CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL SR. MAURICE LAGRANGE
presentadas el 27 de febrero de 1962 *

Índice

I. Hechos 159

II. Debate 161
A. ¿Se ha sometido debidamente la cuestión de modo que el Tribunal de Justicia pueda pronunciarse desde ahora? 161
B. ¿Es competente el Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre la cuestión planteada y, de ser así, en qué medida? .. 165
C. ¿Qué respuestas procede dar? 168
1. ¿Las disposiciones del artículo 85 y siguientes son, al menos en la actualidad, directamente aplicables a los nacionales de los Estados miembros? 168
2. La «nulidad de pleno derecho» establecida por el apartado 2 del artículo 85 para los acuerdos prohibidos en virtud del apartado 1, ¿produce sus efectos mientras no se haya concedido la exención prevista en el apartado? 169
a) Dificultades debidas a la existencia de competencias concurrentes 170
b) Dificultades debidas a la existencia de un vínculo de conexión entre los apartados 1 y 3 del artículo 85 171
3. Las cláusulas de prohibición de exportar ¿están prohibidas por el apartado 1 del artículo 85? 175

III. Conclusión 178

* Lengua original: francés.

Señor Presidente,
Señores Jueces,

Este asunto -el primero que se somete al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 177 del Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea- es importante debido a que pone en funcionamiento un mecanismo de remisión de cuestión prejudicial que aparentemente está destinado a desempeñar un papel esencial en la aplicación del Tratado. La progresiva introducción de este Tratado en la vida jurídica, social y económica de los países miembros, en efecto, debe crear cada vez más la necesidad de su aplicación -por tanto, en su caso, de su interpretación- en los litigios internos de orden público o privado, y así sucederá no sólo con las disposiciones del propio Tratado, sino con las de los Reglamentos adoptados para su aplicación, que podrán también dar lugar a dificultades de interpretación, incluso de legalidad. Las disposiciones del artículo 177 deben permitir, si se aplican pertinentemente -estoy tentado de decir con lealtad-, establecer una verdadera y fructuosa colaboración entre los órganos jurisdiccionales nacionales y el Tribunal de Justicia de las Comunidades dentro del respeto mutuo de sus respectivas competencias. Con este ánimo será conveniente resolver, por una y otra parte, los problemas a veces delicados que suscita todo mecanismo prejudicial y que aquí están necesariamente agravados por las diferencias existentes al respecto en el Derecho de los Estados miembros.

El presente asunto es importante desde un segundo punto de vista por cuanto versa sobre la interpretación de los artículos 85 y siguientes del Tratado -interpretación de la que lo menos que puede decirse es que no siempre es fácil- mientras que regula el funcionamiento de uno de los sectores más «neurálgicos» del mercado común, donde es más necesario conciliar el interés general y la seguridad jurídica. No obstante, a este respecto, la publicación en el Diario Oficial de 21 de febrero de 1962 del Primer Reglamento de aplicación de los artículos 85 y 86, que pone fin al período transitorio, hace inútil el examen de algunas de las cuestiones que hasta ese momento eran las más controvertidas y facilita en gran medida la solución de otras. Ciertamente cabe lamentar que no se haya dado al Tribunal de Justicia la facultad de hacer cesar la inseguridad jurídica que ha afectado particularmente a este período transitorio y que, mantenida por el comportamiento divergente de los Estados miembros, ha perjudicado seriamente la «puesta en marcha» de la aplicación de la legislación del Tratado en materia de prácticas colusorias. Por el contrario, la tarea del Tribunal de Justicia y de los órganos jurisdiccionales nacionales se va a simplificar.

I. Hechos

Recordaré brevemente los hechos.

La sociedad alemana Robert Bosch, fabricante de refrigeradores en Stuttgart, tiene el cuidado de incluir en todos los contratos de venta con sus compradores nacionales una cláusula según la cual «los productos Bosch sólo pueden ser exportados previa autorización de Bosch». Dicha cláusula tiene principalmente por finalidad proteger el derecho de venta en exclusiva que la sociedad Bosch concede para la venta de sus productos en el extranjero. La sociedad Van Rijn se beneficia desde 1903 de este

derecho exclusivo para la venta de productos Bosch en los Países Bajos.

Durante los años 1959-1960, la sociedad neerlandesa De Geus importó de Alemania las neveras Bosch comprándolas a empresas alemanas que no obstante estaban obligadas respecto de Bosch por el compromiso de no exportar dichos productos. Por esta razón, Bosch y Van Rijn demandaron a De Geus ante el Rechtbank de Rotterdam, solicitando que se declararan ilegales las prácticas de esta última. Pero De Geus, parte demandada en ese litigio, alegó entre otras cosas, que el acuerdo invocado por los demandantes era incompatible con el Tratado CEE y nulo de pleno derecho en virtud del apartado 2 del artículo 85 del Tratado, porque tiende y tiene por efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia dentro del mercado común. Dicho Tribunal estimó que en el estado actual de realización del mercado común, el artículo 85 no puede entrañar la nulidad de los acuerdos posiblemente contrarios a sus disposiciones. Por consiguiente, admitió el recurso de los demandantes.

El 8 de noviembre de 1960, la sociedad De Geus apeló dicha sentencia invocando nuevamente la nulidad del acuerdo controvertido con arreglo al apartado 2 del artículo 85 del Tratado CEE. Bosch y Van Rijn, partes apeladas, negaron esta alegación y el Gerechtshof de La Haya, por considerar que se planteaba una cuestión relativa a la interpretación del Tratado CEE y que era necesario resolver esta cuestión, decidió, mediante resolución de 30 de junio de 1961 solicitar al Tribunal de Justicia de la CEE, con arreglo al artículo 177 del Tratado, que «se pronuncie sobre la cuestión de si la prohibición de exportar, impuesta por R. Bosch GmbH, con domicilio social en Stuttgart, a sus clientes y aceptada por éstos contractualmente, es nula de pleno derecho en virtud del apartado 2 del artículo 85 del Tratado CEE en lo que respecta a las exportaciones a los Países Bajos».

Esta resolución fue notificada al Tribunal de Justicia el 10 de julio de 1961 por el Secretario del Gerechtshof de La Haya. El 21 de septiembre siguiente, Bosch y Van Rijn interpusieron recurso de casación contra esta resolución, sosteniendo que equivocadamente el Gerechtshof había remitido la cuestión al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. Dicho recurso registrado en la Secretaría del Gerechtshof de La Haya, fue comunicado por el Secretario de este último órgano jurisdiccional al Tribunal de Justicia el día 10 de octubre de 1961.

Como consecuencia de este recurso de casación, el Abogado de Bosch y Van Rijn, en un intercambio de escritos con el Secretario del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, expresó su opinión de que antes de resolver la cuestión planteada por el Gerechtshof de La Haya, el Tribunal de Justicia debería esperar el resultado del recurso de casación, puesto que, según el último párrafo del artículo 398 del Código holandés de Procedimiento Civil, el recurso de casación suspende la ejecución de la sentencia dictada en apelación.

Por el contrario, el Abogado de la empresa De Geus opina que el recurso de casación no tiene efectos respecto al asunto sometido al Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y que, además, según el mismo

Derecho holandés, la sentencia del Gerechtshof es una resolución «preparatoria» («preparatoire beslissing») en el sentido del párrafo segundo del artículo 46 del Código de Procedimiento Civil a la que no es aplicable el artículo 398 de dicho Código, ya que las decisiones o resoluciones preparatorias no pueden ser objeto de apelación ni de recurso de casación antes de la resolución o de la sentencia definitiva.

