CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL PIETER VERLOREN VAN THEMAAT apresentadas em 12 de Novembro de 1985 *

Sumário

1. Introdução 3049
2. Fundamentos do recurso e alegações escritas das partes 3050
2.1. Admissibilidade 3050
2.2. Primeiro fundamento 3050
2.3. Segundo fundamento 3051
2.4. Terceiro fundamento 3052
2.5. Quarto fundamento 3052
2.6. Quinto fundamento 3052
2.7. Sexto fundamento 3053
2.8. Resumo 3054
3. Os fundamentos de carácter jurídico-processual 3055
3.1. Nota prévia 3055
3.2. A admissibilidade do recurso 3055
3.3. O sexto fundamento da recorrente 3056
4. Apreciação dos principais fundamentos de carácter jurídico-material 3057
4.1. Nota prévia 3057
4.2. Os fundamentos do acórdão Metro I pertinentes para este caso 3058
4.3. O quarto fundamento (falta de uma análise geral do mercado) 3060
4.4. O primeiro fundamento (aplicação do n.° 1 do artigo 85.°) 3062
4.5. O segundo fundamento (aplicação do n.° 3 do artigo 85.°) 3065
4.6. Os restantes fundamentos 3070
5. Resumo, notas finais e conclusões 3070
5.1. Resumo 3070
5.2. Notas finais 3071
5.3. Conclusões 3072

* Tradução do neerlandês.

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Introdução

1.1. O segundo processo Metro, de que agora se trata, parece, à primeira vista, banal. Tem por objecto um recurso da Metro GmbH & Co. KG para anulação da decisão da Comissão, de 21 de Dezembro de 1983 (JO L 376, p. 41), pela qual é praticamente prorrogada a decisão de 15 de Dezembro de 1975 que constituiu objecto do primeiro processo Metro (processo 26/76, Recueil 1977, p. 1875). As partes estão de acordo em que o sistema de distribuição SABA, a que diz respeito à decisão agora impugnada, é, em comparação com o sistema aceite pela Comissão em 1975, menos restritivo. À primeira vista, parece, portanto, que o Tribunal pode decidir pela improcedência do recurso por fundamentos idênticos aos invocados no primeiro processo Metro.

1.2. Porém, a aparência ilude. Neste segundo processo Metro, o centro de gravidade dos fundamentos invocados pela recorrente reside, na verdade, na acusação de que a Comissão não teria levado suficientemente em conta, na sua decisão, uma série de declarações feitas pelo Tribunal no seu primeiro acórdão Metro e que contêm as linhas de orientação para o procedimento futuro da Comissão. Estas orientações relacionam-se, no seu conjunto, com a estrutura do mercado da electrónica de diversão em geral. Particularmente, parecem tornar a admissibilidade de um sistema de distribuição selectiva de um produtor individual dependente do facto de ainda subsistirem, paralelamente, canais de distribuição diferentes, adoptados por outros produtores e de não se chegar à rigidez da estrutura do mercado pelo número demasiado elevado de redes de distribuição de um mesmo produto. A este propósito, remeto para os terceiro e quarto parágrafos do n.° 20, para o quinto parágrafo do n.° 21, para os primeiro, segundo e terceiro do n.° 22 e para o terceiro do n.° 50 deste acórdão. Que estes considerandos visam, acima de tudo, o futuro procedimento da Comissão, resulta do terceiro parágrafo do n.° 22 do acórdão Metro I. A meu ver, todavia, isto resulta, também, da circunstância de, nem das conclusões do advogado-geral Reischl nem da parte relativa aos factos ou dos fundamentos da decisão, resultar que as partes, no processo Metro I, tenham fornecido indicações concretas no que toca à estrutura geral do mercado. As alegações das partes nesse processo aliveram-se, antes, exclusivamente ao sistema SABA contestado, com total indiferença pela estrutura geral do mercado.

Pelo contrário, no presente processo, para a apreciação da decisão respeitante ao sistema de distribuição SABA, tem importância fundamental a questão da estrutura geral do mercado. Foi sobretudo o Reino Unido, como interveniente em apoio da recorrente, que atribuiu fundamental importância a este aspecto do processo para o procedimento a adoptar pela Comissão em relação aos sistemas de distribuição selectiva em geral. Em particular, esclareceu o seu ponto de vista na resposta às perguntas formuladas pelo Tribunal no decurso da audiência.

1.3. Não querendo desviar a vossa atenção deste aspecto do litígio, específico, realmente novo e, sobretudo, fundamental, não considero, por isso, necessário, fazer, nestas conclusões, uma exposição completa dos factos relativos à actividade comercial da recorrente ou ao sistema de distribuição selectiva da SABA GmbH ou repetir o conteúdo da decisão agora contestada. Neste aspecto, limito-me à constatação de que a exposição dos factos na decisão publicada e contestada não contém qualquer indicação sobre a estrutura do mercado (designadamente sobre o número e quotas de mercado dos sistemas de distribuição selectiva bem como sobre a

evolução dos preços). A fundamentação jurídica da decisão aborda exclusivamente este aspecto, e também — só muito ao de leve e sem qualquer esclarecimento de carácter numérico — entra no exame do sistema de distribuição SABA, à luz do pressuposto da alínea b) do n.° 3 do artigo 85.° Este pressuposto consiste, como se sabe, em que as limitações em discussão não abram às empresas interessadas a possibilidade de eliminarem «a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa» (veja-se a este propósito o ponto II, B.4, quarto e quinto parágrafos da decisão). Aos mencionados considerandos do acórdão Metro I e à fundamentação da decisão da Comissão, voltarei ainda pormenorizadamente na altura do exame do mérito do recurso.

1.4. No resumo das alegações das partes na fase escrita do processo que apresento no *segundo capítulo* destas conclusões, por idênticas razões, abordarei as alegações das partes sob os aspectos jurídico-processuais e jurídico-materiais apenas na medida em que estiveram em conexão com o referido aspecto fundamentalmente novo deste segundo processo Metro. No final das minhas conclusões, entrarei também, ainda apenas na medida do necessário, nas alegações da recorrente que dizem respeito ao sistema de distribuição SABA como tal. Além disso, neste capítulo farei apenas um resumo muito sucinto das alegações das partes. Parto do princípio de que o relato dos factos do acórdão conterá um resumo mais detalhado da situação de facto e do desenrolar do processo, bem como das alegações escritas e orais das partes e de que este relato dos factos será também publicado — como usualmente acontece em questão de concorrência. Nas minhas conclusões, esforço-me, por isso, ao mesmo tempo por evitar duplos esclarecimentos da praxe do direito existente a este respeito e duplo trabalho para o serviço de tradução e impressão. Todavia, na minha apreciação do processo abordarei, naturalmente, as alegações das partes em pormenor.

1.5. No *capítulo terceiro* das minhas conclusões, analisarei as alegações de natureza jurídico-processual e, no *capítulo quarto*, as de natureza jurídico-material. Aqui levarei em consideração também as afirmações das partes na fase oral do processo para o esclarecimento dos respectivos pontos de vista. No *capítulo quinto*, formularei então, como habitualmente — depois de um resumo das minhas conclusões e de algumas notas finais —, as minhas conclusões em sentido próprio.

