CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL JEAN-PIERRE WARNER

apresentadas em 31 de Março de 1976 *

Sumário

Introdução ..... p. 368

Admissibilidade da prova documental ..... p. 370

História das marcas «Columbia» ..... p. 372

As marcas em litígio ..... p. 374

As questões colocadas ao Tribunal ..... p. 375

As normas do Tratado relativas à liberdade de circulação de mercadorias ..... p. 377

As disposições do Tratado relativas à concorrência ..... p. 380

Artigo 86.° ..... p. 380

Artigo 85.° ..... p. 381

Conclusões ..... p. 384

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

Introdução

Os três processos sobre os quais nos vamos hoje pronunciar foram trazidos a este Tribunal por pedidos de decisão a título prejudicial apresentados, ao abrigo do artigo 177.° do Tratado CEE, pela Chancery Division do High Court of Justice da Inglaterra e do País de Gales, pelo Sø- og Handelsretten de Copenhaga e pelo Landgericht de Colónia. Por comodidade, passaremos a designá-los, respectivamente, por «processo inglês», «processo dinamarquês» e «processo alemão».

Em todos eles é autora a EMI Records Limited, uma filial inteiramente detida pela EMI Limited. Ambas são sociedades inglesas.

A ré em todos os processos é uma filial local da CBS Inc., que é uma sociedade americana. No processo inglês, a ré é a CBS United

* Língua original: inglês.

Kingdom Limited; no processo dinamarquês, é a CBS Records ApS (antiga CBS Grammophon A/S) e no processo alemão é a CBS Schallplatten GmbH.

Os factos, no essencial, podem ser resumidos da seguinte forma.

Na sequência de determinados factos e transacções que remontam a 1984 (e aos quais voltarei mais adiante), a EMI Records Limited é actualmente em muitos países da Europa, África, Ásia e Australásia a titular depositária de todas as marcas de discos constituídas ou que incluem a designação «Columbia». Entre esses países figuram todos os Estados-membros da Comunidade, excepto a França, onde aquelas marcas são propriedade de uma outra filial da EMI Limited. A CBS. Inc., por seu lado, é proprietária das marcas Columbia nos Estados Unidos da América, nos outros países da América do Norte e da América do Sul e em mais alguns países.

Quer a EMI Records Limited e outras filiais da EMI Limited, por um lado, quer a CBS Inc. e as suas filiais, por outro, fabricam e vendem discos em grande escala. Cada um dos grupos, nos países onde é titular da marca Columbia, vende discos sob esta e outras marcas; nos países onde não é titular da marca Columbia, cada um dos grupos tem vendido, até aos factos que originaram o presente litígio, os seus discos sob outras marcas, especialmente o grupo CBS, que tem vendido os seus discos na Comunidade sob a marca «CBS».

Porém, em alguns casos, o grupo CBS importou para o Reino Unido, Dinamarca e Alemanha discos fabricados na América e que possuíam a marca Columbia na etiqueta central do próprio disco e na capa. Em alguns casos a marca foi obliterada com um papel adesivo (habitualmente, ou como resulta dos exemplares enviados ao Tribunal pelo Sø- og Handelsretten, que exibem uma etiqueta adesiva da marca CBS); noutros casos, ao invés, a marca «Columbia» não foi obliterada e especialmente na etiqueta que se encontra no próprio disco. É a venda destes discos nos quais a marca Columbia é visível que está na origem do presente litígio.

Com efeito, o teor da decisão de reenvio proferida no processo inglês convida este Tribunal a ter em conta que, segundo o direito inglês, a EMI Records Limited pode atacar a CBS United Kingdom Limited por contrafacção da sua marca «Columbia» e que, consequentemente, a autora tem legitimidade para pedir que seja proibido o fabrico ou a venda pela CBS United Kingdom Limited de discos com esta marca. Da decisão proferida pelo juiz Graham e que deu origem ao referido reenvio, resulta que o único meio de defesa que a CBS United Kingdom Limited poderia ainda invocar segundo o direito inglês seria o atraso e o consentimento por parte da EMI Records Limited, pois quer o direito desta última à marca e a sua contrafacção pela CBS United Kingdom Limited estão provados.

A decisão de reenvio do processo dinamarquês tem em anexo uma decisão interlocutória proferida pelo Sø- og Handelsretten, na qual se declara que, do ponto de vista do direito dinamarquês, a CBS Records ApS não pode opor-se à pretensão da EMI Records Limited baseada na violação do seu direito de marca.

Da mesma forma, a decisão de reenvio do processo alemão determina que, para o direito alemão, só a EMI Records Limited pode

utilizar a marca «Columbia» na Alemanha e que a autora tem o direito de proibir que outros a utilizem. No entanto, em todos os processos a ré sustenta que, tendo em conta a história da marca Columbia e, em especial, a forma como os direitos a esta marca foram territorialmente partilhados entre os grupos EMI e CBS, o exercício destes direitos pela EMI Records Limited com o objectivo de impedir a importação pelo grupo CBS de discos desta marca dos EUA para o Reino Unido, Dinamarca e Alemanha, respectivamente, é incompatível com o direito comunitário.

Voltemo-nos então para a história desta marca. O material fornecido ao Tribunal sobre o assunto pode ser agrupado em duas categorias. A primeira compreende os factos expostos nas decisões de reenvio. A segunda compreende uma massa de elementos de prova documental produzidos pela CBS United Kingdom Limited, pela CBS Records ApS, pela CBS Schallplatten GmbH, pela EMI Records Limited (em anexo às suas observações escritas no processo alemão) e pela Comissão.

Admissibilidade da prova documental

Foi suscitada a questão de saber se e, em caso afirmativo, em que medida e com que objectivo esta prova é admissível neste Tribunal.

Parece-nos oportuno tratar imediatamente desta questão.

Para responder a esta questão devem ter-se em conta três princípios fundamentais.

Em primeiro, é que não existe lei que impeça o Tribunal de admitir a produção de provas num pedido prejudicial formulado ao abrigo do artigo 177.° Isto resulta claramente do artigo 103.°, n.° 1, do Regulamento Processual, que torna aplicáveis a tal pedido o disposto nos artigos 44.° e seguintes deste regulamento e, em especial, os artigos 45.° a 53.°, relativos às medidas de instrução. Com efeito, podem surgir casos em que o Tribunal não possa decidir sem prova, o que se verifica, por exemplo, quando é impugnada a validade de um acto de uma instituição comunitária e essa impugnação tem por fundamento um erro material de facto. Por outro lado, numerosos casos decididos pelo Tribunal têm demonstrado o interesse em admitir e mesmo solicitar a produção de provas destinadas a esclarecer ou a completar o contexto dos factos tal como são expostos pela decisão de reenvio, de forma a permitir ao Tribunal uma melhor compreensão das questões que lhe são colocadas.