Mediante escrito de 19 de octubre de 1961, el Secretario del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas informó a las partes que, en opinión del Tribunal de Justicia, el recurso de casación contra la resolución de 30 de junio de 1961 del Gerechtshof de La Haya no suspendía de pleno derecho el procedimiento ante el Tribunal de Justicia. Por lo tanto, el procedimiento siguió su curso reglamentario en las condiciones particulares establecidas por el artículo 20 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la CEE y por el artículo 103 del Reglamento de Procedimiento; las partes en el litigio principal presentaron observaciones escritas, así como la Comisión de la CEE y cuatro Gobiernos de los Estados miembros, a saber, los Gobiernos neerlandés, alemán, francés y belga, posteriormente, expusieron sus observaciones orales.

II. Debate

Propongo examinar sucesivamente las tres cuestiones siguientes: 1) ¿Se ha sometido debidamente la cuestión de modo que el Tribunal de Justicia pueda pronunciarse desde ahora? 2) ¿Es competente el Tribunal de Justicia para pronunciarse sobre la cuestión planteada y, de ser así, en qué medida? 3) En caso de respuesta afirmativa ¿qué respuestas procede dar?

A. *¿SE HA SOMETIDO DEBIDAMENTE LA CUESTIÓN DE MODO QUE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA PUEDA PRONUNCIARSE DESDE AHORA?*

No se discute ni es discutible la conformidad a Derecho del sometimiento de la cuestión prejudicial por el Gerechtshof de La Haya al Tribunal de Justicia. Pero la cuestión consiste en si el recurso de casación interpuesto por una de las partes contra la resolución de remisión tiene por efecto oponerse a toda decisión del Tribunal de Justicia mientras no se pronuncie el Tribunal de casación de los Países Bajos, el Hoge Raad. Es evidente que la cuestión se mantiene enteramente a pesar de la decisión del Tribunal de Justicia, de orden interno en cierta manera, de dejar desarrollarse el procedimiento. En efecto, el Tribunal de Justicia sólo podría pronunciarse mediante sentencia en sentido contrario, puesto que tal decisión podría tomar partido sobre un punto litigioso, mientras que, por el contrario, al permitir el desarrollo del procedimiento, el Tribunal de Justicia *también* deja que esta cuestión quede abierta.

a) En primer lugar, cabe preguntarse si la cuestión no está resuelta por el artículo 20 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia de la CEE, según el cual,

«en los casos a que se refiere el artículo 177 del Tratado, la decisión del órgano jurisdiccional nacional *que suspende el procedimiento* y somete el asunto al Tribunal será notificada a este último por dicho órgano jurisdiccional».

Se ha sostenido que, en virtud de esta disposición, *todo procedimiento en el ámbito nacional,* incluso los recursos (apelación, casación, etc.) queda suspendido de pleno derecho por el solo hecho de la remisión al Tribunal de Justicia.

No comparto esta opinión. El texto habla de

«*la decisión del órgano jurisdiccional nacional* que suspende el procedimiento [qui suspend la procédure], y somete el asunto al Tribunal [...]»;

en mi opinión, esto sólo afecta a la suspensión del procedimiento *ante este órgano jurisdiccional nacional,* los términos «que suspende el procedimiento» equivale a la expresión «qui surseoit à statuer». No puede incumbir a cualquier órgano jurisdiccional decidir la supresión, aunque sea provisional, de los cauces legales de recurso. Pues bien, en un instante veremos que en el ordenamiento jurídico interno de los países de la Comunidad que practican la remisión con carácter prejudicial, es reglamentario, o bien frecuente en todo caso, que los cauces normales de recurso estén abiertos contra las resoluciones o las decisiones de suspensión del procedimiento. Razonablemente, no puede admitirse que los autores del Tratado hayan podido tener la intención de infringir una norma tan importante que se relaciona con el funcionamiento interno de la justicia nacional sin decirlo claramente: ahora bien, el razonamiento que discutimos se basaría en el reconocimiento implícito de una norma preestablecida; en efecto, sería necesario interpretar los términos del artículo 20 («la decisión del órgano jurisdiccional nacional que suspende el procedimiento») como que significase: «la decisión del órgano jurisdiccional nacional *en virtud del la cual se suspende todo procedimiento en el ordenamiento jurídico interno*», lo cual es algo muy diferente.

Por lo demás y al menos en el estado actual del procedimiento, no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre tal cuestión, ya que ésta tendría por objeto estimar la admisibilidad del recurso de casación interpuesto en los Países Bajos, de la que evidentemente sólo es Juez el Hoge Raad; quizás podría o debería someter una cuestión de interpretación del artículo 20 a este respecto, pero, por el momento, el Gerechtshof de La Haya que nos consulta de ninguna manera ha sometido esta cuestión al Tribunal de Justicia.

b) Debe, pues, examinarse el problema desde una óptica más amplia e inspirarse, como siempre lo ha hecho el Tribunal de Justicia en casos semejantes, en los principios generales del Derecho interno de los Estados miembros. Sobre este tema querríamos proporcionar algunas indicaciones en lo que atañe al Derecho francés y al Derecho alemán ya que ambos conocen bien el sistema de las cuestiones prejudiciales.

En Francia, el principio que domina la materia es el del respeto recíproco de sus respectivas competencias por parte de los Tribunales de las dos órdenes de jurisdicción. En cuanto al procedimiento en el litigio principal, la resolución de suspensión del mismo no impide el ejercicio de los cauces normales de recurso contra la decisión (apelación o casación), sólo se suspende el procedimiento ante el Tribunal que haya decidido dicha suspensión.

En cuanto al procedimiento ante el Juez de la cuestión prejudicial, la regla fundamental consiste en que éste es Juez de su propia competencia y sólo de ella. De esta manera, no debe investigar si en el asunto justifica la remisión, si es realmente necesario para pronunciarse en el litigio principal, etc.; si lo hiciese, se inmiscuiría en la esfera de competencia del Tribunal remitente.

Pero no puede ignorar el *estado del procedimiento* en el litigio principal, ya que es necesario que el Tribunal posea un «título jurídico» válido para poder pronunciarse. De este modo, si el Tribunal que conoce del asunto principal por ejemplo habiendo perdido la paciencia, se ha pronunciado sobre el fondo sin esperar la decisión sobre la cuestión prejudicial, el Juez remitente debe renunciar a pronunciarse. [1] Sucedería lo mismo si la resolución que ordenase la remisión hubiera sido anulada, en el interín, por la Cour de cassation. [2]

A la inversa, si la resolución que ordena la remisión llega a ser definitiva, debe pronunciarse, sin más tardar, sobre la cuestión prejudicial *aunque se haya interpuesto un recurso de casación contra dicha resolución,* tal recurso «no puede suspender los efectos». [3] Todas estas soluciones se inspiran en la preocupación de garantizar la unidad del procedimiento con objeto de evitar la confusión y respetar la jerarquía de las competencias.

En Alemania, parece que las mismas reglas se aplican en los casos habituales de suspensión del procedimiento. En particular, el principio es que las decisiones de suspensión pueden ser objeto de vías normales de recurso (252 ZPO). Sin embargo, una excepción importante afecta a las suspensiones decididas con arreglo al artículo 100 de la Ley Fundamental, según el cual todo Tribunal de Derecho común está obligado a someter el asunto al Tribunal Constitucional cuando estime que una ley, según la cual debe resolverse el litigio debatido, es contraria a la Constitución o cuando deba resolverse si una norma de Derecho internacional público forma parte del ordenamiento jurídico alemán y obliga directamente a los justiciables. Según la opinión preponderante de los autores y, según parece, unánime de los Tribunales de apelación, la resolución que decide la suspensión no es apelable en ese supuesto («Beschwerde»). Esta tesis se basa esencialmente en la competencia exclusiva del Tribunal Constitucional.