2. Fundamentos do recurso e alegações escritas das partes

2.1. A *admissibilidade* do recurso é contestada exclusivamente pela SABA GmbH e, pelo contrário, expressamente admitida pela Comissão. A SABA GmbH é, por um lado, de opinião de que a recorrente não tem qualquer interesse legítimo para agir, uma vez que não exerce comércio por grosso mas sim comércio a retalho e não satisfaz as condições formais de admissão do sistema de distribuição SABA. Por outro lado, a decisão contestada não diria directa e individualmente respeito à recorrente, uma vez que esta não teria sido adoptada a seu pedido nos termos da alínea b) do n.° 2 do artigo 3.° do Regulamento n.° 17. Não basta que a recorrente possa ser considerada como parte eventualmente interessada na compra de produtos da SABA. Abordarei mais de perto, no capítulo terceiro das minhas conclusões, as alegações escritas e orais da Comissão a favor da admissibilidade do recurso.

2.2. Como *primeiro fundamento* de natureza jurídico-material, a recorrente invoca o facto de a Comissão ter cometido desvio de poder, na medida em que, na aplicação do n.° 1 do artigo 85.°, não teria levado em

conta as condições estabelecidas pelo Tribunal no processo 26/76. A este propósito, invoca o n.° 22 dos considerandos deste acórdão. Na sua réplica, chama a atenção para o facto de que, mesmo um sistema de distribuição selectiva dito «simples» seria apenas compatível com o n.° 1 do artigo 85.° se existisse no mercado uma concorrência eficaz. A Comissão teria ignorado as condições estabelecidas pelo Tribunal a este propósito no acórdão Metro I; também não teria levado em conta os acórdãos de 10 de Julho de 1980, no processo 99/79 (Lancôme, Recueil 1980, p. 2511), e de 11 de Dezembro de 1980, no processo 31/80 (L'Oréal, Recueil 1980, p. 3775).

Também o *Governo do Reino Unido* entende que a Comissão levou inadequadamente em conta o acórdão Metro I e o acórdão citado em último lugar.

A *Comissão* contrapôs a esta primeira acusação, na tréplica, que a compatibilidade de um sistema de distribuição selectiva simples com o n.° 1 do artigo 85.°, contrariamente à opinião da recorrente, não depende do facto de a concorrência não ser por ele sensivelmente afectada. Por conseguinte, uma eventual concentração de tais sistemas não teria qualquer influência na compatibilidade desta com o n.° 1 do artigo 85.° A existência de semelhantes sistemas deveria ser considerada apenas na aplicação do n.° 3 do artigo 85.°

Também a *SABA GmbH*, em relação à aplicabilidade do n.° 1 do artigo 85.°, considera de pouca importância se um sistema de distribuição selectiva «simples» exclui o comércio de livre serviço da distribuição quando este não satisfaz as condições de admissão, quando o mercado apresenta um alto grau de concentração ou a estrutura dos preços é rígida. Também, de acordo com a opinião da SABA GmbH, isso depende desses aspectos apenas no caso de aplicação do n.° 3 do artigo 85.°

O *Governo da República Federal da Alemanha* chama especificamente a atenção para o facto de a rigidez da estrutura dos preços não ter aumentado desde 1975, apesar da quantidade de sistemas de distribuição selectiva, mas, pelo contrário, ter diminuído e, na verdade, sobretudo devido à pressão da concorrência japonesa.

Na apreciação deste fundamento voltarei às alegações escritas e orais das partes para o esclarecimento do respectivo ponto de vista.

2.3. Como *segundo fundamento* a recorrente invoca uma isenção ao abrigo do n.° 3 do artigo 85.°, concedida com desvio de poder. Reportando-se ao relatório Mackintosh, apresentado pela Comissão, afirma, em particular quanto ao problema por mim considerado como fundamental, que os sistemas de distribuição selectiva servem, na verdade, para eliminar, em prejuízo do consumidor, os estabelecimentos que, através da venda a mais baixo preço, poderiam degradar a «imagem» do produto. Neste contexto, a recorrente, em relação ao critério da «vantagem para o consumidor», chama a atenção também para as diligências que o Bureau européen des unions des consommateurs (BEUC) levou a cabo de acordo com o artigo 3.° do Regulamento n.° 17, em 25 de Junho de 1980; esta associação teria manifestado a sua preocupação quanto à renovação da isenção do sistema de distribuição SABA e à proliferação de sistemas de distribuição selectiva neste sector. Os restantes argumentos para fundamentação desta acusação relacionam-se, em particular, com os contratos SABA. Também o Reino Unido se refere, nas suas alegações escritas, em particular, ao sistema de distribuição SABA. Todavia, apresentou também, por seu lado, um relatório sobre a estrutura do mercado. A estrutura do mercado é, todavia, abordada, mais de perto, pelo Reino Unido apenas na altura da análise do quarto fundamento.

Também a Comissão e a SABA GmbH, ao longo da fase escrita do processo, no que se

refere a este fundamento, abordaram exclusivamente o sistema de distribuição SABA e a sua quota de mercado. Ao lado da recorrente apenas o Governo da República Federal da Alemanha se pronunciou também sobre a estrutura do mercado em sentido geral. Segundo a opinião do Governo da República Federal da Alemanha um comerciante não deveria ter a possibilidade de impor aos produtores a sua política de mercado. O desenvolvimento das diferentes formas de distribuição, deveria, em vez disso, depender exclusivamente da escolha do consumidor. Esta liberdade de escolha seria garantida através do elevado número de fornecedores europeus e japoneses, com diversos sistemas de distribuição, e através de uma grande variedade de formas de distribuição. Os sistemas de distribuição selectiva na República Federal da Alemanha não excluiriam também, em geral, o comércio por grosso de livre serviço da distribuição dos produtos em causa. Pelo contrário, a participação no mercado desta forma de distribuição não seria desprovida de significado, também em relação ao mercado alemão.

2.4. Com o *terceiro fundamento*, a recorrente censura a Comissão por ter agido com desvio de poder, dado que não teria levado em conta a aplicação efectiva dos contratos SABA; esta acusação foi pormenorizadamente explicada pela recorrente.

2.5. Com o *quarto fundamento* a recorrente invoca o facto de a Comissão ter agido com desvio de poder por ter baseado a decisão em litígio em dados limitados, incompletos e ultrapassados. A decisão não poderia basear-se no relatório Mackintosh, dado que apenas teria sido concluído dois meses depois da adopção da decisão contestada, e não trataria dos problemas relevantes no presente caso. Apesar disso, seria este relatório a única prova que a Comissão teria aduzido para a justificação da sua decisão. Um inquérito levado a cabo por iniciativa da própria recorrente, em Agosto de 1984, sobre as margens de lucro dos retalhistas no mercado de televisores a cores da República Federal da Alemanha e do Reino Unido, teria conduzido a resultados completamente diferentes.

Também o *Governo do Reino Unido* acusa a Comissão de não ter analisado, novamente, os aspectos relevantes para o caso, face ao cenário das actuais condições de mercado. Por conseguinte, os argumentos que a Comissão aduz, na decisão contestada, a favor da sua conclusão seriam manifestamente insuficientes; os elementos de prova disponíveis não iriam no sentido desta conclusão. A Comissão não teria levado suficientemente em conta as alterações na estrutura geral da distribuição dos produtos em causa, as consequências destas alterações para a concorrência e a forte concentração ao nível da produção no sector em questão. Neste contexto, o Governo do Reino Unido chama a atenção para um inquérito levado a cabo, a seu pedido, por R. M. Grant, da London Business School, sobre a existência e aplicação dos sistemas de distribuição selectiva no Reino Unido.

A *Comissão* objecta a isto que, na decisão em litígio, teria analisado os aspectos relevantes da estrutura do mercado em toda a Comunidade. Contesta, além disso, que a estrutura da concorrência no mercado haja sido sensivelmente afectada através do reforço recente da concentração no sector em causa e remete, a este propósito, para as conclusões do relatório Mackintosh, concluído em Fevereiro de 1984.

