

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. JEAN MISCHO

presentadas el 22 de marzo de 2001 ¹

I. Hechos y procedimiento

1. Este asunto ha sido remitido al Tribunal de Justicia por la Court of Appeal (England & Wales) (Civil Division) (Reino Unido) en el marco de un litigio que enfrenta a Courage Ltd (en lo sucesivo, «Courage»), demandante en el procedimiento principal, con el Sr. Crehan, demandado en el procedimiento principal. La Court of Appeal plantea ante el Tribunal cuatro cuestiones relativas a la posibilidad de que una de las partes de un acuerdo prohibido por el artículo 81 CE obtenga una indemnización de daños y perjuicios de la otra parte contratante.

2. En 1990, Courage, un productor de cerveza con una cuota del 19 % en el mercado de dicho producto, y Grand Metropolitan plc (en lo sucesivo, «Grand Met»), una sociedad que posee intereses en la hostelería y la restauración, decidieron fusionar sus establecimientos de bebidas. Con este propósito, transfirieron sus respectivos establecimientos a Intrepreneur Estates Ltd (en lo sucesivo, «IEL»), una empresa participada a partes iguales por Courage y Grand Met.

3. Un acuerdo concluido entre IEL y Courage preveía que todos los arrendatarios de

IEL debían adquirir cerveza exclusivamente a Courage. Esta última debía entregar las cantidades de cerveza solicitadas a los precios fijados en las listas de precios aplicables a los establecimientos arrendados a IEL.

4. IEL entregaba un contrato tipo de arrendamiento a sus arrendatarios. Si bien el nivel del alquiler podía ser objeto de negociación entre el posible arrendatario e IEL, la obligación de compra exclusiva y las restantes cláusulas del contrato no eran negociables.

5. El Sr. Crehan celebró con IEL, en 1991, dos contratos de arrendamiento por veinte años que incluían la obligación de compra a Courage. La renta estaba sujeta a una revisión quinquenal, únicamente al alza, fijada en el alquiler más alto del período anterior o en el alquiler más elevado que pudiera obtenerse en un mercado abierto para el resto del período según las restantes condiciones del contrato de arrendamiento. El arrendatario del establecimiento debía comprar una determinada cantidad mínima de ciertas cervezas e IEL se comprometía a conseguir que los tipos especificados fueran suministrados por Courage al arrendatario a los precios indicados en la lista de precios de este último.

¹ — Lengua original: francés.

6. En 1993, Courage presentó una demanda en la que solicitaba que se condenara al Sr. Crehan al pago de más de 15.000 GBP, correspondientes a las entregas de cerveza impagadas.

7. El Sr. Crehan alegó en su contestación que la obligación de compra exclusiva de ciertos tipos determinados de cerveza incluida en el contrato de arrendamiento era contraria al artículo 81 CE y formuló reconvencción, solicitando la indemnización de los daños y perjuicios sufridos. La demanda del Sr. Crehan se basa en que Courage vendió su cerveza a aquellos de sus clientes que no estaban vinculados por la cláusula de exclusividad a precios sustancialmente más bajos que los recogidos en la lista de precios aplicada a los arrendatarios de sus locales, vinculados por la exclusividad. El Sr. Crehan alegaba que esta diferencia de precio reducía la rentabilidad de los hosteleros vinculados por la exclusividad y les obligaba a poner fin a su actividad.

8. A continuación se señalan las consideraciones que llevaron a la Court of Appeal a plantear varias cuestiones prejudiciales ante el Tribunal de Justicia.

9. Por una parte, la Court of Appeal había, en una sentencia anterior, declarado que el objeto del artículo 81 CE, apartado 1, no era proteger a las partes de un acuerdo ilícito sino a los terceros que compiten con ellas. En efecto, éstas son, a su juicio, las autoras y no las víctimas de la restricción de la competencia.

10. Por otra parte, el Derecho inglés no permite a una de las partes de un acuerdo ilícito solicitar a la otra parte la indemnización de los daños y perjuicios sufridos. Aun cuando el motivo alegado por el Sr. Crehan, a saber, que el contrato de arrendamiento es contrario al artículo 81 CE, estuviera fundado, en Derecho inglés se declararía la inadmisibilidad de su demanda de indemnización de los daños y perjuicios. Por el contrario, según la sentencia de la Supreme Court de los Estados Unidos de América *Perma Life Mufflers Inc./International Parts Corp.*, una de las partes de un acuerdo contrario a las normas de competencia puede, cuando se halla en una situación de inferioridad económica, presentar una demanda de indemnización de daños y perjuicios.