Evidentemente, puede encontrarse cierta analogía entre este caso y el del artículo 177, tanto en lo que atañe al carácter acentuado de *orden público* que caracteriza ambos procedimientos como también en el aspecto constitucional que presenta el segundo caso en cierta medida. Es muy posible que los órganos jurisdiccionales alemanes, teniendo en cuenta esta analogía, consideren que, cuando el caso se les presente, la remisión ante el Tribunal de Justicia suspenderá las vías de recurso contra la resolución de remisión y no sólo el procedi-

[1] Conseil d'État, Reynaud, 9 de mayo de 1913, *Recueil des arrêts du Conseil d'État,* p. 52.

[2] Conseil d'État, ministre de la justice, 13 de abril de 1907, *Recueil,* p. 354.

[3] Conseil d'État, elecciones de Yholdy, 16 de noviembre de 1923, *Recueil,* p. 732.

miento ante el Tribunal que ordene la suspensión, pero esto sólo depende, evidentemente, de los propios Tribunales.

Finalmente, observemos que en *Italia* el legislador ha intervenido. Se trata del artículo 3 de la Ley nº 204, de 13 de marzo de 1958, que ratifica los Protocolos sobre los Privilegios y las Inmunidades y sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia y que reza así:

«Para la aplicación de los artículos 150 Euratom, 21 PSTJ Euratom, 177 CEE y 20 PSTJ CEE, los órganos jurisdiccionales ordinarios y especiales adoptarán una resolución mediante la cual, al indicar los términos y los motivos de la petición que plantea la cuestión prejudicial ordenarán la transmisión inmediata de los documentos al Tribunal de Justicia y *suspenderán el litigio pendiente*. El Secretario controlará el envío de dicha resolución en una copia en papel simple al mismo tiempo que los autos del litigio mediante carta certificada con acuse de recibo al Tribunal de Justicia.»

La expresión «suspenderán el *litigio* pendiente» y no «el procedimiento», ¿permite pensar que el legislador italiano quiso decidir que el ejercicio de las vías de recurso está suspendido contra la resolución de remisión? También aquí, sólo el órgano jurisdiccional interno es competente para decirlo. Además, quizás no sea necesario si se considera que la remisión está ordenada mediante simple resolución y que las vías de recurso en un caso de esta especie se encuentran suspendidas de pleno derecho según el Derecho italiano.

Este examen de conjunto, basta para demostrar que en los seis países de la Comunidad no existe una regla jurídica indiscutible que admita la suspensión de pleno derecho del ejercicio de las vías de recurso contra las resoluciones judiciales que ordenen la suspensión de la resolución judicial en el supuesto de cuestiones prejudiciales, regla jurídica que podría tener por efecto dispensar al Tribunal de Justicia de todo examen sobre el estado del procedimiento en el ordenamiento interno. En los Países Bajos, en particular, tampoco parece existir dicha regla. Por otra parte, ya vimos que ninguna norma de esta naturaleza está contemplada en el Tratado y, en nuestra opinión, el artículo 20 del Protocolo sobre el Estatuto del Tribunal de Justicia no puede ser interpretado en este sentido.

Me parece pues necesario examinar si, en el momento en que el Tribunal de Justicia debe pronunciarse, todavía existe un «título» válido que permita que así se haga.

A este respecto, apartamos del debate el argumento basado en que la resolución del Gerechtshof de La Haya sólo tiene carácter preparatorio y no interlocutorio y, que por consiguiente, no puede ser objeto de un recurso de casación según las disposiciones del artículo 336 en relación con las del artículo 398 del Código neerlandés de Procedimiento Civil. En efecto, allí se trata de una cuestión relativa a la admisibilidad del recurso interpuesto ante el Hoge Raad de los Países Bajos y que, evidentemente, se desprende de la sola competencia de este alto órgano jurisdiccional. Por mi parte, sólo podemos tomar conocimiento de la existencia del recurso e investigar si éste suspende de pleno derecho los efectos de la

resolución del Gerechtshof en cuanto al sometimiento a este Tribunal de Justicia.

La dificultad proviene de que, según el artículo 389 del Código de Procedimiento Civil,

«salvo en los supuestos en los que el Tribunal haya ordenado la ejecución provisional, el recurso de casación tendrá efecto suspensivo».

Sin embargo, no pienso que la remisión de una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia con arreglo al artículo 177 del Tratado, pueda ser considerada como una «medida de ejecución» en el sentido procesal del término, es decir, que afecte a las partes. Aquí no se requiere colaboración alguna de las partes, todo se mantiene en su mismo estado; por otra parte no puede tratarse de una ejecución provisional. Estamos en presencia de un procedimiento en el que predomina el orden público, que se desarrolla sin participación activa de las partes y que no produce efecto alguno sobre el patrimonio de las mismas ni sobre sus relaciones jurídicas. Por lo demás, aunque subsista alguna duda, no corresponde al Tribunal de Justicia pronunciarse sobre una cuestión que incumbe al ordenamiento jurídico interno. El Tribunal de Justicia sólo puede aplicar las normas de ese Derecho nacional cuando esta aplicación sea evidente e indiscutible. Ahora bien, en este asunto, se ha planteado válidamente una cuestión al Tribunal de Justicia, que está obligado a pronunciarse en cuanto reconozca su propia competencia sobre el asunto que se le ha sometido. Sólo en el supuesto de que el Hoge Raad de La Haya anule la resolución y, por consiguiente, la invalide retroactivamente, el Tribunal de Justicia deberá abstenerse puesto que, en ese momento, el «título» necesario para el pronunciamiento, a saber, la resolución de remisión, ya no existirá.

Sin duda, existe el riesgo de que esto se produzca después de que el Tribunal de Justicia haya dictado sentencia, que entonces carecerá de todo efecto sobre la sentencia en el litigio principal. Pero, en mi opinión, debe aceptarse este riesgo, al menos en un asunto como éste, en el que el alcance del principio de interpretación que se espera del Tribunal de Justicia indudablemente supera ampliamente los intereses de las partes procesales, cuyos derechos además están íntegramente protegidos en el marco del procedimiento interno, así como las prerrogativas de los Tribunales nacionales.

B. *¿ES COMPETENTE EL TRIBUNAL DE JUSTICIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE LA CUESTIÓN PLANTEADA Y, DE SER ASÍ, EN QUÉ MEDIDA?*

Recordemos los términos utilizados por el Gerechtshof de La Haya en la cuestión planteada en el fallo de la resolución:

«Solicita al Tribunal de Justicia de la CEE que se pronuncie sobre la cuestión de si la prohibición de exportar impuesta por R. Bosch GmbH, con domicilio social en Stuttgart, a sus clientes y aceptada por éstos contractualmente, es nula de pleno derecho en virtud del apartado 2 del artículo 85 del Tratado CEE en lo que respecta a la exportación a los Países Bajos.»

Si se considera esta petición al pie de la letra, sin duda alguna, el Tribunal de Justicia deberá declararse incompetente para pronunciarse sobre ella.

Como es sabido, el apartado 2 del artículo 85 dispone que

«los acuerdos o decisiones prohibidos por el presente artículo serán nulos de pleno derecho».

Por lo tanto, la cuestión pregunta si los acuerdos de que se trata están o no incluidos en la prohibición establecida en el apartado 1. Pues bien, ningún texto atribuye competencia al Tribunal de Justicia a este respecto.