2.6. Com o *quinto fundamento*, a recorrente sustenta que a Comissão, com a isenção do sistema de distribuição SABA concedida ao abrigo do n.° 3 do artigo 85.°, teria permitido à SABA e ao grupo Thomson-Brandt o abuso de uma posição dominante no mer-

cado da electrónica de diversão em geral e dos televisores a cores e de gravadores de video em particular. Após a sua absorção, as empresas do grupo Thomson-Brandt constituíram uma unidade económica que disporia de uma posição dominante em cada um dos sectores do mercado de bens de consumo da electrónica de diversão, de acordo com os critérios desenvolvidos pelo Tribunal nos seus acórdãos de 13 de Fevereiro de 1979 (processo 85/76, Hoffmann-La Roche, Recueil 1979, p. 461) e de 14 de Julho de 1972, (processo 48/69, ICI, Recueil 1972, p. 619). Com a introdução do seu sistema de distribuição limitativo da concorrência e especialmente com a sua recusa em abastecer a Metro, a SABA GmbH abusara desta posição no sentido que lhe dá a mais recente jurisprudência do Tribunal (ver acórdãos de 21 de Fevereiro de 1984, processo 86/82, Hasselblad, Recueil 1984, p. 883, e de 14 de Fevereiro de 1978, processo 27/76, United Brands, Recueil 1978, p. 207).

Na opinião da *Comissão*, cada uma das empresas do grupo Thomson-Brandt teria conservado a sua independência no plano da distribuição; os seus sistemas de distribuição distinguir-se-iam entre si em aspectos fundamentais. Assim, para averiguar se existe uma posição dominante deveria partir-se da posição da SABA GmbH no mercado e não da do grupo Thomson-Brandt no seu conjunto. A Metro não teria demonstrado, ou sequer alegado, que a quota da SABA GmbH no mercado em causa, que teria sido, em relação a 1977, de 5 a 10 %, tenha desde então aumentado. Mesmo supondo que a recorrente considera, com razão, globalmente a participação no mercado das empresas do grupo Thomson-Brandt, os números por ela apresentados não permitiriam deduzir a existência de qualquer posição dominante. Na área da produção da electrónica de diversão este grupo não dispõe de uma posição dominante no mercado comum no seu conjunto ou em parte substancial dele, de forma que a questão da existência de abuso de uma posição dominante não necessita de análise.

A *SABA GmbH* acentua que as empresas alemãs do grupo Thomson-Brandt não detêm uma posição dominante no mercado. De outra forma, o Bundeskartellamt não teria permitido a aquisição das empresas alemãs pelo grupo Thomson-Brandt entre 1979 e 1983.

Também o *Governo da República Federal da Alemanha* contesta a afirmação da recorrente de que o grupo Thomson-Brandt ou a SABA GmbH detêm uma posição dominante no mercado. Observa ainda que mesmo uma empresa que ocupe uma posição dominante tem o direito de recusar abastecer um comerciante que não satisfaça os critérios qualitativos para a sua admissão como distribuidor. Em particular, se a empresa em causa já tiver instituído um sistema de distribuição selectiva muito antes de adquirir uma posição dominante no mercado, não existirá abuso de posição dominante.

2.7. Com o seu *sexto fundamento* a recorrente afirma que a decisão contestada, atentas as alterações essenciais que a SABA GmbH introduziu no seu primitivo sistema não constituiria uma mera prorrogação da primeira decisão de isenção, mas uma nova isenção. Na falta de nova notificação formal do sistema de distribuição SABA alterado, nos termos do n.° 1 do artigo 4.° do Regulamento n.° 17, a Comissão não poderia conceder uma isenção ao abrigo do n.° 3 do artigo 85.° do Tratado CEE. De qualquer forma, a efectiva aplicação do sistema de distribuição SABA afastar-se-ia significativamente das condições de distribuição notificadas inicialmente e das condições constantes dos novos contratos-tipo.

Na *réplica*, a recorrente afirma que a própria Comissão teria distinguido os contratos SABA anteriores dos que vigoram actualmente, uma vez que teria declarado na decisão que tais contratos teriam sofrido várias alterações. Remete a este propósito para o acórdão do Tribunal de 10 de Julho de 1980 (processo 30/78, Distillers, Recueil 1980, p. 2229).

Em resposta, a *Comissão* afirma que, pelo contrário, de acordo com o Regulamento n.° 27 da Comissão, de 6 de Fevereiro de 1962 (JO 1962, p. 1118; EE 08 F1 p. 31), no caso em apreço não seria necessária nova notificação, uma vez que se trata da prorrogação de uma decisão de isenção ao abrigo do n.° 3 do artigo 85.° cujo prazo de validade teria já decorrido. A notificação inicial cobriria as alterações e aperfeiçoamentos posteriores que foram devidamente notificados à Comissão. Em tal caso, o n.° 2 do artigo 8.° do Regulamento n.° 17 exigiria apenas que a empresa apresentasse um pedido. Mesmo que se concordasse com as alegações da recorrente, isso não alteraria em nada a competência da Comissão para conceder uma isenção ao sistema de distribuição SABA na sua forma actual, podendo unicamente justificar a revogação da isenção concedida à SABA GmbH nos termos do n.° 3 do artigo 8.° do Regulamento n.° 17.

Na *tréplica* a Comissão afirma que a notificação efectuada de acordo com o Regulamento n.° 17 equivale simplesmente a um requerimento de isenção e fixa uma data além da qual uma isenção retroactiva não pode normalmente vigorar. Após a notificação de um acordo, bastaria comunicar à Comissão as alterações posteriores, sem necessidade de uma notificação formal para satisfazer a obrigação de fornecer informações completas e correctas contida e sancionada com multa na alínea a) do n.° 1 do artigo 15.° do Regulamento n.° 17.

Na opinião da *SABA GmbH*, o pedido de renovação ou de prorrogação nos termos do n.° 2 do artigo 8.° do Regulamento n.° 17 não está sujeito a *quaisquer formalidades*. Isto valeria igualmente para as alterações dos acordos comunicados à Comissão durante o processo. Uma repetição da notificação por meio do impresso A/B em relação a cada alteração do texto dos acordos seria uma formalidade sem sentido.

O *Governo da República Federal da Alemanha* partilha este ponto de vista da Comissão e da SABA GmbH. O procedimento postulado pela recorrente seria um formalismo supérfluo e tornaria o processo impraticável.

2.8. *Resumo*

A questão fundamental que se põe, levantada no início destas conclusões, de saber se a Comissão levou suficientemente em conta — e, em especial, como se dispõe no acórdão Metro I — a estrutura geral do mercado da electrónica de diversão, é levantada, em especial, no primeiro fundamento (aplicação do n.° 1 do artigo 85.°), no segundo (aplicação do n.° 3 do artigo 85.°) e no quarto (base real da decisão). Um aspecto mais restrito da questão central (pretenso abuso de uma posição dominante) será discutido mais à frente na altura da análise do quinto fundamento. O sexto fundamento é de natureza jurídico-processual; tratá-lo-ei por isso, como foi dito, com a questão da admissibilidade, no capítulo seguinte.

3. Os fundamentos de carácter jurídico-processual

3.1. *Nota prévia*

A questão da admissibilidade do recurso levantada pela SABA GmbH e o sexto fundamento invocado pela recorrente estão nitidamente ligados entre si. Para a SABA GmbH, a admissibilidade do recurso resulta, entre outras coisas, do processo seguido no caso presente pela Comissão para a prorrogação da validade da primeira decisão de isenção [não aplicada para efeitos da alínea b) do n.° 2 do artigo 3.° do Regulamento n.° 17]; também a própria Metro considera este procedimento como incompatível com o Regulamento n.° 17. Tratarei, por isso, ambos estes pontos de vista jurídico-processuais neste capítulo.