11. A la vista de lo anterior, la Court of Appeal planteó al Tribunal de Justicia las cuestiones que se reproducen a continuación.

II. Cuestiones prejudiciales

«1) ¿Debe interpretarse el artículo 81 CE en el sentido de que una de las partes en un contrato ilícito de arrendamiento de un establecimiento de bebidas que contiene una cláusula de exclusividad puede invocar dicho artículo ante un órgano jurisdiccional, a fin de obtener de la otra parte contratante una reparación?

2) En caso de que se responda afirmativamente a la primera cuestión, ¿la parte que solicita la reparación tiene derecho a que se le conceda una indemnización por un perjuicio que,

supuestamente, es el resultado de haber estado vinculada por la cláusula del contrato que infringe el artículo 81 CE?

- 3) ¿Debe considerarse compatible con el Derecho comunitario una norma nacional que dispone que los órganos jurisdiccionales no deben permitir a una persona alegar y/o basarse en sus propios actos ilegales, como paso necesario para obtener una indemnización de daños y perjuicios?
- 4) Si se responde a la tercera cuestión que en ciertas circunstancias dicha norma puede ser incompatible con el Derecho comunitario, ¿qué circunstancias debe tener en cuenta el órgano jurisdiccional nacional?»

III. Apreciación

Observaciones preliminares

12. Se desprende de la resolución de remisión que, a los efectos del litigio principal y, aparentemente, con el propósito de resolver

en primer lugar las cuestiones de Derecho, la Court of Appeal parte de dos hipótesis. Para empezar, dicho órgano jurisdiccional presume que la obligación de compra exclusiva de ciertos tipos de cerveza prevista en el contrato de arrendamiento de un establecimiento de bebidas concluido por el Sr. Crehan es contraria al artículo 81 CE. A continuación, parte de la hipótesis de que el Sr. Crehan ha sufrido un perjuicio «como consecuencia de los actos realizados por la otra parte en virtud del acuerdo».

13. Resulta de lo anterior que debo pronunciarme sobre una situación abstracta; una violación del artículo 81 CE que ha causado un perjuicio a una de las partes del acuerdo. La cuestión de si esta situación abstracta corresponde a la realidad de los hechos constituye una cuestión que debe decidir posteriormente el órgano jurisdiccional remitente y no me concierne.

14. No pienso, sin embargo, que el Tribunal de Justicia deba negarse a responder a las cuestiones planteadas porque se trate de cuestiones hipotéticas. En efecto, debe recordarse que, según jurisprudencia reiterada,² «[...] corresponde exclusivamente a los órganos jurisdiccionales nacionales que conocen del litigio y que deben asumir la responsabilidad de la resolución judicial que debe adoptarse, apreciar, a la luz de las peculiaridades de cada asunto, tanto la necesidad de una decisión prejudicial para poder dictar sentencia, como la pertinencia de las cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia. Una petición presentada por un órgano jurisdiccional nacional sólo puede ser rechazada si resulta evidente que la

2 — Véase, en particular, la sentencia de 30 de abril de 1998, Cabour (C-230/96, Rec. p. I-2055), apartado 21.

interpretación del Derecho comunitario solicitada no tiene relación alguna con la existencia real o con el objeto del litigio principal.»

15. Sin embargo, no ocurre así en el presente asunto.

16. En efecto, se desprende de las explicaciones proporcionadas por la Court of Appeal que, aplicando exclusivamente el Derecho inglés, la demanda planteada por el Sr. Crehan no puede prosperar y que sólo si éste pudiera invocar derechos derivados del Tratado CE estaría el órgano jurisdiccional nacional obligado a examinar sus pretensiones.

17. Es evidente, por tanto, que la interpretación solicitada del Derecho comunitario tiene una relación con la existencia real y con el objeto del litigio principal.