En efecto, durante el período transitorio, es decir hasta la publicación del Reglamento de aplicación, sólo podía someterse al Tribunal de Justicia una decisión motivada de la Comisión, adoptada en ejecución del apartado 2 del artículo 89 del Tratado y mediante la que se haga constar la existencia de una infracción de los «principios enunciados en los artículos 85 y 86», después de una investigación efectuada a instancia de un Estado miembro o de oficio. Esta era la única competencia reconocida en beneficio del ejecutivo comunitario y, por ende, en beneficio del Tribunal de Justicia, competente para controlar la legalidad de las decisiones de la Comisión en virtud del artículo 173.

Incumbía al Reglamento anunciado en aplicación del artículo 87

«definir las respectivas funciones de la Comisión y del Tribunal de Justicia en la aplicación de las disposiciones establecidas en el presente apartado» [letra d)],

y también

«definir las relaciones entre las legislaciones nacionales, por una parte, y las disposiciones de la presente sección y las adoptadas en aplicación del presente artículo, por otra» [letra e)].

Pues bien, no encuentro en el Reglamento ninguna competencia particular atribuida al Tribunal de Justicia fuera del control normal de la legalidad de las decisiones de la Comisión. En cuanto a las facultades de la Comisión para la aplicación del artículo 85, ahora consisten: 1) en la concesión de «declaraciones negativas» que permitan a la Comisión:

«certificar, a petición de empresas y asociaciones de empresas interesadas, que no ha lugar, por su parte, en función de los elementos de que tiene conocimiento, a intervenir en relación con un acuerdo, decisión o práctica en virtud de las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 o del artículo 86 del Tratado»;

2) en la facultad de comprobar, de oficio o a instancia de parte, una infracción a las disposiciones del artículo 85 o del artículo 86 del Tratado; 3) en el ejercicio de una *competencia exclusiva* para las «declaraciones de inaplicabilidad», es decir, para las exenciones de prohibición pronunciadas con arreglo al apartado 3 del artículo 85.

Veremos inmediatamente si los Tribunales nacionales siguen siendo competentes, y en qué medida, desde la publicación del Reglamento para pronunciarse sobre las prohibiciones del apartado 1 del artículo 85 y para reconocer los efectos de la nulidad de pleno derecho que estas prohibiciones entrañan en virtud del apartado 2. Pero lo que es seguro es que el Tribunal de Justicia

no tiene ninguna competencia sobre estos puntos mientras no se le someta un recurso contra una decisión de la Comisión.

El Gobierno francés así lo destacó en sus observaciones sobre el presente litigio y, por esta razón, concluyó que el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre la petición que se le ha sometido.

Pero, si en realidad el Tribunal de Justicia no es competente para pronunciarse sobre la petición tal como resulta de los términos de la resolución de remisión literalmente interpretados, es decir sobre el caso de autos, por el contrario tiene competencia para pronunciarse sobre la interpretación del Tratado en virtud del artículo 177 del mismo. Por ello, la cuestión planteada al Tribunal de Justicia es la de si no es preciso ante todo, hacer un esfuerzo de interpretación de la resolución de remisión y extraer de la misma los elementos que se refieren a la propia competencia del Tribunal de Justicia, es decir a las dificultades *abstractas* de interpretación del Tratado que plantea el litigio y que subyacen en la petición. Por mi parte, pienso que se puede y se debe hacer tal esfuerzo si se consideran los *fundamentos* de la resolución que evidencian las cuestiones de interpretación abstractas que el Gerechtshof de La Haya desea que se le esclarezcan.

¿Cuáles son pues estos fundamentos? Creo que debe recordárselos *in extenso:*

«Considerando que el segundo motivo dice: el Tribunal de Primera Instancia ha declarado sin razón que a las prohibiciones de exportar de que se trata no les son aplicables los artículos 85 a 90 del Tratado CEE; que una decisión en dichos términos no figura en la sentencia del Tribunal de Primera Instancia pero resulta claramente de las explicaciones de la parte apelante cuando esta última critica la decisión del Tribunal según la cual, el acuerdo controvertido actualmente no es nulo según el apartado 2 del artículo 85 del Tratado CEE, decisión que el Tribunal funda en la consideración de que el mercado común no se ha realizado por el propio hecho de la entrada en vigor del Tratado CEE y que, por el contrario, en el marco de las disposiciones de dicho Tratado, se caracteriza todavía como *in statu nascendi;*

que la parte apelante ha objetado que, según el ordenamiento del Tratado CEE, los acuerdos a que se refiere el apartado 1 del artículo 85, no son *eo ipso* nulos; que, en verdad, en virtud del artículo 88, las autoridades nacionales están facultadas provisionalmente para decidir sobre la admisibilidad de las reglamentaciones en materia de competencia pero que, según el Derecho alemán aplicable en este asunto, los acuerdos controvertidos son nulos de pleno derecho mientras no sean autorizados en virtud del mencionado artículo 88;

que las partes demandadas responden en primer lugar que los artículos 85 a 90 del Tratado CEE no son directamente aplicables a los nacionales de los Estados signatarios y que, aún suponiendo una obligación directa, las reglamentaciones debatidas que contienen la prohibición de exportar son jurídicamente válidas por las razones expuestas en la citada sentencia del Tribunal.

Considerando que de todo lo expuesto resulta que se plantea una cuestión relativa

a la interpretación del Tratado CEE, cuestión que es necesario resolver y que el Gerechtshof, antes de volver a examinar estos motivos de recurso, solicita al Tribunal de Justicia de la CEE que se pronuncie sobre esta cuestión, de conformidad con el artículo 177 del mencionado Tratado.»

De estos fundamentos pueden deducirse las dos cuestiones siguientes relativas a la interpretación del Tratado: la primera es una cuestión de aplicabilidad *ratione temporis;* ¿las disposiciones de los artículos 85 y siguientes son, al menos en la actualidad, directamente aplicables a los nacionales de los Estados miembros? La segunda se refiere a los efectos de la nulidad establecida en el apartado 2 del artículo 85: ¿esta nulidad produce sus efectos mientras no se haya concedido una exención en virtud del apartado 3 del artículo 85 –sería más conforme con el texto decir, mientras la prohibición que resulta del apartado 1 del artículo 85 no haya sido «declarada inaplicable»– en las condiciones previstas en el apartado 3?

Debe responderse a ambas cuestiones. Además, deberá hacerse teniendo en cuenta las disposiciones del Reglamento de aplicación que actualmente están en vigor. En efecto, se trata de normas de competencia y de procedimiento que son inmediatamente aplicables incluso en los litigios pendientes y aún sin sentencia.

Por el contrario, es mucho más dudoso que el Tribunal de Justicia deba responder a una tercera cuestión planteada durante la vista, la de si las cláusulas de prohibición de exportar están incluidas en la prohibición del apartado 1 del artículo 85 y, en particular, si «pueden afectar al comercio entre los Estados miembros». Es más dudoso por dos razones: la primera, porque la cuestión sólo se planteó en la resolución de remisión, como ya vimos, de una forma concreta y, por oposición a otras cuestiones, no aparece en los fundamentos; la segunda, porque no puede preguntarse si es siquiera posible responderla de una manera puramente abstracta, a modo de interpretación del Tratado. Sin embargo, haré una tentativa en este sentido, puesto que es el único medio de darse cuenta de si la distinción entre la interpretación abstracta del Tratado y su aplicación a los hechos de autos es posible en este punto o no lo es.