O segundo princípio é o de que, no quadro do artigo 177.°, a competência do Tribunal de Justiça limita-se à decisão de questões de direito comunitário, não podendo o Tribunal aplicá-lo aos factos de um caso concreto. Isto significa que o Tribunal não pode determinar quais as questões de facto relevantes, não para a determinação da lei, mas para a sua aplicação. Foi assim que, por exemplo, nos casos em apreço foram apresentadas, especialmente por parte das rés, uma grande quantidade de provas relativas, entre outras, a questões como as da estrutura da actividade do grupo CBS, os seus problemas de comercialização na Europa e os aspectos económicos do fabrico de discos para aquele mercado, em especial discos em quadrifonia, do custo da aposição de etiquetas e a possibilidade de esta custosa operação influenciar de tal modo a apresentação do produto a ponto de o tornar invendável, da qualidade dos discos CBS em relação à qualidade dos discos EMI, etc. Todas estas considerações, excepto talvez na medida em que se destinam a cativar a simpatia do Tribu-

nal, só podem, em nosso entender, ser reconduzidas à questão de saber se o exercício pela EMI Records Limited dos seus direitos de marca tem por efeito a restrição da concorrência no mercado comum. Cabe a este Tribunal decidir se essa questão é pertinente. Voltaremos a este aspecto. Porém, se a questão é pertinente, a sua solução, é, evidentemente, um assunto da competência dos tribunais nacionais.

O terceiro princípio é o de que, no quadro de um processo ao abrigo do artigo 177.°, o Tribunal não pode ir além do âmbito da questão que lhe foi colocada pelo tribunal em causa. O Tribunal de Justiça não pode responder a uma questão que não lhe foi colocada. Isto não significa que o Tribunal esteja rigidamente vinculado aos termos em que o tribunal nacional formulou a sua questão ou questões. Na verdade, tem havido casos em que o tribunal nacional não colocou qualquer questão específica e este Tribunal, em vez de declarar o pedido inadmissível, deduziu dos factos levados ao seu conhecimento as questões de direito comunitário suscitadas por esses factos. Têm existido outros pedidos em que as questões, tal como se encontram formuladas pelo tribunal nacional, não são questões puras de direito comunitário, tendo-lhes sido misturadas questões de aplicação deste direito, muitas vezes em relação com o direito nacional. Nestes casos, o Tribunal extrai das questões colocadas pelo tribunal nacional as questões de direito comunitário que solicitavam uma resposta. Finalmente, têm existido casos em que o Tribunal, para responder às questões que lhe foram colocadas, achou mais conveniente e mais útil não se limitar estritamente à sua formulação e à sua redacção.

Em conclusão, parece-nos que, em circunstâncias como as dos presentes processos, este Tribunal pode e deve tomar em consideração as provas produzidas pelas partes ou por terceiros que tenham direito de ser ouvidos para os dois (e apenas estes) fins seguintes:

1) quando as conclusões a retirar dessas provas não são controvertidas, o Tribunal pode tomá-las em consideração a fim de explicar e completar os factos tal como se encontram expostos na decisão de reenvio;

2) quando as partes estão em desacordo sobre as conclusões a retirar da prova, o Tribunal pode tomá-las em consideração para atingir melhor os aspectos sobre os quais existe desacordo.

Em ambos os casos, o objectivo final consiste em permitir ao Tribunal formular a sua resposta às questões colocadas pelo tribunal nacional da forma que se revele mais útil para aquele tribunal. Isto é especialmente desejável quando, como em cada um dos presentes processos, as questões colocadas pelo órgão jurisdicional nacional estão redigidas em termos gerais.

Fazendo estas afirmações, não descuramos as dificuldades que podem surgir para os Estados-membros intervenientes ou mesmo para os Estados-membros que se abstiveram de intervir confiando no teor do pedido de reenvio. Estas dificuldades foram postas em relevo na audiência pelo advogado do Reino Unido. Mas, em meu entender, seria ainda mais grave se este Tribunal, fechando os olhos a qualquer elemento estranho ao pedido de reenvio propriamente dito, criasse uma situação com base na qual um novo reenvio fosse inevitável, ou em todo o caso provável, para que o tribunal nacional pudesse decidir a questão reenviada ao Tribunal de Justiça.

História das marcas «Columbia»

Tendo presentes estas considerações e com base na prova documental em questão, iremos agora resumir a história das marcas Columbia recorrendo às decisões de reenvio e complementando-os com aquela prova.

Em 1894, foi fundada nos EUA uma sociedade denominada Columbia Phonograph Company General. No período que antecedeu a Primeira Grande Guerra, esta sociedade registou nos EUA, no Reino Unido e noutros países um certo número de marcas com a designação Columbia para, entre outros, discos para gramofone. EM 1913, esta sociedade mudou o nome para Columbia Graphophone Company.

Em 1917, a Columbia Graphophone Company constituiu em Inglaterra uma filial da qual detinha a totalidade do capital social, a Columbia Graphophone Company Limited, que designarei por CGCL. Conforme três documentos datados de 27 de Abril de 1917, a saber, um contrato de venda e dois actos de cessão, a Columbia Graphophone Company cedeu à CGCL os bens e todo o activo dos negócios que até então tinha realizado por intermédio da sua filial de Londres, incluindo as suas marcas registadas em determinados países da Europa, África, Ásia e Australásia. Entre esses países encontravam-se a Bélgica, a Dinamarca, a Inglaterra, a França e os Países Baixos. A Columbia Graphophone Company comprometeu-se a não competir com a CGCL (abreviando) em nenhuma parte do território onde a actividade cedida fosse prosseguida. O contrato de venda também estipulava que cada sociedade forneceria periodicamente à outra as lista dos seus próprios discos e, a pedido, as respectivas matrizes.

Em 1919, a Columbia Graphophone Company cedeu as suas marcas que continham a palavra Columbia de que ainda era titular bem como a sua participação na CGCL a uma outra sociedade americana, denominada Columbia Graphophone Manufacturing Company.

Em 1922, as acções outrora detidas pela Columbia Graphophone Company eram vendidas pela Columbia Graphophone Manufacturing Company por 500 000 dólares a uma sociedade independente inglesa denominada Construtive Finance Company Limited. Por contrato datado de 16 de Novembro de 1922, celebrado por ocasião desta venda entre a Columbia Graphophone Manufacturing Company, Construtive Finance Company Limited e CGCL, foi acordado que esta última teria «liberdade de acção» em determinados territórios incluindo Grã-Bretanha e Irlanda, Europa e África, e alguns países da Ásia, Australásia e do Pacífico, enquanto que a Columbia Graphophone Manufacturing Company teria «liberdade de acção no resto do mundo». Foi convencionado que nenhuma destas empresas podia «vender ou transaccionar, directa ou indirectamente, na zona da competência da outra» assim definida. Este contrato continha uma cláusula segundo a qual a Columbia Graphophone Manufacturing Company se obrigava a ceder imediatamente à CGCL todas as suas marcas de discos para gramofone na zona contratual desta última. O acordo previa ainda disposições relativas à troca de matrizes.

