CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL JOSEPH GAND

apresentadas em 5 de Fevereiro de 1970 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

Foi um contrato de fornecimento de cerveja, do tipo daquele que o Tribunal já apreciou no processo «Haecht», acórdão de 12 de Dezembro de 1967 (23/67, Colect. 1965-1968, p. 703), que motivou o reenvio para interpretação dirigido pelo Oberlandesgericht Karlsruhe; porém, as questões submetidas relativamente ao artigo 85.° do Tratado e ao Regulamento n.° 17 revestem, como veremos, um alcance muito genérico que ultrapassa o âmbito deste tipo de contrato.

I

Os factos que estão na origem do litígio são os seguintes:

A fábrica de cerveja Bilger, cuja sede se situa em Gottmadingen, celebrou em 7 de Janeiro de 1950, com os cônjuges Jehle, proprietários de um estabelecimento de hotelaria, um contrato nos termos do qual aqueles se comprometiam a explorar regular e permanentemente duas cervejarias situadas em Friedrischshafen, e a abastecerem-se de cerveja em regime exclusivo junto do outro contraente. Além disso, comprometeram-se a transmitir essas obrigações a quem suceder nos seus direitos, aos seus arrendatários e a quem lhes suceder. Em contrapartida, a fábrica de cerveja Bilger colocou à disposição do casal Jehle o mobiliário adequado à exploração comercial e concedeu-lhe diversos empréstimos. O contrato vinculava os Jehle até 1 de Outubro de 1975, e, para além desta data, enquanto estes beneficiassem de um crédito da Bilger ou enquanto esta fosse sua fiadora por qualquer dívida. O referido contrato foi prorrogado por 3 anos, até 1 de Outubro de 1978, por acordo judicial de 22 de Setembro de 1960.

Esse contrato não foi notificado à Comissão após a entrada em vigor do Regulamento n.° 17.

Em 1962, o casal Jehle, ao mesmo tempo que continuava a explorar directamente um dos estabelecimentos, deu de arrendamento o segundo; e, desde essa data, os dois estabelecimentos passaram a vender, além das cervejas Bilger, cervejas especiais de outras fábricas. Por outro lado, os empréstimos concedidos foram reembolsados e o essencial do mobiliário colocado à disposição dos Jehle foi restituído.

A fábrica de cerveja Bilger intentou uma acção nos tribunais alemães, pedindo que o casal Jehle fosse condenado a abster-se de comprar, ter à venda ou vender no estabelecimento que explorava outras cervejas que não as produzidas pela demandante, até à data do termo do contrato. Pedia, além disso, uma indemnização pelo prejuízo causado pelo comportamento do casal Jehle e pelo do seu arrendatário.

O processo passou pelas várias instâncias da organização judicial até chegar ao

* Língua original: francês.

Bundesgerichtshof, que, incumbido de apreciar um recurso de revista de ambas as partes, o remeteu para o Oberlandesgericht Karlsruhe.

Só então os demandados alegaram pela primeira vez perante este órgão jurisdicional, em peça de 2 de Julho de 1968, que o contrato de fornecimento de cerveja era nulo por força do n.° 1 do artigo 85.° do Tratado CEE. Com efeito, cerca de 80% dos proprietários de estabelecimentos hoteleiros alemães encontrar-se-iam vinculados por contratos de fornecimento e 60% do total da produção das fábricas de cerveja alemãs seria vendido sob o regime de contratos de exclusividade; em consequência desta situação, existiria uma restrição do comércio entre os Estados-membros, pois as fábricas dos outros Estados da Comunidade estão impossibilitadas de encontrar compradores na República Federal. Em defesa da sua tese, os Jehle invocavam o acórdão «Haecht». Baseando-se neste acórdão, que recomenda aos juízes nacionais que apreciem cada um dos contratos de fornecimento de cerveja para determinar se, «com base num conjunto de elementos objectivos de direito ou de facto», eles podem ser abrangidos pelo n.° 1 do artigo 85.°, o órgão jurisdicional competente apresentou às partes uma série impressionante de questões relativas, nomeadamente, à produção, venda e consumo de cerveja na Alemanha. Só após as partes terem declarado a sua impossibilidade de responder aos aspectos essenciais destas perguntas o Oberlandesgericht submeteu ao Tribunal de Justiça as duas questões que iremos analisar.

II

O juiz alemão pergunta, em primeiro lugar, se um contrato de fornecimento de cerveja celebrado entre duas empresas de um Estado-membro antes de 13 de Março de 1962 diz respeito à importação e exportação entre Estados-membros, na acepção do artigo 4.°, n.° 2, alínea 1), do Regulamento n.° 17, quando a cláusula de exclusividade está redigida da seguinte forma:

«O hoteleiro compromete-se a adquirir, em regime de exclusividade, à fábrica de cerveja (situada no mesmo Estado-membro) a cerveja necessária ao funcionamento do seu estabelecimento»; pergunta-se ainda se tal contrato deve ser notificado em conformidade com os n.os 1 e 2 do artigo 5.°, conjugado com o artigo 4.°, n.° 2, alínea 1), do mesmo regulamento.

