el 15 de abril al 30 de junio de 1985, empresas mercantiles con las que el organismo de intervención de la República Federal de Alemania (Bundesanstalt für landwirtschaftliche Marktordeung, en lo sucesivo, el «BALM») hubiese concluido a tal efecto contratos de Derecho privado, debían poner gratuitamente a disposición de los consumidores, en el mercado de Berlín (Oeste), una cantidad de 900 toneladas de mantequilla procedente de almacenamiento público. Dicha mantequilla, exclusivamente destinada al consumo directo, debía acondicionarse en paquetes de un peso neto de 250 gramos que llevasen la indicación «mantequilla CEE gratuita». La comercialización debía hacerse en un embalaje único que contuviera un paquete de esta mantequilla y un paquete de mantequilla de mercado del mismo peso neto, no pudiendo sobrepasar el precio de ambos paquetes, conjuntamente vendidos, el precio de 250 gramos de mantequilla de mercado que prevaleciera durante el período de comercialización.

Un Instituto de Investigación independiente debía llevar a cabo un estudio en profundidad a todos los niveles, incluido el del consumo, midiendo el coste marginal y la eficacia de la medida, y debía presentar a la Comisión un informe circunstanciado antes del 1 de septiembre de 1985.

* Lengua de procedimiento: alemán.

Albako, productora de margarina establecida en Berlín, se esforzó en impedir el desarrollo de la operación controvertida invocando la normativa alemana sobre competencia desleal.

A tal efecto, Albako interpuso en marzo de 1985 ante el Landgericht de Frankfurt am Main una demanda de medidas provisionales. En su resolución de 11 de marzo de 1985, dicho órgano jurisdiccional se estimó competente, al haber recurrido el BALM a medios de Derecho privado para ejecutar las obligaciones impuestas por la Decisión de la Comisión. Sin embargo, desestimó la demanda por no estar fundamentada, ya que el BALM, al no actuar con una finalidad competitiva, no podía infringir la normativa alemana sobre competencia desleal.

El Oberlandesgericht de Frankfurt am Main, ante el que Albako había recurrido en apelación, declaró el 28 de marzo de 1985 que la demanda no estaba fundamentada por otros motivos. Ciertamente que la acción controvertida infringía en varios puntos la normativa alemana sobre competencia desleal. Pero la aplicación de ésta debía descartarse por razón de la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional.

Habiendo tenido lugar mientras tanto la operación, Albako interpuso seguidamente ante el Landgericht de Frankfurt am Main un recurso sobre el fondo para lograr que se prohibiera al BALM en el futuro la venta gratuita de mantequilla de acuerdo con las modalidades impugnadas.

El Landgericht consideró que una operación como la prescrita por la Decisión de la Comisión de 25 de febrero de 1985 era contraria en varios puntos a la normativa sobre competencia desleal.

La operación infringe, en primer lugar, el artículo 1 de la Ley contra la competencia desleal («Gesetz gegen den unlauteren

Wettbewerb»), de 7 de junio de 1909 (en la versión modificada de 21 de julio de 1965, BGBl. I, p. 625), ya que, según la jurisprudencia del Bundesgerichtshof, una acción de este tipo provoca una obstrucción del mercado y paraliza la competencia basada en la calidad de las prestaciones. Además, la oferta gratuita de un paquete de mantequilla de intervención en la compra de un paquete de mantequilla fresca genera una publicidad excesiva para la mantequilla e impide que el cliente lleve a cabo un examen crítico.

La operación también infringe, en segundo lugar, los artículos 1 y 2 del Reglamento sobre ventas con primas («Zugabeverordnung») de 9 de marzo de 1932 (en la versión modificada de 15 de noviembre de 1955, BGBl. I, p. 719). La oferta gratuita del paquete de mantequilla de intervención contenido en el embalaje único constituye una prima en el sentido de dicha legislación. Esta prima sólo es lícita cuando ambos paquetes de mantequilla contenidos en el embalaje único pueden considerarse «productos idénticos». Lo que no es aquí el caso ya que la mantequilla de intervención y la mantequilla fresca no ofrecen las mismas posibilidades de almacenamiento. De todas formas, en el caso de autos la prima es ilícita por razón de la indicación expresa «mantequilla CEE gratuita» que figura en el paquete de mantequilla de intervención, al estar prohibida en todo caso tal mención por el Reglamento sobre ventas con primas.

