

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL  
SR. KARL ROEMER  
presentadas el 24 de junio de 1969 \*

*Señor Presidente,  
Señores Jueces,*

Con respecto al procedimiento de remisión que hoy nos interesa, importa conocer los siguientes hechos.

La demandante en el litigio principal, una sociedad mercantil belga, vende y distribuye máquinas de oficina y el material correspondiente. Tras relaciones comerciales de larga duración, que se remontan a 1937, entre el antiguo propietario único de la empresa demandante y la sociedad Marchant Calculating Machine Company, establecida en los Estados Unidos, y tras la fusión de dicha sociedad con la sociedad Smith Corona, de la que resultó la sociedad Smith Corona Marchant Corporation de Nueva York, se celebró por escrito un nuevo acuerdo el 1 de julio de 1961 entre la demandante y una filial suiza de la sociedad americana en cuestión, la sociedad anónima Smith Corona Marchant International de Lausana. A tenor de lo dispuesto en el contrato, la demandante obtuvo el derecho exclusivo de venta y distribución, en Bélgica y Luxemburgo, de determinadas máquinas calculadoras y máquinas de escribir fabricadas o distribuidas por la otra parte

contratante. En el caso de que estos productos fueran vendidos por este contratante, una de sus filiales u otro concesionario exclusivo, en el territorio concedido a la demandante, ésta podría exigir del vendedor el pago de una comisión. La demandante estaba obligada para con la otra parte contratante a poner en pie una red de ventas, a organizar un servicio posventa, a conceder una garantía y a mantener existencias. Ambos contratantes notificaron el contrato a la Comisión el 31 de enero de 1963, es decir, en el plazo previsto en el apartado 1 del artículo 5 del Reglamento nº 17.

Cuando la sociedad Smith Corona Marchant International, de Lausana, fabricó igualmente o distribuyó aparatos electrocopiadores, cedió asimismo a la demandante el derecho exclusivo de venta y distribución de dichos aparatos en Bélgica y Luxemburgo, y ello sin que se hubiera ampliado la lista de los productos contemplados por el acuerdo firmado en 1961. Por otra parte, no se hizo a la Comisión ninguna nueva notificación. El 6 de octubre de 1966, de conformidad con la cláusula de resolución contenida en el contrato de 1 de julio de 1961, la sociedad suiza puso fin al contrato, cumpliendo el plazo de preaviso de 90 días previsto por el mismo, por tratarse de aparatos

\* Lengua original: alemán.

tos electrocopiadores; por lo demás, el contrato seguía vigente.

El 4 y 5 de septiembre de 1967, la sociedad Portelange, al estimar que el plazo en cuestión era demasiado breve y que la resolución del contrato violaba la Ley belga de 27 de julio de 1961 relativa a la resolución unilateral de las concesiones de venta en exclusiva por tiempo indefinido, interpuso una demanda ante el tribunal de commerce de Bruxelles. Dicha demanda se dirigió no únicamente contra la SA Smith Corona Marchant International de Lausana, sino también contra otras tres sociedades (con domicilio social en Frankfurt am Main, Nueva York y Bruselas) vinculadas mutuamente y con la demandada n° 1 por relaciones de interdependencia (de casa matriz a filiales o de filial a filial). En opinión de la demandante, dichas sociedades se repartieron la ejecución del contrato celebrado con ella y por esta razón, responden conjuntamente de las obligaciones contraídas con ella. La demanda tiene por objeto que se declare que el contrato de venta en exclusiva celebrado con la demandante se resolvió con un preaviso insuficiente y sin indemnización. La demandante reclama además a las demandadas el pago de diversas indemnizaciones y que se hagan cargo de las máquinas y demás materiales. Además, la demanda contiene algunas pretensiones que carecen de interés en el presente procedimiento. Estas se basan en una pretendida competencia desleal y tienen por objeto obtener que se condene a las demandadas a suministrar determinadas piezas de recambio, que se declare que determinados convenios de no hacerse la competencia deben considerarse rescindidos por culpa de estas

últimas y que se condene a las demandadas al pago de indemnizaciones. Estas últimas peticiones se basan en la afirmación de la demandante de que, tras la resolución del contrato celebrado con ella, la sociedad Smith Corona Marchant Belgium puso en pie su propia organización de ventas en Bélgica. Se basan además en reuniones que a la sazón tuvieron lugar entre las partes y que, en opinión de la demandante, condujeron a determinados compromisos por parte de las demandadas (sobre el suministro de piezas de recambio y otros materiales y sobre la renuncia a hacer ofertas a la clientela de la demandante).