3.2. *A admissibilidade do recurso*

A Comissão esclareceu detalhadamente o seu ponto de vista quanto à questão da admissibilidade na audiência. Em sua opinião, a admissibilidade resulta da grande quantidade de recursos, colocados à disposição de terceiros, contra decisões de isenção ao abrigo do n.° 3 do artigo 85.° do Tratado CEE. A recorrente satisfaria a condição de a decisão impugnada lhe dizer directa e individualmente respeito. A decisão diria *directamente* respeito à recorrente dado que declarava o n.° 1 do artigo 85.° inaplicável ao sistema de distribuição selectiva da SABA GmbH. Decisões de isenção individuais deste tipo e decisões com fundamento no artigo 9.° do Regulamento n.° 17 favoreceriam determinada pessoa e prejudicariam outra, como o advogado-geral Roemer teria, com razão, afirmado no processo 25/62 (Plaumann, Recueil 1963, p. 243). O prejuízo resultaria, em tais decisões de isenção, directamente da própria decisão. Para este fim, não seriam necessárias medidas de execução. O prejuízo não consistiria, aliás, na afectação de meras possibilidades, oportunidades ou perspectivas comerciais no mercado, mas na afectação de interesses juridicamente protegidos das empresas em causa. Esta protecção jurídica resultaria sem mais do efeito directo da proibição contida no n.° 1 do artigo 85.° O Tribunal não teria apenas reforçado expressamente, em jurisprudência constante, este efeito directo do n.° 1 do artigo 85.°, mas também repetidamente afirmado que esta proibição criaria direitos para os particulares que poderiam ser invocados em processos cíveis. A Comissão invoca, neste contexto, entre outros, o n.° 16 do acórdão do Tribunal, de 30 de Janeiro de 1974 no processo 127/73 (BRT/Sabam, Recueil 1974, p. 51).

Se a proibição contida no n.° 1 do artigo 85.° cria direitos individuais a favor das pessoas afectadas directamente pelos efeitos de acordos, decisões e práticas concertadas, uma decisão pela qual se declarasse esta proibição inaplicável privaria os interessados desses direitos individuais. A Comissão ilustra o significado desta conclusão com o caso presente. Sem a decisão de isenção, a SABA GmbH e os comerciantes por ela autorizados não seriam de facto obrigados mas sim livres de abastecer todos os clientes, portanto, também os comerciantes não autorizados, e a recorrente teria normalmente podido obter os produtos SABA, de uma forma ou de outra. No caso de recusa de venda com fundamento numa política de vendas coordenada da SABA GmbH e dos seus comerciantes, a recorrente poderia ter proposto uma acção de indemnização por perdas e danos.

A Comissão considera que a decisão impugnada diz também *individualmente* respeito à recorrente. Com base em critérios desenvolvidos pelo Tribunal, é possível distinguir a situação da recorrente da de outras empresas a quem a decisão diz, do mesmo modo, directamente respeito, designada-

mente por ter apresentado observações escritas perante a Comissão, antes e depois da publicação da intenção da Comissão de tomar de novo uma decisão de isenção a favor do sistema de distribuição selectiva da SABA, em conformidade com o n.° 3 do artigo 19.° do Regulamento n.° 17. No capítulo I. C da decisão teriam sido expressamente referidas, entre outras, também as observações da recorrente e, na parte II da decisão, desatendidas. Na opinião da Comissão, a decisão diz também individualmente respeito à Metro por ter apresentado estas observações e uma reclamação (apoiada no artigo 3.° do Regulamento n.° 17) que constituiu o objecto do acórdão Metro I. Um pedido para ser ouvido ou para apresentar observações escritas, com fundamento no n.° 2 do artigo 19.° do Regulamento n.° 17, seria precisamente o caminho normal para apresentar objecções contra uma isenção tida em vista. Com base nas informações assim obtidas, a Comissão poderia então, eventualmente, recusar a isenção requerida. Para terceiras empresas interessadas, não existiria, pelas razões indicadas, qualquer ocasião para, depois da entrega das suas observações, levar a cabo novas diligências contra os acordos, decisões e práticas concertadas. Mesmo na hipótese de uma isenção ser recusada com fundamento nestas observações, deveria, com base na notificação, partir-se do princípio de que as empresas interessadas, depois do indeferimento do pedido de isenção, observariam as disposições do Tratado e por isso não continuariam a aplicar os acordos, decisões e práticas concertadas, sem necessidade de lhes ser imposta qualquer obrigação nesse sentido. Finalmente, teriam também legitimidade para o recurso não apenas empresas que tenham estabelecido relações particulares com a Comissão. Por exemplo, a participação num processo cível, perante tribunal nacional, contra uma ou mais partes dos acordos em questão, individualizaria também suficientemente uma terceira empresa para considerar admissível o seu recurso, desde que aquele processo estivesse já pendente na data da decisão impugnada.

Na medida em que estas alegações se referem à questão da admissibilidade de um recurso de terceiro contra uma decisão de isenção, considero-as convincentes. Igualmente, em minha opinião, é, por isso, admissível o recurso que satisfaça as condições gerais, correctamente expostas pela Comissão. A Comissão tem dado, claramente, importância ao facto de o seu ponto de vista se apresentar com tão largo alcance que possa encontrar aplicação também em outros casos. Por isso, considerei útil para a aplicação do direito reproduzir integralmente a opinião da Comissão. Dado que as alegações da SABA GmbH contra a admissão do recurso estão implicitamente refutadas, não as analisarei, de novo, especificamente.

3.3. *O sexto fundamento da recorrente*

Como foi já dito, a recorrente é de opinião de que a decisão impugnada não contém qualquer prorrogação da validade da primeira isenção, mas sim uma nova isenção. Porém, em seu entender, esta só poderia ser concedida depois de uma nova notificação formal do sistema de distribuição SABA, de acordo com o n.° 1 do artigo 4.° do Regulamento n.° 17. Pelas razões expostas pela Comissão, que já reproduzi, sou, como ela, da opinião de que no caso presente se trata, na verdade, de um pedido de prorrogação de uma isenção para a qual, segundo o n.° 2 do artigo 8.° do Regulamento n.° 17, basta a apresentação de um pedido, após a simples comunicação das alterações introduzidas. Como a SABA GmbH e o Governo da República Federal da Alemanha expuseram, a repetição da notificação por meio de um impresso A/B na altura da alteração do texto de um acordo constituiria uma formalidade sem sentido. Por isso, o sexto fundamento da recorrente é, em minha opinião, de rejeitar.

4. Apreciação dos principais fundamentos de carácter jurídico-material

4.1. *Nota prévia*

a) Na audiência a Comissão apresentou mais uma vez o seu ponto de vista de que, como mercado geograficamente relevante no caso presente, deve considerar-se *o* mercado da CEE no seu conjunto.

O sistema de distribuição selectiva da SABA GmbH aplica-se, de facto, em toda a Comunidade Económica Europeia. Esta circunstância não exclui, porém, de forma alguma, que o mercado alemão deva ser *também* considerado como *um* mercado geográfico em causa no caso em consideração. Como já afirmei nas minhas conclusões de 21 de Junho de 1983, no processo 322/81 (NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin/Comissão, Recueil 1983, p. 3461, 3529), «uma empresa pode perfeitamente desenvolver as suas actividades no mercado mundial sem aí desfrutar de uma posição dominante e, simultaneamente, deter uma posição dominante no interior do mercado comum ou no mercado interno de um ou vários Estados-membros». O mesmo vale, *mutatis mutandis*, em relação a um acordo, em geral, ou em relação a um sistema de distribuição selectiva, em particular, que pode ter um efeito mais fortemente limitativo da concorrência num determinado mercado nacional do que noutros mercados nacionais ou no mercado comum no seu conjunto. Isto pode ser consequência tanto da quota de mercado detida como também da estrutura geral do mercado nacional em causa. Aqui é de considerar, particularmente, em relação aos sistemas de distribuição selectiva, se há um comportamento paralelo, coordenado ou não, da parte de outros produtores.