A juicio del Landgericht, el BALM no puede, por consiguiente, eludir una condena más que si la decisión en virtud de la cual ha actuado prevalece sobre la normativa alemana sobre competencia desleal. De la jurisprudencia del Tribunal de Justicia se desprende, sin embargo, que el Derecho comunitario no tiene primacía sobre el Derecho nacional más que cuando produce efectos directos a favor de los particulares. Al no haber precisado aún claramente la jurisprudencia bajo qué condiciones es directamente

aplicable una decisión de la Comisión, el órgano jurisdiccional nacional no se cree en disposición de resolver si la decisión en cuestión produce efectos directos y por consiguiente prevalece sobre la normativa alemana sobre competencia desleal.

Considerando que se planteaba, por consiguiente, un problema de interpretación del párrafo 4 del artículo 189 del Tratado CEE, el Landgericht de Frankfurt am Main decidió, mediante una resolución de 7 de agosto de 1985, suspender el pronunciamiento y someter al Tribunal de Justicia, en aplicación del artículo 177 del Tratado, la siguiente cuestión:

«¿Debe interpretarse el párrafo 4 del artículo 189 del Tratado CEE en el sentido de que una decisión de la Comisión de las Comunidades Europeas, que tiene por objeto medidas como las impuestas por la Decisión de 25 de febrero de 1985, relativa a medidas de promoción de la venta de mantequilla en el mercado de Berlín (Oeste), puede ser un obstáculo para que un órgano jurisdiccional de la República Federal de Alemania prohíba que una persona (que —sin ser destinataria directa de la decisión— actúa en ejecución de la misma), se comporte de manera contraria a las leyes alemanas contra la competencia desleal?»

La resolución del Landgericht de Frankfurt am Main fue inscrita en la Secretaría del Tribunal de Justicia el 12 de agosto de 1985.

Conforme al artículo 20 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia, la Comisión de las Comunidades Europeas, representada por su Consejero Jurídico el Sr. Peter Karpenstein, presentó observaciones escritas el 30 de octubre de 1985, y el 6 de noviembre de 1985 lo hizo la parte demandante en el asunto principal, representada por el Sr. Pünder y socios, Abogados de Frankfurt am Main, y por el Sr. Gündisch, Abogado de Hamburgo.

Visto el informe del Juez Ponente y oído el Abogado General, el Tribunal decidió iniciar la fase oral sin previo recibimiento a prueba.

II. Observaciones escritas presentadas ante el Tribunal de Justicia

A. *¿Es contraria la operación impugnada a la normativa alemana sobre competencia desleal?*

1) *Albako*

A juicio de Albako, deben considerarse probadas en el presente procedimiento prejudicial las violaciones de la normativa alemana sobre competencia desleal que se desprende de la resolución remitidora.

Por consiguiente, poco importa que las disposiciones infringidas constituyan particularidades del Derecho alemán, como afirmaba la Comisión en el marco del recurso de anulación interpuesto por otros fabricantes de margarina contra la Decisión de 25 de febrero de 1985 (97/85). Por lo demás, dicha afirmación no es correcta: la prohibición de ventas con primas existe en el Derecho positivo de varios Estados miembros; por otra parte, las disposiciones alemanas infringidas se inspiran en principios jurídicos consagrados en distintas ocasiones por el Tribunal de Justicia (protección de los consumidores, lealtad de las transacciones comerciales) y en consecuencia no pueden ser consideradas como meras particularidades locales.

2) *La Comisión*

La Comisión cuestiona las violaciones de la normativa alemana sobre competencia desleal puestas de manifiesto en la resolución remitidora.

En cuanto a los hechos, la Comisión precisa que la operación no consiste en una distribución gratuita de mantequilla, sino en una

venta a precio reducido: los dos paquetes de mantequilla contenidos en el embalaje único se venden cada uno de ellos a mitad de precio, no teniendo la indicación «mantequilla CEE gratuita» inscrita sobre el paquete de mantequilla de intervención más que una función publicitaria.