Sobre la primera cuestión

18. Mediante su primera cuestión, el órgano jurisdiccional remitente pregunta, en esencia, si una de las partes de un acuerdo prohibido puede invocar el artículo 81 CE ante un órgano jurisdiccional con el propósito de obtener de la otra parte contratante una reparación.

19. Al igual que la Comisión, pienso que esta primera cuestión se refiere al problema general que acabo de evocar en mis observaciones preliminares, a saber, «que una aplicación estricta de la regla de la ilegalidad en Derecho inglés impediría a una de las partes contratantes *presentar una demanda*³ aun cuando sólo fuera para que se declarara que el artículo 81 CE, apartado 2, prohíbe el acuerdo controvertido, que, en consecuencia, sería nulo de pleno derecho en virtud del artículo 81, apartado 2, del Tratado». En consecuencia, abordaré la cuestión desde este punto de vista.

20. Ahora bien, la propia Court of Appeal ha reconocido que existe un argumento en favor de la posición según la cual el artículo 81 CE confiere a quien es parte en un acuerdo ilícito derechos que se hallan protegidos por el Derecho comunitario. A este respecto, cita la sentencia BRT.⁴

21. También cabe referirse a la sentencia Delimitis,⁵ de la que se desprende que «el apartado 1 del artículo 85 y el artículo 86 producen efectos directos en las relaciones entre particulares y engendran directamente en favor del justiciable derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar» y que un órgano jurisdiccional nacional puede «declarar la nulidad de [un] contrato, conforme al apartado 2 del artículo 85, cuando haya adquirido la certeza de que el contrato no puede ser objeto de una Decisión de

3 — Texto extraído de las observaciones de la Comisión (el subrayado es mío).

4 — Sentencia de 30 de enero de 1974 (127/73, Rec. p. 51).

5 — Sentencia de 28 de febrero de 1991 (C-234/89, p. I-935).

exención en virtud del apartado 3 del artículo 85». ⁶

22. Como la nulidad de pleno derecho constituye, como recordó acertadamente la Comisión, la sanción fundamental prevista por el artículo 81 CE, apartado 2, para los contratos prohibidos en virtud del apartado 1 del mismo artículo, cualquier obstáculo que se oponga a esta sanción, en este caso la prohibición de invocarla que pesa sobre los contratantes, privaría parcialmente de efecto a esta disposición.

23. Ahora bien, puesto que el artículo 81 CE constituye, según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, ⁷ «una disposición fundamental indispensable para el cumplimiento de las misiones confiadas a la Comunidad, especialmente, para el funcionamiento del mercado interior», no puede aceptarse lo anterior.

24. Debe señalarse, por otra parte, que las sentencias BRT y Delimitis, antes citadas, se referían también a litigios entre las partes de un contrato. En el asunto Delimitis se discutía precisamente un contrato de suministro exclusivo entre un productor de cerveza y la persona que explotaba un café. Como indicó la Comisión, en estos asuntos, el Tribunal de Justicia no formuló ninguna observación sobre el hecho de que quien invocaba el artículo 81 CE, a fin de eludir los pagos que se le exigían, era una de las partes del acuerdo.

25. Un particular, aun cuando sea una de las partes contratantes, debe, por tanto, poder acceder al juez nacional para solicitarle que extraiga todas las consecuencias de la nulidad de pleno derecho de las disposiciones contractuales incompatibles con el artículo 81 CE. Conviene recordar que, en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, dicha nulidad «produce efectos retroactivos». ⁸

26. En consecuencia, cuando, en el pasado, la aplicación de esta cláusula produjo efectos perjudiciales para una de las partes contratantes, se plantea la cuestión de la reparación de dichos efectos. En el marco de la respuesta a las restantes cuestiones, precisaré las circunstancias en que ésta puede conseguirse mediante una demanda de daños y perjuicios.

27. Entre tanto, procede responder a la primera cuestión que el artículo 81 CE debe interpretarse en el sentido de que una de las partes de un contrato ilícito de arrendamiento de un establecimiento de bebidas que contiene una cláusula de exclusividad puede invocar la nulidad de dicho contrato ante los órganos jurisdiccionales.

Sobre las cuestiones segunda y tercera

28. El órgano jurisdiccional de remisión plantea, en segundo lugar, la cuestión de si

⁶ — Apartado 55 de la misma sentencia.

