CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. KARL ROEMER presentadas el 13 de diciembre de 1972 *

Señor Presidente,
Señores Jueces,

El tribunal de commerce de Liège ha presentado ante este Tribunal de Justicia por segunda vez una petición de decisión prejudicial en el litigio pendiente ante dicho órgano entre la Brasserie de Haecht y los esposos Wilkin-Janssen. Este órgano jurisdiccional solicita al Tribunal de Justicia que responda a las siguientes cuestiones:

«1) ¿El procedimiento conforme a los artículos 2, 3 y 6 del Reglamento nº 17 debe considerarse iniciado por la Comisión a partir del momento en que ésta acusa recibo de una solicitud de declaración negativa o de una notificación con objeto de conseguir la inaplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, conforme al apartado 3 del mismo artículo?

2) ¿La notificación de un contrato tipo que se refiere a disposiciones legales adoptadas en 1968 puede equivaler a la notificación de un acuerdo similar celebrado en el transcurso del año 1963?

3) ¿La nulidad de los acuerdos dispensados de notificación se considera declarada en la fecha en que una de las partes contratantes la invocó legalmente o solamente en la fecha de la sentencia o de la decisión de la Comisión que la declara?»

No tengo mucho que decir a propósito de los hechos que dieron origen al litigio nacional; lo fundamental ya fue dado a conocer en el marco del asunto 23/67 (Rec. 1967, p. 526). Efectivamente, este Tribunal recordará que en abril, julio y agosto de 1963 se celebraron varios contratos entre la Brasserie de Haecht, cuyo domicilio social está situado en Bélgica, y el matrimonio Wilkin-Janssen, que tienen un establecimiento de hostelería en ese país. Estos acuerdos establecían, por una parte, la concesión de prestamos a los titulares del negocio de hostelería y la puesta a su disposición de mobiliario y, por otra parte, la obligación de éstos de aprovisionarse de

* Lengua original: alemán.

bebidas exclusivamente en la Brasserie de Haecht. Como quiera que no se respetara esta cláusula, la fábrica de cerveza interpuso una demanda ante el tribunal de commerce de Liège con objeto de obtener la resolución de los contratos en perjuicio de los demandados, la restitución del mobiliario y el pago de daños y perjuicios en la cuantía fijada contractualmente. Por su parte, los demandados alegaron que los contratos celebrados con la Brasserie de Haecht no pueden ser válidos, puesto que se celebraron infringiendo el artículo 85 del Tratado CEE. El tribunal de Liège suspendió el procedimiento y solicitó a este Tribunal, mediante resolución de 8 de mayo de 1967, que clarificara un problema que se planteaba en el marco de la disposición citada. En la sentencia prejudicial del Tribunal de Justicia de 12 de diciembre de 1967, este Tribunal proporcionó al órgano jurisdiccional nacional las precisiones que éste deseaba obtener, después de que presentara mis conclusiones sobre el problema planteado. Parece que, como consecuencia de una observación que hice al término de éstas (dije que era recomendable en semejante caso suspender el procedimiento e instar a las partes a que solicitaran a la Comisión que les aclarara los problemas que planteaba aquella situación en la esfera del Derecho de la competencia), la Brasserie de Haecht decidió someter los hechos a la Comisión. Notificó a la Comisión un contrato tipo con el mismo contenido que el contrato objeto del litigio y solicitó una declaración de inaplicación del apartado 1 del artículo 85, es decir, la concesión de una declaración negativa. El 27 de enero de 1969 la Comisión acusó recibo de esta notificación, de fecha 13 de enero de 1969. También el mismo año ordenó, en una Decisión de 9 de octubre de 1969, iniciar una investigación en el sector cervecero, conforme al artículo 12 del Reglamento nº 17 (DO 1962, 13, p. 204; EE 08/01, p. 22). Además –y es importante señalarlo–, este Tribunal dictó también ese mismo año otras dos sentencias prejudiciales en relación con problemas del mismo tipo: la sentencia de 9 de julio de 1969, Portelange (10/69,– Rec. p. 309), que se refería a los efectos de los acuerdos notificados, y la sentencia de 18 de marzo de 1970, Bilger (43/69,– Rec. p. 127), en la que el Tribunal declaró, a propósito de un contrato de suministro de cerveza celebrado entre dos empresas de un mismo Estado miembro, que el contrato no debía ser notificado y que surtía sus efectos hasta que se declarara explícitamente su nulidad.