Além disso, há uma razão geral e outra especial para que o mercado alemão deva ser considerado *também* como um mercado relevante para a apreciação dos sistemas de distribuição selectiva da SABA.

A razão geral assenta em que o mercado comum não está ainda, de modo algum, completamente realizado. Isto foi, há pouco, impressivamente demonstrado mais uma vez pela Comissão. A livre circulação de mercadorias é, nomeadamente, restringida ainda por numerosos obstáculos de ordem técnica, administrativa e fiscal às trocas comerciais aos quais devem ser acrescentados, naturalmente, também os entraves em matéria de transportes rodoviários. A Comissão avalia os custos anuais destes entraves à circulação e ao comércio, para a economia no seu conjunto, em cerca de 125 mil milhões de HFL. Os entraves ao comércio de ordem técnica e fiscal bem como os custos de transporte afectariam, nomeadamente, também os televisores a cores se a recorrente os quisesse adquirir noutros Estados-membros. De acordo com o relatório Mackintosh, elaborado por iniciativa da Comissão, continuam a existir entraves de ordem técnica ao comércio neste sector em especial, também na República Federal da Alemanha. Enquanto subsistirem estes obstáculos, devem considerar-se como relevantes para efeitos da aplicação dos artigos 85.° e 86.° do Tratado CEE também os mercados internos dos Estados-membros. Nas minhas conclusões de 19 de Junho de 1985, no processo 161/84 (Pronuptia, Recueil 1986, p. 355) afirmei já que, por essa razão, apenas com algumas reservas podem ser extraídas conclusões, com vista à aplicação do direito comunitário, da jurisprudência americana sobre acordos de comércio verticais.

Quanto aos sistemas de distribuição selectiva, acresce ainda, na República Federal da Alemanha, uma razão particular que permite considerar o mercado alemão como mercado relevante. Provou-se no processo que tais sistemas de distribuição selectiva, de acordo com o direito alemão, são apenas legais (no que toca às acções com fundamento em concorrência desleal), se aplicados na sua globalidade («lückenlos»). Por esta razão, os produtores que queiram praticar esse sistema na Alemanha são praticamente obrigados a impedir a importação ou a reimportação através de sistemas diferen-

tes do sistema de distribuição selectiva. Por outras palavras, o sistema da SABA GmbH, largamente implantado na CEE, de facto, tem também por objectivo impedir a importação paralela através de canais de distribuição diferentes dos dos comerciantes estrangeiros autorizados pela SABA.

b) Como já foi dito, o centro de gravidade do requerimento de recurso situa-se na acusação de que a Comissão, na sua decisão, não teria tido suficientemente em conta a exigência estabelecida no acórdão Metro I, no sentido de que se deve analisar igualmente a estrutura do mercado dos produtos em causa em geral. Tal como já o disse, esta acusação é desenvolvida pormenorizadamente, em relação à aplicação tanto do n.° 1 como do n.° 3 do artigo 85.°, no requerimento inicial, e explicado, de modo genérico, no quarto fundamento.

Por isso, a seguir, analisarei primeiramente, em pormenor, os fundamentos do acórdão Metro I pertinentes para este caso (4.2). Depois disso, examinarei o quarto fundamento da recorrente, pelo qual esta acusação é formulada de forma mais geral (4.3). Imediatamente a seguir, apreciarei, sucessivamente, (em 4.4), o primeiro fundamento da recorrente (pelo qual dessa acusação principal extrai conclusões em relação ao n.° 1 do artigo 85.°), (em 4.5) o segundo fundamento (respeitante à aplicação do n.° 3 do artigo 85.° e, (em 4.6), o quinto fundamento (inobservância do disposto no artigo 86.°). Finalmente, resumirei então a minha opinião sobre os mais importantes fundamentos jurídico-materiais.

4.2. *Os fundamentos do acórdão Metro I pertinentes para este caso*

O significado que o acórdão Metro I atribui à estrutura geral do mercado para a apreciação da aplicabilidade do artigo 85.° aos sistemas de distribuição selectiva resulta *sobretudo* do terceiro parágrafo do n.° 20 dos fundamentos da decisão. O Tribunal afirma aqui que, no sector da produção de bens de consumo duráveis, de alta qualidade e tecnologia, «a estrutura do mercado não se opõe à existência de *canais de distribuição diferenciados* adaptados às características próprias dos diferentes produtores *e às necessidades das diferentes categorias de consumidores*» (sublinhado nosso). No quarto parágrafo, deduz daí o Tribunal que «nesta perspectiva, a Comissão reconheceu, com razão, que os sistemas de distribuição selectiva constituem, *conjuntamente com outros*, um elemento de concorrência compatível com o n.° 1 do artigo 85.°, na condição...» (segue-se a exigência de critérios objectivos e qualitativos de escolha). Com a expressão «conjuntamente com outros» o Tribunal refere-se claramente, em minha opinião, a canais de distribuição diferentes dos indicados no parágrafo anterior.

O quinto parágrafo do n.° 21 diz:

«que a preocupação, tratando-se de grossistas e retalhistas especializados, de manter um certo nível de preços correspondente à da manutenção, no interesse dos consumidores, da possibilidade de subsistência desse canal de distribuição *ao lado de novas formas de distribuição* assentes numa política concorrencial de natureza diferente, entra no âmbito dos objectivos que podem ser prosseguidos, sem cair forçosamente no âmbito da proibição contida no n.° 1 do artigo 85.° e, se tal for o caso no todo ou em parte, no âmbito do n.° 3 do artigo 85.°».

Estas afirmações são resumidas e completadas nos primeiro, segundo e terceiro parágrafos do n.° 22 seguinte, assim redigidos:

«considerando que os números avançados por ambas as partes, no que toca à existência de uma concorrência ao nível dos preços entre os distribuidores SABA, se levam à demonstração de uma certa rigidez na estrutura dos preços, não permitem, no entanto, em virtude nomeadamente da existência simultaneamente de outros factores de concorrência entre produtos da mesma marca (intra-brand), bem como da existência de

uma concorrência efectiva entre marcas diferentes, concluir que exista uma restrição ou eliminação da concorrência no sector da electrónica de diversão; que caberá, no entanto, à Comissão vigiar para que a rigidez desta estrutura não seja reforçada, o que poderia acontecer no caso da multiplicação de redes de distribuição selectiva para a comercialização dum mesmo produto; que, ao conceder a isenção solicitada apenas em relação a um prazo que termina em 21 de Julho de 1980, a Comissão reservou-se a possibilidade de reexaminar, dentro de prazos razoáveis, as consequências deste aspecto da sua decisão».