⁷ — Sentencia de 1 de junio de 1999, Eco Swiss (C-126/97, Rec. p. I-3055), apartados 36 a 39.

⁸ — Sentencia de 6 de febrero de 1973, Brasserie de Haecht (48/72, Rec. p. 77), apartado 27.

la parte que solicita una reparación tiene derecho a que se le conceda una indemnización por un perjuicio que, supuestamente, es el resultado de haber estado vinculada por la cláusula del contrato que es contraria al artículo 81 CE.

32. La cuestión que se debe resolver consiste en determinar si el Derecho comunitario se opone a la norma de Derecho inglés antes mencionada.

29. En su tercera cuestión, la Court of Appeal pregunta si es compatible con el Derecho comunitario una norma nacional que dispone que los órganos jurisdiccionales no deben permitir a una persona alegar y/o basarse en sus propios actos ilegales, como paso necesario para obtener una indemnización por daños y perjuicios.

33. Salvo Courage, todas las partes, incluido el Reino Unido de Gran Bretaña y de Irlanda del Norte, consideran que la norma de Derecho inglés controvertida plantea un problema en relación con el Derecho comunitario. Sin embargo, ni sus análisis, ni las respuestas que proponen al Tribunal de Justicia son idénticos.

30. Como la Comisión, opino que estas dos cuestiones se deben abordar de forma conjunta.

34. Para empezar, debo señalar que también considero que la norma en cuestión suscita un problema. En particular, opino que es contraria al Derecho comunitario, en la medida en que dicha norma impide que una de las partes de un acuerdo ilícito obtenga de la otra parte una indemnización de daños y perjuicios únicamente por que participó en la práctica colusoria.

31. En efecto, de la resolución de remisión se desprende que la Court of Appeal declaró ya en el asunto Gibbs Mew⁹ que «el Derecho inglés no permite a una de las partes de un acuerdo ilícito reclamar a la otra parte una indemnización por el perjuicio que le causó el haber participado en el mencionado acuerdo ilícito. Así ocurre con independencia de que dicha parte solicite una restitución o una indemnización.»

35. Para llegar a esta conclusión, comenzaré mi razonamiento con el análisis de las implicaciones, para los participantes en la práctica colusoria, del efecto directo del artículo 81 CE. A continuación, examinaré la forma en que corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales salvaguardar los derechos que el artículo 81 CE puede engendrar incluso en favor de una de las partes en una práctica colusoria.

9 — [1998] EuLR 588, p. 606.

36. Así, en primer lugar examinaré cuáles son las implicaciones del efecto directo del artículo 81 CE para quienes participan en una práctica colusoria.

37. Como ya indiqué anteriormente, resulta de una jurisprudencia reiterada que el artículo 81 CE produce efectos directos en las relaciones entre particulares y engendra directamente en favor del justiciable derechos que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar.¹⁰ Ello incluye el derecho de los justiciables a ser protegidos contra los efectos perjudiciales que una práctica colusoria nula de pleno derecho pueda haber generado.

38. Por supuesto, los justiciables que pueden beneficiarse de dicha protección son, en primer lugar, los terceros, es decir los consumidores y los competidores perjudicados por una práctica colusoria prohibida.¹¹

39. En cambio, como indica acertadamente Courage, quienes participan en una práctica colusoria no deben normalmente obtener la misma protección, puesto que son «la causa misma de la práctica colusoria». Esto no es sino la aplicación del principio de Derecho, reconocido en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos desarrollados, incluido el ordenamiento jurídico comunitario, según el cual una parte no

puede invocar sus propios actos ilícitos (*nemo auditur propriam turpitudinem allegans*).¹² En el presente caso ello significa que dicha parte no puede basarse en sus propios actos ilegales para reclamar que se eliminen las consecuencias negativas que para ella hayan podido tener dichos actos.

40. No obstante, conviene preguntarse si el simple y mero hecho de participar en una práctica colusoria supone en cualquier circunstancia y automáticamente un «acto ilícito». En efecto, existen casos en que dicho «acto ilícito» no me parece evidente. El Gobierno francés menciona, a este respecto, las prácticas unilaterales de la parte que se encuentra en una posición de fuerza en una práctica colusoria vertical, como la difusión de una circular que impone un precio mínimo de reventa por el proveedor o una exclusividad para el desarrollo de una actividad de arrendamiento financiero.