De 1922 a 1925, não existiu qualquer controlo comum nem directo nem indirecto sobre as marcas detidas pela CGCL e sobre as marcas americanas que continham a palavra Columbia. Em 1924, na sequência de uma restruturação da Columbia Graphophone Manufacturing Company, as marcas americanas tornaram-se propriedade de uma nova

sociedade americana, denominada Columbia Graphophone Company Inc.

Em 1925, a CGCL adquiriu o controlo da Columbia Phonograph Company Inc. Isto foi qualificado como uma «inversão de papéis», na medida em que o titular das marcas americanas Columbia se viu assim controlado pela CGCL.

Em 1931, foi fundada uma nova sociedade inglesa, a Electrical Musical Industries Limited (hoje denominada EMI Limited), que adquiriu as acções da CGCL e de outra sociedade inglesa denominada The Gramophone Company Limited (a actual EMI Records Limited). Uma das cláusulas do acordo previa que a CGCL cedia a sua participação na Columbia Phonograph Company Inc., que era automaticamente adquirida no mesmo ano por uma sociedade americana chamada Grigsby-Grunow.

Desde 1931, não tem existido qualquer controlo comum sobre as marcas detidas pela CGCL.

Contudo, em 1932, a Columbia Phonograph Company Inc. e a CGCL celebraram um contrato expressamente destinado a «eliminar a concorrência e a organizar a troca de matrizes, etc.» e que, como se verifica pelo preâmbulo, se destinava a substituir os acordos de repartição do mercado celebrados em 1917 e 1922, tendo a Columbia Graphophone Company, a Columbia Graphophone Manufacturing Company e a Construtive Finance Company Limited sido todas dissolvidas. Este acordo definia novamente as partes e respectivos territórios, cedendo «todo o território compreendido entre os 30° e os 170° graus de longitude oeste no Hemisfério Norte e entre os 30° e os 100° graus de longitude oeste no Hemisfério Sul, com excepção dos Açores e incluindo as Américas, toda a Gronelândia, todas as ilhas Alentine, as ilhas Sandwich e as ilhas Filipinas», à Columbia Phonograph Company Inc. e «o resto do mundo» à CGCL. Cada uma das partes comprometeu-se a não vender no território cedido à outra e foi de novo organizada a troca de matrizes. No que respeita às marcas, este acordo referia apenas o cálculo do preço dos discos fabricados a partir da troca de matrizes.

Observe-se que nem a Electrical and Musical Industries Limited nem a Gramophone Company Limited estavam ligadas pelo acordo de 1932.

Em 1934, a Grigsby-Grunow (que se encontrava então em liquidação) vendeu em hasta pública a sua participação na Columbia Phonograph Company Inc. à Sacro Entreprises Inc., que, por sua vez, a transferiu para a American Record Corporation. Em 1938, as acções da American Record Corporation, da qual a Columbia Phonograph Company Inc. se mantinha filial, eram compradas pela Columbia Broadcasting System Inc., sociedade actualmente designada CBS.

Em 1940, os bens da Columbia Phonograph Company Inc. foram transferidos para a American Record Corporation, que então alterou a sua designação para Columbia Recording Corporation, que foi substituída pela designação Columbia Phonograph Company Inc., com o consentimento da CGCL e para efeitos do acordo de 1932.

Em 1946, foi celebrado um novo contrato entre a Columbia Recording Corporation e a CGCL que pôs fim a todos os contratos anteriormente existentes entre as partes, incluin-

do o acordo de 1932, e estabeleceu novos acordos entre as partes no que respeita à troca de matrizes. As partes convencionaram o fornecimento recíproco de matrizes sempre que fosse solicitado e a não cedência das matrizes a terceiros para fins de reprodução de discos no território da outra parte, o qual, para efeitos de aplicação desta cláusula, se encontrava grosso modo definido no contrato de 1932. Contudo, deixou de existir compromisso de não concorrência no território da outra parte. Mais uma vez, as marcas só eram referidas quanto aos discos fabricados a partir da troca de matrizes.

O contrato celebrado em 1946 extinguiu-se em 1952, não obstante alguns dos seus efeitos, relativos às matrizes anteriormente trocadas, se terem prolongado até 1956.

Em 1954, a Columbia Recording Corporation (que entretanto tinha alterado a sua designação para Columbia Records Inc.) foi dissolvida e os seus bens foram transferidos para a Columbia Brodcasting System Inc. (em 1974 esta sociedade passou a designar-se CBS Inc.).

Se bem compreendemos, é líquido que entre 1956 e 1962 não existiu qualquer contrato ou compromisso de qualquer espécie entre qualquer sociedade do grupo EMI e qualquer sociedade do grupo CBS.

Entre 1962 e 1971, a Columbia Broadcasting System Inc., por um lado, e a Electrical and Musical Industries Limited e (mais tarde) EMI Records Limited, por outro, assumiram um certo número de acordos descritos pela Comissão como o retomar das suas relações, mas que a EMI Records Limited sustentou tratar-se de acordos de menor importância e de curta duração e que geralmente se destinavam à exploração de um «repertório» específico como aqueles que existem entre todas as sociedades discográficas e de gravação, porém independentes no plano da concorrência. Como existe divergência quanto à natureza real destes acordos, a maioria dos quais só se revelaram pouco tempo antes da audiência, abster-nos-emos de os descrever pormenorizadamente, observando no entanto i) que, apesar de fazerem referência a marcas (na maioria a marcas diferentes da Columbia), nenhum deles parece incluir uma cessão de marcas ii) e alguns deles, pelo menos no que respeita ao território da Comunidade tal como se encontra actualmente constituído, parecem interessar apenas ao Reino Unido e à Irlanda. É pacífico que o último destes acordos terminou em 1974.

Durante o referido período, precisamente em 1965, a CGCL cedeu as suas marcas Columbia à The Gramophone Company Limited (a outra filial da Electrical and Musical Industries Limited). Alguns anos mais tarde, a Electrical and Musical Industries Limited alterou a sua designação para EMI Limited e a The Gramophone Company Limited para a EMI Records Limited.

As marcas em litígio

Cada uma das decisões de reenvio menciona a marca ou marcas em relação às quais a EMI Records Limited age em contrafacção.

No processo inglês, a acção da EMI Records Limited refere-se a duas marcas, ambas apenas com a palavra Columbia. A primeira estava registada em nome da CGCL em 1920, isto é, quando esta sociedade ainda era filial da Columbia Graphophone Company, tendo sido afirmado que a sua primeira utilização

remonta a 7 de Maio de 1900. A segunda marca estava registada em nome da CGCL em 1928, isto é, quando esta sociedade controlava a Columbia Phonograph Company Inc., então titular das marcas americanas Columbia.