Para mí, lo único que importa es el hecho de que, en contra de las pretensiones principales para el pago de una indemnización por ruptura de contrato, las demandadas alegaron que el acuerdo al que se refiere la demandante es nulo por infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE. A esto la demandante responde entre otras cosas que el apartado 1 del artículo 85 no es aplicable, porque el acuerdo no tiene por objeto un sistema cerrado de venta en exclusiva. De cualquier modo, fue notificado en tiempo oportuno a la Comisión, de manera que, según la sentencia dictada por el Tribunal de Justicia en el asunto Bosch, su validez provisional no ofrece dudas.

Esta última opinión parece tener importancia para el tribunal de commerce. Como la discusión se amplía a lo que debe entenderse por validez provisional, el Tribunal de Bruxelles consideró oportuno, sin embargo, no resolver por sí mismo esta cuestión. Mediante resolución de 18 de febrero de

1969 suspendió el procedimiento, y planteó al Tribunal de Justicia, con arreglo al párrafo segundo del artículo 177 del Tratado CEE, la siguiente cuestión prejudicial:

«Interpretación del artículo 85 del Tratado y de los Reglamentos de aplicación, en lo que se refiere a los efectos de la validez provisional reconocida a los acuerdos notificados, en los plazos previstos, a la Comisión de la Comunidad Económica Europea, pero antes de que ésta haya iniciado el procedimiento contemplado en el artículo 9 del Reglamento nº 17.»

Al mismo tiempo, el Tribunal autorizó a la demandante a aportar pruebas en apoyo del motivo relativo al comportamiento desleal de las demandadas, que sin embargo carece de interés para nosotros.

La demandante en el litigio principal y la Comisión de las Comunidades Europeas presentaron observaciones escritas sobre la petición de interpretación. Además, las demandadas en el litigio principal intervinieron en la fase oral.

Por consiguiente, se plantea la cuestión de saber cuál es la respuesta que el Tribunal de Justicia debe dar al tribunal de commerce de Bruxelles.

### *Examen jurídico*

1. En primer lugar, la observación de la Comisión, de que en realidad la cuestión de

la validez provisional de antiguos acuerdos debidamente notificados no interviene en la evaluación del caso sobre el que debe pronunciarse el Tribunal que ha sometido este asunto a este Tribunal de Justicia, parece de una importancia fundamental. La Comisión consagra dos tercios de su argumentación escrita a demostrar esta tesis. Así, en el presente procedimiento, se plantea también la cuestión de saber si es necesaria una decisión sobre la cuestión planteada al Tribunal de Justicia para que el Tribunal nacional pueda dictar su sentencia. Hasta ahora, el Tribunal de Justicia siempre se ha negado enérgicamente a examinar esta cuestión; únicamente en la sentencia 13/68 (→ Rec. 1968, pp. 661 y ss., especialmente p. 672) pareció dispuesto a abandonar este punto de vista en determinadas condiciones, como ya hemos señalado recientemente. En efecto, la sentencia en cuestión habla de una alegación *manifiestamente errónea* del texto objeto de interpretación y, por consiguiente, da a entender que, en tal caso, el Tribunal de Justicia puede negarse a interpretar el texto que se le somete.

Ahora bien, el caso de autos me parece particularmente apropiado para aplicar esta tesis. En efecto, para examinar si la cuestión es necesaria para la solución del litigio, puedo apoyarme en elementos de hecho suministrados por el mismo Tribunal nacional, así como en elementos de hecho invocados por la Comisión (y de los que está particularmente segura). Además, no es necesario para este examen recurrir al Derecho nacional, es decir inmiscuirme en un sector que me está vedado por principio; puedo por el contrario limitarme a considerar el Derecho comunitario.