41. Estos ejemplos muestran, a mi juicio, que el razonamiento, según el cual el hecho de participar en la práctica colusoria constituye automáticamente un acto ilícito y, por tanto, excluye a dicha parte de la protección ofrecida por el artículo 81 CE, es demasiado formalista y no tiene en cuenta las particularidades de cada caso. Ciertamente, los casos en que el hecho de tomar parte en la práctica colusoria no

10 — Véanse, en particular, las sentencias BRT y Delimitis, antes citadas.

11 — Véanse, en este sentido, las conclusiones del Abogado General Sr. Van Gerven en el asunto Banks (sentencia de 13 de abril de 1994, C-128/92, Rec. p. I-1209, puntos 43 y ss.).

12 — En relación con un ejemplo concreto de aplicación de dicho principio, véase la sentencia de 7 de febrero de 1973, Comisión/Italia (39/72, Rec. p. 101), apartado 10. Igualmente, respecto del principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*, las conclusiones del Abogado General Sr. Cosmas de 23 de marzo de 2000 en el asunto Ampafrance y Sanofi (sentencia de 19 de septiembre de 2000, asuntos acumulados C-177/99 y C-181/99, Rec. p. I-7013, puntos 49 y 83), y mis conclusiones de 19 de marzo de 1991 en el asunto Crispolti (sentencia de 11 de julio de 1991, C-368/89, Rec. p. I-3695, punto 46).

equivalga a un «acto ilícito» serán excepcionales o incluso inexistentes cuando se trate de prácticas colusorias horizontales, pero no puede descartarse que existan.

42. El criterio que, en mi opinión, debe prevalecer, a fin de determinar si uno de los participantes en una práctica colusoria ha incurrido en un «acto ilícito», es la responsabilidad de dicha parte en la distorsión de la competencia. Cuando esta responsabilidad es real, dicho participante no puede sacar provecho de su «acto ilícito», beneficiándose, como ocurre con un tercero, de una protección frente a la práctica colusoria.

43. En cambio, si la responsabilidad de una de las partes en la distorsión de la competencia no es significativa, habida cuenta del contexto en que dicha parte se encuentra —por ejemplo, como señaló el Reino Unido, cuando una de las partes no es capaz de resistir la presión económica ejercida por una empresa más fuerte—, no existe ninguna razón para privar a dicha parte de la protección del artículo 81 CE. En efecto, en un caso como el mencionado, la realidad es que la parte afectada no crea la práctica colusoria, sino que, más bien, la sufre. En su relación con la práctica colusoria, se parece más a un tercero que al autor de la práctica.

44. En consecuencia, opino que puede considerarse que el artículo 81 CE protege de los efectos de una práctica colusoria no sólo a los terceros, sino también, en circunstancias excepcionales, a uno de los participantes en la práctica colusoria, a saber, aquel que no es responsable en una medida significativa de la distorsión de la competencia.

45. La segunda etapa de mi razonamiento exige examinar la forma en que los órganos jurisdiccionales nacionales deben salvaguardar el derecho que el artículo 81 CE engendra, en ciertas circunstancias, en favor de uno de los participantes en una práctica colusoria.

46. Como resulta de las sentencias BRT y Delimitis, antes citadas, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales salvaguardar los derechos que el artículo 81 CE puede engendrar en favor de los justiciables. En efecto, según una jurisprudencia reiterada, corresponde a los órganos jurisdiccionales nacionales, en virtud del principio de cooperación establecido por el artículo 10 CE, proporcionar la protección jurídica que se deriva para los justiciables del efecto directo de las disposiciones del Derecho comunitario.¹³

47. A este respecto, los requisitos tanto materiales como de forma establecidos por los ordenamientos jurídicos nacionales no pueden, cuando se trate de acciones basadas en el Derecho comunitario, ser menos favorables que los correspondientes a recursos similares de carácter interno (principio de equivalencia) y no pueden, como se discute en este asunto, articularse de manera que hagan prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario (principio de efectividad).¹⁴

¹³ — Véanse, por ejemplo, las sentencias de 16 de diciembre de 1976, Rewe (33/76, Rec. p. 1989), apartado 5, y de 19 de junio de 1990, Factortame y otros (C-213/89, Rec. p. I-2433), apartado 19.

