

CONCLUSIONES DEL ABOGADO GENERAL
SR. KARL ROEMER
presentadas el 23 de marzo de 1966 *

Índice

Introducción (hechos, cuestiones de interpretación)	379
Respuesta a las cuestiones	381
I. Cuestiones preliminares	381
1. Las cuestiones planteadas ¿requieren aplicar el Derecho Al presente caso?	381
2. ¿Es necesario que el Tribunal de Justicia modifique las cuestiones tal y como han sido planteadas?	381
II. Cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia	382
1. Primera cuestión	382
2. Segunda cuestión	387
III. Recapitulación	389

* Lengua original: alemán.

*Señor Presidente,
Señores Jueces,*

Los hechos a que se refiere el asunto que se halla pendiente ante la cour d'appel de Paris y que ha dado lugar a una petición de decisión prejudicial sobre cuestiones relativas al Derecho comunitario en materia de competencias pueden resumirse del siguiente modo:

El 7 de abril de 1961, bajo la denominación de «acuerdo de exportación», la sociedad alemana de responsabilidad limitada Maschinenbau Ulm, fabricante de material de trabajos públicos celebró un contrato con la sociedad francesa La Technique Minière, cuyo objeto era la venta de este tipo de material en Francia; contrato que, posteriormente, fue modificado y completado (el 13 de diciembre de 1961). A tenor de dicho acuerdo, la Société Technique Minière se comprometía, durante un período de dos años a contar desde el 1 de enero de 1962, a comprar a un determinado precio un cierto número (37) de niveladoras de un tipo concreto, a salvaguardar de modo general los intereses del vendedor, a organizar un servicio de reparaciones, a mantener un stock suficiente de piezas de recambio, a atender a la totalidad de la demanda en el territorio designado en el contrato y, finalmente, a no vender productos competidores sin el consentimiento del vendedor. A cambio, se le concedía la exclusiva de venta de dichas máquinas en el territorio francés y en sus posesiones de Ultramar. El contrato se renovaba tácitamente a la expiración del

plazo previsto, salvo facultad de ambas partes de denunciarlo, respetando un preaviso de seis meses. Tras el cumplimiento parcial del contrato, surgieron dificultades: según lo expuesto por la Société Technique Minière, se debieron al hecho de que no había en el mercado francés personas dispuestas a comprar las máquinas citadas en el contrato. Al no haber sido pagadas las letras de cambio enviadas para el pago por el concesionario, la sociedad Maschinenbau Ulm se vio obligada a entablar un procedimiento ante el tribunal de commerce de la Seine. Dicho procedimiento tenía por objeto la resolución del contrato por incumplimiento imputable a la Société Technique Minière y la condena de ésta al pago de daños y perjuicios. El procedimiento (en el curso del cual se ordenó la practica de una prueba pericial sobre si las máquinas estaban adaptadas a las necesidades francesas, prueba cuyo resultado fue favorable a la demandante) desembocó, en primer lugar, en una sentencia que acogía las pretensiones de la sociedad demandante, Maschinenbau Ulm; pero, posteriormente, al interponer recurso de apelación la Société Technique Minière, se planteó el asunto ante el órgano jurisdiccional de grado superior (la cour d'appel de Paris).

Como ya había hecho en primera instancia para justificar su actitud, la parte apelante invocó, entre otras, las disposiciones francesas relativas a la competencia (Decreto legislativo de 30 de junio de 1945), así como el Derecho comunitario relativo a las normas sobre la competencia, según el cual el contrato celebrado con la sociedad Mas-

chinenbau Ulm sería nulo por infracción del apartado 1 del artículo 85 del Tratado CEE y por falta de notificación a la Comisión de la Comunidad Económica Europea.

