CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. JOSEPH GAND presentadas el 5 de febrero de 1970 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

La resolución de remisión que ha dirigido a este Tribunal de Justicia el Oberlandesgericht Karlsruhe versa sobre un contrato de suministro de cerveza similar al resuelto por este Tribunal de Justicia en su sentencia de 12 de diciembre de 1967, Haecht (23/67, Rec. p. 525), pero las cuestiones que se plantean respecto al artículo 85 del Tratado CEE y al Reglamento nº 17 tienen, como se verá, un alcance más general que sobrepasa a este tipo de contrato.

I

Los hechos que han dado lugar a este litigio son los siguientes:

La cervecería Bilger, con domicilio social en Gottmadingen, celebró el 7 de enero de 1950, un contrato con los esposos Jehle, mesoneros, por el cual éstos se obligaban a explotar permanentemente dos establecimientos de consumo de cerveza en Friedrichshafen, y a proveerse exclusivamente de cerveza en la fábrica de la otra parte contratante. Se obligaban igualmente a transmitir estas obligaciones a sus causahabientes, a sus arrendatarios y a los causahabientes de éstos. Como contraprestación, la cervecería Bilger puso a su disposición el mobiliario de explotación y les facilitó diversos préstamos. El contrato obligaba a los mesoneros hasta el 1 de octubre de 1975, prorrogándose tras esta fecha si en la misma quedara pendiente un crédito de la cervecería o si ésta fuera fiadora de ellos por alguna deuda; fue prorrogado por tres años, hasta el 1 de octubre de 1978, mediante transacción judicial de fecha 22 de septiembre de 1960.

Este contrato no fue notificado a la Comisión tras la entrada en vigor del Reglamento nº 17.

En 1962, los esposos Jehle, mientras continuaban explotando personalmente uno de los dos establecimientos, arrendaron el segundo y, a partir de este momento los dos establecimientos sirvieron, además de las cervezas Bilger, cervezas especiales de otras cervecerías. Por otra parte, se reintegraron los préstamos concedidos y se devolvió la mayor parte del mobiliario que había sido puesto a su disposición.

* Lengua original: francés.

La cervecería Bilger emprendió una acción ante los Tribunales alemanes solicitando que los esposos Jehle fueran condenados a abstenerse de comprar, servir o vender, hasta la fecha de expiración del contrato, en el establecimiento que explotaban otras cervezas que no fueran las producidas por la demandante. Reclamaba además daños y perjuicios por los sufridos tanto por la acción de los esposos Jehle como por la del arrendatario de éstos. El asunto pasó por todos los niveles de la organización judicial hasta el Bundesgerichtshof, que lo remitió al Oberlandesgericht Karlsruhe al interponer las dos partes un recurso de casación.

Fue en este momento cuando los demandados alegaron por primera vez, en un escrito de 2 de julio de 1968, que el contrato de suministro de cerveza era nulo en virtud del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE. Efectivamente, el 80 % de los mesoneros alemanes estaban vinculados por contratos de suministro y el 60 % del total de la producción de las cervecerías alemanas se vendía en régimen de contratos de exclusiva, de donde se seguía una restricción del comercio entre los Estados miembros, ya que no les era posible a las cervecerías de los demás Estados miembros encontrar compradores en la República Federal. A favor de esta tesis citaban la sentencia Haecht de este Tribunal de Justicia. Apoyándose en el tenor de esta sentencia, que invita a los órganos jurisdiccionales nacionales a examinar cada contrato de suministro de cerveza para ver si «basándose en un conjunto de elementos objetivos de hecho o de Derecho» es posible incluirlo en el marco del apartado 1 del artículo 85, el órgano jurisdiccional ante el cual se sometió el litigio formuló a las partes una serie impresionante de preguntas, en particular, sobre la producción, venta y consumo de cerveza en Alemania. Tan sólo cuando las partes se declararon incapaces de responder a lo esencial de estas preguntas, el Oberlandesgericht planteó a este Tribunal de Justicia las dos cuestiones que voy a examinar sucesivamente.

II

El Juez alemán pregunta al Tribunal de Justicia, en primer lugar, si un contrato de suministro de cerveza celebrado entre dos empresas de un Estado miembro antes del 13 de marzo de 1962 se refiere a la importación y exportación entre Estados miembros en el sentido del número 1 del apartado 2 del artículo 4 del Reglamento nº 17 cuando la clausura de exclusividad tiene el siguiente tenor: «el mesonero se compromete a abastecerse exclusivamente de la cerveza que necesite para el funcionamiento de su establecimiento en la cervecería (establecida en el mismo Estado miembro)» y si dicho contrato debe notificarse conforme a los apartados 1 y 2 del artículo 5 en relación con el número 1 del apartado 2 del artículo 4 del mismo Reglamento.