Finalmente, queda una última cuestión sobre la que cabe interrogarse si está planteada en la resolución de remisión, se trata de la aplicabilidad del Derecho alemán. A este respecto me parece segura la incompetencia del Tribunal de Justicia, ya que se trata de la propia aplicación de la normativa alemana o de su aplicabilidad a los hechos del asunto, es decir de un problema de conflicto de leyes. En este punto, no parece plantearse ninguna cuestión sobre la interpretación del Tratado.

C. *¿QUÉ RESPUESTAS PROCEDE DAR?*

1. *¿Las disposiciones del artículo 85 y siguientes son, al menos en la actualidad, directamente aplicables a los nacionales de los Estados miembros?*

Como es sabido, se han expuesto dos series de objeciones en la tesis de la aplicabilidad inmediata; la primera sostiene que sólo podrán aplicarse las disposiciones del Tratado en materia de prácticas colusorias cuando el mercado común sea una realidad,

lo que aún no sucede, puesto que las etapas previstas todavía están lejos de haberse cumplido a pesar de algunas «aceleraciones». Este es el razonamiento del Tribunal de Rotterdam en el presente litigio y por ello hay que mencionarlo.

En mi opinión, no se puede admitir esta tesis: la aplicación de las disposiciones de los artículos 85 y siguientes constituye una de las condiciones -y una de las más importantes- necesarias para el establecimiento progresivo del mercado común, y no únicamente una de las modalidades de su funcionamiento. Por añadidura, las disposiciones del Tratado a este respecto no dan lugar a equívoco alguno: el único problema se refiere -más exactamente se refería- al período transitorio, es decir al que transcurrió desde la entrada en vigor del Tratado hasta la publicación del Primer Reglamento de aplicación; se trataba de un problema de pura técnica jurídica, bien conocido en Derecho interno, el de saber si una ley (en este caso el Tratado) es aplicable mientras no se hayan publicado los textos reglamentarios previstos para su aplicación. Este problema ahora está superado; la legislación comunitaria es íntegramente aplicable desde la publicación del Reglamento, por supuesto, habida cuenta de las disposiciones transitorias que éste contiene. En consecuencia, la primera objeción no está fundada y la segunda queda sin objeto.

En cuanto a los Países Bajos, también ha desaparecido un obstáculo particular de este país, el que resulta de la Ley de 5 de diciembre de 1957 que supedita la aplicación de los artículos 85 y 86 a una intervención previa de las autoridades competentes que actúan en el marco de la legislación nacional; en efecto, el artículo 2 de dicha Ley dispone que

«será derogada de pleno derecho en el momento de la entrada en vigor de las disposiciones que deberán adoptarse en virtud del artículo 87».

Lo que ya se ha hecho.

2. *La «nulidad de pleno derecho» establecida por el apartado 2 del artículo 85 para los acuerdos prohibidos en virtud del apartado 1, ¿produce sus efectos mientras no se haya concedido la exención prevista en el apartado?*

Ya tuve oportunidad de señalar que el Tratado no atribuye en la materia ninguna competencia especial al Tribunal de Justicia y que éste sólo ejerce sus facultades ordinarias de control de la legalidad de las decisiones del poder ejecutivo. Por lo tanto, en la medida en que sean aplicables las disposiciones del apartado 1 del artículo 85, los órganos jurisdiccionales nacionales son competentes para pronunciarse sobre la validez de los acuerdos contemplados en este apartado 1 y sacar las consecuencias de la nulidad de pleno derecho de los acuerdos prohibidos. Además, el artículo 1 del Reglamento recuerda que la prohibición enunciada en el apartado 1 del artículo 85 es válida

«sin que sea necesaria una decisión previa a tal fin».

Al quedar incorporado el Tratado a la legislación interna por efecto de su ratificación, corresponde a los Tribunales nacionales aplicarlo, salvo disposiciones contra-

rias que atribuyan competencia a las autoridades comunitarias. Pues bien, dichas disposiciones no se encuentran en el texto del Tratado.

Es verdad que las encontramos en el Reglamento.

La primera resulta del apartado 1 del artículo 9 y se refiere a las exenciones previstas en el apartado 3 del artículo 85:

«Sin perjuicio del control de la decisión por parte del Tribunal de Justicia, la *Comisión tendrá competencia exclusiva* para declarar las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 inaplicables conforme al apartado 3 del artículo 85 del Tratado.»

En este punto, la situación es clara. La atribución de una competencia exclusiva a la Comisión acarrea necesariamente la incompetencia de los Tribunales nacionales. Además, dicha medida en verdad entra en los límites de la muy amplia delegación establecida por el artículo 87 en beneficio del Reglamento.

Por el contrario el Reglamento no crea una competencia exclusiva para la aplicación del apartado 1 del artículo 85. De ahí que existan dos series de dificultades, una se refiere a la existencia de *competencias concurrentes* en este punto y la otra a los *vínculos de conexión* evidentes que existen entre la aplicación del apartado 1 y la del apartado 3 del artículo 85, sin mencionar al artículo 86 sobre las posiciones dominantes.

a) *Dificultades debidas a la existencia de competencias concurrentes.* Ya se ha visto que el Reglamento otorga a la Comisión tres facultades, la de conceder una «declaración negativa» en virtud del apartado 1 del artículo 85 o del artículo 86, la de comprobar las infracciones del artículo 85 o del artículo 86 y la de decidir sobre la aplicación del apartado 3 del artículo 85.

Dejemos de lado esta última facultad que se refiere al supuesto de competencia exclusiva que acabo de mencionar.

En lo que atañe a las declaraciones negativas, la forma en que está redactado el texto («La Comisión podrá certificar [...] que no ha lugar, por su parte, en función de los elementos de que tiene conocimiento, a intervenir en relación con un acuerdo, decisión o práctica en virtud de las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 o del artículo 86 del Tratado») permite pensar que la concesión de una declaración negativa no obsta al ejercicio de la competencia de los Tribunales nacionales para pronunciarse sobre la compatibilidad de un acuerdo con el apartado 1 del artículo 85 (o sobre la existencia de una posición dominante según el artículo 86).

En lo que atañe a la facultad de hacer constar una infracción, aquí se trata realmente de una competencia concurrente que entraña el riesgo de conducir a decisiones contrarias de un órgano jurisdiccional nacional y de la Comisión (o, en su caso, del Tribunal de Justicia cuando se le haya sometido un recurso contra una decisión de la Comisión).

En realidad, el Reglamento ha intentado evitar tales consecuencias mediante la siguiente disposición que figura en el apartado 3 del artículo 9:

«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 y del artículo 86 conforme al artículo 88 del Tratado, aun 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.»

A contrario, ¿podría deducirse de este texto que cuando la Comisión «inicie un procedimiento en aplicación de los artículos 2, 3 o 6» las «autoridades de los Estados miembros», *incluso los órganos jurisdiccionales de estos Estados* ya no son competentes? Realmente es verdad por lo que respecta al artículo 6, que se refiere al caso de competencia exclusiva con miras a la aplicación del apartado 3 del artículo 85. En mi opinión, no es verdad para el artículo 2 relativo a la «declaración negativa».