La argumentación de la demandante y la opinión del Tribunal remitente se basan esencialmente en la muy conocida sentencia Bosch, es decir en la jurisprudencia del asunto 13/61 (~ Rec. 1962, pp. 89 y ss., especialmente p. 105), como ya he indicado. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia afirma entre otras cosas lo siguiente: «que en lo que atañe a los acuerdos y decisiones existentes en la fecha de entrada en vigor del mencionado Reglamento», (se trata del Reglamento nº 17) «la nulidad de pleno derecho no les afecta por el mero hecho de estar comprendidos en el apartado 1 del artículo 85; que dichos acuerdos y decisiones deben ser considerados válidos cuando están comprendidos en el apartado 2 del artículo 5 del Reglamento; que deben ser considerados *provisionalmente válidos* cuando, sin estar contemplados en esta disposición, hayan sido notificados a la Comisión conforme al apartado 1 del artículo 5 de dicho Reglamento». Para que sea necesario suministrar precisiones suplementarias (que muchos, como es sabido, consideran deseables) a este respecto, es decir sobre el concepto de validez *provisional*, deben ser ciertas dos cosas según el texto citado. Debe tratarse de un «*antiguo*» acuerdo, es decir de un acuerdo que ya existía cuando entró en vigor el Reglamento nº 17 (el 13 de marzo de 1962), y hace falta que el acuerdo se haya notificado a su debido tiempo a la Comisión. La notificación no era necesaria (de conformidad con el apartado 2 del artículo 5 del Reglamento nº 17) únicamente en los casos previstos en el apartado 2 del artículo 4, es decir en condiciones que, según el Tribunal de Bruselas y la Comisión, manifiestamente no se cumplen en el litigio sometido a este órgano jurisdiccional.

En cuanto al caso de autos, se deduce de los hechos que en 1961 se celebró un contrato de venta en exclusiva entre la demandante y una de las sociedades demandadas, y que dicho contrato se notificó a la Comisión en los plazos debidos (el 31 de enero de 1963). Ahora bien, lo importante es que las partes utilizaron para el contrato un formulario en el que los productos contemplados en el acuerdo debían ser objeto de una descripción exacta. En 1961, se trataba únicamente de máquinas calculadoras y de máquinas de escribir de determinados tipos. A continuación, parece que la lista de productos fue ampliada por las partes, pero sin que se hubiera modificado el texto del contrato; la demandante obtuvo igualmente el derecho exclusivo de vender y distribuir aparatos electrocopiadores. No parece absolutamente claro el momento en que se produjo esto. La resolución de remisión no indica ninguna fecha; la Comisión creyó poder deducir de los autos que la lista sólo se había ampliado después del 31 de enero de 1963, mientras que durante los debates orales la demandante recordó que se le habían suministrado aparatos electrocopiadores desde octubre de 1962. Sin embargo, podemos dejar de lado esta cuestión, que corresponde dilucidar al Tribunal nacional. El único elemento esencial desde el punto de vista del Derecho comunitario es que la ampliación del acuerdo primitivo debe considerarse como un contrato anexo que también debía haberse notificado. En opinión de la Comisión, que apruebo, es necesario, desde el punto de vista del Derecho de la competencia, examinar separadamente el contrato anexo, porque no es posible decir que los productos que contempla constituyan con los productos citados en el contrato primitivo un único y mismo mercado. En efecto, está absoluta-

mente claro que la categoría de los compradores de máquinas de escribir y de máquinas calculadoras no coincide pura y simplemente con la categoría de los compradores de fotocopiadoras. Por esta razón la Comisión no podrá decidir, sobre la base del primer acuerdo notificado, si procede conceder una exención a favor del acuerdo anexo celebrado posteriormente. Ahora bien, es precisamente este acuerdo anexo el que tiene en cuenta el Juez nacional: en efecto, fue sólo este acuerdo el que resolvió la demandada y la demandante alegó derechos a daños y perjuicios basándose sólo en dicha resolución.