¹⁴ — Véanse, en particular, las sentencias de 9 de noviembre de 1983, San Giorgio (199/82, Rec. p. 3595), apartado 12; de 19 de noviembre de 1991, Francovich y otros (asuntos acumulados C-6/90 y C-9/90, Rec. p. I-5357), apartado 43, y de 17 de julio de 1997, Texaco y Olievskabet Danmark (asuntos acumulados C-114/95 y C-115/95, Rec. p. I-4263), apartado 45.

48. ¿Cómo debe interpretarse esta jurisprudencia en el presente asunto?

49. El ordenamiento jurídico inglés dispone, como otros muchos ordenamientos jurídicos, de una acción para solicitar la indemnización de daños y perjuicios entre particulares.

50. Como ha señalado la Comisión en sus observaciones, los órganos jurisdiccionales británicos han admitido que se ejercite dicha acción para obtener la reparación del perjuicio causado a terceros por un comportamiento que infringe el Derecho comunitario.

51. No obstante, en Derecho inglés las partes de un acuerdo prohibido no disponen de esta acción para reclamar una indemnización de daños y perjuicios. Es cierto que no existe ninguna discriminación en relación con los derechos basados en el ordenamiento jurídico comunitario, en el sentido de que, como se ha interpretado aquí, una de las partes de un acuerdo ilegal no puede nunca reclamar a la otra parte una indemnización por el perjuicio que le ha causado el hecho de participar en dicho acuerdo ilegal, con independencia de que dicha ilegalidad se derive del Derecho interno o del Derecho comunitario.

52. No obstante, es preciso plantearse la cuestión de si la mencionada imposibilidad absoluta de utilizar la acción para reclamar una indemnización de daños y perjuicios no constituye, en el sentido de la jurisprudencia

citada, una articulación de los requisitos materiales y formales de la acción controvertida que hace prácticamente imposible o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario.

53. Debe recordarse que el artículo 81 CE engendra, en mi opinión, en favor de la parte del acuerdo que no es responsable en una medida significativa de la distorsión de la competencia un derecho a que se proteja de los efectos perjudiciales que se hayan derivado para ella. Ahora bien, creo que la norma de Derecho inglés, antes citada, obstaculiza la protección eficaz de dicho derecho.

54. En efecto, nadie pone en duda que una acción por la que se solicita una indemnización de daños y perjuicios es un medio eficaz para proteger los derechos de un particular. Es cierto que la nulidad prevista en el artículo 81 CE, apartado 2, es una sanción fundamental, pero no siempre basta para reparar el perjuicio causado. Como ha indicado el Reino Unido, si se impide a una parte que no es responsable en una medida significativa de la distorsión de la competencia acudir ante un órgano jurisdiccional para obtener una indemnización de daños y perjuicios, la otra parte podría beneficiarse de manera injustificada de su comportamiento ilícito a costa de quien contrató con ella.

55. En consecuencia, opino que la norma de Derecho nacional controvertida puede hacer prácticamente imposible la protección de que se beneficia en ciertas circunstancias una de las partes de un acuerdo

ilícito y, por ello, es preciso considerar que el Derecho comunitario se opone a ello.

56. Además, debo añadir que las partes en el litigio principal y varios de los Gobiernos que han presentado observaciones durante el presente procedimiento han discutido si la posibilidad de que una de las partes de un acuerdo prohibido presente una demanda solicitando una indemnización de daños y perjuicios disminuiría o aumentaría la eficacia del Derecho comunitario.

57. Courage alega que admitir la posibilidad de una indemnización haría más atractiva la participación en un acto ilegal. Los particulares sabrían, en efecto, que siempre pueden liberarse del contrato ilícito y reclamar una indemnización de daños y perjuicios si el contrato no les aporta las ventajas esperadas. Sin embargo, estoy de acuerdo con el Reino Unido y la Comisión, para quienes la perspectiva de poder reclamar una indemnización de daños y perjuicios constituiría no sólo una incitación, para las partes más débiles, a denunciar los acuerdos que infringen el artículo 81 CE, sino también, lo que es probablemente más importante, un medio eficaz de disuadir a la parte que se encuentra en una posición de fuerza de imponer un acuerdo que restringe la competencia.