Da constatação, já feita, de que a Comissão, na primeira decisão SABA, da mesma forma que na segunda, aqui impugnada — à excepção de um capítulo —, limitou as suas averiguações aos sistemas de distribuição SABA, extraio a conclusão de que, com estes considerandos, o Tribunal entendeu que o ponto decisivo na apreciação de um sistema de distribuição selectiva do tipo do aqui em causa, tendo em conta os n.os 1 e 3 do artigo 85.°, consiste em saber se, além do sistema de distribuição em apreço, existem outros canais de distribuição diferenciados (n.° 20), em número satisfatório, ou «novas formas de distribuição» (por exemplo, supermercados ou lojas «discount») (n.° 21) «adaptadas às necessidades das diferentes categorias de consumidores». Isto coincide com a anterior jurisprudência do Tribunal, especialmente com o primeiro acórdão Haecht (processo 23/67, Recueil 1967, p. 511), citado também neste processo, em que (p. 537) se diz sobre o acordo entre fábricas de cerveja em questão:

«que, para apreciar se cai no âmbito do n.° 1 do artigo 85.°, uma convenção não pode ser desligada do seu contexto, isto é, das circunstâncias de facto e de direito que conduzem a que tenha por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência; que, em relação a este objectivo, a existência de acordos similares pode ser tomada em consideração na medida em que o conjunto dos contratos deste género é susceptível de restringir a liberdade de comércio».

Como afirmei nas minhas conclusões de 19 de Junho de 1985, no processo 161/84 (Pronuptia), em 3.3, resulta do n.° 5 do acórdão do processo 43/69 (Bilger/Jehle, Recueil 1970, p. 127), que o Tribunal, neste contexto, teve também em conta sistemas de distribuição com efeitos de exclusão semelhantes, em prejuízo de terceiros (no caso produtores), que sejam aplicados por outros produtores.

Para a apreciação do caso em apreço é, a este propósito, importante que dos dois acórdãos ultimamente citados resulta claro que as restrições paralelas da concorrência resultantes de vários sistemas de distribuição exclusiva (acordos entre fábricas de cerveja, nos casos referidos, sistemas de distribuição selectiva no presente caso) devem ser tomados em consideração já na aplicação do n.° 1 do artigo 85.° e não apenas na aplicação do n.° 3 do mesmo artigo.

Nas minhas conclusões no processo Pronuptia fiz referência além disso ao facto de que também a jurisprudência americana, desde a sentença Sylvania, de 1977, relativa a limitações de concorrência vertical (cláusulas de recepção exclusiva), tem como necessário, para o comércio em geral, ter em conta se existe ou não uma concorrência real com outros produtos. A este respeito deve ser considerada, naturalmente, também a existência de diferentes sistemas de distribuição. Como afirmei igualmente nestas conclusões, a jurisprudência americana, na altura da sentença Sylvania, não distinguia ainda en-

tre os diferentes tipos de sistemas de distribuição selectiva, tais como os contratos de exclusividade, os sistemas de distribuição selectiva e os contratos de uso de marca comercial. Esta distinção foi feita somente mais tarde, como mostra a doutrina por mim então citada. Seja como for, em meu entender a opinião defendida na sentença Sylvania e a opinião com ela concordante que o Tribunal perfilhou nos acórdãos Haecht I, Bilger/Jehle e Metro I estão de acordo com a exigência de uma concepção realista, do ponto de vista económico, da concorrência efectiva que a política em matéria de acordos deve procurar manter. Não é realista considerar a este propósito exclusivamente os efeitos de um sistema de distribuição ou de um acordo vertical e deixar de lado efeitos paralelos de outros sistemas de distribuição ou de outros acordos verticais. Como afirmei, igualmente nas minhas conclusões relativas ao processo Pronuptia, o acordo vertical individual sobre preços é um outro exemplo inequívoco de que um efeito limitativo da concorrência resultante dos acordos verticais frequentemente não provém de acordos individuais isolados, mas, em primeira linha, do efeito conjunto de práticas similares de distribuição adoptadas por uma série de produtores.

Em relação aos sistemas de distribuição selectiva em especial, sou de opinião de que para a apreciação de um sistema de distribuição individual, em conformidade com o quarto parágrafo do n.° 20 do acórdão Metro I, basta que efectivamente «a escolha dos revendedores se opere em função de critérios objectivos de carácter qualitativo relativos à qualificação profissional do revendedor, do seu pessoal e das suas instalações, que estas condições sejam estabelecidas uniformemente em relação a todos os potenciais revendedores e aplicadas de forma não discriminatória». Se existe um número satisfatório de outros produtores e sistemas diferenciados de distribuição, no sentido do terceiro parágrafo do mesmo número, a concorrência com outros sistemas de comercialização (incluindo novas «formas de distribuição», na acepção do n.° 21), garantirá, sem dúvida, que não serão muito exigentes os «critérios objectivos de carácter qualitativo». Esta garantia extingue-se, porém, se os concorrentes mais importantes adoptarem um sistema de distribuição pelo qual sejam excluídas determinadas formas de comercialização (como, por exemplo, os estabelecimentos «cash and carry» (pague e leve), sem pessoal competente e sem a obrigação de fornecerem prestações de serviço antes e depois da venda). A história do desenvolvimento do direito neerlandês em matéria de estabelecimento de retalhista que datava dos anos 30 (mas mantida ainda em vigor durante muitos anos depois da guerra) e que assentava, de igual modo, exclusivamente em «critérios objectivos de natureza qualitativa» mostra claramente em que medida tais critérios objectivos de carácter qualitativo, quando de aplicação geral, podem ter efeitos limitativos da concorrência. Estes efeitos restritivos do acesso ao mercado através de estritas exigências de natureza quantitativa foram também, a princípio, expressamente visados e o surgimento efectivo destes efeitos (que se traduziu numa regular redução do número de retalhistas) foi, inicialmente, mesmo depois da guerra, considerado como uma prova de eficácia desta legislação. Devido aos efeitos limitativos da concorrência dos «novos sistemas de distribuição selectiva», em particular para retalhistas não especializados em determinados produtos, a regulamentação legal foi, porém, mais tarde fundamentalmente alterada, para abranger estas novas formas de distribuição.

4.3. O *quarto fundamento*

Com o quarto fundamento a recorrente acusa a Comissão, como já foi dito, de ter agido com desvio de poder, por ter baseado

a decisão impugnada em informações limitadas, incompletas e ultrapassadas.

Tanto a recorrente como o Governo do Reino Unido, que a apoia, criticam a Comissão, em particular por não ter baseado a sua decisão, ao contrário do exigido no acórdão Metro I, numa análise geral do mercado.

Este fundamento, em minha opinião, procede. A leitura da decisão contestada mostra que nem a exposição dos factos nem a fundamentação jurídica da decisão contêm indicações sobre a estrutura geral do mercado. Esta lacuna parece tanto mais grave quanto, na parte I.C da decisão, é referido expressamente, como objecção contra uma isenção do sistema de distribuição SABA levantada por terceiros interessados, que «os seus efeitos prejudiciais são mais preocupantes na medida em que diversos outros produtores nesta área introduziram sistemas de distribuição semelhantes e que uma isenção constituiria um precedente com efeitos negativos».