Sin duda el Juez alemán cita con excesiva fidelidad el texto de la cláusula de exclusividad que figura en el contrato, cuya validez se discute ante él, pero el verdadero objeto de su cuestión es precisar sobre el punto que le interesa el concepto de acuerdo que no afecta a las importaciones ni a las exportaciones entre Estados miembros, tal

como está previsto en el número 1 del apartado 2 del artículo 4 del Reglamento nº 17. Así pues, se trata ciertamente de la interpretación de un texto comunitario sobre el que deberá pronunciarse el Tribunal de Justicia, pero éste puede prescindir de todas las consideraciones sobre la utilidad económica o lo pernicioso de los contratos de suministro de cerveza expuestas en la fase escrita o en la vista.

El Reglamento nº 17 establece el principio de que los acuerdos mencionados en el apartado 1 del artículo 85 en favor de los cuales los interesados deseen invocar las disposiciones del apartado 3 del artículo 85 del Tratado deberán notificarse a la Comisión y en tanto no hayan sido notificados no podrá tomarse una decisión relativa a la aplicación del apartado 3 del artículo 85. Esto es así tanto si los referidos acuerdos son anteriores o posteriores a la entrada en vigor del Reglamento. No obstante, teniendo en cuenta que algunos de ellos, por sus características pueden parecer menos peligrosos para el desarrollo del mercado común, este texto dispensa de la mencionada obligación a ciertos tipos de acuerdos, entre los que figuran aquéllos en los que sólo participen empresas de un solo Estado miembro y que no afecten a las importaciones ni a las exportaciones entre Estados miembros (número 1 del apartado 2 del artículo 4, para los nuevos acuerdos –apartado 2 del artículo 5 para los acuerdos existentes en la fecha de entrada en vigor del Reglamento).

Hay que ver, pues, si un acuerdo por el que una empresa se compromete a adquirir exclusivamente ciertos productos a otra empresa del misma Estado miembro *afecta* a las importaciones o a las exportaciones entre Estados miembros en el sentido del número 1 del apartado 2 del artículo 4.

Opino que la respuesta debe ser negativa. Sin duda, la obligación de aprovisionarse exclusivamente en la fábrica de la otra parte contratante, establecida en el mismo Estado, excluye la posibilidad de dirigirse a cualquier otro proveedor, establecido en el mismo Estado o en otro Estado miembro, y de esta forma es posible que el acuerdo pueda tener un efecto sobre las importaciones o las exportaciones. Pero éstas no son el objeto a que se refiere el contrato de suministro en exclusiva; no se puede decir que este contrato «les concerne», término que nos parece más fuerte que la palabra «*affecter*» que emplea el artículo 85 del Tratado, y la incidencia que puede tener sobre las mismas es tan sólo indirecta. Además es difícil de evaluar, ya que las partes contratantes no pueden, en manera alguna, apreciar las consecuencias indirectas de los acuerdos que celebran y éstas pueden evolucionar de acuerdo con las circunstancias; por lo tanto nos parece que pueden ser ignoradas. Además, si se admitiera que todos los contratos en exclusiva celebrados entre empresas de un mismo Estado miembro afectan a las importaciones o a las exportaciones, lo dispuesto en el número 1 del apartado 2 del artículo 4 del Reglamento nº 17 quedaría sin objeto.

Rectificando ligeramente la cuestión planteada por el Juez alemán, se le puede responder que los contratos celebrados entre dos empresas de un mismo Estado y mediante los cuales una de las partes se compromete a comprar exclusivamente a la otra determinados productos que ella revende en el territorio de este mismo Estado, no afectan a las importaciones o a las exportaciones entre Estados miembros en el sentido del artículo 4 del Reglamento n° 17 y por lo tanto no deben ser notificados.

III

El Oberlandesgericht pregunta seguidamente a este Tribunal de Justicia cómo se debe interpretar el apartado 2 del artículo 85 del Tratado CEE en lo que se refiere a los acuerdos que no necesitan ser notificados, teniendo en cuenta la posible retroactividad de una decisión de exención tomada por la Comisión en virtud del apartado 3 del artículo 85 del Tratado y del artículo 6 del Reglamento n° 17, y si un acuerdo que no necesita ser notificado es provisionalmente válido.