Sería de desear, aunque sea bastante dudoso, para el artículo 3 relativo a la comprobación de infracciones. En todo caso, lo que no puede admitirse es que el Tribunal nacional, al que se le haya sometido una cuestión sobre la aplicación del apartado 1 del artículo 85 o del artículo 86, suspenda el procedimiento cuando sepa que la Comisión, quizás advertida precisamente por la existencia del proceso, decida iniciar por su parte uno de los procedimientos previstos en el apartado 3 del artículo 9 del Reglamento. La concesión o la denegación de una declaración negativa será un elemento importante de apreciación para ese Tribunal. En cuanto a una decisión sobre la infracción, sobre todo si ésta es objeto de una sentencia del Tribunal de Justicia, la misma deberá imponérsele jurídicamente si se admite en tal caso la autoridad de la cosa juzgada, o al menos, moralmente. Por otra parte, no pienso que sea necesario resolver esta cuestión en el presente litigio.

b) *Dificultades debidas a la existencia de un vínculo de conexión entre los apartados 1 y 3 del artículo 85.* Aquí llegamos al defecto esencial del sistema instituido por los artículos 85 y siguientes del Tratado, es decir, la inadaptación del sistema de control a la legislación material.

En efecto, por una parte, esta legislación material se funda en la existencia de un vínculo de conexión evidente entre las normas que definen los acuerdos prohibidos que figuran en el apartado 1 del artículo 85 y las normas que definen los requisitos que permiten la exención del apartado 3 del artículo 85. Basta leer las dos letras a) y b) del apartado 3 para darse cuenta de ello. Las mismas autoridades o los mismos órganos jurisdiccionales durante el mismo procedimiento lógicamente deberían ser competentes para pronunciarse sobre el mismo acuerdo, tanto sobre la compatibilidad de dicho acuerdo con las disposiciones del apartado 1 como sobre la «declaración de inaplicabilidad» de la prohibición basándose en el apartado 3.

Además, los propios términos del artículo 88 que declara aplicable durante el período transitorio la legislación nacional conjuntamente con la legislación del Tratado contenida en los artículos 85 y 86, demuestran claramente la existencia de este vínculo de conexión y la conciencia de ello que tenían los autores del Tratado, puesto que el texto insiste en la necesidad de tener en cuenta, en esta aplicación concurrente, *en particu-*

lar el apartado 3 del artículo 85. Por añadidura, hubiera sido contrario a la equidad más elemental permitir la aplicación de la prohibición enunciada en el apartado 1, con la sanción de nulidad de pleno derecho que a ella se vincula y todas las consecuencias que los Tribunales hubieran podido, e incluso debido, sacar de ella sin que las empresas pudieran ampararse en las disposiciones del apartado 3.

Por esta razón, la teoría denominada «de la excepción legal» que sirve de fundamento al sistema francés, se encontraba muy bien adaptada a las necesidades de aplicación del Tratado, incluso durante el período transitorio. En efecto, dicha teoría implica el examen simultáneo por la misma autoridad, y posiblemente por el mismo órgano jurisdiccional, del principio de la prohibición y de la posible exención de ésta; así, la aplicación de los efectos de la nulidad de pleno derecho no encuentra dificultades.

En mi opinión, esta es la razón por la que también esta teoría es la única que puede justificar la aplicación inmediata del artículo 85 en los países que aún no poseían ninguna legislación «antitrust». Los órganos jurisdiccionales de Derecho común naturalmente eran competentes para aplicar tanto el apartado 3 como el apartado 1.

Según la teoría opuesta, que exige una decisión que tenga efecto constitutivo para la aplicación del apartado 3, teoría sostenida sobre todo en Alemania y que siempre sostuvo la Comisión, es evidente que la aplicación inmediata del artículo 85 era imposible mientras una autoridad nacional no estuviese facultada para adoptar las decisiones requeridas; según esta teoría, para aplicar el apartado 3. Es además lo que expresamente reconoce el Gobierno alemán en el apartado IV de sus observaciones:

«Conforme al artículo 88 del Tratado, la aplicación del apartado 3 del artículo 85 está atribuida provisionalmente a las autoridades de los Estados miembros de la Comunidad Económica Europea. De este modo, el Derecho interno de cada Estado determina cuáles son las autoridades competentes para ello.»

Por consiguiente, correspondía a las autoridades de los Estados desprovistos de legislación a este respecto adoptar las disposiciones necesarias pero, caso de no hacerlo, siempre según esta teoría ya no podría aplicarse el artículo 85 en estos Estados durante el período transitorio, la aplicación del apartado 1, una vez más, no puede concebirse sin una posible aplicación correlativa del apartado 3. Algunas personas sostuvieron incluso que la imposibilidad de aplicar el Tratado en algunos Estados miembros, debido a la inexistencia de una normativa apropiada en esos Estados, se oponía a esta aplicación en toda la Comunidad: en mi opinión, esto es ir demasiado lejos. De conformidad con la *ratio legis* del Tratado, este último comenzó a entrar en aplicación allí donde ello era posible, al mismo tiempo que la normativa interna.

Actualmente la controversia ha terminado, puesto que el Reglamento ha adoptado jurídicamente la segunda tesis, a la que además debe reconocérsele que parece más compatible que la primera con la redacción del apartado 3.

«No obstante, las disposiciones del apartado 1 podrán ser declaradas inaplicables a cualquier acuerdo, etc.»

La tesis de la excepción legal habría exigido una redacción diferente como, por ejemplo:

«Las disposiciones del apartado 1 serán consideradas inaplicables» o simplemente «no serán aplicables». En estas circunstancias, no puede tratarse de sostener que el Reglamento es ilegal por ser contrario al Tratado a este respecto: plantear la ilegalidad de tal Reglamento sería tan grave que, en mi opinión, el Tribunal de Justicia sólo podría hacerlo si dicha ilegalidad fuese verdadera, lo que de ningún modo es el caso ni mucho menos.

Pero entonces, la contradicción que señalamos subsiste por el hecho de que al contrario de lo que sucede en el Tratado CECA (artículo 65), la competencia exclusiva sólo está atribuida para la exención y no para la comprobación de incompatibilidad que ocasiona la nulidad de pleno derecho.

Por esta razón, el Reglamento ha establecido una serie de disposiciones destinadas a garantizar una aplicación lo más equilibrada posible del artículo 85 en su conjunto, así como del artículo 86. La pieza maestra del sistema es la obligación que pesa sobre las empresas que pretendan obtener una «declaración de inaplicabilidad» con arreglo al apartado 3 del artículo 85, obligación que consiste en notificar sus acuerdos a la Comisión, la cual puede retrotraer los efectos de una decisión favorable hasta la fecha de la notificación (apartado 1 del artículo 4 y apartado 1 del artículo 6). Esta «notificación», además, se parece mucho a una solicitud de autorización y la «declaración de inaplicabilidad» a una autorización («las disposiciones del apartado 1 *podrán ser* declaradas inaplicables»): a pesar de los términos diferentes, el sistema se ha inspirado visiblemente en el apartado 2 del artículo 65 del Tratado CECA.