El órgano jurisdiccional nacional se veía, pues, en la obligación de interpretar y aplicar el Derecho comunitario relativo a las normas sobre la competencia, cosa que no quería hacer por sí mismo. Prefirió adoptar una resolución, el 7 de julio de 1965, mediante la cual, acogiendo una de las pretensiones subsidiarias de la Société Technique Minière, suspendía el procedimiento; dicha resolución planteaba al Tribunal de Justicia europeo las siguientes cuestiones de interpretación:

«1) ¿Qué interpretación hay que dar al apartado 1 del artículo 85 del Tratado de Roma, así como a los Reglamentos comunitarios adoptados para su aplicación, en relación con todo contrato que, no habiendo sido objeto de notificación alguna y concediendo un “derecho exclusivo de venta”,

- no prohíbe al concesionario reexportar las mercancías que ha adquirido del concedente a los demás mercados de la CEE,
- no lleva consigo la obligación del concedente de prohibir a sus concesionarios de los demás países del mercado común la venta de sus productos en el territorio reservado al concesionario con quien ha firmado el contrato,
- no limita el derecho de los comerciantes y consumidores del país del concesionario a abastecerse por medio de importaciones

paralelas de los concesionarios o proveedores de los demás países del mercado común,

– somete a autorización previa del concedente la entrega por el concesionario de maquinaria que pueda competir con el material objeto de la concesión?

2) La nulidad de pleno derecho prevista en el apartado 2 del artículo 85 del Tratado de Roma, ¿supone que la totalidad del contrato que contenga una cláusula prohibida por el apartado 1 del mismo artículo es nulo, o es posible en determinados casos limitar dicha nulidad a la cláusula prohibida?»

Conforme al artículo 20 del Estatuto del Tribunal de Justicia de la CEE, dicha resolución fue notificada a las partes del litigio principal, a los Estados miembros, al Consejo y a la Comisión. Sólo las partes en el procedimiento ante el órgano jurisdiccional francés y la Comisión de la CEE presentaron observaciones escritas y orales. Sus definiciones de postura, expuestas con gran esmero y de manera muy detallada, son muy discrepantes; ponen claramente de manifiesto que, tanto desde el punto de vista jurídico como económico, se trata de un problema importante, cuya solución requiere un enfoque desde numerosos puntos de vista.

Voy a intentar ahora encontrar una respuesta a las cuestiones planteadas; previamente, deberé, no obstante, examinar dos cuestiones preliminares suscitadas por la Société Technique Minière. Sólo después de este examen podremos abordar la interpretación propiamente dicha (en el orden adoptado por el órgano jurisdiccional que nos ha planteado el asunto), para ver cuál de las diferentes concepciones que se nos han presentado puede considerarse correcta.

Respuesta a las cuestiones

I. *Cuestiones preliminares*

1. Las cuestiones planteadas, ¿requieren aplicar el Derecho al presente caso?

La Société Technique Minière expresó, en primer lugar, por escrito y verbalmente, su inquietud por el modo en que la cour d'appel de Paris formuló las cuestiones de interpretación que podría obligar al Tribunal de Justicia a ir más allá de la interpretación y a aplicar el Derecho al presente caso.

Efectivamente, esto no está permitido (el Tribunal de Justicia lo señaló especialmente en el asunto 20/64); dicho de otra manera, en el marco de la segunda parte de las letras a) y b) del párrafo primero del artículo 177, el Tribunal de Justicia no puede comprobar si una situación de hecho concreta (en el presente caso: un contrato celebrado entre empresas) cumple los requisitos enunciados en el apartado 1 del artículo 85 y si, por consiguiente, posee determinados efectos jurídicos. La única cosa que se permite al Tribunal de Justicia es, permaneciendo en el plano de las generalizaciones, precisar el alcance de la letra y del espíritu de esta disposición fijando normas generales complementarias a pesar de que, en esta ocasión, nuestra tarea se limite a un aspecto o a varios de un conjunto más amplio de cuestiones, a causa del modo particular en que se ha planteado el problema.