No processo dinamarquês, o recurso da EMI refere-se a uma marca registada em 1960. Quer nas observações quer nas alegações as partes discutiram longamente a história das marcas Columbia na Dinamarca, suscitando assim, indiscriminadamente, questões de facto e questões de direito nacional de tal forma que, se o Tribunal sobre elas se pronunciasse no âmbito de um processo ao abrigo do artigo 177.°, ultrapassaria a sua competência. Em nosso entender, a natureza destas questões não afecta qualquer das respostas a dar às questões sobre as quais o Tribunal se deve pronunciar. Assim sendo, esperamos ser desculpados por qualquer falta de cortesia para com as partes se não aprofundarmos mais estas questões.

No processo alemão, a acção da EMI Records Limited diz respeito a uma marca registada em 1931 em nome da CGCL. Não consta do processo se esta marca foi realmente registada antes ou depois de aquela sociedade se ter desfeito da sua participação na Columbia Phonograph Company Inc. Nas suas observações as partes fazem referência a anteriores marcas alemãs Columbia: a EMI Records Limited faz referência a uma marca registada em 1907 que foi cedida pela Columbia Graphophone Manufacturing Company à CGCL em 1923, em execução da convenção que tinha celebrado em 1922 por ocasião da venda das acções da CGCL à Constructive Finance Company Limited. Por seu lado, a CBS Schallplatten GmbH faz referência a duas marcas registadas em nome da CGCL em 1924. Mais uma vez consideramos desnecessário entrar em pormenores sobre este assunto.

As questões colocadas ao Tribunal

A fim de formular a questão colocada a este Tribunal, a decisão de reenvio proferida no processo inglês enumera um certo número de suposições que o Tribunal deve ter em conta. Trata-se verdadeiramente de um resumo de factos expostos nessa decisão e aos quais se faz referência utilizando o símbolo «A» para designar o grupo EMI, o símbolo «B» para designar o grupo CBS e o símbolo «X» para designar a marca Columbia. De entre essas suposições, uma deu lugar a uma viva discussão; trata-se da hipótese seguinte:

«7) Não existem actualmente, nem nunca existiram, quaisquer laços jurídicos, financeiros, técnicos ou económicos entre A e B tal como são actualmente constituídas».

Seguidamente, a decisão formula a questão colocada a este Tribunal nos seguintes termos:

«As disposições do Tratado que instituem a Comunidade Económica Europeia e especialmente as disposições que põem em prática os princípios do direito comunitário e as normas relativas à livre circulação de mercadorias e à concorrência deverão ser interpretadas no sentido de que impedem A de exercer os direitos de marca que por força do direito nacional de cada Estado-membro lhe cabem para efeitos de impedir:

i) a venda por B em cada Estado-membro de produtos da marca X fabricados e registados sob a marca X fora da Comunidade, num país onde é titular da marca X ou,

ii) o fabrico por B em qualquer Estado-membro de produtos da marca X?»

As questões colocadas ao Tribunal nos processos dinamarquês e alemão estão formuladas em termos quase idênticos. As únicas diferenças dignas de relevo são as seguintes:

Na decisão de reenvio alemã, a premissa 7) é substituída pela seguinte:

«c) ... há mais de quarenta anos que não existem laços jurídicos, económicos, financeiros ou técnicos entre os dois grupos».

Em segundo lugar, nem a decisão de reenvio dinamarquesa nem a inglesa mencionam as disposições do Tratado que consubstanciam os princípios do direito comunitário. No processo dinamarquês a questão refere-se às disposições do Tratado, «especialmente àquelas que disciplinam a liberdade de circulação de mercadorias e a concorrência». No processo inglês, a questão refere-se apenas aos «princípios de direito comunitário relativos à liberdade de circulação de mercadorias e à não restrição da concorrência».

Finalmente, nem no processo dinamarquês nem no processo alemão a questão colocada contém o parágrafo ii). Supomos que isso se deve ao facto de o grupo CBS fabricar discos em Inglaterra (e nos Países Baixos) mas não o fazer na Dinamarca nem na Alemanha, ou pelo menos não o faz em proporções importantes.

Coloca-se a questão de saber qual o significado que o Tribunal deve atribuir à premissa 7) ou à premissa idêntica que sob forma modificada se encontra na decisão de reenvio alemã.

A origem da redacção é clara. Ela retoma uma situação de facto reproduzida pelo tribunal d'arrondissement do Luxemburgo na sua decisão de reenvio no processo 192/73, Van Zuylen Frères/Hag AG (Colect. 1974, p. 377), com base na qual este Tribunal decidiu que o artigo 85.° do Tratado não era aplicável naquele caso (v. n.os 4 e 5 do acórdão). Porém, é claro que isso não significa que o critério de aplicabilidade ou inaplicabilidade do artigo 85.° depende sempre do facto de lhe poder ser aplicada a fórmula «ausência de laços jurídicos, financeiros, técnicos ou económicos» utilizada pelo tribunal d'arrondissement do Luxemburgo para caracterizar a situação no processo Hag. A verdadeira natureza desse critério só pode ser deduzida da redacção do próprio artigo 85.°

Em segundo lugar, queríamos observar que a hipótese em causa (independentemente dos termos utilizados) deve ser vista à luz do conteúdo das decisões de reenvio no seu todo. Todas as decisões contêm expressamente ou fazem referência a uma explicação bastante pormenorizada, apesar de incompleta, da história das marcas registadas Columbia. A referida hipótese não pode estar em contradição com essa explicação, na medida em que revela a existência de anteriores laços entre a CGCL e os titulares ocasionais das marcas americanas. Já referimos porque é que, em nossa opinião, o Tribunal não pode ignorar as provas fornecidas pelas partes na medida em que completam essa explicação. Parece-nos, além disso, que o Tribunal não pode ignorar essas provas na medida em que se referem ao significado que deve atribuir-se a essa suposição.

A verdadeira dificuldade reside no facto de, à primeira vista, esta suposição parecer desti-

nada a restringir o âmbito da questão colocada ao Tribunal. No entanto, numa análise atenta, parece-nos que deve ser simplesmente considerada como uma parte de um resumo dos factos expostos na decisão de reenvio que introduz esta questão mas que não faz verdadeiramente parte dela.

Posto isto, voltamo-nos para o direito.

O problema, em nosso entender, deve ser analisado sob duas, e apenas duas, categorias de normas, designadamente as disposições do Tratado relativas à liberdade de circulação de mercadorias e à concorrência.

As normas relativas aos «princípios» são certamente relevantes, mas parece-nos que só mais remota e especificamente é que as normas do Tratado devem ser interpretadas à luz destes princípios.