Na apreciação jurídica da decisão diz-se, na verdade, com vista à aplicação da alínea b) do n.° 3 do artigo 85.°, que a «Comissão não pôde, de igual forma, verificar que, em consequência da proliferação dos sistemas de distribuição selectiva... são excluídas do mercado destes produtos, em princípio, determinadas formas de distribuição, como os grandes estabelecimentos» («discount», «cash and carry» e semelhantes) e «grossistas e retalhistas de livre serviço». Porém, a decisão não revela, em qualquer parte, que esta importante conclusão se apoie efectivamente numa análise dos factos. A Comissão, na audiência, admitiu mesmo que o relatório de análise (relatório Mackintosh) citado por ela no processo foi elaborado apenas dois meses após a tomada da decisão. Isto confirma que nenhuma análise geral do mercado está na base da decisão; assim, a parte da fundamentação da decisão há pouco referida reveste um aspecto estranho digno de nota. Voltarei ainda à outra acusação dirigida contra esta declaração na altura da apreciação do segundo fundamento invocado pela recorrente. Praticamente esta declaração traduz-se em que o reconhecimento de comerciantes que pratiquem «novas formas de distribuição» não constitui qualquer obstáculo se estiverem preparados para prescindir das vantagens concorrenciais que lhes diminuam os custos. O Governo do Reino Unido esclareceu, na audiência, em resposta a uma questão do autor do relatório, que dados efectivos relativos à estrutura do mercado, por exemplo, são de importância neste contexto mas que, na decisão, não foram objecto de análise:

a) a difusão dos sistemas de distribuição selectiva (isto é, se foram ou não notificados, se se limitavam ou não à apresentação de critérios objectivos, no sentido do acórdão Metro I, e continham ou não obrigações adicionais excessivas para o comércio, como acontece com o sistema SABA);

b) o significado económico real da circunstância de a SABA pertencer ao grupo Thomson-Brandt;

c) as consequências práticas de uma distribuição selectiva para o mercado em causa; para isso importa saber, por exemplo, em que medida as obrigações de venda e de armazenagem de um distribuidor o vinculam a um determinado produtor, que efeitos teriam os custos resultantes destas e outras obrigações (por exemplo, em relação a prestações de serviço gratuitas) sobre as margens de comercialização e os preços (efeitos de rigidez da estrutura de preços), que influência teriam os sistemas de distribuição existentes nas diferenças de preço de um Estado-membro em relação a outro e em

que medida as exigências qualitativas de admissão deviam valer igualmente para o comércio a retalho e por grosso;

d) a questão de saber se as exigências de qualidade apresentadas por uma série de produtores são justificadas em relação a *todos* os produtos em causa neste processo.

Sobre estas questões, que também considero relevantes, desejo apenas observar que, tanto a decisão da Comissão como o relatório Mackintosh mais tarde elaborado, não contêm qualquer resposta clara. Efectivamente, no relatório Mackintosh são dedicadas apenas três páginas e três quadros à estrutura da distribuição e contêm apenas indicações muito gerais.

4.4. *O primeiro fundamento*

Com o primeiro fundamento, como já foi dito, a recorrente acusa a Comissão de ter agido com desvio de poder, na medida em que, na aplicação do n.° 1 do artigo 85.°, não levou em conta as condições estabelecidas pelo Tribunal no acórdão proferido no processo 26/76. Para uma análise destes pressupostos remeto para o capítulo 4.2 dessas conclusões.

Pelas razões que invoquei já, por ocasião da análise do quarto fundamento, formulado de um modo mais geral, considero o fundamento aqui em discussão igualmente procedente. Em relação à importância das lacunas referidas, existentes na decisão de aplicação do n.° 1 do artigo 85.°, desejo, todavia, acrescentar ainda o seguinte.

A minha análise da jurisprudência do Tribunal basta já para mostrar que a questão de saber se outros sistemas de distribuição que excluem igualmente determinados grupos de fornecedores ou comerciantes deve ser considerada já na análise da questão de saber se um sistema de distribuição contratualmente estabelecido cai no âmbito do n.° 1 do artigo 85.° Isto certamente vale, então, quando, na pendência do processo administrativo, foram levantadas objecções, precisamente contra o aumento de semelhantes sistemas, por empresas excluídas. Como já foi dito, afirma-se na própria decisão que foi o que aconteceu no caso presente. No caso de um sistema de distribuição que, através de um conjunto de critérios e obrigações selectivos, admite apenas o fornecimento de comerciantes especializados ou comerciantes com secções especializadas, são de considerar para aquele efeito todos os sistemas de distribuição que aceitem, de igual modo, apenas o fornecimento de comerciantes especializados ou de comerciantes com secções especializadas. Para a questão da aplicabilidade do n.° 1 do artigo 85.° não considero relevante saber se são aplicados, exclusivamente, simples critérios objectivos de carácter qualitativo relativos à competência profissional do pessoal ou também critérios que dizem respeito ao equipamento do estabelecimento, às obrigações de existências em depósito e de aquisição, às obrigações relativas ao volume de negócios no que toca aos produtos em causa, bem como às obrigações de fornecimento de prestações de serviços antes e depois da venda. Igualmente, se da existência paralela de um grande número de sistemas de distribuição selectiva «simples» resultar um efeito de posição dominante no mercado, pode esta acumulação de sistemas simples conduzir, por exemplo, à exclusão de estabelecimentos do tipo «discount» e dos supermercados sem secções especializadas e, assim, excluir da concorrência determinados tipos de estabelecimentos. Na aplicação do n.° 1 do artigo 85.° deve, por isso também, considerar-se a questão de saber se existem sistemas de distribuição selectiva «simples» desse tipo. De facto, resulta do capítulo II.A da decisão que a Comissão, na apreciação da aplicabilidade do n.° 1 do artigo 85.°, nem levou em consideração a existência de outros sistemas de distribuição selectiva «mais sofisticados» nem a existência de outros sistemas de distribuição selectiva «simples». Em relação a outros sistemas «simples», isto resulta nomeadamente do ponto 6 deste capítulo. Também, ao longo

do processo perante o Tribunal, a Comissão esclareceu o seu ponto de vista de que estes sistemas de distribuição selectiva simples não podem nunca, mesmo quando de aplicação geral, ser considerados como limitativos da concorrência, na acepção do n.° 1 do artigo 85.° Também não considera semelhantes sistemas simples sujeitos à obrigação de notificação; daí deve concluir-se que a Comissão não dispunha também de uma visão geral completa de tais sistemas.

A opinião defendida pela Comissão na audiência de que os n.os 22 e 50 do acórdão Metro I interessariam apenas para a aplicação da alínea b) do n.° 3 do artigo 85.°, tendo em conta a minha análise da jurisprudência, considero-a igualmente incorrecta. Como já afirmei, a Comissão invoca aqui, igualmente, sem razão, o n.° 21 deste acórdão.

No fim da audiência, o representante da Comissão expôs ainda, em resposta a algumas questões por mim colocadas quanto a este ponto de vista, que a sua opinião sobre os sistemas de distribuição selectiva significa que concede a primazia aos interesses dos produtores; estes, na opinião da Comissão, poderiam regular livremente a distribuição dos seus produtos e ser totalmente indiferentes aos interesses do comércio não especializado. O motivo para isso não residiria no facto de os comerciantes não especializados em causa não poderem vender, com sucesso, os produtos em questão, mas sim no facto de o produtor não querer ficar nas mãos do comerciante, queira este ou não fornecer aos clientes prestações de serviço e manter ou não um nível de qualidade. A Comissão admitiu, a este respeito, que a decisão de um produtor possa ser influenciada pela existência de um grande número de sistemas de distribuição selectiva simples. O produtor, devido à má vontade do comércio especializado em comprar os seus produtos noutras condições, poderia então ser forçado a adoptar igualmente um sistema de distribuição selectiva. A Comissão não considera merecedores de protecção (nos termos do artigo 85.°) os interesses do comércio não especializado (ou seja, do comércio que não queira ou não possa satisfazer os critérios estabelecidos). Em primeira linha seria protegido o consumidor. Enquanto os produtores estivessem convencidos de que poderiam maximizar os seus lucros através da distribuição selectiva e enquanto existisse concorrência eficaz, os interesses do consumidor pareceriam estar suficientemente acautelados. Se os consumidores não quisessem recorrer aos sistemas de distribuição selectiva poderiam dirigir a sua procura ao comércio não especializado e assim forçar os produtores a renunciar à distribuição selectiva. Enquanto a maioria dos consumidores estivesse satisfeita com a distribuição selectiva não haveria qualquer razão para se afastar do disposto no acórdão Metro I. Esta resposta da Comissão às minhas questões é esclarecedora do seu ponto de vista em vários aspectos.