Pero, a decir verdad, en el caso que nos ocupa la cour d'appel de Paris no pide más, si se entienden correctamente las cuestiones que ha planteado. Ello se desprende de la forma abstracta en la que éstas han sido enunciadas. Su formulación es parecida a la

de algunos Reglamentos en materia de Derecho de la competencia (Reglamento n° 153 de la Comisión, Reglamento n° 19/65/CEE), cuyo carácter general y normativo nadie puede negar. Una vez dada la respuesta, puede que el Juez nacional considere necesario aún realizar otras comprobaciones o valoraciones de los hechos: ello demuestra que no es el Tribunal de Justicia quien debe acometer la aplicación del Derecho, sino el Juez nacional. En realidad, tampoco se habría podido objetar nada, si este último hubiera planteado las cuestiones de una manera más concreta, por ejemplo sometiendo al Tribunal de Justicia el problema que debía resolver en el asunto del que se hallaba conociendo. Incluso en este caso, el Tribunal de Justicia europeo no está obligado a desestimar la petición de decisión prejudicial, sino que puede (y ya lo ha hecho en diversas ocasiones) extraer de las cuestiones planteadas de manera concreta, las cuestiones abstractas cuya respuesta entra dentro de su competencia.

Por tanto, la manera en que han sido formuladas las cuestiones prejudiciales no puede dar lugar a crítica alguna.

2. ¿Es necesario que el Tribunal de Justicia modifique las cuestiones tal y como han sido planteadas?

Al exponer los antecedentes de hecho, he dicho que, desde diversos puntos de vista, la cour d'appel de Paris ha intentado caracterizar el tipo de contrato respecto del cual ha de realizarse una interpretación del Derecho comunitario relativo a las normas sobre la competencia. Fundamentalmente, señaló que se trataba de analizar acuerdos que no imponían al concesionario una prohibición

de exportar y que no excluían las importaciones paralelas en el territorio objeto del contrato.

A este respecto, la Société Technique Minière señala que, en realidad, si se interpreta el contrato celebrado con la sociedad Maschinenbau Ulm con arreglo a los usos mercantiles se desprende que las partes tienen la obligación implícita de garantizar la protección territorial, es decir, garantizar un monopolio de venta («Absatzmonopol») al concesionario exclusivo («Alleinvertreter»). Así, habría que admitir que el concesionario tiene la obligación de abstenerse de exportar fuera del territorio que se le ha concedido, mientras que el concedente está obligado a impedir a los concesionarios designados en otros territorios la importación al territorio concedido a la Société Technique Minière. El Tribunal de Justicia debería tener en cuenta tales hechos al interpretar el apartado 1 del artículo 85, y al explicar los Reglamentos comunitarios en materia de Derecho de la competencia.

A este respecto, tampoco me parece acertada la opinión de la Société Technique Minière. La interpretación del acuerdo celebrado entre las partes en el procedimiento interno es competencia exclusiva del órgano jurisdiccional nacional. Si esta interpretación le lleva a considerar que sólo prevalecen determinadas conclusiones precisas, el Tribunal de Justicia debe atenerse a ellas y no modificar las cuestiones, tal y como han sido planteadas en base a dichas conclusiones. Asimismo, en el intento de interpretación que sigue, sólo tendré en cuenta las características del acuerdo de venta exclusiva que la cour d'appel de Paris nos ha indicado.

No veo que existan otras cuestiones que haya que resolver previamente, de manera que puedo ocuparme ahora de la respuesta que ha de darse a las cuestiones principales.

II. *Cuestiones planteadas al Tribunal de Justicia*

1. Primera cuestión

Es inútil repetir los términos en que ha sido formulada la primera cuestión: los he recordado al describir los hechos y el Tribunal los tiene bien presentes.

Para dar una respuesta, me parece sensato comenzar refiriéndome a la opinión radical expresada por la Société Technique Minière: creo, en efecto, que el carácter sumamente formalista de las conclusiones a las que llega esta parte permite un examen bastante sencillo y rápido.

Para justificar su punto de vista, la Société Technique Minière alude al Reglamento nº 153 de la Comisión, que establece un procedimiento simplificado de notificación de determinados acuerdos, así como al contenido del formulario B 1 adoptado a tal efecto. En su opinión, de estos textos se desprende que su objeto son precisamente los acuerdos como los descritos en las cuestiones de la cour d'appel de Paris, y que la Comisión ha establecido la obligación de notificar tales convenios. Su razonamiento prosigue a continuación del siguiente modo: si existe la obligación de notificar un acuerdo, dicho acuerdo está contemplado por el apartado 1 del artículo 85 del Tratado. En caso de falta de notificación, las autoridades nacionales no podrían en modo alguno dedicarse a una valoración del caso concreto, sino que no tendrían más remedio que

declarar nulos dichos acuerdos. La Comisión está vinculada a dicha interpretación auténtica que ella misma ha dado al Derecho comunitario de la competencia, en tanto no se cuestione la legalidad de su Reglamento n° 153.