As normas do Tratado relativas à liberdade de circulação de mercadorias

Confessamos ter achado estranho ouvir as rés sustentarem que as normas do Tratado relativas à liberdade de circulação de mercadorias deveriam ser interpretadas no sentido de impedirem a EMI Records Limited de invocar os seus direitos à marca Columbia na Comunidade para efeitos de impedir a importação do exterior para a Comunidade de produtos daquela marca. Os artigos 30.° e 36.° do Tratado, nos quais se baseia essencialmente esta opinião, dizem, efectivamente, respeito apenas às restrições nas trocas «entre os Estados-membros». Isto corresponde ao facto de se encontrarem entre as normas destinadas a tornar eficaz o artigo 3.°, alínea a), do Tratado, que prevê «a eliminação, entre os Estados-membros, dos direitos aduaneiros e das restrições quantitativas à importação e exportação de mercadorias, bem como de todas as medidas de efeito equivalente», um dos objectivos a realizar para estabelecer o mercado comum referido no artigo 2.° A tese das rés suscitou na verdade uma indignação unânime não só por parte da EMI Records Limited, mas também por parte dos sete Estados-membros que intervieram no processo e por parte da Comissão. Sublinharam que a sua aceitação equivaleria à concessão unilateral, por parte da Comunidade, de uma vantagem às empresas de países terceiros, à custa das empresas da Comunidade, sem a menor expectativa de reciprocidade.

Em apoio do seu ponto de vista, as rés invocaram, em primeiro lugar, os artigos 9.°, n.° 2, e 10.°, n.° 1, do Tratado, que, para efeitos de aplicação dos artigos 30.° e 36.°, assimilam aos produtos originários dos Estados-membros os «produtos provenientes de países terceiros que se encontrem em livre prática nos Estados-membros» e determinam que:

«Consideram-se em livre prática num Estado-membro os produtos provenientes de países terceiros em relação aos quais se tenham cumprido as formalidades de importação e cobrado os direitos aduaneiros ou encargos de efeito equivalente exigíveis nesse Estado-membro e que não tenham beneficiado de draubaque total ou parcial desses direitos ou encargos».

Este argumento das rés, se o compreendemos bem, consiste em dizer que a partir do momento em que os discos fabricados na América com a marca Columbia atravessaram a fronteira e entraram num Estado-membro devem, na medida em que não tenham beneficiado de draubaque, ser equiparados aos

discos provenientes dos Estados-membros. Isto é exacto, porém não vemos como é que esta situação pode socorrer as rés. Mesmo que estas produzissem discos semelhantes num Estado-membro, não teriam por isso legitimidade para os comercializar, violando os direitos de marca da EMI Records Limited, nem naquele nem em qualquer outro Estado-membro.

Em segundo lugar, as rés insistiram fortemente na decisão proferida por este Tribunal no processo Hag. Reconhecem que esse processo dizia respeito a trocas entre Estados-membros mas sustentam que essa decisão, por analogia, deveria ser aplicada a este processo, porque também aqui as marcas em questão têm uma origem comum. Parece-nos que este argumento é de rejeitar, porque, em nosso entender, como resulta claramente do acórdão do Tribunal no processo Hag, o fundamento essencial da decisão consistia no facto de estarem em causa trocas entre os Estados-membros. O princípio no qual a decisão repousa consiste no facto de os direitos de propriedade industrial e comercial, especialmente os direitos de marca, não poderem ser exercidos de forma a fraccionarem artificialmente o mercado comum. Tais direitos, sendo atribuídos pelos direitos nacionais, têm um campo de aplicação necessariamente territorial, e esta circunstância, sem as disposições rígidas do artigo 36.°, torná-los-ia instrumentos idóneos para realizar esse fraccionamento. Um exemplo de como isto seria possível é ilustrado pelo processo 16/74, Centrafarm/Winthrop (Colect. 1974, p. 499). O titular de uma marca poderia criar uma filial em qualquer dos Estados-membros cujo mercado pretendesse isolar, procedendo de forma a que os direitos de marca fossem detidos neste Estado pela sua filial local. Entre este simples exemplo e os factos descritos no processo Hag distinguiam-se principalmente dois aspectos. Em primeiro lugar, as transacções que conduziram à separação da titularidade dos direitos de marca na Bélgica e no Luxemburgo, por um lado, e na Alemanha, por outro, tinham ocorrido antes da entrada em vigor do Tratado. Este facto era obviamente irrelevante na medida em que os artigos 30.° a 36.° aplicam-se quer as restrições derivadas de medidas adoptadas ou de acordos concluídos antes da entrada em vigor do Tratado quer a qualquer restrição posterior (a única diferença é que em relação a determinadas restrições da primeira categoria existiam disposições que determinavam a sua eliminação gradual durante o período transitório). Em segundo lugar, Van Zuylen & Frères não era uma filial da Hag AG, mas sim uma empresa comercial independente que tinha adquirido os direitos de marca na Bélgica e no Luxemburgo através de um série de actos entre os quais a retenção a título de bens pertencentes à empresa das acções da adversária filial belga da Hag AG. Com efeito, o Tribunal declarou que a Van Zuylen & Frères estavam, no entanto, impedidos de exercerem os seus direitos no sentido de impedirem importações para a Bélgica e para o Luxemburgo de produtos legalmente portadores da marca alemã. O acórdão mostra claramente que o Tribunal decidiu neste sentido porque qualquer solução contrária seria «incompatível com as normas que prevêem a livre circulação de mercadorias dentro do mercado comum». O fundamento deste acórdão não pode, consequentemente, ser extensivo a uma situação na qual a unidade do mercado comum não é afectada.

As rés também invocaram o processo 8/74, Procureur du Roi/Dassonville (Colect. 1974, p. 423). Porém, também aqui este processo não é pertinente. Tratava-se, aí, de importações para a Bélgica de uísque escocês em livre prática na França e não de importações directas de tal produto do Reino Unido (que na altura em que os factos em litígio se verificaram não era um Estado-membro). O processo Dassonville dizia, assim, respeito a restrições nas trocas entre Estados-membros, não a restrições relativas às importações de fora da Comunidade.

O último argumento deduzido pelas rés em relação a este aspecto do litígio consistiu em afirmar que uma análise dos termos de alguns instrumentos que disciplinam as trocas entre a Comunidade e terceiros países mostrou que a Comunidade tinha adoptado, no âmbito da sua política comercial comum, o princípio de aplicar às importações provenientes de países terceiros as regras estabelecidas nos artigos 30.° e 36.° Os referidos instrumentos eram:

1. o GATT;

2. o Regulamento (CEE) n.° 1439/74 do Conselho, de 4 de Junho de 1974, relativo ao regime comum aplicável às importações, cuja relevância foi especialmente acentuada na medida em que entre as mercadorias às quais se aplica encontram-se os discos importados dos EUA;

3. a Convenção de Lomé, que entra amanhã em vigor;

4. os acordos celebrados entre a Comunidade e a Suécia e a Suíça e a Comunidade e Marrocos, datados, respectivamente, de 22 de Julho de 1972 e de 31 de Março de 1969.