Todas estas circunstancias hicieron creer a la Brasserie de Haecht que podía suponer perfectamente que el contrato celebrado con Wilkin y Janssen era plenamente válido y, por tanto, que podía estimarse su demanda. Sin embargo, el tribunal de commerce de Liège no acogió sus pretensiones en este sentido. En efecto, los demandados formularon determinadas objeciones, fundadas en consideraciones científicas, que convencieron a este órgano jurisdiccional de la existencia de determinados problemas de Derecho comunitario en el litigio pendiente. Por ello el tribunal de commerce volvió a suspender el procedimiento y, mediante resolución de 27 de junio de 1972, planteó con carácter prejudicial a este Tribunal de Justicia las cuestiones que enunciamos al comienzo de mis conclusiones.

A continuación veré qué respuesta debe darse a dichas cuestiones.

1. La primera cuestión, como recordarán, consiste en si un procedimiento en el sentido de los artículos 2, 3 y 6 del Reglamento nº 17 se inicia por la Comisión a partir del momento en que ésta acusa recibo de una solicitud de declaración negativa o de una notificación con el fin de acogerse a las excepciones del apartado 3 del artículo 85 del Tratado. Por tanto, dicha cuestión tiene por objeto la interpretación del apartado 3 del artículo 9 del Reglamento nº 17, que tienen el siguiente tenor: «Mientras la Comisión no inicie procedimiento alguno en aplicación de los artículos 2, 3 o 6, las autoridades de los Estados miembros seguirán siendo competentes para aplicar las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 [...] aún cuando los plazos previstos en el apartado 1 del artículo 5 y el apartado 2 del artículo 7 para proceder a la notificación no hubieren expirado.»

Sin embargo, no podemos dedicarnos inmediatamente a resolver este problema, puesto que la Brasserie de Haecht alega, en primer lugar, que la cuestión carece de importancia para la solución del litigio principal. En opinión de la demandante, el único extremo importante es que el contrato litigioso fue notificado a la Comisión. Así se desprende de la citada sentencia Portelange, de cuya *ratio decidendi* se deduce que los acuerdos notificados a la Comisión (poco importa, evidentemente, si debían notificarse o no) son válidos hasta que esta última, única competente para ello, haya adoptado una decisión sobre la aplicabilidad del apartado 3 del artículo 85. La demandante en el procedimiento principal deduce de ello que, en consecuencia, los tribunales nacionales no podrían declarar la nulidad de un acuerdo, conforme al tenor de la sentencia Bilger, y que, por consiguiente, poco importa si la Comisión había iniciado o no un procedimiento conforme al Reglamento nº 17.

Es cierto que el Tribunal de Justicia no examina generalmente en materia prejudicial si su intervención es necesaria para la solución del litigio principal (de esto se trata en realidad) y que la excepción que el Tribunal indicó en la sentencia Salgoil se limita sólo al supuesto en que se haya invocado, con error manifiesto, una norma de Derecho comunitario. Sin embargo, creo que el Tribunal puede abandonar sus reservas en el presente asunto, puesto que la importancia de su decisión para la solución del litigio principal sólo puede apreciarse en función del Derecho comunitario. Por tanto, examinaremos el alcance exacto de la excepción propuesta por la demandante en el litigio principal. Para ello supondremos (puesto que la cuestión sólo puede aclararse en el marco de la discusión jurídica de la segunda cuestión) que el contrato litigioso fue notificado correctamente a la Comisión.

En opinión de la demandante en el litigio principal, la cuestión determinante es la del alcance real de la sentencia Portelange. Por tanto, debemos examinar si esta sentencia contempla efectiva e indistintamente tanto las prácticas colusorias anteriores (las existentes en el momento de entrada en vigor

del Reglamento nº 17) como las nuevas (las que se practicaron después de la entrada en vigor de dicho Reglamento).

Si nos atenemos a los fundamentos de Derecho de la sentencia, la respuesta sólo puede ser afirmativa. En ellos el Tribunal de Justicia declaró efectivamente en términos muy generales «que la cuestión de saber si semejante acuerdo está efectivamente prohibido se basa en la apreciación de elementos económicos y jurídicos que no pueden considerarse adquiridos fuera de la comprobación explícita de que el caso de autos, considerado individualmente, reúne no sólo los elementos enunciados por el apartado 1 de dicho artículo, sino que además no justifica la excepción prevista por el apartado 3. Mientras no se efectúe dicha comprobación, cualquier acuerdo debidamente notificado deberá considerarse válido». El Tribunal continuaba subrayando que es contrario al principio general de la seguridad jurídica «deducir del carácter no definitivo de la validez de los acuerdos notificados la conclusión de que mientras la Comisión no se haya pronunciado a su respecto en virtud del apartado 3 del artículo 85, su eficacia no será plena».