No obstante, tengo la impresión de que el punto de vista de la Société Technique Minière no está justificado, y ello no sólo porque la propia Comisión, es decir, «el legislador» del Reglamento n° 153 no lo comparta, sino también por imperiosas razones objetivas.

En realidad, hay que basarse en el Reglamento n° 17 del Consejo, es decir, en el primer Reglamento de aplicación en materia de Derecho de la competencia del Tratado CEE: en el apartado 3 de su artículo 9 dispone expresamente que las autoridades de los Estados miembros serán competentes para aplicar las disposiciones del apartado 1 del artículo 85 del Tratado, mientras la Comisión no inicie procedimiento alguno en aplicación de los artículos 2, 3 o 6 del propio Reglamento. Por tanto, reconoce a las autoridades nacionales, el derecho de apreciar y comprobar la aplicabilidad del apartado 1 del artículo 85; y parece normal reconocer dicha facultad de apreciación a las autoridades nacionales porque, en general, como ha subrayado la defensa de la sociedad Maschinenbau Ulm, éstas pueden llevar a cabo una investigación al estar más próximas a los hechos que la Comisión y al no tener un conocimiento de los mismos menor que ésta. Por el contrario, a la Comisión se le reserva la aplicación del apartado 3 del artículo 85. A tal fin, los artículos 4 y 5 del Reglamento n° 17 establecieron un procedimiento de notificación y sólo en este ámbi-

to, su artículo 24 atribuyó a la Comisión la competencia para adoptar las disposiciones de aplicación relativas a la forma, el contenido y las modalidades de notificación. Por consiguiente, con arreglo a sus términos, el Reglamento n° 153 no establece una obligación absoluta de notificar; por el contrario, reposa implícitamente en la idea de que sólo existe obligación de notificar cuando sea aplicable, en principio, el apartado 1 del artículo 85 y cuando, por consiguiente, pueda entrar en juego una exención basada en el apartado 3 del artículo 85. Si, en el presente asunto y con arreglo a esta idea (expresada, por lo demás, también en forma de reserva contenida en el formulario B 1), la Comisión no ha negado a los órganos jurisdiccionales nacionales el derecho de apreciar los casos en los que ha de aplicarse el Derecho de la competencia desde el punto de vista de los criterios del apartado 1 del artículo 85, es imposible acusarla de haberse apartado del Reglamento n° 153 y de haber introducido nuevos criterios de apreciación de los contratos de venta exclusiva. En realidad, se ha limitado a interpretar el Reglamento n° 153 de una manera que, objetivamente, está en armonía con el artículo 85 del Tratado y con el Reglamento n° 17 del Consejo.

Por consiguiente, parece que no es correcto encomendar a la cour d'appel de Paris la apreciación del contrato de exclusiva celebrado entre las sociedades La Technique Minière y Maschinenbau Ulm, únicamente desde el punto de vista formal de la falta de notificación. La tarea que me corresponde será la de entregarme a una interpretación a fondo de los diversos elementos del apartado 1 del artículo 85, gracias a la cual el órgano jurisdiccional nacional deberá en-

tonces comprobar si, en el presente caso, el acuerdo cae o no dentro del ámbito de aplicación de dicha norma.

Para esta interpretación (ya lo hemos señalado en el asunto 32/65-) hay tres criterios que han de tenerse especialmente en cuenta:

- ¿Cómo ha de entenderse el término «acuerdos entre empresas»?
- ¿Cuándo puede decirse que un convenio tiene por objeto o efecto perjudicar la competencia?
- ¿Cómo hay que entender la expresión «que puedan afectar al comercio entre los Estados miembros»?

He expuesto en detalle en el asunto «Gobierno italiano contra Consejo de Ministros de la CEE» los *principios* con arreglo a los cuales hay que interpretar estos criterios en lo que se refiere a los contratos de venta exclusiva.