As rés sustentaram que cada um destes actos continha disposições que reflectiam, ou faziam-no substancialmente, o disposto nos artigos 30.° e 36.° e que sempre que naqueles actos se encontrassem as frases contidas naqueles artigos era necessário interpretá-los da mesma forma.

Parece-nos suficiente afirmar que, em nossa opinião esta forma de interpretar os actos jurídicos constitui uma heresia. O significado das palavras depende do contexto em que se inserem e as mesmas palavras utilizadas em diferentes actos adoptados com objectivos diferentes podem ter significados diferentes. Nenhum dos actos citados pelas rés foi adoptado com o objectivo de criar um mercado comum e seria incorrecto interpretá-los como se o fizessem.

Contudo, acrescentaríamos o seguinte:

O artigo XX do GATT, que as rés equiparam ao artigo 36.°, introduziu, de facto, uma regra de reciprocidade. Ora, não se pode sugerir que, por esse facto, a EMI tem legitimidade para exportar para os EUA discos da marca Columbia. Pelo contrário, foi-nos referido que num processo recente a CBS Inc. intentou com sucesso uma acção em Nova Iorque contra um importador de discos EMI da marca Columbia: trata-se do processo CBS Inc./Nina Record Co. Inc., instaurado em 16 de Maio de 1975 no United States Court for the Southern District of New York.

O Regulamento n.° 1439/74 menciona as restrições quantitativas mas não faz referência a medidas de efeito equivalente a estas restrições. Um argumento invocado pelas rés para ultrapassarem esta dificuldade parece-nos que implica ler no regulamento mais do que aí na realidade se encontra.

Nenhum dos restantes actos citados pelas rés se aplica às importações dos EUA, e, a ser possível a extensão da Convenção de Lomé a determinados países nos quais as marcas Columbia são propriedade da CBS Inc., parece-nos que, se discutíssemos aqui as

disposições especiais dessa convenção, estaríamos a ir além da finalidade específica destes pedidos.

Consequentemente, parece-nos que as disposições do Tratado relativas à livre circulação de mercadorias não impedem a EMI Records Limited de fazer valer os seus direitos de marca relativamente a importações provenientes dos EUA.

As disposições do Tratado relativas à concorrência

No que respeita às disposições relativas à concorrência, o principal argumento baseia-se no artigo 85.°, mas, a pedido das rés, o Tribunal deveria decidir também sobre a eventual aplicação do artigo 86.° Analisaremos em primeiro lugar este último aspecto.

Artigo 86.°

As rés admitem que, considerando o acórdão do Tribunal no processo 40/70, Sirena/Eda (Colect. 1971, p. 13), o grupo EMI não pode, pelo simples facto de ser o titular das marcas Columbia na Comunidade, ser considerado como detentor de uma posição dominante na acepção do artigo 86.° No entanto declararam que, caso obtivessem uma decisão favorável deste Tribunal, tentariam convencer os órgãos jurisdicionais de que o grupo EMI goza de tal posição devido à parte que detém do mercado em questão. Tentariam assim provar aos tribunais nacionais que a EMI Records Limited prosseguiu uma política através da qual condenava o grupo CBS pela distribuição dos discos sem que a marca tivesse sido dissimulada, mas permitia às suas próprias filiais a distribuição de discos nas mesmas condições. As rés tentam obter deste Tribunal uma decisão que declare que a prossecução de uma política deste tipo constituiria um abuso por parte da EMI Records Limited da sua (suposta) posição dominante.

Este aspecto parece não ter sido ventilado no seio dos tribunais nacionais. Disso não existem indícios em qualquer dos pedidos prejudiciais, a não ser no pedido prejudicial proferido no processo dinamarquês, onde se declara que existiu um caso em que a filial dinamarquesa da EMI Records Limited vendeu à CBS um disco sem que tivesse dissimulando a marca Columbia. As rés sustentam que casos semelhantes se têm verificado em Inglaterra e na Alemanha e, na verdade, forneceram algumas provas nesse sentido no processo inglês. No entanto, tal como entendemos, destinavam-se a provar um aspecto diferente, a saber, a dificuldade em efectuar uma completa destruição.

Nestas condições, a questão sobre a qual as rés convidam o Tribunal a pronunciar-se não pode, em nosso entender, ser integrada no âmbito dos pedidos. Trata-se de uma questão puramente teórica que, de resto, não foi realmente discutida neste Tribunal. As rés não demonstraram em especial por que razão a política que imputam à EMI Records Limited constitui um abuso da sua alegada posição dominante, nem de que forma é que poderia afectar as trocas entre os Estados-membros de modo a cair sob a alçada do artigo 86.°

Consequentemente, preferimos não responder à questão.

Artigo 85.°

No que respeita à questão mais difícil da eventual aplicação do artigo 85.°, as rés descobriram na Comissão uma aliada.

Tal como a Comissão, as rés admitem que os acordos originários de 1917 entre a Columbia Graphophone Company e a CGCL não poderiam cair sob a alçada do artigo 85.°, porque foram celebrados entre a sociedade mãe e a sua filial em circunstâncias tais que tornam aplicável o princípio enunciado no processo 22/71, Béguelin Import Co./SAGL Import Export (Colect. 1971, p. 355 — v. n.° 8 do acórdão), e no processo Centrafarm (já citado — v. n.° 32 do acórdão). Quer as rés quer a Comissão reconhecem igualmente que essa situação se manteve quando, em 1919, a Columbia Graphophone Company foi substituída, enquanto sociedade mãe da CGCL, pela Columbia Manufacturing Company. Afirmam, no entanto, que essa situação acabou em 1922, quando as acções da CGCL foram vendidas à Constructive Finance Company Limited e os acordos de repartição do mercado entre a Columbia Graphophone Manufacturing Company e a CGCL foram renovados. Sobre este aspecto estamos de acordo, dentro dos limites do exposto e supondo (contrariamente à nossa opinião) que o artigo 85.° pode ser aplicável a factos verificados antes da entrada em vigor do Tratado.

Também concordamos com a opinião das rés e da Comissão segundo a qual o artigo 85.° é susceptível de ser aplicado a acordos (e a «decisões de associações de empresas» e a «práticas concertadas») que digam respeito a importações para a Comunidade. O Tribunal assim decidiu no processo 71/74, Frubo (Colect. 1975, p. 205). Porém, eu queria sublinhar que para tornar operacional o artigo 85.° não basta que um acordo diga respeito às importações para a Comunidade. Como resulta claramente da redacção do artigo 85.°, o acordo deve igualmente:

1) ter por objectivo ou efeito, impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum e

2) ser susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros.