En este sistema (hasta aquí sólo me refiero al régimen definitivo relativo a los acuerdos celebrados después de la entrada en vigor del Reglamento y del régimen de Derecho común, puesto que, como es sabido, existe un régimen transitorio y también existe un régimen más flexible favorable a determinadas categorías de acuerdos) en este sistema, pues, el equilibrio parece garantizado correctamente. La nulidad de un acuerdo contrario al apartado 1 del artículo 85 siempre puede ser invocada ante los Tribunales nacionales y aunque se haga una «notificación» durante el procedimiento, el Tribunal nacional puede pronunciarse y sacar las eventuales consecuencias de la nulidad de pleno derecho que afecte a un acuerdo que se declare contrario al apartado 1 del artículo 85, al menos, en lo que respecta al período anterior a la notificación, ya que, en todo caso, es seguro que una «declaración de inaplicabilidad» posterior no podría retrotraerse más allá de la fecha de la notificación. Por el contrario, ese mismo Tribunal será prudente si espera el resultado del procedimiento ante la Comisión para hacer surgir los efectos de la nulidad de pleno derecho con posterioridad a la notificación. ¿Está jurídicamente obligado a ello? No parece posible admitirlo ante la inexistencia de toda disposición formal en este sentido. En particular, las citadas disposiciones del apartado 3 del artículo 9 del Reglamento no lo permiten. Por añadidura, en un caso de esta especie,

parece oportuno remitirse a la prudencia de los Jueces, puesto que pueden presentarse supuestos en los que se manifieste con evidencia que las disposiciones del apartado 3 no son aplicables y que la «notificación», efectuada después de haber descubierto los hechos y la acción entablada ante el Tribunal nacional, sólo tiene carácter dilatorio. Desde el punto de vista jurídico, el verdadero inconveniente más bien se suscitaría en caso de que el Tribunal nacional admitiese la incompatibilidad de un acuerdo con las disposiciones del apartado 1 del artículo 85, mientras que la Comisión (o eventualmente el Tribunal de Justicia) al pronunciarse posteriormente, tuviera una opinión contraria sobre este punto y, en consecuencia, estimase sin objeto y por lo tanto imposible una «declaración de inaplicabilidad» en virtud del apartado 3; pero ésta es una consecuencia inevitable de la existencia de competencias concurrentes.

En cuanto a los acuerdos que se benefician del «régimen de favor» previsto por el apartado 2 del artículo 4, es de desear que el Juez nacional tenga una prudencia particular en caso de que dichos acuerdos hayan sido notificados a la Comisión; en efecto, para estos acuerdos, una exención de la Comisión en virtud del apartado 3 del artículo 85 puede retrotraer a una fecha libremente fijada por la Comisión que podrá ser anterior al día de la notificación (apartado 2 del artículo 6 del Reglamento).

Finalmente, queda el supuesto de los acuerdos existentes en la fecha de entrada en vigor del Reglamento, supuesto que es objeto de disposiciones especiales en los artículos 5 y 7 del Reglamento. Para estos acuerdos, si han sido notificados antes del 1 de agosto de 1962 (o del 1 de enero de 1964 para los acuerdos que se benefician del régimen de favor), «*la prohibición establecida en el apartado 1 del artículo 85 sólo se aplicará para el período fijado por la Comisión*», si las empresas los dan por terminados «o los modifican de forma que en lo sucesivo ya no caigan bajo la prohibición establecida en el apartado 1 del artículo 85 o de forma que cumplan las condiciones de aplicación del apartado 3 del artículo 85». Esto quiere decir que la decisión de la Comisión podrá incluir la inexistencia de todo efecto retroactivo para la prohibición, es decir, el íntegro mantenimiento de los efectos del acuerdo en el pasado, e incluso en el futuro, si se conceden plazos para que los interesados se conformen a la normativa. En tal caso, los efectos de la nulidad de pleno derecho, que por naturaleza tiene efecto retroactivo (*ex tunc*), se encuentran totalmente paralizados.

Tampoco aquí ninguna disposición del Tratado ni del Reglamento obliga al Tribunal nacional a suspender el procedimiento, aunque la notificación ya haya tenido lugar o se haya efectuado durante el procedimiento, pero es evidente que en tal caso, los Tribunales nacionales deben hacer gala de la mayor prudencia dadas las consecuencias que puede tener una decisión posterior favorable de la Comisión. Sin embargo, los órganos jurisdiccionales nacionales deben considerar, en su caso, la siguiente disposición del Reglamento (apartado 1 *in fine* del artículo 7):

«Cualquier decisión de la Comisión en aplicación de la frase precedente (que le otorga la facultad de fijar el período de aplicación de la prohibición) no podrá oponerse a las empresas y asociaciones de

empresas que no hayan dado su acuerdo expreso a la notificación.»

He aquí como debe articularse la competencia concurrente de los órganos jurisdiccionales nacionales y de la Comisión para la aplicación de los apartados 1 y 2 del artículo 85 y la competencia exclusiva de la Comisión para la aplicación del apartado 3 del artículo 85. Indudablemente, el resultado no es totalmente satisfactorio, pero ello es consecuencia del doble compromiso jurídico en que se basa el Tratado, interpretado como lo he expuesto: 1) compromiso entre la tesis de la «excepción legal», única totalmente compatible con el concepto de nulidad de pleno derecho contenido en el apartado 2 del artículo 85 y la tesis del «efecto constitutivo» que lógicamente debe ir acompañada, como en el sistema alemán, de la facultad otorgada a las autoridades en materia de competencia de «declarar ineficaces» («für unwirksam erklären») los acuerdos contrarios a la ley, lo que corresponde a un concepto muy diferente de la nulidad de pleno derecho; 2) compromiso sobre la competencia, que el Tratado no regula y que el Reglamento no ha querido o ha estimado que no podía confiarlo exclusivamente a las autoridades ni al órgano jurisdiccional comunitario como en el Tratado CECA.

El Reglamento ha hecho grandes esfuerzos para reducir en la medida de lo posible las dificultades que surgen de la existencia de este doble compromiso. En cuanto a las dificultades que subsisten, pienso que, como en materia de cuestiones prejudiciales, su solución se facilitará ampliamente si se establece un verdadero espíritu de colaboración entre los órganos jurisdiccionales nacionales y las autoridades de la Comunidad. Como todos sabemos, este espíritu de cooperación es la condición esencial del éxito del Tratado de Roma que éste mismo siempre menciona en su texto. No dudo de que éste se manifieste en el ámbito judicial, al igual que ya se ha manifestado en los ámbitos político, económico y social, tanto en las relaciones públicas como en las privadas. No se puede concebir de otra manera la vida en una Comunidad.

3. *Las cláusulas de prohibición de exportar ¿están prohibidas por el apartado 1 del artículo 85?*

De acuerdo con lo antes expuesto y también, tan brevemente como sea posible, querría examinar esta cuestión evitando cuidadosamente tomar partido sobre la aplicación al presente asunto, que escapa a la competencia del Tribunal de Justicia en el marco del procedimiento actual.

Un primer aspecto me parece seguro, el cual, por otra parte, no parece haber sido discutido durante el litigio; se refiere a que el artículo 85 contempla tanto los acuerdos «verticales» como los «horizontales», es decir, tanto los acuerdos celebrados en interés exclusivo de un vendedor como los celebrados por varios vendedores o fabricantes en interés común. A este respecto me referiré a las observaciones del Gobierno alemán (apartado 1) que me parecen convincentes. En la legislación alemana, muy completa y detallada, los acuerdos verticales están bien contemplados en la legislación, pero se benefician de un régimen especial, más liberal. En la legislación del Tratado CEE no existe dicho régimen, pero es evidente que deberán tomarse en cuenta los caracteres particulares que pre-

sentan los acuerdos verticales, en la medida en que afecten al juego de la competencia, para la eventual concesión en su provecho del beneficio de las disposiciones del apartado 3.

En lo que atañe a los acuerdos que contienen una prohibición de exportar, el Reglamento los considera afectados por la prohibición del artículo 85 cuando en el apartado 2 del artículo 4 instituye un régimen de favor para los «acuerdos, decisiones y prácticas concertadas cuando sólo participen en ellos empresas de un solo Estado miembro, y esos acuerdos, decisiones y prácticas *no afecten a las importaciones ni a las exportaciones entre Estados miembros»;* ello parece ajustarse al Tratado, puesto que este último instituye un mercado común cuya primera condición es la supresión de los obstáculos a los intercambios entre los Estados que en él participan.