Sin embargo, un examen más atento de la cuestión nos hace dudar de que el Tribunal de Justicia haya tenido realmente la intención de dar un alcance general a los términos en los que se expresa. En efecto, debemos señalar en primer lugar (éste es un dato esencial) que la cuestión que se le planteó entonces al Tribunal sólo se refería a las llamadas prácticas anteriores; los apartados de la sentencia, relativa a la competencia del Tribunal de Justicia, lo demuestran suficientemente. Por consiguiente, no se puede alegar que el Tribunal de Justicia haya querido efectuar una declaración con un alcance tan amplio. Y ello sin motivo alguno, teniendo en cuenta que en materia prejudicial, es decir, en una esfera compuesta por problemas complejos y con consecuencias imprevisibles, el Juez se limita en principio a efectuar las declaraciones estrictamente necesarias. La exactitud de esta suposición se confirma en el fallo de la sentencia Portelange, que empieza con las siguientes palabras: «Los acuerdos contemplados en el apartado 1 del artículo 85 del Tratado que hayan sido *debidamente* notificados de conformidad con el Reglamento nº 17 [...]». Efectivamente, la única hipótesis que se puede formular aquí es que el adverbio «debidamente» se refiere a los plazos de notificación que establece el artículo 5 del Reglamento nº 17 puesto que en este asunto no se discutía ningún requisito de forma (y, por ende, la sentencia del Tribunal tampoco contiene ninguna alusión al Reglamento de la Comisión que regula los aspectos formales en esta esfera). Por lo tanto, no hay ninguna duda de que el fallo de la sentencia Portelange solamente se aplica a las prácticas anteriores. Por último, también podemos extraer de la sentencia Bilger (asunto 43/69) un indicio suplementario a favor de la exactitud de esta deducción. Al final del penúltimo apartado de esta sentencia, el Tribunal de Justicia habla de efectos idénticos a los de los «acuerdos notificados, celebrados *con anterioridad al 13 de marzo de 1962*». Por lo tanto, el Tribunal se refiere a las prácticas anteriores. Esta restricción nos parece especialmente concluyente. En efecto, si el Tribunal de Justicia hubiera determinado que la senten-

cia Portelange se refiere también a las prácticas nuevas y que, por consiguiente, hay que considerar que son *plenamente* válidas a partir de su notificación a la Comisión, las limitaciones contenidas al final de la sentencia Bilger no deberían haberse hecho y, en su lugar, debería haberse hablado de los efectos, en general, de los acuerdos *notificados*. Por consiguiente, la restricción formulada por el Tribunal de Justicia en el penúltimo apartado de la sentencia Bilger debe considerarse una mera precisión que el Tribunal quiso incluir en el tenor de la sentencia Portelange. Por tanto, entendemos que la importancia de la primera cuestión para la solución del litigio principal no puede negarse fundándose en la sentencia Portelange.

Por otra parte, la extensión de los principios de la sentencia Portelange a lo que se ha dado en llamar prácticas nuevas ha dado origen a numerosas críticas y se enfrenta, efectivamente, a objeciones considerables. Sin embargo, al no haberse planteado ninguna cuestión a este respecto, limitaremos nuestros comentarios a unas breves observaciones.

Es evidente que el sistema del Tratado no se concilia con la idea de que cualquier práctica nueva es plenamente válida desde el momento en que se notifica, hasta que se haya resuelto sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 85 a su respecto y los Tribunales nacionales están obligados a tratarla como tal. Las normas del Tratado en materia de prácticas colusorias se basan, en efecto, en el principio de que los acuerdos celebrados infringiendo el apartado 1 del artículo 85 están prohibidos y sancionados con la nulidad, sin que sea necesario para ello una declaración particular. Generalizar las tesis de la sentencia Portelange equivaldría, por consiguiente, a transformar el sistema de la prohibición sin perjuicio de autorización, querido por los autores del Tratado, en un sistema de control de los abusos, puesto que la nulidad de una práctica sólo puede resultar de una decisión de la Comisión sobre la aplicabilidad del apartado 3 del artículo 85 a dicha práctica. Por lo demás, la claridad de los términos del artículo 1 del Reglamento nº 17 demuestra por sí misma que esta idea no puede sostenerse.

Además, el artículo 6 del Reglamento nº 17 establece que la Comisión indicará la fecha a partir de la cual una decisión de aplicación del apartado 3 del artículo 85 haya de surtir efecto. Esta disposición no tendría sentido si las prácticas notificadas fueran válidas en cualquier caso hasta que la Comisión hubiera decidido sobre la aplicación respecto a ellas del apartado 3 del artículo 85. Otra disposición que confirma mi opinión al respecto es el artículo 15 del Reglamento nº 17. El apartado 5 de este artículo, en cuyos términos las multas no podrán ser impuestas a causa de acusaciones posteriores a la notificación a la Comisión y anteriores a la decisión de la Comisión relativa a la aplicación del apartado 3 del artículo 85, sería también superfluo si se supusiera que las prácticas notificadas son válidas en cualquier caso. Por mi parte estoy convencido de que este Tribunal no podría aprobar una transformación tan radical del sistema de detrimento de los principios del Derecho de la competencia.