Así se impone en realidad la conclusión a la que llega la Comisión: basándose únicamente en los hechos que presentan interés para nosotros, apenas es posible decir que se trata de un antiguo acuerdo que ya existía cuando entró en vigor el Reglamento nº 17. En cualquier caso, es seguro que dicho acuerdo no fue objeto de notificación porque no es posible considerar como tal la notificación de 31 de enero de 1963 que no indica expresamente los aparatos electrocopiadores, dado que el formulario B del Reglamento nº 27 de la Comisión, de 3 de mayo de 1962, exige una descripción exacta de los productos en cuestión. Así se ha demostrado perfectamente que la cuestión planteada por el Juez nacional carece de importancia para la decisión que deberá dictar en el proceso. Por consiguiente, teniendo en cuenta los principios evocados por el Tribunal de Justicia en la sentencia Salgoil, deberá declararse la inadmisibilidad de la remisión.

2. Llegaré a la misma conclusión si examino el acuerdo anexo, que es objeto del

litigio, a la luz del apartado 1 del artículo 4 del Reglamento nº 17 o del Reglamento nº 67/67.

a) El apartado 1 del artículo 4 del Reglamento nº 17 contempla acuerdos que fueron celebrados *tras* la entrada en vigor del Reglamento nº 17. También deben notificarse para obtener una exención, cuando no se aplique el apartado 2 del artículo 4 (lo que, en el caso de autos, puede excluirse con certeza, como ya hemos indicado). Es posible una exención con efecto retroactivo, a partir de la fecha de notificación (artículo 6 del Reglamento nº 17). Así, la cuestión de la validez provisional también podría plantearse para estos acuerdos.

Sin embargo, en el caso de autos, no tiene importancia alguna, porque el nuevo acuerdo no se notificó, como sabemos. Por consiguiente, ya no es posible considerar una exención para el período anterior a la resolución del acuerdo, que debe servir de base a las peticiones de indemnización.

b) En cuanto al Reglamento nº 67/67, que exige determinadas categorías de acuerdos, puede aplicarse sin duda también a acuerdos que, como el acuerdo anexo del que se trata en el caso de autos, se celebraron antes de la entrada en vigor del Reglamento. Sin embargo, si se reúnen los requisitos exigidos por el Reglamento nº 67/67, se aplicará la exención no antes del día de la notificación del acuerdo (apartado 2 del artículo 4). Si no se reúnen los requisitos exigidos por el Reglamento nº 67/67 y si la situación se regulariza a continuación, la declaración de

inaplicación prevista por el apartado 3 del artículo 85 tampoco produce sus efectos sino a partir del día de la notificación del acuerdo.

Pero, dado que, en nuestro caso, no se notificó el acuerdo anexo, tampoco se aplica el Reglamento n° 67/67, como señaló la Comisión con razón.

3. Después de todo lo que precede, con- vendría todo lo más, a la vista de los hechos (es decir, deduciendo de los mismos cues- tiones pertinentes), llamar la atención del Tribunal nacional sobre la circunstancia de que la inexistencia de notificación del acuerdo no implica necesariamente su nulidad, de manera que no podría servir de base a una demanda. La cuestión deter- minante debería ser más bien la de saber si es aplicable el apartado 1 del artículo 85 (porque de ella depende la necesidad de una exención así como la de notificar el acuerdo).

A este respecto, la Comisión señala, con razón, que los contratos de venta en exclusi- va, tales como de los que se trata en el caso de autos, pueden restringir la competencia y afectar a los intercambios interestatales. Ello especialmente si se considera la cláusula contenida en el contrato y según la cual otros comerciantes pueden vender en el territorio de concesión, pero a condición de pagar una comisión al concesionario en exclusiva. Dicha cláusula puede conducir en efecto a la consecuencia de que los demás vendedores no manifestarán ningún interés por este género de negocios, es decir

que los usuarios situados en el territorio de concesión no podrán aprovisionarse en otros suministradores.