No obstante, parece difícil considerar la cuestión independientemente de otras cláusulas de los acuerdos, por ejemplo, en este asunto, las cláusulas que en principio reservan la venta en el mercado interior a compradores que se han comprometido a no exportar y, también, la cláusula de exclusiva concedida a determinados compradores para la distribución del producto en el extranjero, por ejemplo Van Rijn en los Países Bajos, donde existe toda una organización comercial de distribución. Pero entonces, necesariamente abordamos el presente asunto y salimos de nuestra competencia.

Otro aspecto, que ha sido objeto de debate durante el litigio, se refiere a lo que debe entenderse por la parte de la frase que dice: «que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros».

Bosch ha sostenido que su sistema de distribución sólo puede contribuir al desarrollo del comercio de refrigeradores entre los países miembros y que, por consiguiente, no puede «afectar» a dicho comercio. Aquí se plantea una cuestión abstracta de interpretación sobre el sentido que procede dar al término «affecter». Es verdad que en francés esta palabra significa «influencer» (influir), «avoir un effet sur» (producir efecto sobre), ya sea un efecto benéfico o perjudicial; la palabra no tiene necesariamente sentido peyorativo.

Pero existen matices bastante importantes entre los términos empleados en las cuatro lenguas: en italiano, «pregiudicare» lo que quizás no sea más peyorativo que «affecter»; en alemán, el término «beeinträchtigen» parece serlo aún más, y, en el texto neerlandés, encontramos la expresión «ongunstig beïnvloeden», que significa ejercer una influencia desfavorable. Pues bien, como sabe el Tribunal de Justicia, cuatro lenguas dan fe, lo que significa decir muy exactamente que ninguna de ellas da fe...

En estas circunstancias, al igual que ante la oscuridad o la contradicción en la interpretación de los textos internos, procede referirse al «contexto» o a la *ratio legis* del texto.

Por mi parte, me tienta seguir aquí una vez más la opinión del Gobierno federal expuesta en el apartado VI-2 (pp. 17 a 19 de la traducción francesa), donde leemos lo que sigue:

«Por lo tanto, la interpretación literal no proporciona la claridad que sin embargo se obtendrá partiendo del sentido y de la finalidad del artículo 85. Esta disposición se funda en el principio establecido en la letra f) del artículo 3 del Tratado, según el cual la Comunidad debe establecer un régimen que garantice la defensa de la competencia contra alteraciones (establecimiento de un régimen que garantice que la competencia no será falseada en el mercado común). Por lo tanto, el artículo 85 pretende proteger el libre juego de la competencia. Se viola este principio o (lo que sería suficiente según el artículo 85) al menos se pone en peligro, cuando una restricción de la competencia, según el apartado 1 del artículo 85, hace desviar la circulación de mercancías de su vía normal y natural, porque un aumento de la circulación en un sentido tendrá infaliblemente una influencia desfavorable en la circulación en sentido inverso. Por esta razón, cualquier influencia sobre la circulación económica aunque no sea importante, constituye un obstáculo en el sentido del apartado 1 del artículo 85.

Además, esta disposición no depende de que un obstáculo a la competencia restrinja el comercio entre los Estados miembros de forma efectiva, sino que únicamente presupone que ésta «pueda» constituir un obstáculo. Ahora bien, puede crear una influencia desfavorable cualquier obstáculo a la competencia cuyos efectos sobre los intercambios económicos de los Estados miembros no carezcan totalmente de importancia.

Por consiguiente, al examinar la cuestión de si una restricción de la competencia dentro del mercado común puede constituir un obstáculo a los intercambios económicos de los Estados miembros, no puede hacerse depender la respuesta de algunos efectos «perjudiciales» o «favorables» sobre la circulación comercial, puesto que los efectos «favorables» siempre van acompañados de efectos «perjudiciales». *Sólo en el contexto del apartado 3 del artículo 85* del Tratado CEE podrá apreciarse si los efectos favorables son tan preponderantes como para justificar la inaplicación de la prohibición del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE.

Además, siempre se discute si toda restricción de la competencia, que afecte a las relaciones económicas entre Estados miembros, por poco importante que sea, puede constituir un obstáculo al comercio interestatal, o bien si esta condición sólo existe cuando el efecto de la restricción alcance determinadas proporciones. Sin embargo, conviene responder afirmativamente a la cuestión de saber si existe tal dato cuantitativo. Es cierto que del tenor del apartado 1 del artículo 85 del Tratado constitutivo de la CEE resulta que sólo existe un riesgo de obstaculizar el comercio internacional cuando la restricción de la competencia afecte a una parte esencial del volumen efectivo o posible de las transacciones comerciales. No obstante, una restricción de la competencia sólo podrá obstaculizar el comercio entre los Estados miembros cuando su influencia sobre las condiciones del mercado revista alguna importancia.»

Esta tesis, me parece que constituye una interpretación razonable de la expresión «que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros» del apartado 1 del artículo 85. Esta interpretación también se

puede dar en abstracto, independientemente de la apreciación del presente asunto.

A pesar de ello no me atrevo a proponerla, puesto que, como ya observé, esta cuestión no ha sido planteada en la resolución de remisión.

En cuanto a las otras cuestiones de interpretación del artículo 85 que podría plantear el litigio, son inseparables del examen de este asunto y, por otra parte, no han sido formuladas por el Gerechtshof de La Haya.

Queda el tema de las costas. Es delicado resolverlo dado que no nos encontramos ante «partes» en el sentido procesal del término y que el procedimiento del artículo 177 es exclusivamente de orden público.

En estas circunstancias, son posibles varias soluciones: o deducir las consecuencias extremas de este carácter de orden público, decidiendo que todos los gastos sean soportados por la Caja del Tribunal de Justicia; o bien decidir que las costas sean soportadas por la parte que pierda el proceso (aunque no veo claramente la posibilidad de supeditar la liquidación de las costas ante el Tribunal de Justicia a las consecuencias del litigio que continuará ante los órganos jurisdiccionales nacionales); o bien apreciar, según las tesis sostenidas por las partes en sus observaciones, cual de las partes en el litigio principal que ha visto desestimados sus motivos: en este último supuesto debería condenarse en costas a las sociedades Bosch y Van Rijn; o bien decidir que cada parte cargue con sus propias costas. Más bien me inclino por esta última solución.

III. Conclusión

Habida cuenta de las observaciones que he presentado, propongo que el artículo 85 del Tratado CEE se interprete como sigue:

1) Las disposiciones del artículo 85 del Tratado son directa e íntegramente aplicables en los Estados miembros al menos desde la fecha de entrada en vigor del Reglamento adoptado en aplicación del artículo 87.

2) La nulidad de pleno derecho prevista en el apartado 2 del artículo 85 para los acuerdos o decisiones prohibidos en virtud del apartado 1 del mismo artículo surte efectos mientras las disposiciones de este apartado no sean declaradas inaplicables por la Comisión, la cual, a este respecto, en virtud de lo dispuesto por el artículo 9 del Reglamento, posee competencia

exclusiva sin perjuicio del control de su decisión por el Tribunal de Justicia, o mientras la Comisión no haga uso de las facultades conferidas por el artículo 7 del Reglamento para los acuerdos, decisiones o prácticas concertadas existentes en la fecha de entrada en vigor de dicho Reglamento.

- Que el Tribunal de Justicia se declare incompetente para pronunciarse sobre los demás extremos de la petición formulada por el Gerechtshof de La Haya.

- Que, en cuanto a las costas, cada parte soporte sus propios gastos.