Em circunstâncias como as dos presentes processos, estas duas condições devem, em nosso entender, ser objecto de prova no âmbito do tribunal nacional em questão. Não podem considerar-se verificadas pelo simples facto de, na sequência do acordo, os direitos a uma marca específica no interior da Comunidade serem detidos por uma empresa, ao passo que os direitos à mesma marca em determinados países situados fora da Comunidade são detidos por uma outra. Já fizemos referência aos factos invocados pelas rés com a finalidade de demonstrar que o exercício pela EMI Records Limited dos seus direitos à marca Columbia na Comunidade restringe a concorrência no interior desta. Quanto à questão de saber se esse comportamento é susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros, as rés não desenvolveram as suas teses tão excessivamente. O seu único argumento parece ser o de que, se, como pretendem, o efeito prático desse exercício consiste em excluir as importações para a Comunidade de alguns tipos de discos, então é igualmente apto a excluir qualquer possibilidade de trocas de tais discos entre os Estados-membros. Em nosso entender, este raciocínio não vai suficientemente longe, pois pressupõe, sem o provar, que, se tais discos fossem importados para a Comunidade, constituiriam provavelmente objecto de importantes trocas entre os Estados-membros. No processo Frubo, que era obviamente um recurso directo, o Tribunal só se convenceu que o acordo aí em ques-

tão podia afectar o comércio entre os Estados-membros porque foram dados exemplos concretos de casos em que o acordo poderia ter tal efeito (Colect. 1975, p. 205). E no processo 73/74, Groupement des fabricants de papiers peints de Belgique/Comissão (Colect. 1975, p. 503), também um recurso directo, o Tribunal decidiu que a Comissão tinha indicado de forma adequada os fundamentos de facto com base nos quais tinha decidido que o acordo aí em questão podia afectar as trocas entre os Estados-membros (v. n.os 30 a 35 do acórdão).

Contudo, a questão crucial que nos presentes processos se coloca consiste em determinar em que medida o artigo 85.° pode aplicar-se, supondo que pode aplicar-se, a uma situação onde não existe qualquer acordo ou prática concertada (negligenciamos a questão das decisões de associações de empresas, que neste caso não se coloca, nem sequer remotamente).

As rés e a Comissão defendem que o artigo 85.° se aplica no caso de um acordo do tipo dos que se encontram proibidos por aquele preceito, apesar de revogado, continuar a «produzir efeitos» na Comunidade. Afirmam que a decisão territorial de direito às marcas Columbia, entre a EMI e o grupo CBS, decorre de antigos acordos de repartição do mercado, do tipo dos proibidos pelo artigo 85.°, e que, por esse motivo, o próprio exercício desses direitos é proibido por aquele preceito.

A dado passo das suas observações, a Comissão alegou, de passagem, que o Tribunal não poderia distinguir, para fins de aplicação do artigo 85.°, entre efeitos de um contrato de licença de marca e os efeitos de um contrato de cessão de marca. Finalmente, a Comissão declarou que esta distinção tinha pouca importância no que respeita a negócios relativos a marcas no interior da Comunidade. Concordamos com esta opinião. À luz dos princípios enunciados nos processos Hag e Centrafarm, o método utilizado para tentar fraccionar o mercado comum através dos direitos de marca não poderia ter muita importância. Quanto aos acordos relativos às trocas entre países terceiros, a Comissão afirmou que a distinção entre os contratos de licença de marcas e os contratos de cessão levantava uma questão difícil cuja solução teria consequências consideráveis, e que não era necessário resolver no caso em análise. O facto é que, até agora, ainda não foi instaurado neste Tribunal qualquer processo que tenha por objecto um contrato de licença de marcas e relativo às trocas entre a Comunidade e países terceiros e, pela nossa parte, parece-nos que seria insensato fazer conjecturas sobre o resultado de tal processo, se este de facto viesse a verificar-se.

Voltemos ao principal argumento avançado pelas rés e pela Comissão.

Esse argumento parece basear-se na «teoria dos efeitos» adoptada pelo Tribunal no processo Béguelin e que o advogado-geral Mayras discutiu de forma aprofundada nas conclusões que apresentou nos processos 48, 49 e 51 a 57/69, os processos Colorantes (Colect. 1972, p. 205). O apelo a este princípio, que diz respeito à competência da Comissão e deste Tribunal no que respeita a empresas estabelecidas fora da Comunidade, parece-nos, neste caso, deslocado. Esse princípio significa apenas que tais empresas não podem subtrair-se a essa competência se celebrarem acordos que produzam efeitos na Comunidade. Na realidade, não é isto que aqui está em questão.

Mais pertinente é, em nosso entender, a remissão que as rés e a Comissão fazem para

o acórdão proferido por este Tribunal no processo Sirena.

A interpretação e a compreensão daquele acórdão não é fácil para nós. As dificuldades que coloca foram sublinhadas pelo advogado-geral Mayras nas conclusões que apresentou no processo Hag (Colect. 1974, p. 377), onde sugeriu que o acórdão talvez se explicasse pelo facto de o Tribunal ter, sem o declarar expressamente, aceite uma interpretação dos factos em análise, avançada pelo advogado-geral Dutheillet de Lamothe, segundo a qual se mantinha a existência de acordos ou, em todo o caso, práticas concertadas que envolviam firmas americanas, belgas, neerlandesas, francesas, alemãs e italianas (na realidade, parece ter sido a interpretação dos factos aceite pelos tribunais italianos em questão, designadamente pelo Tribunal de Milão, que tinha apresentado o pedido a este Tribunal, e pela Corte d'appello de Milão, à qual o processo foi posteriormente submetido — v. CMLR 1975, 1, p. 409, especialmente p. 430 e 431; Dir. scambi internaz., 1974, p. 105). Por outro lado, o acórdão do Tribunal contém passagens que podem ser interpretadas em sentido favorável ao ponto de vista das rés e da Comissão. De facto, no n.° 9 pode ler-se que:

«Um direito de marca enquanto instituto jurídico não possui em si aqueles elementos contratuais ou de práticas contratuais contempladas no n.° 1 do artigo 85.° No entanto, o exercício desse direito pode cair no domínio das proibições contidas no Tratado sempre que ele se manifeste como o objecto, os meios ou o resultado de uma prática restritiva».

E no n.° 12 afirma-se:

«Se as práticas restritivas surgiram anteriormente à entrada em vigor do Tratado, é necessário e suficiente que continuem a produzir efeitos depois daquela data».