58. Debo precisar, sin embargo, que no se trata en modo alguno, a mi juicio, de imponer a la otra parte, a fin de garantizar mejor la eficacia del Derecho comunitario,

una especie de sanción análoga a la multa que el Reglamento n° 17 del Consejo, de 6 de febrero de 1962, primer reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86 del Tratado,¹⁵ permite que la Comisión imponga. Se trata simplemente de extraer las consecuencias del efecto directo del artículo 81 CE.

59. En consecuencia, estoy de acuerdo con el Reino Unido cuando señala que «no defiende la idea de que una de las partes de un contrato deba obtener más de lo que ha perdido como consecuencia del acuerdo ilegal. En ciertos supuestos, el demandante, incluso si se encuentra en una posición de negociación más débil, puede haber obtenido alguna ventaja de una disposición ilegal del acuerdo, por lo que, a fin de evitar un enriquecimiento injusto y la imposición de una sanción penal al demandado, dichos beneficios deberían, en principio, tenerse en cuenta al valorar el daño. La valoración precisa del daño incumbe, por supuesto, a los órganos jurisdiccionales nacionales.»

60. Sobre la base de todo lo anterior, propongo que se conteste a las cuestiones segunda y tercera que el Derecho comunitario se opone a una norma de Derecho nacional que impide a una parte vinculada por una cláusula contractual contraria al artículo 81 CE obtener una indemnización de daños y perjuicios por un perjuicio que haya sufrido únicamente por ser una de las partes de dicho contrato.

15 — DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22.

Sobre la cuarta cuestión

61. Mediante la cuarta cuestión, la Court of Appeal pide que, en el supuesto de que se responda a la tercera cuestión que en ciertas circunstancias la disposición de Derecho nacional controvertida puede ser incompatible con el Derecho comunitario, se le indique qué circunstancias debe tener en cuenta el órgano jurisdiccional nacional.

62. A este respecto, se han propuesto durante este procedimiento diferentes circunstancias que el órgano jurisdiccional nacional debería tomar en consideración.

63. Al mismo tiempo que destaca el peligro de que se altere el equilibrio del riesgo comercial y contractual normal, Courage propone como circunstancias a tener en cuenta el contexto en que se celebró el acuerdo, la transparencia, la responsabilidad de la parte demandada y de la parte demandante, así como el análisis jurídico de la cláusula en cuestión.

64. El Sr. Crehan estima que el elemento clave debería ser la responsabilidad de la parte contratante en la distorsión de la competencia. Debería permitirse que una parte solicite una indemnización de daños y perjuicios cuando no se la pueda considerar

responsable en la misma medida («equally responsible») de la distorsión de la competencia.

65. La Comisión comparte, en lo esencial, este mismo punto de vista. Esta Institución ha señalado que las circunstancias en que es posible invocar las acciones ilegales de una persona para privarla del derecho a una indemnización de daños y perjuicios deberían limitarse a los casos en que la parte que solicita la reparación se encuentra efectivamente *in pari delicto*, es decir, tiene una responsabilidad al menos igual en la restricción de la competencia por la que exige una reparación.

66. El Gobierno italiano opina que debería poder presentar una demanda de indemnización de daños e intereses la parte perjudicada que se encontraba en una situación de debilidad manifiesta respecto de la otra parte en el contrato y que, por ello, no tuvo una posibilidad real de elegir en relación con la otra parte y las cláusulas del contrato.

67. El Gobierno del Reino Unido estima que el órgano jurisdiccional nacional debería tener en cuenta principalmente la mayor eficacia en la ejecución del Derecho comunitario a la que dichas demandas podrían conducir. En este contexto, el órgano jurisdiccional nacional podría tomar en consideración, en particular, el poder de negociación de cada una de las partes, así como su responsabilidad y sus respectivos comportamientos.

68. Como he indicado anteriormente, el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* existe también en Derecho comunitario.

69. De ello se desprende que el Derecho comunitario no se opone a que el Derecho nacional impida a una de las partes, cuya responsabilidad en la distorsión de la competencia ha quedado demostrada, obtener una indemnización de daños y perjuicios de la otra parte contratante.