¿Acaso no ha señalado el propio Tribunal reiteradamente, en otro contexto, la importancia para el funcionamiento del mercado común del respeto de las normas de competencia? Efectivamente, semejante transformación no podría justificarse por la dilación del procedimiento o por la necesidad de tener en cuenta los principios de seguridad jurídica (es decir, por las consideraciones en las que se inspiró el Tribunal en la sentencia Portelange para admitir la existencia de un régimen transitorio de carácter particular, aplicable a las prácticas anteriores). Para comprenderlo basta con reflexionar sobre las posibilidades que se abrirían para los interesados (recurso por omisión o recurso de indemnización) si la Comisión no respetara la obligación de adoptar «en un plazo razonable» una decisión conforme al apartado 3 del artículo 85, sobre la que este Tribunal ha insistido especialmente.

Después de este paréntesis, que han hecho necesario las objeciones planteadas por la demandante en el litigio principal, podemos declarar que la pertinencia de la primera cuestión para la solución del litigio principal está fuera de duda. Por consiguiente, podemos dedicarnos ahora a responder a dicha cuestión. Al abordar su examen descubrimos, en primer lugar, que las observaciones presentadas no contribuyen particularmente a facilitar nuestra tarea. Sabemos que, en opinión de la demandante en el litigio principal, hay que considerar en principio que la Comisión ha iniciado un procedimiento conforme al artículo 9 del Reglamento nº 17 desde el momento en que acusa recibo de una solicitud formulada con arreglo al artículo 2 del Reglamento nº 17 o de una notificación en el sentido del artículo 6 del mismo Reglamento.

Esta tesis es discutida con insistencia por las otras partes: el Gobierno federal, el Gobierno francés y los demandados en el litigio principal. El Gobierno federal y el Gobierno de la República Francesa entienden que hace falta que la Comisión manifieste mediante un acto positivo su voluntad de tomar una decisión con arreglo a los artículos 2, 3 o 6 del Reglamento nº 17. Dicho de otra manera, es necesario que la Comisión adopte una decisión formal de iniciar el procedimiento. Las partes demandadas en el litigio principal entienden, por su parte, que la Comisión debe, por lo menos, haber acordado alguna medida de investigación. La demandante en el litigio principal, por su parte, comparte esta tesis con carácter subsidiario al subrayar que en octubre de 1969 la Comisión ordenó efectivamente, con arreglo al artículo 12 del Reglamento nº 17, proceder a una investigación en el sector cervecero. Veamos, por tanto, qué cabe decir de estas distintas alegaciones.

Pensamos que lo más importante del tenor del artículo 9 del Reglamento nº 17 es que los autores de esta disposición distinguieron claramente entre la *notificación* de una práctica y la *iniciación* de un procedimiento que priva de toda competencia a las autoridades de los Estados miembros, lo cual no habrían hecho, con toda seguridad, si hubieran pensado que la notificación o la presentación de la solicitud implicaba el inicio del procedimiento (la Comisión había hecho una propuesta en este sentido que, sin embargo, no fue seguida por el Consejo, como indica Deringer en su «Commentaire sur le droit de la concurrence de la CEE»). A continuación, pensamos que la elección del

verbo «einleiten» es también significativo (quizá incluso más que el verbo francés «engager»). El empleo de esta palabra muestra, efectivamente, que los autores del texto querían expresar algo más que la mera recepción pasiva de la solicitud, que la asignación automática de un número de registro a dicha solicitud, que la expedición de un acuse de recibo y –para emplear los mismo términos del artículo 10 del Reglamento nº 17– que la transmisión sin demora a las autoridades competentes de los Estados miembros de una copia de las solicitudes y notificaciones. En otras palabras, el verbo «einleiten» («engager», «iniciar») reviste un significado activo; los autores de dicha disposición, al emplearlo, han querido asociar la idea de que la Comisión debe haber desplegado cierta actividad en el sentido del examen de un caso. Esta tesis está, por lo demás, corroborada por la finalidad que los autores del Reglamento nº 17 asignaron al apartado 3 del artículo 9: este artículo debe evitar que la Comisión, por una parte, y las autoridades nacionales, por otra, inicien procedimientos paralelos. Ahora bien, semejante peligro sólo existe a partir del momento en que la Comisión ha entrado en el examen de un caso *in concreto*.