Para evitar repetir mi argumentación, permítaseme hacer aquí referencia a estas consideraciones y limitarme a recordar las conclusiones a las que llegué. Son las siguientes:

- Es cierto que los contratos de venta exclusiva celebrados por un productor con comerciantes autónomos, es decir, negociantes que trabajan por cuenta y riesgo propio, constituyen «acuerdos entre empresas» en el sentido del apartado 1 del artículo 85 (en este momento no es todavía necesario averiguar si la palabra «acuerdo» designa todo el convenio o sólo algunas de sus cláusulas que sean relevantes desde el punto de vista de la norma sobre la competencia).

- Dado que el Tratado CEE reposa sobre un concepto amplio de la competencia y no realiza distinción entre los acuerdos «horizontales» y los acuerdos «verticales», los perjuicios a la competencia que sean debidos a esta última categoría de acuerdos deben también tenerse en cuenta para la aplicación del artículo 85. Tales perjuicios a la competencia puede producirse en el caso de acuerdos de exclusiva tales como los que han sido descritos, a causa de compromisos exclusivos de entrega y de compra y ello a pesar de que no se impongan a los demás concesionarios prohibiciones de exportar y de que el beneficiario de la exclusiva tenga derecho a vender fuera del territorio objeto de la concesión.

- El comercio entre Estados miembros sólo debe considerarse afectado si lo es en un sentido *desfavorable*; y a este respecto, no basta ciertamente con probar que existe un crecimiento cuantitativo en los intercambios de productos para poder negar la existencia de dicho perjuicio. Dado que los contratos de distribución exclusiva tienen por objeto la regulación del comercio entre Estados miembros bajo la forma de concentración en un circuito de venta, pueden también afectar al comercio (en relación con la situación que ha de considerarse normal en una fase determinada de la integración).

Pero, mientras que la Société Technique Minière, en las alegaciones formuladas con carácter subsidiario (ya he expuesto mi opinión sobre el fundamento de su tesis) declara que no es necesario ir más lejos en el análisis, dicho de otra forma, que se ha creado un monopolio no deseable, cuando las consideraciones hasta ahora expuestas permiten suponer que se ha perjudicado el juego de la competencia, habida cuenta de

que, al igual que en materia de responsabilidad aquiliana, según el apartado 1 del artículo 85 incluso el más mínimo perjuicio a la competencia debe ser sancionado, la Comisión y la sociedad Maschinenbau Ulm, por su parte, intentan evitar, cada una en grado distinto, considerar las cosas de una manera rígida y dogmática. Por ello, la Comisión piensa que un perjuicio teórico a la competencia no basta: hace falta que se manifieste un perjuicio tangible. La sociedad Maschinenbau Ulm llega incluso a excluir la aplicación del apartado 1 del artículo 85 cuando la competencia siga siendo *efectiva* a pesar de la existencia del acuerdo.

Estos intentos son ciertamente loables ya que sería excesivo incluir en la prohibición rigurosa del apartado 1 del artículo 85 el más mínimo perjuicio a la competencia, ya provenga de un convenio cuyo objeto sea ese o de un convenio que simplemente tenga tal efecto y no otorgar exenciones más que en el ámbito del apartado 3. Puede que no sea inútil reflexionar sobre el siguiente hecho: uno de los sistemas jurídicos europeos más rigurosos en materia de competencia, la Ley alemana relativa a las restricciones a la competencia, considera, con arreglo a su artículo 18 que, en principio, no hay nada que objetar a los contratos de venta exclusiva, y no autoriza al Servicio de defensa de la competencia a intervenir más que, por ejemplo, cuando se produzca un perjuicio *importante* a la competencia en el mercado de tales o cuales productos o actividades comerciales.

Tampoco es posible reprochar a la Comisión y a la sociedad Maschinenbau Ulm, como la Société Technique Minière intenta hacer, que la introducción de semejante

«rule of reason» (llamémoslo así) entraña el riesgo de divergencias en el desarrollo del Derecho en los diversos Estados miembros e incluso en el seno de un solo Estado, por el hecho de que su aplicación se confíe a menudo al Juez nacional. El artículo 177 del Tratado (el presente asunto precisamente lo demuestra) ¿no nos proporciona un excelente medio de prevenir estos riesgos a través de la elaboración progresiva de los criterios de interpretación por parte del Tribunal de Justicia?