70. En efecto, la protección que engendra el artículo 81 CE cesa, en mi opinión, cuando la responsabilidad de dicha parte en la distorsión de la competencia es significativa.

71. La responsabilidad es evidentemente significativa si la parte se encuentra *in pari delicto* respecto de la otra parte, es decir, si es responsable en la misma medida («equally responsible») de la distorsión de la competencia.

72. En cambio, la responsabilidad no es significativa en el supuesto, mencionado por el Gobierno italiano, de una parte perjudicada que se encuentra en una situación de debilidad manifiesta respecto a la otra parte contratante.

73. Para valorar la responsabilidad de la parte que reclama una indemnización de daños y perjuicios, es preciso tener en cuenta el contexto económico y jurídico en el que las partes se encuentran, así como la actuación y el poder de negociación respectivos de las dos partes, como ha propuesto el Gobierno del Reino Unido.

74. Procede examinar, en particular, si dicha parte se encontraba en una posición de inferioridad caracterizada respecto de la otra parte. Esta posición de inferioridad debe ser tal que comprometa seriamente la libertad de dicha parte para elegir las cláusulas contractuales.

75. Por último, debe añadirse que el hecho de que una parte tenga una responsabilidad que no sea significativa no impide que se le exija que dé pruebas de que ha actuado con una diligencia razonable para limitar la magnitud del perjuicio.

76. En efecto, como señaló acertadamente Courage, este principio existe en Derecho comunitario.¹⁶ Por tanto, este último difícilmente puede oponerse a una norma análoga de Derecho nacional.

16 — Sentencias de 19 de mayo de 1992, Mulder y otros/ Consejo y Comisión (asuntos acumulados C-104/89 y C-37/90, Rec. p. I-3061), apartado 33, y de 5 de marzo de 1996, Brasserie du pêcheur y Factortame (asuntos acumulados C-46/93 y C-48/93, Rec. p. I-1029), apartado 85.

77. No obstante, el hecho de que no se negara a celebrar el acuerdo no puede, por sí solo, considerarse una falta de diligencia en dicho sentido. Al igual que la Comisión, opino que «este principio no puede justificar la desestimación de una demanda *ab initio*; únicamente puede dar lugar a una limitación del importe de la reparación realmente debida».

78. En consecuencia, procede responder a la cuarta cuestión que el Derecho comuni-

tario no se opone a una norma de Derecho nacional que prevé que los órganos jurisdiccionales no deben permitir que una persona invoque y/o se base, como una etapa necesaria para obtener una indemnización de daños y perjuicios, en sus propias acciones ilegales, en la medida en que se haya demostrado que dicha persona tiene una responsabilidad que no puede considerarse insignificante en la distorsión de la competencia. La responsabilidad es insignificante cuando la parte se encuentra en una posición de inferioridad tal, respecto de la otra parte, que no es realmente libre para elegir las cláusulas del contrato.

IV. Conclusión

79. Propongo al Tribunal de Justicia que responda de la siguiente manera a las cuestiones planteadas por la Court of Appeal:

- «1) El artículo 81 CE debe interpretarse en el sentido de que una de las partes de un contrato ilícito de arrendamiento de un establecimiento de bebidas que contiene una cláusula de exclusividad puede invocar la nulidad de dicho contrato ante los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro.

- 2) El Derecho comunitario se opone a una norma de Derecho nacional que impide a una parte vinculada por una cláusula contractual contraria al artículo 81 CE obtener una indemnización de daños y perjuicios por un perjuicio que haya sufrido únicamente por ser una de las partes de dicho contrato.

- 3) En cambio, el Derecho comunitario no se opone a una norma de Derecho nacional que prevé que los órganos jurisdiccionales no deben permitir que una persona invoque y/o se base, como una etapa necesaria para obtener una indemnización de daños y perjuicios, en sus propias acciones ilegales, en la medida en que se haya demostrado que dicha persona tiene una responsabilidad que no puede considerarse insignificante en la distorsión de la competencia. La responsabilidad es insignificante cuando la parte se encuentra en una posición de inferioridad tal, respecto de la otra parte, que no es realmente libre para elegir las cláusulas del contrato.»