Por otra parte, hay que insistir en la práctica seguida por la Comisión, así como en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, según la cual el apartado 1 del artículo 85 sólo se aplicará a las restricciones «*sensi- bles*» de la competencia y de los intercam- bios interestatales. Como nos enseñó la jurisprudencia, para apreciar el carácter sensible de las restricciones de la competen- cia, hay que tener en cuenta la «naturaleza y la cantidad de los productos que son objeto del acuerdo», la situación del sumi- nistrador y la del concesionario en el merca- do de los productos en cuestión y el rigor de las cláusulas destinadas a proteger el dere- cho de venta en exclusiva. Especialmente respecto a esta última cuestión, el hecho de que el contrato de exclusiva en cuestión establezca únicamente el pago de una comisión relativamente *poco importante* a cargo de terceros suministradores podría tener su importancia. Esta comisión varía entre el 15 y el 5 % y sólo es exigible si la demandante avisa a la demandada en deter- minado plazo después de que ésta haya hecho la factura, a más tardar un año des- pués. Por ello, se comprende que la deman- dante declare que se trata únicamente de una compensación equitativa por una even- tual concesión de garantía de la que se encuentra descargado el suministrador en detrimento del concesionario. Se puede también concluir que la cláusula relativa a esta comisión apenas podrá influir en la actividad comercial de los competidores en el exterior del territorio de concesión; no impedirá las importaciones paralelas y no

afectará por consiguiente de manera *sensible* a los intercambios interestatales. En cuanto a saber cómo se presenta la situación en detalle, el Juez nacional deberá examinar esta cuestión. Tras un análisis profundo de todos los elementos de hecho, podrá entonces, contrariamente a la opinión que ha defendido hasta ahora, de que la demandante se beneficia de una exclusividad absoluta, llegar a la conclusión de que la restricción de los intercambios sólo tiene en realidad una importancia mínima. En tal caso, el apartado 1 del artículo 85 podría incluso no aplicarse, el acuerdo sería válido aunque no se hubiera notificado y el Derecho comunitario no se opondría a que sirviera de base a una demanda.

4. Sin embargo si, a pesar del juicio inequívoco al que llego sobre la cuestión de saber si la interpretación solicitada es necesaria para la solución del litigio, queremos examinar además la misma cuestión, es conveniente hacer las observaciones siguientes:

Después de la sentencia Bosch, se intentó ampliamente definir el concepto de «validez provisional». Ello se concretó en una serie de sentencias nacionales y en abundantes comentarios, sin que sea posible deducir una conclusión uniforme. En un lado de la amplia gama de soluciones propuestas se encuentran los partidarios de una interpretación restrictiva. Para ellos, la prohibición enunciada en el apartado 1 del artículo 85 orienta la discusión y debe determinar la apreciación. Sin embargo, no llegan, por supuesto, a admitir la nulidad absoluta de los acuerdos notificados y susceptibles de

beneficiarse de una exención hasta que la Comisión se haya pronunciado sobre la posibilidad de eximirlos, eventualmente con efecto retroactivo, de conformidad con el apartado 3 del artículo 85. Admiten que un acuerdo puede ejecutarse voluntariamente y llegan incluso a reconocer la existencia de cierta obligación a cargo de las partes, en cuanto que están obligadas a cooperar para obtener la exención y renunciar a lo que pudiera obstaculizarla. Sea como fuere, la posibilidad de hacer que los Tribunales sancionen los acuerdos notificados les parece excluida, porque no pueden soportar la idea de que una autoridad estatal pueda obligar a una parte en el proceso a adoptar un comportamiento que pudiera revelarse después contrario a una prohibición de Derecho público. Por consiguiente, los partidarios de este punto de vista excluyen la posibilidad de presentar una demanda para obtener la ejecución de un acuerdo o una indemnización por la inexecución del mismo, así como la posibilidad de presentar contra terceros una demanda de suspensión o de daños y perjuicios. En su opinión, cuando un Tribunal se encuentra en presencia de un acuerdo provisionalmente válido, sólo le queda la posibilidad de suspender el procedimiento para evitar el riesgo de decisiones contradictorias (si la aplicación del apartado 3 del artículo 9 del Reglamento nº 17 tampoco se prevé en lo que se refiere a los Tribunales, tesis que sin embargo sólo defienden algunos y que no se tiene ciertamente en cuenta en el caso de autos, porque, según las declaraciones de la Comisión, no se ha entablado todavía ningún procedimiento). Un poco menos rigurosa es la opinión de quienes (aunque insistiendo más o menos en la necesidad de hacer una aplicación prudente de la misma) admiten