É indubitável que o juiz alemão cita com demasiada fidelidade o texto da cláusula de exclusividade que consta do contrato cuja validade tem de apreciar, mas o verdadeiro objecto da sua questão é o de esclarecer, quanto ao aspecto que lhe interessa, o conceito de acordo que não diz respeito nem à importação nem à exportação entre Estados-membros, nos termos visados pelo artigo 4.°, n.° 2, alínea 1), do Regulamento n.° 17. Portanto, trata-se efectivamente da interpretação de um texto comunitário que este Tribunal tem de fazer, mas pode ignorar todas as considerações quanto à utilidade económica ou nocividade dos contratos de fornecimento de cerveja expendidas no decurso da fase escrita ou na audiência.

O Regulamento n.° 17 estabelece o princípio de que os acordos referidos no n.° 1 do artigo 85.° do Tratado, em relação aos quais os interessados pretendam invocar o disposto no n.° 2 do artigo 85.°, devem ser notificados à Comissão e, enquanto tal não suceder, não podem ser objecto de uma decisão de aplicação do n.° 3 do mesmo artigo. Isto é assim quer os acordos sejam anteriores ou posteriores à entrada em vigor do regulamento. Todavia, tendo em consideração que alguns desses acordos, pelas suas características, se podem revelar menos perigosos para

o desenvolvimento do mercado comum, o referido texto dispensa dessa obrigação determinados tipos de acordos, entre os quais se encontram aqueles em que apenas participam empresas estabelecidas num único Estado-membro e que não dizem respeito à importação nem à exportação entre Estados-membros (artigo 4.°, n.° 2, alínea 1), para os novos acordos, artigo 5.°, n.° 2, para os acordos existentes à data de entrada em vigor do regulamento).

É assim necessário verificar se um acordo, nos termos do qual uma empresa se compromete a comprar exclusivamente determinados produtos a outra empresa do mesmo Estado-membro, *diz respeito* à importação ou à exportação entre Estados-membros na acepção do artigo 4.°, n.° 2, alínea 1).

Em nossa opinião, a resposta deve ser negativa. É certo que a obrigação de apenas se abastecer junto de um único co-contratante do mesmo Estado exclui a possibilidade de se ter qualquer outro fornecedor, quer este esteja estabelecido no mesmo Estado ou noutro Estado-membro, e, nesta medida, não está excluído que o acordo possa ter incidência nas importações ou exportações. Contudo, estas não são o objectivo visado pelo contrato de fornecimento exclusivo; não se pode dizer que esse contrato *lhes diz respeito,* expressão que nos parece mais forte que o termo «*afectar*» utilizado no artigo 85.° do Tratado, e a incidência que o acordo pode ter sobre elas é unicamente indirecta. Além disso, é difícil avaliar essa incidência, pois as partes contratantes não podem apreciar as consequências indirectas dos acordos que celebram e estas consequências podem evoluir consoante as circunstâncias. Desta forma, a referida incidência parece-nos poder ser ignorada.

Por outro lado, se se considerasse que todos os acordos de exclusividade celebrados entre empresas de um mesmo Estado-membro dizem respeito à importação ou à exportação, o artigo 4.°, n.° 2, alínea 1), do Regulamento n.° 17 ficaria na prática destituído de objecto.

Alterando um pouco a questão submetida pelo juiz alemão, poder-se-ia responder-lhe que os contratos celebrados entre duas empresas de um mesmo Estado-membro e nos termos dos quais uma das partes se compromete a apenas comprar à outra parte determinados produtos que ela revende no território do mesmo Estado não dizem respeito à importação nem à exportação entre Estados-membros, na acepção do artigo 4.° do Regulamento n.° 17, não tendo, assim, de ser notificados.

III

O Oberlandesgericht pergunta seguidamente como se deve interpretar o n.° 2 do artigo 85.° do Tratado CEE, relativamente aos acordos que não necessitam de ser notificados, tendo em consideração a eventual retroactividade de uma decisão de isenção tomada pela Comissão, ao abrigo do artigo 85.°, n.° 3, do Tratado e do artigo 6.° do Regulamento n.° 17, e se um acordo que não necessita de ser notificado é provisoriamente válido.