En segundo lugar, la propia aplicabilidad de la normativa sobre competencia desleal a la operación controvertida es dudosa.

El objetivo de la operación no era en absoluto el de vender unos excedentes de mantequilla de intervención, ni el de eliminar a la margarina del mercado, sino más bien el de permitir el estudio del comportamiento de los consumidores en el caso de una reducción importante del precio de la mantequilla durante un período de tiempo prolongado. La Comisión recuerda, por otra parte, que en el marco del procedimiento sobre medidas provisionales, el Landgericht de Frankfurt am Main dictó, el 11 de marzo de 1985, una sentencia de acuerdo con la que la operación en cuestión no estaba sometida a la normativa alemana sobre competencia desleal. El Landgericht modificó su apreciación tras la reforma de su sentencia por el Oberlandesgericht.

La Comisión expone que, en cualquier caso, el Landgericht se equivoca cuando sobre la base de que los dos paquetes de mantequilla no constituyen «productos idénticos», considera que ha habido una infracción del artículo 1 del Reglamento sobre ventas con primas. Por una parte, la Decisión de 25 de febrero de 1985 no prevé en modo alguno que el paquete de mantequilla de mercado contenido en el embalaje único deba ser de mantequilla fresca. Dicho paquete puede contener, por consiguiente, mantequilla almacenada desde hace cierto tiempo antes de ser comercializada en el marco de la operación en cuestión. Por otra parte, la mante-

quilla sacada de las existencias alemanas de intervención debe responder a los más elevados criterios de calidad para que pueda distribuirse en el marco de la operación controvertida.

Finalmente, la Comisión defiende la idea de que las disposiciones de la normativa alemana sobre competencia desleal pretendidamente infringidas son normas completamente peculiares del Derecho alemán. Las eventuales infracciones a dichas normas no constituyen, en todo caso, una violación de un principio general que el Derecho comunitario tenga que respetar.

B. ¿Tiene la Decisión de 25 de febrero de 1985 por efecto la exclusión de la normativa alemana sobre competencia desleal?

1) Albako

a) La Decisión de 25 de febrero de 1985 no es válida por falta de base de autorización pertinente

A juicio de Albako, se impone una respuesta negativa a la cuestión prejudicial por el simple hecho de que la Decisión de 25 de febrero de 1985 no es válida en el ordenamiento jurídico comunitario, dado que carece de una base de autorización pertinente. Por lo tanto, queda excluido en todo caso que pueda eliminar la normativa alemana sobre la competencia desleal.

Albako recuerda que las demandantes en el asunto principal, en el marco de otro procedimiento prejudicial suscitado por la Decisión (asuntos acumulados 133 a 136/85), han expuesto por qué la medida impuesta por la Comisión no contribuye ni a la ampliación del mercado de la mantequilla en el interior de la Comunidad, ni a la búsqueda de nuevos mercados. Se remite a dichos argumentos y alega, por lo que se refiere a la búsqueda de nuevos mercados, los siguientes argumentos complementarios.

De los estudios realizados en cumplimiento del artículo 7 de la Decisión se desprende que el mercado de Berlín (Oeste) presenta ciertas características atípicas que le hacen inadecuado para servir de mercado-test (estructura de edad de la población, organización del comercio detallista, compras de mantequilla destinadas a los habitantes de Berlín (Este)). Además, el carácter restringido de la cantidad de mantequilla ofrecida incitaba a compras de reserva, lo que creó una distorsión del fenómeno que se trataba de delimitar (aumento del consumo de mantequilla en caso de reducción del precio de la misma). A juicio de Albako, podía haberse procedido a dichas comprobaciones antes del desarrollo de la operación. En todo caso, de ello se desprende que dicha operación no estaba en condiciones de contribuir a la búsqueda de nuevos mercados y que, en consecuencia, no podía acudir como base de autorización al Reglamento n° 1079/77 del Consejo, de 17 de mayo de 1977.