por lo menos medidas provisionales o incluso determinadas categorías de recursos (como la demanda de suspensión dirigida contra terceros, mientras que, cuando se trata de demandas de daños y perjuicios, consideran necesario suspender el procedimiento). Por último, en el otro extremo de la gama de soluciones posibles se encuentran aquéllos para quienes la validez provisional significa que los acuerdos en cuestión producen provisionalmente sus plenos efectos jurídicos, de donde resulta que la ejecución de dichos acuerdos puede perseguirse ante los Tribunales. Hablan de («schwebende Wirksamkeit») presunción de validez, de validez con condición resolutoria o bien dicen que los acuerdos son válidos mientras la Comisión no haya adoptado ninguna decisión. En el caso de que después se deniegue la exención, estiman que procede la compensación por medio de una demanda de indemnización o de una demanda de reembolso en beneficio de la parte que invocó la nulidad.

Este último punto de vista defiende también la demandante. En cambio, la Comisión y las demandadas en el litigio principal defienden la interpretación restrictiva que hemos expuesto al principio, al recordar la Comisión en el caso de autos que, según el Reglamento nº 17, hay que partir de la idea de que la prohibición enunciada por el apartado 1 del artículo 85 subsiste a pesar de la notificación de acuerdo, incluso sin previa decisión de la Comisión, como se deduce de los artículos 1, 6, 7 y 15, así como del artículo 4 del Reglamento nº 19 y de los artículos 4 y 5 del Reglamento nº 67/67. Esta comprobación no sería compatible con la idea de una validez de Dere-

cho civil; haría falta, por el contrario, hablar de un estado imperfecto, de validez imperfecta «schwebende Unwirksamkeit».

Frente a estas divergencias, la labor del Tribunal de Justicia no es ciertamente fácil, y ello tanto menos cuanto cada una de estas opiniones se basa en razones válidas.

Para la solución del problema, el *texto* de la sentencia Bosch no proporciona apenas ningún elemento decisivo, aunque haya que admitir que parece más bien poner en primer lugar la idea de la validez. Se puede decir precisamente porque no se trata de validez imperfecta. Asimismo, la remisión a fenómenos análogos en otros sectores jurídicos no es muy concluyente. Es la objeción que conviene hacer a quienes piensan en el derecho de anulación previsto por el Derecho civil alemán, es decir, en la facultad de anular retroactivamente contratos plenamente válidos, bajo ciertos requisitos. En particular, se les objeta que ello sería llegar así a un sistema de excepciones legales, a admitir una facultad de intervención pura y simple de la Comisión, es decir llegar a un resultado que no coincide ya con el compromiso que muchos quieren ver en el sistema del Reglamento nº 17. Si, por otra parte, algunos invocan determinados casos de validez imperfecta (en caso, por ejemplo, de autorización administrativa de operaciones inmobiliarias o en el marco del Derecho alemán de las prácticas colusorias), se les puede responder que una incorporación análoga en el Derecho comunitario de las prácticas colusorias es imposible por la única razón de que, en la práctica administrativa de la Comisión, como confiesa



ella misma, transcurren plazos considerablemente más largos antes de que pueda dictarse una decisión sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 85.

Para intentar encontrar una solución, hay que considerar en primer lugar el sistema jurídico comunitario. Este parece excluir la idea de que la prohibición contenida en el apartado 1 del artículo 85 tiene carácter prioritario en el Derecho de la competencia. A este respecto, el Tribunal de Justicia insistió varias veces en el hecho de que los apartados 1 y 3 del artículo 85 forman un todo. Asimismo, el apartado 2 habla de los acuerdos prohibidos «por el presente artículo» (es decir por el contenido global del artículo 85) y de su nulidad. También se puede citar el artículo 1 del Reglamento nº 17 según el cual los acuerdos a que se refiere el apartado 1 del artículo 85 del Tratado quedarán prohibidos, sin que sea necesaria una decisión previa a tal fin; sin embargo, dicho artículo precisa a continuación: salvo lo dispuesto en los artículos 6, 7 y 23 del presente Reglamento. Muchos deducen de ello que la prohibición está supeditada a la no aplicación del apartado 3 del artículo 85. Por esta razón pensamos que quienes admiten únicamente una ejecución voluntaria de los acuerdos notificados y reconocen todo lo más una obligación de los contratantes en el sentido de las declaraciones de la Comisión, no llegan al mínimo exigido por el sistema del Derecho comunitario. Hay que objetarles que, según el artículo 1 del Reglamento nº 27, basta con que el acuerdo sea notificado por uno de los participantes en el mismo (es decir, que la obligación que tienen las partes interesadas de colaborar a este respecto, y de la que