Pero es cierto que no resultará fácil articular de manera adecuada el principio que he enunciado e indicar con precisión hasta dónde puede ir el Juez nacional en la exclusión de los perjuicios contra la competencia de poca importancia. En mi opinión, es ir demasiado lejos considerar, como lo hace la sociedad Maschinenbau Ulm, que el apartado 1 del artículo 85 debe descartarse siempre que persista una competencia *efectiva*, porque es evidente que tales consideraciones sólo tienen importancia cuando se trata de aplicar el apartado 3 del artículo 85 [ver letra b)]. A la inversa, el punto de vista de la Comisión parece *demasiado restrictivo*, puesto que, para comprobar que la competencia resulta afectada de modo «tangible», se contenta con presunciones o declaraciones hechas por las partes durante el procedimiento ante el órgano jurisdiccional nacional, sin obligar al Juez nacional a precisar en concreto la situación del mercado. El punto justo ha de situarse a medio camino entre estas concepciones, es decir que, para poder aplicar el apartado 1 del artículo 85, habrá que exigir un perjuicio *notorio* a las condiciones de competencia que, o bien exista realmente, o que hechos concretos indiquen que va a producirse.

A este respecto, hay que tener en cuenta que, en efecto, es a menudo imposible que empresas de modestas dimensiones se introduzcan en un mercado extranjero si no concentran la oferta en una sola mano, especialmente cuando se trata de productos que necesitan ser montados antes de su venta y para los que resulta necesario garantizar un servicio de reparación y un stock de piezas de recambio. En este caso, la comparación con la situación que se produciría en el mercado sin la concesión exclusiva puede llevar a la conclusión de que precisamente la falta de convenio lleva consigo la reducción de la competencia, porque ésta corre pareja con una disminución de la oferta. Si, como en el caso que nos ocupa, el concesionario exclusivo ni siquiera ha logrado encontrar una salida al mercado para los productos que está encargado de comercializar, es muy probable que la situación de estos productos no mejorara apenas si se confiara la oferta a un número más amplio de personas.

Hay que decir a continuación que la mayor parte del tiempo, el compromiso de compra exclusiva del concesionario (es decir, la prohibición de vender productos competidores) contenido en el tipo de contrato objeto de análisis, no supone un peligro para la competencia puesto que son raros los casos en los que sólo es posible garantizar eficazmente el acceso de determinados productos al mercado a través de un único profesional.

Siempre en el ámbito de las consideraciones que debe realizar el órgano jurisdiccional nacional, habría que tener en cuenta además el hecho de que los contratos de venta exclusiva que nos ocupan no impiden las importaciones paralelas en el territorio objeto de la concesión y que, por tanto, al

menos en cierta medida, el concesionario exclusivo está en competencia con los comerciantes que ofrecen el mismo producto. Finalmente, no hay que olvidar tener en cuenta la competencia de los productos *similares* (contrariamente a lo que cree la Comisión), no solamente en cuanto a los artículos de serie, sino también en cuanto a los aparatos altamente técnicos que se venden bajo una marca determinada y que, en cierta medida, pueden preferir los usuarios. Ello equivale a decir que una visión realista del mercado puede perfectamente poner de manifiesto que, también en este campo, los productos de diferentes productores dan lugar a una intensa competencia, lo que provoca que la exclusión de la competencia entre los productos de un *único productor* deba considerarse irrelevante. A este respecto, los datos aportados por la sociedad Maschinenbau Ulm sobre el número e importancia de los productores presentes en el mercado francés y sobre el porcentaje que en él representan los resultados que ella misma ha intentado obtener, pueden proporcionar una valiosa información en el presente asunto.