Por consiguiente, si nos atenemos al tenor literal de la primera cuestión creo que hay que responder a ella en el sentido de que la Comisión no inicia un procedimiento con arreglo a los artículos 2, 3 y 6 del Reglamento nº 17 cuando acusa recibo de una solicitud de declaración negativa o de una notificación con objeto de conseguir la exención establecida en el apartado 3 del artículo 85 del Tratado.

Por el contrario, si se quiere resolver el problema planteado mediante esta cuestión en un sentido positivo, es decir, si queremos determinar el momento a partir del cual se considera iniciado un procedimiento con arreglo al artículo 9 (por ejemplo, desde la orden de proceder a un acto de investigación o solamente cuando la Comisión ha adoptado una decisión formal de iniciar el procedimiento y lo ha notificado a los Estados miembros) conviene tener en cuenta, además, lo siguiente.

La adopción de una decisión formal de iniciar el procedimiento y la comunicación de esta decisión a los Estados miembros presenta indudablemente la ventaja de una claridad absoluta en la aplicación del artículo 9 del Reglamento nº 17. Sin embargo, ni el artículo 9 ni ninguna otra disposición del Reglamento nº 17 imponen una obligación en ese sentido. En contra de lo que opina la Comisión, tampoco cabe afirmar que la sentencia recaída en el citado asunto 48/69 haya confirmado implícitamente la necesidad de adoptar una decisión de esta naturaleza antes de iniciar el procedimiento. En efecto, es cierto que, independientemente del hecho de que el procedimiento haya sido iniciado de oficio en ese asunto y, por lo tanto, el Tribunal de Justicia no tenía motivo para afirmar la necesidad de una decisión explícita para considerar iniciado el procedimiento. Por otra parte, si recordamos la finalidad de la reglamentación, como la hemos definido anteriormente, se puede sostener perfectamente que un procedimiento con arreglo al artículo 9 se considera iniciado desde el momento en que una autoridad competente ha efectuado un acto inequívoco y reconocible dirigido al exa-

men de un caso. Ahora bien, la orden de proceder a determinada medida de investigación constituye un acto de este tipo. Por lo que al asunto presente se refiere, esto significa que existen fundadas razones para suponer, como hace la demandante en el litigio principal, que la decisión de la Comisión de iniciar una investigación en el sector cervecero constituye el inicio de un procedimiento con arreglo al artículo 9. Aunque se trate, indiscutiblemente, de una investigación *general* de todo un sector económico, no debemos olvidar que el Tribunal de Justicia ha declarado explícitamente en su primera sentencia Brasserie de Haecht que la apreciación de contratos del tipo de aquellos de los que se trata en este asunto debe hacerse sobre la base del *conjunto* de las circunstancias que les acompañan. Por tanto, para enjuiciar convenientemente el presente asunto son indispensables investigaciones generales, del tipo de las que la Comisión decidió efectuar en ese sector. Por otra parte, en el informe de una entrevista entre los funcionarios de la Dirección General de la Competencia de la Comisión y los representantes de la Communauté de travail des brasseurs du marché commun, que ha presentado la demandante en el litigio principal, podemos leer que «eu égard à l'affaire Haecht contre Wilkin et à l'arrêt rendu à ce sujet par la Cour de Luxembourg», es «indispensable de procéder à une enquête portant sur le contrat de brasserie, afin de déterminer s'il tombe sous le coup de l'article 85, paragraphe 1er, du traité de la CEE [...]» («habida cuenta del asunto Haecht contra Wilkin y de la sentencia dictada en él por el Tribunal de Justicia de Luxemburgo» es «indispensable proceder a una investigación sobre el contrato de suministro de cerveza con objeto de averiguar si está sometido a la prohibición del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE»). Si se supone que el apartado 3 del artículo 9 del Reglamento nº 17 se refiere también a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros (lo cual no siempre se admite), se puede sostener perfectamente que el órgano jurisdiccional remitente ya no tenía la facultad de aplicar el apartado 1 del artículo 85 a los contratos celebrados por las partes del litigio principal, desde el instante en que se inició la investigación citada, investigación a la que, además, siguieron otras solicitudes concretas de información, dirigidas a determinadas fábricas de cerveza.

Con ello he expuesto todo lo que puede servir de ayuda al órgano jurisdiccional nacional que planteó la cuestión prejudicial respecto a la interpretación de la disposición que constituye el objeto de su primera cuestión.

2. A continuación, el tribunal de commerce de Liège desea saber (éste es el objeto de su segunda cuestión) si la notificación de un contrato tipo puede equivaler a la notificación de un acuerdo similar celebrado anteriormente.