O n.° 2 do artigo 85.° dispõe que são nulos os acordos proibidos por este artigo. Depressa foi posta ao Tribunal a questão do significado a atribuir à referida disposição relativamente aos acordos existentes à data de entrada em vigor do Regulamento n.° 17, tendo o Tribunal a ela respondido através do acórdão «Geus/Bosch», de 6 de Abril de 1962 (13/61, Colect. 1962-1964, p. 11). Foi então declarado que, no respeitante a esses acordos, a nulidade automática não existia só pelo

facto de tais acordos serem abrangidos pelo disposto no n.° 1 do artigo 85.°, uma vez que podiam estar isentos da proibição nele consignada, nos termos do disposto no n.° 3 do mesmo artigo. Transcrevemos uma passagem desse acórdão:

«Estes acordos e decisões devem ser considerados válidos quando são abrangidos pelo n.° 2 do artigo 5.° do referido regulamento (trata-se de acordos que não têm de ser notificados); devem ser considerados provisoriamente válidos quando, não estando abrangidos por essa disposição, forem notificados à Comissão de acordo com o n.° 1 do artigo 5.° do referido regulamento». Todavia, esta validade não é definitiva, pois a Comissão pode seguidamente recusar a isenção prevista no n.° 3 do artigo 85.°

Resta apenas definir essa validade provisória e especificar os seus efeitos. O acórdão de 1962 deu origem, tanto nas jurisprudências nacionais como na doutrina, a toda uma série de soluções, das mais restritivas às mais amplas, relativamente às quais o advogado-geral Roemer traçou um quadro exaustivo nas suas conclusões no processo «Portelange», de 9 de Julho de 1969 (10/69, Colect. 1969-1970, p. 105). O processo dizia respeito a um acordo anterior à data de entrada em vigor do Regulamento n.° 17, que tinha de ser e fora efectivamente notificado.

Nas observações que apresentou ao Tribunal, a Comissão, partindo da ideia de que a proibição consignada no n.° 1 do artigo 85.° se mantém, mesmo em caso de notificação, até ao momento em que ela própria tenha tomado uma decisão relativamente ao acordo, considerava incompatível com o Tratado que, durante o período anterior à referida decisão, um acordo, decisão ou prática concertada, pudesse, do ponto de vista do direito civil, ser considerado totalmente válido. Assim, embora admitisse que durante esse período de espera existiam certos vínculos entre as partes, como a obrigação de colaborar a fim de obter a isenção prevista pelo n.° 3 do artigo 85.° e a obrigação de abstenção de qualquer acção susceptível de comprometer essa isenção, considerava que as partes não se podiam basear no acordo para invocar, perante os órgãos jurisdicionais nacionais, direitos à execução do contrato.

O Tribunal de Justiça afastou completamente esta tese. Com efeito, a questão de saber se um acordo notificado está efectivamente proibido baseia-se na apreciação de elementos que não podem considerar-se adquiridos sem uma declaração expressa de que o caso em questão não só está abrangido pelo n.° 1 do artigo 85.°, mas também de que não justifica a aplicação da derrogação prevista no n.° 3. Enquanto essa declaração não for feita, qualquer acordo devidamente notificado deve ser considerado válido, e o princípio geral da segurança jurídica exige que o mesmo seja plenamente eficaz enquanto a Comissão não se pronunciar.

Dever-se-á admitir a mesma solução para os acordos que não têm de ser notificados e que de facto não o foram?

Para responder afirmativamente, a fábrica de cerveja Bilger invoca toda uma série de razões. Recorda, em primeiro lugar, o acórdão Bosch, que não permite dar a essa categoria de acordos um destino menos favorável do que àqueles sujeitos à obrigação de notificação por força do Regulamento n.° 17. Se os referidos acordos foram dispensados dessa obrigação, foi por, como se diz na exposição de motivos, serem «menos prejudiciais» que outros para o desenvolvimento do mercado comum; assim, devem ser susceptíveis, no mínimo, de uma aplicação igualmente ampla. Por outro lado, o n.° 2 do artigo 6.°

do Regulamento n.° 17 prevê que esses acordos podem ser isentados retroactivamente da proibição do n.° 1 do artigo 85.° Seria, portanto, ilógico considerá-los feridos de nulidade condicional ou privados de qualquer eficácia enquanto a Comissão não se pronunciasse sobre eles. Se, para obter essa eficácia, tivessem de ser notificados — possibilidade que é dada pelo n.° 2 do artigo 5.° do regulamento —, qualquer empresa séria estaria obrigada na prática a cumprir essa formalidade, mas, ao suprimir desta forma a distinção entre os acordos sujeitos à obrigação de notificação e os dela dispensados, a intenção dos autores do regulamento seria defraudada e a Comissão ver-se-ia perante um grande afluxo de processos. Finalmente, a exigência de segurança jurídica é tão importante para estes acordos como para os visados pelo acórdão «Portelange», e a lentidão da Comissão em tomar uma decisão de isenção é-lhes igualmente prejudicial.