Contudo, a característica deste acórdão que nos parece ser a mais marcante é que o princípio sobre o qual se baseia — o princípio da unidade do mercado comum — implica que os direitos de marca não podem ser exercidos de forma a fraccionarem artificialmente o mercado. Mais do que qualquer outro, foi este o aspecto que sobressaiu do acórdão: vejam-se especialmente os n.os 10 e 11. Assim, parece-nos que, caso o processo Sirena devesse ser decidido hoje, sê-lo-ia à luz dos artigos 30.° e 36.° do Tratado e não pode legitimar a aplicação do artigo 85.° a circunstâncias como as que são descritas no presente processo.

Em nosso entender, a questão reconduz-se assim a uma questão de pura interpretação do artigo 85.°

Parece-nos que seria ir demasiado longe afirmar que o artigo 85.° só se pode aplicar quando se verifique a existência de um acordo ou de práticas concertadas. Supondo que, depois da entrada em vigor do Tratado, duas empresas (estabelecidas no interior ou no exterior da Comunidade) celebraram um acordo que, incontestavelmente, tinha por efeito restringir a concorrência no interior do mercado comum e era incontestavelmente apta a prejudicar as trocas entre os Estados-membros; supondo igualmente que um dos meios escolhidos pelas empresas para executa-

rem o acordo foi o de uma cessão de marcas ou o de cessão recíproca de marcas, não se poderia pretender, em nosso entender, que, depois de o acordo ter cessado, eventualmente na sequência de uma acção instaurada pela Comissão ao abrigo do Regulamento n.° 17, cada uma das empresas continuava a poder exercer os direitos de marca que desta forma tinha adquirido, mesmo que o seu exercício tenha por efeito restringir a concorrência no seio do mercado comum e seja apto a prejudicar o comércio entre os Estados-membros.

Em nossa opinião, a chave da questão encontra-se na determinação do alcance da proibição contida no artigo 85.° Parece-nos útil recordar, por mais familiar que seja, a actual redacção do n.° 1 do artigo 85.° Determina, tanto quanto agora interessa, que:

«São incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum...»

Parece-nos que tal proibição não pode ser extensiva a um acordo celebrado e revogado antes da entrada em vigor do Tratado, uma vez que este não tem eficácia retroactiva. Parece-nos também não se poder estender a simples efeitos desse acordo, tais como o exercício, depois da entrada em vigor do Tratado, dos direitos de marca por parte de quem tem esses direitos, dos quais, por razões de ordem histórica, só seria ou só poderia ter sido titular através do acordo em causa (evidentemente que a situação poderia ser diferente se, apesar de revogado o acordo, continuassem a existir práticas concertadas entre as partes).

Por outro lado, não duvidamos que a proibição se aplica aos acordos do tipo dos descritos no artigo 85.°, concluídos antes da entrada em vigor do Tratado. Porém, por analogia de raciocínio, não nos parece que tal proibição seja extensiva a quaisquer outros efeitos (se eventualmente existirem) daquele acordo que não sejam os decorrentes da sua manutenção em vigor.

Não sendo proibida a existência do acordo antes da entrada em vigor do Tratado, também o exercício dos direitos de marca adquiridos por força da existência do acordo não poderá ser proibida.

É evidente que para os acordos que afectam a concorrência somente nos novos Estados-membros (ou num ou em dois deles), ou que são susceptíveis de afectar as trocas apenas entre aqueles e outros Estados-membros, a data a ter em conta não é a da entrada em vigor do Tratado, mas a da adesão.

Como já tivemos ocasião de observar, é líquido que no caso vertente, entre 1956 e 1962, ou seja, no período durante o qual o Tratado entrou em vigor, não existiu qualquer acordo ou convenção de qualquer espécie entre qualquer empresa do grupo EMI e qualquer empresa do grupo CBS. Se isto for exacto, então parece-nos que o artigo 85.° só se pode aplicar às cláusulas contidas em algum ou alguns dos acordos concluídos entre os dois grupos no período que decorreu entre 1962 e 1971. Cabe, naturalmente, aos tribunais nacionais decidir sobre estes aspectos.

Conclusões

No que respeita à formulação das respostas a dar às questões colocadas ao Tribunal pelos tribunais nacionais, parece-nos que a forma como o processo decorreu, e especialmente a admissão pelo Tribunal de algumas provas não produzidas perante os tribunais nacionais, levam-nos a crer que a utilização pelo Tribunal dos símbolos A, B, e X empregues nas decisões de reenvio poderia criar uma certa obscuridade.

Assim, às questões colocadas no processo inglês daríamos a seguinte resposta:

1) As disposições do Tratado CEE relativas à livre circulação de mercadorias não devem ser interpretadas no sentido de impedirem que uma empresa titular de uma marca num Estado-membro exerça os direitos que lhe são atribuídos pela lei nacional deste Estado, com a finalidade de:

   i) impedir a venda de produtos daquela marca importados para aquele Estado do exterior da Comunidade, apesar de se tratar de produtos fabricados num país onde o seu produtor é o titular da marca que lhes foi aplicada e apesar de as marcas nos Estados-membros em questão e naquele país terem uma origem comum, ou

   ii) impedir, nos Estados-membros, a produção de mercadorias desta marca por parte de quem é titular da marca num ou em vários países situados fora da Comunidade, apesar de as marcas terem origem comum.

2) As disposições do Tratado relativas à concorrência não devem ser interpretadas no sentido de impedirem que uma empresa titular da marca num Estado-membro exerça os direitos que a lei desse Estado lhe atribui, com o fim de:

   i) impedir a venda de produtos daquela marca, importados do exterior da Comunidade, tratando-se de mercadorias produzidas num país onde o seu produtor é o titular da marca que lhe foi aplicada, ou

   ii) impedir a produção naquele Estado-membro de mercadorias aquela marca por parte de quem é titular de marca num ou em vários países situados fora da Comunidade,

excepto se:

a) o exercício de tais direitos é, ou poderia ser, quer o efeito de um acordo celebrado depois de 31 de Dezembro de 1957, quer a manutenção em vigor, depois daquela data, de um acordo anteriormente celebrado, que teve como objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no interior do mercado comum e sendo susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros, ou

b) o exercício de tais direitos constitui um abuso da posição dominante detida por essa empresa no mercado comum, podendo esse abuso afectar as trocas entre os Estados-membros.

3) As referências precedentes a um acordo concluído ou mantido em vigor devem ser interpretadas no sentido de incluírem a referência a quaisquer decisões de associações de empresas ou a quaisquer práticas concertadas adoptadas ou prosseguidas; a referência à data de 31 de Dezembro de 1957 deve, no caso de quaisquer acordos, decisões ou práticas que afectem a concorrência apenas em algum dos Estados-membros ou as trocas entre eles e os outros Estados-membros, ser entendida como referência à data de 31 de Dezembro de 1957.

Nos processos dinamarquês e alemão, as questões devem, em nosso entender, ser respondidas da mesma forma, omitindo em ambos os casos o parágrafo ii).