habla la Comisión, apenas tiene importancia). Hay que objetarles además que los acuerdos notificados pueden ejecutarse voluntariamente debido a que se excluye la posibilidad de imponer multas, de conformidad con el apartado 5 del artículo 15 del Reglamento nº 17. No parece por consiguiente necesario, para justificar estos efectos jurídicos, apelar al concepto de validez provisional tal como existe en Derecho civil, concepto que sugiere de hecho asociaciones de ideas más extendidas.

En realidad, como subraya justamente Steindorff,<sup>1</sup> este concepto constituye el resultado de un acto creador de derecho del Tribunal de Justicia. Es la razón por la cual me parece necesario buscar un desarrollo juicioso a partir de las ideas esenciales contenidas en la sentencia Bosch y teniendo sobre todo en cuenta la realidad jurídica tal como se ha desarrollado mientras tanto. Algunas declaraciones contenidas en la sentencia Bosch merecen atención especial. El Tribunal de Justicia subraya en primer lugar que la mera existencia de los artículos 88 y 89 no permitiría concluir que el artículo 85 habría producido, después de la entrada en vigor del Tratado, todos sus efectos y que la nulidad prevista en el apartado 2 de dicho artículo se habría producido en todos los casos comprendidos en la definición del apartado 1 y para los cuales no se ha hecho todavía una declaración con arreglo al apartado 3. Según el Tribunal de Justicia, también los autores del Reglamento admi-

<sup>1</sup> Rechtsschutz und Verfahren im Recht der Europäischen Gemeinschaften, 1964, p. 104.

tieron que en el momento de la entrada en vigor del mismo existían prácticas colusorias a las que sería aplicable el apartado 1 del artículo 85, pero respecto a las cuales no se había adoptado todavía una decisión en el sentido del apartado 3, sin que estas prácticas colusorias sean de hecho nulas de pleno derecho. «La interpretación contraria», según prosigue el Tribunal de Justicia, «conduciría a la consecuencia inadmisibles de que determinadas prácticas colusorias habrían sido en primer lugar nulas durante algunos años sin que ninguna autoridad hubiera declarado jamás dicha nulidad». En lo que se refiere a los acuerdos existentes en el momento de la entrada en vigor del Reglamento, siempre según el Tribunal de Justicia, la nulidad de pleno derecho surte efecto frente a ellos por el mero hecho de que estén comprendidos en el ámbito del apartado 1 del artículo 85. «[...] Estos acuerdos y decisiones», tales son los términos de la sentencia, «deberán considerarse *válidos* cuando estén comprendidos en el apartado 2 del artículo 5 de dicho Reglamento; [...] deberán considerarse *provisionalmente válidos* cuando, sin entrar en dicho precepto, se notifiquen a la Comisión, de conformidad con el apartado 1 del artículo 5 de dicho Reglamento». Por último, el Tribunal de Justicia deduce además del artículo 7 del Reglamento nº 17 que no hay nulidad de pleno derecho para los acuerdos y decisiones que se notificaron a la Comisión, mientras ésta no se haya pronunciado o mientras las autoridades de los Estados miembros no hayan declarado que el artículo 85 era aplicable. Todo esto, en mi opinión, demuestra claramente la orientación de principio de la sentencia, que es hacer parar la prohibición a un segundo plano para dar prioridad a la idea de validez. En lo