A Comissão adopta uma posição muito diferente. Para os acordos dispensados de notificação, retoma a concepção restritiva da validade provisória que tinha defendido sem êxito para os acordos a ela sujeitos. A Comissão justifica a sua tese com os motivos que lhe parecem ter inspirado o acórdão «Portelange»: a inexistência de meios para os interessados acelerarem a tomada de uma decisão nos termos do n.° 3 do artigo 85.° e as necessidades da segurança jurídica — a possibilidade que a notificação oferece à Comissão de pôr termo a uma situação provisória recusando a isenção ou recorrendo ao n.° 6 do artigo 15.° do regulamento. A partir do momento em que os interessados tenham sido informados de que, após apreciação provisória, a Comissão considera não poder aplicar o n.° 3 do artigo 85.°, eles apenas poderão prosseguir a execução do acordo por sua conta e risco.

A situação seria muito diferente em relação aos acordos não notificados. Com efeito, as empresas possuem sempre a faculdade de proceder voluntariamente à sua notificação, fazendo assim cessar a insegurança jurídica em que se encontram. Quanto à Comissão, geralmente informada com muito atraso da existência de tais acordos, encontra-se privada de qualquer meio de iniciar rapidamente, relativamente aos interessados, um dos procedimentos previstos pelo Regulamento n.° 17. Finalmente, referindo-se ao n.° 2 do artigo 15.°, a Comissão entende que reconhecer aos acordos não sujeitos à notificação os efeitos jurídicos definidos pelo acórdão Portelange criaria o risco de fazer surgir um conflito entre a obrigação civil de executar o contrato e a obrigação, acompanhada de uma sanção de direito público, de respeitar as normas de concorrência do Tratado. Ela não nega que o contrato tenha criado vínculos e obrigações entre as partes, considerando que os interessados não deveriam desenvolver qualquer acção que contrariasse uma isenção, e não deveriam, especialmente, celebrar contratos susceptíveis de impedir a execução do acordo provisoriamente válido; mas essa validade não deveria ter como consequência que uma das partes contratantes, antes de qualquer decisão da Comissão, exigisse à outra parte o cumprimento da sua obrigação ou o pagamento de uma indemnização no caso de incumprimento de tal obrigação. Na opinião da Comissão, deverá ser este o sentido da resposta a dar à questão do juiz alemão.

Esta argumentação não é desprovida de força e alguns fundamentos podem parecer corroborá-la. Contudo, é necessário sublinhar que a maioria das razões dadas pelo acórdão Portelange para reconhecer plena eficácia aos acordos sujeitos à obrigação de notificação são igualmente válidos no caso que nos ocupa: é o que sucede nomeadamente em relação à insegurança jurídica que atinge esses contratos. Quanto à solução proposta, a saber, a notificação voluntária dos acordos, haveria o risco, se se fizesse dela condição *necessária* para que tais acordos tivessem plena eficácia, de se traduzir por um afluxo de processos muito superior ao previsto pela

Comissão. Por outro lado, essa solução contraria claramente a intenção dos autores do regulamento, que dispensaram de tal formalidade os tipos de acordos referidos no n.° 2 do artigo 5.°, e que não são apenas os acordos celebrados entre empresas de um mesmo Estado-membro e não dizem respeito à importação nem à exportação entre Estados-membros. A isenção baseia-se na ideia de que esses acordos são menos prejudiciais para o desenvolvimento do mercado comum: portanto, é necessário pressupor que, embora sejam efectivamente abrangidos pelo âmbito de aplicação do n.° 1 do artigo 85.°, têm todas as hipóteses de poder beneficiar de uma medida adoptada nos termos do n.° 3 do mesmo artigo, não existindo grande perigo de lhes serem reconhecidos provisoriamente efeitos amplos. Finalmente, a possibilidade, invocada pela Comissão, de um conflito entre a obrigação civil e a obrigação com a cominação de uma sanção de direito público parece-nos tanto menos de recear quanto, como foi dito na audiência, na hipótese considerada a Comissão não aplicaria provavelmente uma multa. Assim, a tese defendida por esta instituição parece-nos pouco realista; não vislumbramos qualquer razão imperiosa para se reconhecer à validade provisória dos acordos dispensados de notificação, nos termos das disposições conjugadas do artigo 4.°, n.° 2, alínea 1), e do artigo 5.°, n.° 2, um alcance menor do que o admitido para os acordos notificados, e a resposta a dar ao juiz alemão poderia ser, *mutatis mutandis*, redigida em termos análogos aos do acórdão «Portelange».

Concluímos, assim, em relação a esta segunda questão, propondo que se responda ao Oberlandesgericht Karlsruhe que os acordos visados no n.° 1 do artigo 85.° do Tratado, que estão dispensados de notificação pelo n.° 2 do artigo 5.° do Regulamento n.° 17, têm plena eficácia enquanto a Comissão não se tiver pronunciado nos termos do n.° 3 do artigo 85.° e das disposições do referido regulamento.