Si tal examen pone de manifiesto (y no parece excesivo, sino completamente normal pretender que los órganos jurisdiccionales nacionales realicen dicho examen sin el cual la obligación del artículo 9 del Reglamento n° 17 perdería todo su sentido) que, en su conjunto y a pesar de la existencia de convenios cuyo objeto o efecto sea perjudicar la competencia, las condiciones en las que se desarrolla sólo se ven afectadas de manera poco sensible, los contratos de exclusiva, que en principio deben caer en el ámbito del apartado 1 del artículo 85, no deberán sufrir los efectos de esta disposición.

Para completar este análisis, señalaré que lo mismo ocurre con el criterio de la posibilidad de «afectar al comercio entre Estados miembros». Aquí tampoco es posible ceñirse a un punto de vista teórico para examinar las cláusulas de un contrato, como la Société Technique Minière pretende cuando declara que, *por regla general*, los contratos de exclusiva afectan al comercio entre Estados miembros. Por el contrario, más bien habría que decir que, cuando el comercio sólo resulta afectado de manera poco significativa, ello carece de importancia. Ésta es también la opinión de la Comisión, pero hay que reconocer que no extrae de ella todas las consecuencias lógicas. En realidad, éstas consisten en exigir un examen del mercado en relación también con este segundo criterio, es decir, comparar la situación del mercado antes de la celebración del acuerdo con la que se produce tras el mismo. Especialmente, no resulta excesivo exigir esta comparación cuando no se trata de acuerdos que han de celebrarse en el futuro, sino de acuerdos ya existentes en el pasado, porque en este caso las experiencias pretéritas permiten suponer cuales serán las repercusiones en el futuro.

Esta comparación puede posiblemente llevar a reconocer que, en una situación y en una fase de integración determinada, son precisamente los contratos de exclusiva los que posibilitan el comercio entre Estados miembros de un producto determinado (por ejemplo, cuando se trata de empresas con recursos y dimensiones modestas, que deben conquistar el acceso a un mercado extranjero haciendo frente a una importante competencia). O también, el hecho de que un contrato de venta exclusiva no prohíba las importaciones paralelas puede obligar a reconocer que la concentración del comer-

cio entre Estados miembros, que se intentó realizar con ayuda de un solo concesionario, está tan ampliamente compensada por otras importaciones que ya no es posible afirmar que las relaciones comerciales internacionales se hayan falseado notablemente. Y si la situación es ésta, sería artificial afirmar que el apartado 1 del artículo 85 puede aplicarse y que el único remedio consiste en otorgar una exención por medio del apartado 3 del artículo 85.

A mi parecer, el Tribunal de Justicia no puede ir más lejos en la interpretación general del Derecho que debe realizar con motivo de la primera cuestión que le ha sido planteada, si no quiere incurrir en la crítica de aplicar por su cuenta el Derecho en lugar del Juez nacional. Pero las observaciones que he hecho deben ser suficientes para el órgano jurisdiccional que ha sometido el asunto al Tribunal de Justicia para valorar los hechos sobre los que ha de pronunciarse.

2. Segunda cuestión

La segunda cuestión, cuyos términos tampoco reproduciré aquí, sólo posee relevancia para el Juez nacional si el examen que ha de realizar pone de manifiesto que, al menos algunas cláusulas del contrato de venta exclusiva celebrado entre las sociedades Maschinenbau Ulm y La Technique Minière son incompatibles con el apartado 1 del artículo 85.

Precisaré enseguida que su único objeto es preguntar si la posible nulidad se limita a las estipulaciones en materia de competencia propiamente dicha, o si afecta al contrato en su integridad. Por consiguiente, no tenemos que ocuparnos del *limite temporal*

de la nulidad (la Société Technique Minière ha hablado de ello), en concreto de la cuestión de a partir de qué momento a lo sumo podría existir la nulidad.

También con respecto a esta segunda cuestión, las opiniones expresadas son muy discrepantes, al menos en lo que se refiere a la Société Technique Minière, por una parte, y a la sociedad Maschinenbau Ulm así como a la Comisión, por otra (no obstante, el punto de vista de esta última no está siempre perfectamente claro ni exento de contradicciones).