Al no ser válida por falta de base de autorización, la Decisión de 25 de febrero de 1985 no podía constituir un obstáculo para que se prohibiera a una persona que actuase en cumplimiento de dicha Decisión, que se comportara de una manera contraria a la normativa alemana sobre competencia desleal.

b) Falta de efecto directo de la Decisión de 25 de febrero de 1985

Albako considera que la cuestión del efecto directo de la Decisión se plantea aquí en circunstancias por completo diferentes de las que hicieron que, en las llamadas sentencias sobre «Leberpfennig» (sentencia de 6 de octubre de 1970, Grad, 9/70, Rec. 1970, p. 825; sentencia de 21 de octubre de 1970, Lesage, 20/70, Rec. 1970, p. 861); sentencia de 21 de octubre de 1970, Haselhorst, 23/70, Rec. 1970, p. 881) se reconociera efecto directo a una decisión. Esta jurisprudencia se refiere al caso de que una directiva, complementada por una decisión, im-

ponga a un Estado miembro la obligación de modificar su Derecho nacional en un determinado sentido y de que el Estado miembro no cumpla dicha obligación.

En dicho supuesto, Albako estima que el efecto de la decisión de cara a un tercero consiste únicamente en que éste puede solicitar al órgano jurisdiccional nacional ante el que pleitea contra una autoridad estatal que no aplique una disposición nacional que le es desfavorable y que debería haber sido modificada en el sentido prescrito por la directiva en cuestión.

Según Albako, la Comisión no ha querido obligar con su Decisión a la República Federal de Alemania a excluir la aplicación de la normativa alemana sobre competencia desleal durante el período de duración de la operación. Lo que se desprende de los siguientes elementos.

En primer lugar, la Decisión de 25 de febrero de 1985 no especifica en ninguna de sus disposiciones que convierte en inaplicables las disposiciones de la normativa alemana sobre competencia desleal ni que la República Federal de Alemania deba declararlas inaplicables.

A continuación, cabe pensar que la Comisión ni siquiera ha sido consciente, al adoptar la Decisión, de que la aplicación de la misma sería contraria a la normativa alemana sobre competencia desleal. En efecto, la Comisión mantuvo ante diversos órganos jurisdiccionales que la Decisión no constituía una acción con finalidad competitiva y que, en consecuencia, no le era aplicable la normativa alemana sobre competencia desleal.

Finalmente, la Comisión no procedió a la publicación de la Decisión de 25 de febrero de 1985, siendo así que el principio de la seguridad jurídica habría obligado a dicha publicación si la Decisión hubiese estado dirigida a descartar la normativa alemana sobre

competencia desleal en relación con el desarrollo de la operación.

En el caso de que el Tribunal de Justicia estimara, no obstante, que la Decisión estaba dirigida a excluir temporalmente la aplicación de la normativa alemana sobre competencia desleal, Albako subraya que habría entonces que concluir que la Decisión es nula por vicio de forma. Una norma destinada a producir un efecto general y llamada a afectar a un número indeterminado de personas debe adoptarse, para que sea válida, bajo la forma de un Reglamento.

Albako resalta dos diferencias más con la situación que dio lugar a las sentencias sobre el *Leberpfennig*.

En el caso de dichas sentencias, las disposiciones jurídico-nacionales afectadas debían ser derogadas y sustituidas en todos los Estados miembros por una normativa armonizada, mientras que en el presente asunto únicamente quedaría en suspenso la normativa alemana sobre competencia desleal, y ello únicamente durante un período limitado, en una determinada parte de su ámbito de aplicación y en relación con productos particularizados.

Por otra parte, el conflicto que originó las sentencias *Leberpfennig* se planteaba entre una norma comunitaria y una norma nacional relativas a un mismo dominio jurídico, mientras que en el caso de autos el conflicto se plantea entre una decisión referida a la organización de los mercados agrícolas y las normas sobre la competencia de un Estado miembro, normativa que no ha sido armonizada y que, en consecuencia, sigue siendo competencia del Estado miembro.

Albako deduce de cuanto precede que la Decisión de la Comisión no puede tener la consecuencia de impedir que se invoquen las disposiciones de la normativa alemana sobre competencia desleal en contra del BALM.

c) Falta de primacía de la Decisión de 25 de febrero de 1985

El principio de la primacía del Derecho comunitario sobre el Derecho nacional, que Albako no discute, carece de relevancia en el caso de autos dado que no concurren las condiciones requeridas a tal efecto.