A este respecto no hay mucho que decir. Sabemos que todas las partes en el litigio principal se han declarado a favor de una respuesta afirmativa a esta cuestión y, sin duda alguna, también comparto esta opinión.

En este contexto, debemos llamar la atención del Tribunal sobre su sentencia prejudicial en el asunto 1/70 (← Rec. 1970, p. 515). Respondiendo a una cuestión análoga a la que se le plantea hoy al Tribunal y para fundamentar una respuesta afirmativa, este Tribunal declaró que el artículo 24 del Reglamento nº 17 autoriza a la Comisión a adoptar disposiciones de aplicación relativas a las modalidades de notificación y que las disposiciones de los Reglamentos de la Comisión nº 27 (DO 1962, 35, p. 1118; EE 08/01, p. 34) y (CEE) nº 1133/68 (DO 1968, L 189, p. 1; EE 08/01, p. 121) y las indicaciones que figuran en los formularios anexos a estos Reglamentos permiten concluir que, si se trata de un contrato tipo, basta con acompañar como anexo el texto de dicho contrato tipo y que no deben indicarse la razón social y la dirección de las empresas que participan en el acuerdo. Estas conclusiones parecen perfectamente aceptables teniendo en cuenta la necesidad de simplificar el procedimiento administrativo. Por otra parte, se podía esperar que de esta forma se llamara suficientemente la atención de la Comisión sobre todas las circunstancias concomitantes a la celebración del contrato y que la Comisión tuviera, por ende, la posibilidad de procurarse todas las informaciones complementarias que necesitara mediante solicitudes de información que podía dirigir a los interesados.

Es cierto que esta sentencia recayó en un caso en que el contrato tipo se había celebrado y notificado *antes* que el contrato del mismo contenido que era objeto del litigio principal. Sin embargo, lógicamente no se puede afirmar otra cosa para el caso contrario, es decir, para una situación en la que la notificación del contrato tipo tiene lugar *después* de la celebración del contrato particular litigioso. En efecto, las consideraciones en las que el Tribunal fundó su sentencia 1/70 también son válidas en el presente asunto (simplificación del procedimiento administrativo y posibilidad de que la Comisión solicite informaciones suficientes). Por consiguiente, el objetivo de la notificación también se consigue cuando la obligación de notificar se limita a un contrato tipo.

Por lo que se refiere a las observaciones de la parte demandante en el litigio principal, debemos decir además que, en cualquier caso, la validez de la notificación no se ve afectada por que se haya hecho referencia a la situación jurídica aplicable en Bélgica desde 1968 a los contratos del tipo de los que se discuten en ese asunto, situación que parece que se modifica de tiempo en tiempo (cada 3 años) tras negociaciones con los círculos económicos afectados y que difiere de la situación vigente en 1963 (año en el que se celebraron los contratos objeto de litigio). Semejante referencia podría parecer indicada, puesto que el contrato tipo no contiene nada respecto a la *duración* de la obligación de compra en exclusiva, que debe determinarse, de hecho, fundándose en los Reales Decretos aplicables al caso, así como en función de la cuantía del préstamo concedido. A decir verdad, esta referencia no es más que un complemento de la notificación respecto de un elemento esencial, es decir, una indicación que permita a la Comisión determinar con precisión el contenido de los contratos contemplados por los Reales Decretos aplicables consultando estos últimos.

En resumen, a propósito de la segunda cuestión podemos decir que la notificación de un contrato tipo basta a efectos del Reglamento nº 17, y ello incluso si se tiene en cuenta las circunstancias particulares del asunto que nos ocupa.

3. Por último, el órgano jurisdiccional nacional desearía saber, además, si la nulidad de los acuerdos dispensados de notificación se considera declarada en la fecha en que una de las partes contratantes la invoca legalmente o sólo en la fecha de la sentencia o de la decisión de la Comisión que la declara. Éste es el objetivo de la tercera cuestión.

Esta cuestión se refiere evidentemente a la sentencia Bilger, antes citada (asunto 43/69), y, por tanto, parece indicado recordar previamente el tenor de la misma. En ese asunto se trataba (al igual que en el litigio principal en el asunto presente) de un contrato de suministro de cerveza celebrado entre dos empresas con domicilio social en un Estado miembro y que contenía una cláusula de aprovisionamiento exclusivo a cargo del hostelero. En esta sentencia, el Tribunal de Justicia declaró en primer lugar que dichos contratos están dispensados de notificación con arreglo al apartado 2 del artículo 4 del Reglamento nº 17 (hecho que, por otra parte, no se discute por lo que se refiere al contrato celebrado entre la Brasserie de Haecht y Wilkin-Janssen). Además –esto es especialmente importante–, el Tribunal declaró que no se puede considerar que los acuerdos dispensados de notificación puedan ser sancionados retroactivamente con la nulidad si los Tribunales nacionales comprueban que procede aplicar el apartado 1 del artículo 85 y que dichos acuerdos están sometidos al apartado 2 del mismo artículo. El riesgo de nulidad al que están expuesto estos acuerdos sólo tiene efecto «a partir del día de su declaración» ; surten todos sus efectos «mientras no se declare su nulidad».