que se refiere a los antiguos acuerdos –y en opinión del Tribunal de Bruselas sólo se trata de esto en el caso de autos– se trataba sobre todo de establecer un sistema transitorio juicioso y poner de manifiesto una intención análoga en el legislador. ¿Pero qué significa esto? Según los principios jurídicos generalmente admitidos, esto significa que en principio la situación jurídica, tal como estaba legalmente establecida antes de la entrada en vigor del Reglamento nº 17, en otros términos la validez jurídica de los acuerdos existentes, debía mantenerse. En cambio, no parece posible sostener que, con la entrada en vigor del Reglamento nº 17, esta situación jurídica se transformó en una situación imperfecta (como entiende la Comisión) que autoriza únicamente la ejecución voluntaria de acuerdos por cuenta y riesgo de las partes, y esto también en lo que se refiere a los acuerdos relativamente inofensivos que no necesitan ser notificados. Esto sería en efecto inconciliable con las exigencias de seguridad jurídica de la que también habla la sentencia Bosch y en las que insiste enérgicamente la demandante en el asunto principal. En nuestra opinión, esta cuestión no exige más explicaciones, vistas las dificultades objetivas que hacen que el procedimiento administrativo ante la Comisión vaya considerablemente para largo, de manera que todavía hoy la Comisión no se ha pronunciado sobre una serie de acuerdos que se habían notificado dentro de plazo.

Ahora bien, si todas estas consideraciones inducen a dar prioridad a la idea de la validez a favor de antiguos acuerdos notificados dentro de plazo, no hay que autorizar únicamente la protección de dichos acuer-

dos con ayuda de medidas provisionales, sino que también parece apropiado admitir sobre la base de esta validez provisional una demanda de daños y perjuicios contra el socio culpable de haber roto el contrato (manifiestamente, es únicamente de esto de lo que se trata en el litigio principal ante el Tribunal de Bruselas). En el fondo nos vemos ante la necesidad de proceder a una conciliación de intereses. Por un lado, está el interés en la ejecución de acuerdos celebrados válidamente y cuya violación implica a menudo el hundimiento definitivo de todo un sistema. Por otro lado, está el interés general en el mantenimiento de las normas de competencia, interés que también se ve afectado por la posibilidad generalmente admitida de ejecutar voluntariamente los acuerdos en cuestión. Por último, si se piensa todavía que el riesgo de una grave infracción del Derecho de la competencia, como consecuencia de los acuerdos notificados que no pueden manifiestamente beneficiarse de una exención, puede descartarse por medio de comunicaciones de la Comisión, de conformidad con el apartado 6 del artículo 15 del Reglamento nº 17 (es

decir, mediante medidas que, ciertamente, deben conducir a la suspensión del procedimiento ante el Juez nacional), parece completamente claro el resultado al que conduce la conciliación de intereses. En efecto, en el caso de que después se denegara la exención, parecería más apropiado invitar a la parte que resolvió el contrato a ejercitar una acción de compensación en vez de exponer a la parte que permaneció fiel al contrato al riesgo de un perjuicio irreparable debido a la exclusión de la posibilidad de hacer que los Tribunales sancionen el acuerdo.

Por consiguiente, mi opinión es clara; según el sistema del Derecho de la competencia en la Comunidad, tal como se estableció en el Reglamento nº 17, y teniendo en cuenta la idea esencial que inspiró la sentencia Bosch, el concepto de validez provisional debe interpretarse en el sentido de que autoriza que se aleguen derechos a indemnización, basándose en antiguos acuerdos debidamente notificados, contra el contratante que sea culpable de la ruptura del contrato.

## 5. Resumen

Después de todo lo que precede, la cuestión planteada por el tribunal de commerce de Bruxelles exige la respuesta siguiente:

En mi opinión, debe declararse la inadmisibilidad de la petición de interpretación, porque es manifiesto que la cuestión planteada no interviene en la solución del litigio nacional.

Sin embargo, si tuviera que pronunciarme sobre el contenido de la cuestión, procedería declarar que la validez provisional de antiguos acuerdos debidamente notificados autoriza a alegar derechos a indemnización contra el participante en un acuerdo que lo haya resuelto invocando el artículo 85.