En mi opinión, si se tienen en cuenta los objetivos del Tratado, la respuesta a la cuestión no plantea dificultades especiales. Hay que partir de la idea de que el Tratado sólo prohíbe aquello que pueda ser nocivo para la aplicación de sus principios. En el presente caso se trata de obstáculos de carácter internacional a la competencia, que revisten una cierta importancia. Las demás circunstancias que puedan llevar aparejadas carecen de importancia a los ojos del Tratado, al menos de su artículo 85. También doy por sentado, que en principio, sólo se ven afectadas por la nulidad prevista en el apartado 2 del artículo 85 las partes de un acuerdo que provoquen una restricción de la competencia, que deben considerarse como causas determinantes del perjuicio infligido a la misma. No me parece justificado admitir efectos más amplios, tanto más en cuanto que a menudo depende del azar que las partes estipulen, junto a una restricción de la competencia, otras cláusulas y que las inserten en el mismo contrato. En concreto, sería erróneo pensar, con la Société Technique Minière, que la nulidad total del contrato se justifica por la idea de *penalizar* a las empresas que violan el principio de la com-

petencia. Tales consideraciones son también ajenas al Derecho nacional en materia de competencia. No se justifican desde ningún punto de vista, cuando se trata de acuerdos que han sido celebrados *antes* de la adopción del Reglamento nº 17. El hecho de que en caso de notificación, con vistas a la exención prevista en el apartado 3 del artículo 85, pueda ser necesario presentar la totalidad del contenido del acuerdo para permitir sopesar las cláusulas que puedan favorecer la competencia y las que la perjudican, tampoco lleva ciertamente a otra conclusión, precisamente porque el examen basado en el apartado 3 del artículo 85 y el de los requisitos de aplicación del apartado 1 del artículo 85 son de naturaleza distinta. Finalmente, tampoco percibo dificultades insalvables por el hecho de que, a veces, pueda resultar difícil determinar cuáles son las cláusulas importantes desde el punto de vista de la restricción de la competencia, especialmente cuando ésta sólo se deriva del juego de varias cláusulas. En efecto, si se admite el principio de confiar al Juez nacional el examen de los requisitos de aplicación del apartado 1 del artículo 85 (y ello es justo), se le podrá también confiar la tarea de efectuar la delimitación de la que hemos hablado, fundamentalmente en consideración a la existencia del artículo 177 del Tratado CEE que, llegado el caso, puede ser de ayuda a través de las decisiones prejudiciales del Tribunal de Justicia.

Por consiguiente, diré que el Derecho del Tratado en materia de normas sobre la competencia, en principio, sólo produce la nulidad de las partes de un acuerdo que posean relevancia desde el punto de vista del Derecho de la competencia. A mayor abundamiento, no es necesario, en mi opinión, resolver sobre el plano del Derecho

comunitario, es decir uniformemente para todos los Estados miembros, la cuestión de los efectos de la nulidad parcial de un acuerdo sobre la totalidad de las cláusulas contenidas en un contrato. En este tema, el

Derecho nacional aplicable puede reivindicar su primacía (ha de determinarse según las normas de Derecho internacional privado): en el presente caso, posiblemente el artículo 1172 del Código Civil francés.

III. *Recapitulación*

En resumen, he aquí pues las respuestas que deberían darse a las cuestiones planteadas:

- 1) Los contratos de venta exclusiva que presenten las características determinadas por la cour d'appel de Paris pueden entrar dentro del ámbito de aplicación del apartado 1 del artículo 85 del Tratado. Pero, dado que para poder aplicar el artículo 85 no basta comprobar desde un punto de vista puramente teórico que los requisitos que éste establece se cumplen, corresponde al órgano jurisdiccional nacional tener en cuenta las repercusiones reales o seriamente probables del acuerdo en el mercado y examinar en cada caso si se perjudica la competencia y el comercio entre Estados miembros resulta afectado, de manera notable. Si dicho órgano jurisdiccional llega a la conclusión de que esto es así, y si no ha existido notificación dentro del plazo fijado en el artículo 5 del Reglamento nº 17, los acuerdos celebrados son nulos.
- 2) En este caso, la nulidad no afecta a los acuerdos en su integridad; sólo afecta, en principio, a las cláusulas que poseen importancia desde el punto de vista del Derecho de la competencia. En cuanto al resto, el acuerdo debe valorarse con arreglo al Derecho nacional.