En mi opinión, el alcance de esta sentencia está perfectamente claro: cuando un órgano jurisdiccional nacional declara que un acuerdo está sometido a la prohibición del apartado 1 del artículo 85, *la nulidad* de este acuerdo existe solamente *ex nunc*. Por consiguiente, es evidente que la cuestión planteada al Tribunal no sólo tiene por objeto obtener precisiones complementarias a las que el propio Tribunal dio en la sentencia Bilger, sino que también pretende la modificación de la jurisprudencia habida cuenta de la alegación desarrollada por los demandados en el litigio principal de que la primacía de la seguridad jurídica y, por tanto, el respecto de un principio general del Derecho, obliga a admitir que la nulidad se produce en semejantes casos desde el momento que es *invocada* por una de las partes contratantes. Por lo tanto, deberemos examinar si podemos compartir esta alegación y preguntarnos si la opinión emitida por otras partes en el proceso no obliga al Tribunal incluso a ir mas allá en el sentido de la tesis de los demandados en el litigio principal, haciendo remontar la retroactividad de la nulidad al día de la celebración del acuerdo. Como sabe el Tribunal, nos referimos a la opinión de los Gobiernos francés y alemán, mientras que la Comisión, que, por lo demás, se funda en la opinión que emitió el Tribunal en la sentencia Bil-

ger, preconiza limitar este efecto al supuesto, en el que el Tribunal todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse, de que la aplicabilidad del apartado 1 del artículo 85 sea declarada por una decisión de la Comisión.

Veamos, por tanto, lo que cabe decir sobre esta diversidad de opiniones.

En primer lugar, pienso que no carece de razón criticar las tesis desarrolladas en la sentencia Bilger, puesto que tienen por consecuencia, en el supuesto particular de las prácticas dispensadas de notificación, la sustitución del principio de prohibición por un sistema de control de los abusos, análogo al régimen al que el Derecho alemán de la competencia somete determinadas situaciones. A este respecto se han señalado acertadamente las consideraciones que he mencionado a propósito de la apreciación de la sentencia Portelange y que se refieren especialmente a la redacción de los dos primeros apartados del artículo 85 y a la repetición de este principio en el artículo 1 del Reglamento nº 17. Además, las conclusiones basadas en los artículos 6 y 15 del Reglamento nº 17 tampoco pueden ser desoídas, como ya hemos demostrado. Por último, no hay que olvidar que el artículo 7 del Reglamento nº 17 es el único que establece una limitación del principio de nulidad para determinadas prácticas anteriores (incluso dispensadas de notificación) y que los autores del apartado 1 del artículo 9 del Reglamento nº 17 partieron evidentemente de la idea de que la declaración de que una entente esté sometida al apartado 1 del artículo 85 posee un efecto declarativo.

Pero todas estas alegaciones no son nuevas. Por decirlo así, estaban presentes desde el principio en el conflicto que nos interesa en este asunto y no se puede suponer, por ello, que este Tribunal de Justicia no las tuviera en cuenta cuando dictó la sentencia Bilger. Que el Tribunal de Justicia llegara en este asunto a las conclusiones conocidas se debe a que el sistema, considerado en su conjunto, del Derecho comunitario de la competencia -tal y como resulta de los distintos textos- no está completamente exento de contradicciones, lagunas e imprecisiones. Esta situación fue la que, evidentemente, llevó al Tribunal de Justicia a precisar y a desarrollar este sistema, creando Derecho. Al hacerlo, el Tribunal se dejó guiar en su empresa por el hecho de que la dispensa de notificación, creada en el marco de un sistema que preveía incluso una exención total de la prohibición del artículo 85, sólo puede tener por consecuencia que la nulidad solamente surta efecto a partir del día de la declaración de aplicabilidad del apartado 1 del artículo 85, y ello debido a exigencias de seguridad jurídica y porque las prácticas dispensadas de notificación pueden afectar poco al comercio entre los Estados miembros.

Si es así, no podemos imaginarnos que las ideas que se expresaron en el marco del presente litigio puedan decidir al Tribunal a modificar su concepción, la cual -recordemos una vez más- se limita a los acuerdos *dispensados* de notificación.