- El apartado 2 del artículo 85 dispone que los acuerdos prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho. Pronto se planteó a este Tribunal de Justicia la cuestión del significado que había que dar a esta disposición en relación con los acuerdos existentes en el momento de la entrada en vigor del Reglamento n° 17 y la respuesta fue la sentencia de 6 de abril de 1962, De geus (13/61,- Rec. p. 89). La opinión del Tribunal fue que en lo relativo a estos acuerdos la nulidad de pleno Derecho no se producía por el mero hecho de estar comprendidos en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85, ya que podían estar exentos de la prohibición establecida por este apartado en virtud de las disposiciones del apartado 3 del mismo artículo. Citaré un pasaje de la sentencia que reza así:«[...] que estos acuerdos y decisiones deben ser considerados válidos cuando entran en el ámbito del apartado 2 del artículo 5 de dicho Reglamento (se trata de los acuerdos que no deben ser notificados); que deben ser considerados provisionalmente válidos cuando, aun sin estar comprendidos en esta disposición, son notificados a la Comisión de acuerdo con el apartado 1 del artículo 5 de dicho Reglamento». Esta validez, sin embargo, no es definitiva, ya que posteriormente la Comisión puede denegar la exención prevista en el apartado 3 del artículo 85.

Quedaba por definir esta validez provisional y precisar sus efectos. La sentencia de 1962 de este Tribunal de Justicia dio origen, tanto en las jurisprudencias nacionales como en la doctrina, a toda una serie de soluciones, desde las más restrictivas hasta las más liberales, de las que el Abogado General Sr. Roemer, trazó un cuadro exhaustivo en sus conclusiones presentadas en el asunto en el que recayó la sentencia de 9

de julio de 1969, Portelange (10/69,- Rec. 1969, p. 309). El asunto se refería a un acuerdo, anterior a la entrada en vigor del Reglamento nº 17, que debía ser y fue notificado.

En sus observaciones presentadas ante este Tribunal de Justicia, la Comisión, partiendo de la idea de que la prohibición establecida por el apartado 1 del artículo 85 persiste incluso en caso de notificación hasta que ella haya adoptado una decisión en relación con el acuerdo, estimaba incompatible con el Tratado que, durante el período anterior a dicha decisión, se pudiera considerar que un acuerdo fuera válido sin restricciones desde el punto de vista del Derecho civil. También, aunque admitía que en el curso de este período de espera existieran ciertos vínculos entre las partes, como la obligación de colaborar para obtener la exención prevista por el apartado 3 del artículo 85 y la de abstenerse de cualquier acción que pudiera comprometer esta exención, estimaba que dichas partes no podían basarse en el acuerdo para invocar ante los órganos jurisdiccionales nacionales derechos a la ejecución del contrato.

El Tribunal de Justicia rechazó completamente esta tesis. En efecto, la cuestión de saber si un acuerdo notificado está efectivamente prohibido se basa en la apreciación de elementos que no se pueden considerar reconocidos sin una comprobación explícita de que el caso que se examina no solamente entra en el ámbito del apartado 1 del artículo 85, sino que no justifica la excepción prevista en el apartado 3. En tanto no se haya realizado esta comprobación cualquier acuerdo debidamente notificado debe ser considerado válido y el principio general de seguridad jurídica exige que surta plenos efectos mientras la Comisión no se haya pronunciado al respecto.

¿Se debe admitir igual solución para los acuerdos que no deben ser notificados y que de hecho no lo han sido?

Para responder afirmativamente la cervecería Bilger alega una serie de razones. Recuerda, en primer lugar, la sentencia Bosch que no permite reservar un trato menos favorable a este tipo de acuerdos que a aquellos a los que el Reglamento nº 17 supedita a la obligación de notificación. Si han sido dispensados de esta obligación es porque, como indica la exposición de motivos, son «menos peligrosos» que otros para el desarrollo del mercado común; por lo tanto también deben ser objeto de al menos una aplicación de la misma amplitud. Por otra parte, el apartado 2 del artículo 6 del Reglamento nº 17 dispone que pueden se eximidos retroactivamente de la prohibición del apartado 1 del artículo 85. Sería, pues, ilógico considerar que adolecen de nulidad condicional o que están privados totalmente de eficacia real hasta que la Comisión no se haya pronunciado sobre los mismos. Si para adquirir esta eficacia hubieran de ser notificados –como da la posibilidad el apartado 2 del artículo 5 del Reglamento– cualquier empresa seria se vería obligada en la práctica a cumplimentar esta formalidad, pero, al suprimir de este modo la distinción entre los acuerdos sujetos a la obligación de notificación y aquéllos dispensados de la misma, se incumpliría la intención de los autores

del Reglamento y la Comisión se vería inundada por expedientes. Finalmente, la exigencia de seguridad jurídica es tan grande para estos acuerdos como para los contemplados por la sentencia Portelange y la lentitud con que procede la Comisión antes de tomar una decisión les es también perjudicial.