Por una parte, no existe voluntad por parte de la Comisión de descartar, mediante su Decisión, la normativa alemana sobre competencia desleal que le es contraria, o al menos dicha voluntad no ha sido expresada con la necesaria claridad.

Por otra parte, la Decisión de 25 de febrero de 1985 no constituye una disposición normativa completa. Para satisfacer esta exigencia, la Comisión debería haber adoptado un reglamento, o haber acompañado su decisión de un requerimiento dirigido a la República Federal de Alemania para que suspendiese la aplicación de la normativa alemana sobre competencia desleal que fuese contraria a la operación en tanto que ésta se desarrollase.

d) El principio de la lealtad comunitaria

Albako estima que hay que tener finalmente en cuenta las exigencias de la lealtad comunitaria que vienen impuestas por el artículo 5 del Tratado CEE.

Se opondría a dicho principio el que la Comisión suspendiera temporalmente la aplicación de disposiciones internas tan fundamentales como la normativa alemana sobre competencia desleal para poner en práctica una medida de política agrícola a corto plazo.

La conciencia jurídica de los agentes económicos se vería enormemente afectada si se autorizase a las instituciones estatales que actúan con fines competitivos el recurso a medidas prohibidas a los particulares que se

encuentran en la misma situación. Si la Comisión deseaba llegar a semejante resultado, debería en todo caso haberlas adoptado por medio de un reglamento. Sería contrario al principio de la lealtad comunitaria el hecho de que la Decisión de 25 de febrero de 1985 pudiese autorizar al organismo alemán de intervención a actuar de manera contraria a la normativa alemana sobre competencia desleal.

2) La Comisión

La Comisión critica la idea, emitida por el órgano jurisdiccional nacional, según la cual la Decisión de 25 de febrero de 1985 no tiene primacía sobre la normativa relativa a la competencia desleal sino a condición de producir efectos directos en favor de los particulares.

Es cierto que, cuando un particular invoca la primacía del Derecho comunitario sobre una disposición de Derecho nacional que se le opone, la cuestión de la primacía no puede plantearse más que a condición de que la disposición comunitaria sea directamente aplicable en el ordenamiento jurídico interno. Tal era el caso en la hipótesis que dio lugar a las sentencias sobre el *Leberpfennig*.

Sería incorrecto, sin embargo, concluir que la primacía de una disposición del Derecho comunitario se subordina siempre a la aplicabilidad directa de dicha disposición. Según la Comisión, la verdadera justificación de la primacía del Derecho comunitario no reside en el efecto directo de la norma comunitaria, sino en el carácter obligatorio del Derecho comunitario y en la necesidad de su efectiva aplicación.

Por consiguiente, importa poco que la Decisión no haya sido dirigida más que a un Estado miembro, ya que la justificación de la primacía no reside en la necesidad de una aplicación uniforme del Derecho comunitario sino en la de garantizar el funcionamiento eficaz de la Comunidad.

La Comisión considera que para que la Decisión tenga primacía sobre la normativa alemana relativa a la competencia desleal, basta con que se imponga a la República Federal de Alemania obligaciones lo suficientemente claras e incondicionales como para que ésta actúe en contra de su normativa sobre competencia desleal, si la ejecución de la Decisión lo exige.

Según la Comisión, éste es el caso. El único margen de maniobra de que disponía la República Federal de Alemania en relación con la ejecución de la Decisión consistía en efecto en la elección de las empresas encargadas de la comercialización.

En consecuencia, el artículo 5 del Tratado obligaba a la República Federal de Alemania a aplicar la Decisión a pesar de las dudas eventuales sobre la compatibilidad de la operación con la normativa alemana sobre competencia desleal. Idéntica conclusión se impone en lo que se refiere a la acción del BALM, que no ha hecho sino ejecutar las obligaciones impuestas a dicho Estado miembro.

Por consiguiente, la Comisión estima que la cuestión prejudicial merece una respuesta afirmativa.

R. Joliet
Juez Ponente