Un cambio de jurisprudencia es tanto menos probable cuanto que el Consejo ha

establecido otras dispensas de la obligación de notificación después de haber conocido la sentencia Bilger y la opinión jurídica que en ella se formulaba. Podemos decir que el Consejo no habría actuado de esta forma si hubiera juzgado la opinión del Tribunal absolutamente contraria al sistema que ha adoptado.

Por todo ello podemos suponer errónea la opinión de que, en virtud de un principio general de Derecho, las sentencias declarativas de los Tribunales nacionales sólo tienen efecto declarativo, es decir, un efecto *ex tunc,* y que si la nulidad debiera producir efecto a partir del pronunciamiento de la sentencia, ello equivaldría a una ruptura del sistema, es decir, a reconocer a los Tribunales nacionales la facultad de *crear Derecho.* En realidad, esta alegación sólo es acertada aparentemente. Lo importante es que el principio elaborado por el Tribunal de Justicia reserva a nivel de Derecho material un trato preferente a los acuerdos dispensados de notificación. Cuando el comienzo de la nulidad está vinculado a una declaración de las autoridades competentes, como exige el sistema según lo entiende el Tribunal de Justicia, este acto no es un acto creador, incluso en el supuesto de una sentencia jurisdiccional, sino sólo la declaración de que se han cumplido los requisitos exigidos por el apartado 1 del artículo 85. La nulidad que resulta directamente del Derecho europeo emana por *efecto reflejo.* De esta forma no cambia nada en la naturaleza de este acto jurisdiccional, sobre el que el propio Tribunal de Justicia ha dicho, por lo demás, que tuviera por objeto la anulación del acuerdo.

Por otra parte, tampoco puede suponerse que el Tribunal de Justicia apruebe la tesis de las demandantes en el litigio principal, según la cual la nulidad debe producirse en el momento en que es *invocada* por una de las partes contratantes. Independientemente del hecho de que dicha situación ya se había presentado en el marco del asunto Bilger, sin que el Tribunal de Justicia haya vinculado a ella las consecuencias preconizadas por las demandadas en el litigio principal, los demandados en el presente asunto no han podido probar que el principio que enuncian se aplique en el Derecho de los Estados miembros. Además, tampoco debemos olvidar, y esto es importante, que una retroactividad incluso limitada de esta manera, constituiría una violación del principio fundamental de seguridad jurídica, puesto que la nulidad se produciría no solamente en función de una declaración de las autoridades competentes, sino también de una apreciación subjetiva de una de las partes contratantes y del hecho de que esta fuera invocada (circunstancia que, a menudo, es difícil de determinar con certeza). Por tanto, sólo nos queda examinar la cuestión de si las decisiones de la Comisión por las que se declara la nulidad de los acuerdos dispensados de notificación se rigen por un régimen distinto, como entiende la Comisión, es decir, que entrañan la nulidad *ex tunc.* A propósito de esta cuestión, que no se ha examinado en el marco del asunto Bilger, podemos observar en primer lugar que su interés para la solución del litigio principal es dudoso, puesto que la decisión de que se trata en el procedimiento principal es, evidentemente, una decisión *jurisdiccional.* No obstante, si se quiere examinar este problema, creemos que la única solución posible es que no existe

ninguna razón para hacer la distinción preconizada por la Comisión. En efecto, poco importa que las situaciones jurídicas no coincidan completamente, puesto que la propia Comisión decide sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 85. Sin embargo, esta particularidad no es fundamental. Como ha afirmado claramente este Tribunal en la sentencia Bilger, lo que reviste una importancia primordial es la exigencia de seguridad jurídica, así como el hecho de que las prácticas dispensadas de notificación son, generalmente, inofensivas desde el punto de vista del Derecho de la competencia. Vista la naturaleza de los acuerdos que son objeto del procedimiento, debemos concluir que incluso las decisiones de la Comisión que declaran que se cumplen los requisitos del apartado 1 del artículo 85, sólo producen efectos *ex nunc*.

De esta forma, creemos haber respondido suficientemente a la tercera cuestión.

4. En resumen, entiendo que las cuestiones planteadas por el tribunal de commerce de Liège deben recibir las siguientes respuestas:

a) Un procedimiento con arreglo a los artículos 2, 3 y 6 del Reglamento nº 17 no debe considerarse iniciado por la Comisión a partir del momento en que ésta acusa recibo de una solicitud de declaración negativa o de una notificación con objeto de obtener una exención conforme al apartado 3 del artículo 85 del Tratado. Hace falta por lo menos que la Comisión haya ordenado una medida de investigación.

b) La notificación de un contrato tipo equivale a la notificación de un acuerdo similar celebrado anteriormente.

c) La nulidad de los acuerdos dispensados de notificación se produce en el momento de la sentencia o de la decisión de la Comisión que la declara.