La Comisión adopta una posición muy diferente. Repite para los acuerdos dispensados de notificación la opinión restrictiva de la validez provisional que había sostenido sin éxito para los acuerdos que se le sometieron. Para justificarla se basa en los fundamentos que parecen haber inspirado la sentencia Portelange: la carencia de medios de los interesados para acelerar la adopción de una decisión del apartado 3 del artículo 65 y las necesidades de la seguridad jurídica -la posibilidad que la notificación da a la Comisión de poner fin a una situación provisional negando la exención o recurriendo al apartado 6 del artículo 15 del Reglamento. Desde el momento en que los interesados han sido informados de que, tras un examen provisional, la Comisión no cree poder aplicar el apartado 3 del artículo 85, no pueden continuar la ejecución del acuerdo más que por su cuenta y riesgo.

La situación es muy diferente en el caso de acuerdos no notificados. En efecto, las empresas tienen siempre la facultad de proceder voluntariamente a su notificación para acabar con la inseguridad jurídica en la que se encuentran. En cuanto a la Comisión, generalmente informada con gran retraso de la existencia de estos acuerdos, está privada de medios para iniciar rápidamente respecto a los interesados uno de los procedimientos del Reglamento nº 17. Finalmente, refiriéndose al apartado 2 del artículo 15, estima que reconocer a los acuerdos no sujetos a notificación los efectos jurídicos definidos por la sentencia Portelange podría originar un conflicto entre la obligación civil de ejecutar el contrato y la obligación, acompañada de una sanción de Derecho público, de respetar las normas sobre competencia del Tratado. No niega que el contrato haya creado vínculos y obligaciones entre las partes, pero opina que los interesados no deberían emprender nada que se oponga a una exención y que, en particular, deberían abstenerse de celebrar contratos que pudieran impedir la ejecución del acuerdo provisionalmente válido; pero esta validez no debe tener por consecuencia permitir a una parte contratante, antes de cualquier decisión de la Comisión, exigir a la otra el cumplimiento de su obligación o reclamar una indemnización en el caso de incumplimiento de la misma. En su opinión, convendría responder en este sentido a la pregunta del Juez alemán.

Esta argumentación no carece de fuerza y algunos argumentos textuales parecen apoyarla. Hay que hacer notar, no obstante, que la mayoría de las razones que da la sentencia Portelange para reconocer pleno efecto a los acuerdos sujetos a la obligación de notificación son igualmente válidos en el caso presente: concretamente en lo que se refiere a la inseguridad jurídica que afecta a dichos contratos. En cuanto a la solución propuesta, a saber, la notificación voluntaria de los acuerdos, si se hiciera de la misma una condición «necesaria» para que adquirieran su plena eficacia, produciría un aflujo de expedientes mucho mayor que el

que prevé la Comisión. Por otra parte, esta solución se opone al punto de vista de los autores del Reglamento, que dispensaron de esta formalidad a los tipos de acuerdos mencionados en el apartado 2 del artículo 5 y que no son tan sólo los celebrados entre empresas radicadas en el mismo Estado miembro y que no afectan a las importaciones ni a las exportaciones entre Estados miembros. La dispensa se basa en la idea de que estos acuerdos son menos peligrosos para el desarrollo del mercado común: hay que suponer, pues, que si entran efectivamente en el ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85, es probable que puedan beneficiarse de una medida adoptada con arreglo al apartado 3 de dicho artículo y no hay un gran peligro en reconocerles provisionalmente amplios efectos. Finalmente, la posibilidad de conflicto que menciona la Comisión entre la obligación civil y la obligación acompañada de una sanción de Derecho público nos parece tanto menos temible cuanto que se ha indicado en la vista que, en dicho supuesto, la Comisión probablemente no impondría una multa. La tesis mantenida por esta Institución también nos parece un poco irreal; no vemos ninguna razón imperiosa para reconocer a la validez provisional de los acuerdos dispensados de notificación, en virtud de las disposiciones del número 1 del apartado 2 del artículo 4 en relación con el apartado 2 del artículo 5, menor amplitud que la admitida para los acuerdos notificados y la respuesta que se dé al Juez alemán, *mutatis mutandis,* podría redactarse en términos análogos a los de la sentencia Portelange.

Propongo que se responda a esta segunda cuestión del Oberlandesgericht Karlsruhe que los acuerdos mencionados por el apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE, que están dispensados de notificación por el apartado 2 del artículo 5 del Reglamento nº 17, surten plenos efectos mientras la Comisión no se haya pronunciado con arreglo al apartado 3 del artículo 85 y a las disposiciones de dicho Reglamento.