Em primeiro lugar, o texto integral confirma essa resposta no sentido de que a Comissão baseia a sua política nesta matéria exclusivamente no n.° 3 do artigo 85.° Assim, na opinião da Comissão, na altura da aplicação do n.° 1 do artigo 85.° não tem de ser levado em conta se existem sistemas de distribuição selectiva paralelos em grande número. Como já disse, considero este ponto de vista incompatível com a jurisprudência do Tribunal. Antes de abordar os eventuais efeitos positivos dos sistemas de distribuição selectiva, nos termos do n.° 3 do artigo 85.°, devem ser analisados, primeiramente, os efeitos limitativos da concorrência com referência ao n.° 1 do artigo 85.° Para este efeito, importa, por conseguinte, atentar nos efeitos paralelos de siste-

mas paralelos tais como os que já referi. Na aplicação da primeira condição do n.° 3 do artigo 85.° deve ser efectuado um «balanço económico» entre os efeitos positivos e limitativos da concorrência das restrições constatadas.

Em segundo lugar, como deixa transparecer a resposta à minha questão sobre esse assunto, por mim acima resumida, a Comissão admite que o produtor, no caso de o comércio especializado dispor de uma extensa participação no mercado, poderia ver-se forçado, em virtude do boicote iminente da parte desses comerciantes especializados, a aplicar um sistema de distribuição selectiva. Da liberdade de decisão do produtor e da influência decisiva do consumidor afirmadas pela Comissão no fim da sua resposta, não resta então, na prática, muito. A decisão sobre os sistemas de distribuição a aplicar cabe então, pelo contrário, ao comércio especializado. A Comissão reconheceu, em outra parte da sua argumentação, que este comércio especializado detém, na República Federal da Alemanha, uma quota de mercado muito grande. No relatório Mackintosh diz-se que os estabelecimentos do tipo «discount» e supermercados deteriam, na República Federal da Alemanha, uma quota de mercado de apenas 5 % (em contraste com os 15 % em França e os 16 % no Reino Unido). O comércio especializado independente disporia, em contrapartida, de uma quota de mercado de 55 %, os estabelecimentos especializados de locação de 4 % e as filiais e armazéns em conjunto, a quota de 27 %. Pode admitir-se que pelo menos uma parte dos comerciantes de ambos os grupos mencionados em último lugar dispõe também de secções especializadas; no entanto, o relatório não contém quaisquer outras indicações de facto sobre estes aspectos importantes. Na audiência a Comissão esclareceu que a maior empresa alemã de venda por correspondência (que pertence ao grupo restante com uma quota de mercado de 9 %) satisfaz as exigências do sistema de distribuição SABA. Em todo o caso, o perigo de uma ameaça de boicote da parte do comércio especializado parece continuar a existir na República Federal da Alemanha.

Por fim, a declaração expressa da Comissão de que não considera os interesses dos comerciantes não especializados merecedores de protecção. A França (com a sua já antiga proibição da «recusa de venda») e os Países Baixos (como resulta da já referida alteração do direito de estabelecimento e das reiteradas medidas adoptadas no âmbito do direito de concorrência contra o boicote de novos sistemas de distribuição do tipo descrito no acórdão Metro I, por parte dos produtores de artigos de marca, mesmo ainda quando este boicote era consequência da pressão exercida pelo comércio especializado) têm, sobre este ponto, tal como o Reino Unido, claramente uma opinião diversa que considero mais correcta do ponto de vista da política de concorrência e, em especial, relativamente à interpretação do artigo 85.° do Tratado CEE. A favor dessa opinião diversa podem avançar-se diferentes argumentos. Na política da concorrência neerlandesa está em primeiro plano a ideia de que o boicote a determinados tipos de actividade comercial viola o princípio da liberdade de estabelecimento e de actividade económica. Todavia, talvez a preocupação secular dos Países Baixos pela eficiência da actividade comercial como fonte de prosperidade tenha desempenhado também aqui um papel. Nessa resposta da Comissão e nas intervenções do Governo da República Federal da Alemanha, parece ter sido completamente esquecido que o papel autónomo desempenhado pelo comércio e uma multiplicidade de sistemas de distribuição independentes constituem importantes factores de concorrência. A regulamentação da distribuição é considerada, em princípio, da responsabilidade dos produtores. Na França, abstraindo da proibição da «recusa de venda», desempenha certamente um papel o facto de a legislação sobre a concorrência do pós-guerra — concebida como parte da legislação sobre preços — foi considerada, inicialmente, nos anos 50, sobre-

tudo, como instrumento para impedir, combatendo a inflação, o aumento dos preços e promover a sua baixa, (além do mais através de novas formas de distribuição com custos menos elevados). As opiniões do Reino Unido sobre política de concorrência parecem-me ser influenciadas por ponderações pragmáticas, análises exactas do mercado e talvez pelas doutrinas inglesa e americana sobre a «workable competition». O livre acesso a um mercado é considerado por esta doutrina como um muito, senão o mais importante, critério da concorrência eficaz. Este critério não tolera um boicote colectivo — consciente ou inconscientemente coordenado — à actividade comercial de determinados tipos de estabelecimentos. Não vejo qualquer explicação inequívoca para a opinião da República Federal da Alemanha que resulta das observações apresentadas em apoio das alegações da Comissão no caso presente, dado que, neste país, como se sabe, se prossegue exactamente uma política mais restritiva da concorrência do que em qualquer dos outros três Estados-membros referidos. Talvez, também aqui desempenhem um papel tradições que remontam a épocas anteriores à última guerra mundial. A proibição, desde há muito existente em especial na República Federal da Alemanha, da integração do comércio por grosso e do comércio a retalho, poderia apontar nessa direcção. Em muitos outros países essa proibição considera-se como obstáculo indesejável a uma diminuição dos custos de comercialização. Para efeitos de aplicação do n.° 1 do artigo 85.°, parece-me claro, no entanto e como disse — além do mais, face à jurisprudência do Tribunal —, que a opinião da Comissão não é sustentável. De acordo com a letra do n.° 1 do artigo 85.° é a meu ver evidente que também a exclusão de determinados tipos de actividade económica no sector do comércio (aqui trata-se de comerciantes não especializados que antes e depois da venda dos produtos em questão não fornecem qualquer prestação de serviço e conseguem, por isso, preços mais baixos) redunda, em princípio, numa limitação da concorrência. A letra do artigo 85.° não contém qualquer indicação no sentido de que protege apenas a concorrência entre produtores e não entre comerciantes. Com base na «rule of reason» desenvolvida pelo Tribunal no acórdão Metro I e em jurisprudência anterior, isto é válido em qualquer caso, quer os produtores interessados, isoladamente, quer uma grande parte dos produtores interessados (ainda que sem acordo entre si) apliquem em comum uma tal exclusão quando estes produtores detenham conjuntamente (e alguns também isoladamente) uma participação no mercado que exceda em muito os «limites do insignificante» de que a Comissão parte e que o Tribunal, em princípio, reconheceu. Pelo menos, no que ao n.° 1 do artigo 85.° diz respeito, devem os interesses das novas formas de actividade económica no sector do comércio ser, assim, seguramente consideradas como merecedoras de protecção. Até que ponto isto vale também para o n.° 3 do artigo 85.°, analisá-lo-ei a seguir.

4.5. *O segundo fundamento*

a) Como já afirmei, a recorrente afirma, com o segundo fundamento, que a isenção ao abrigo do n.° 3 do artigo 85.° enferma de desvio de poder. Sobre a questão por mim considerada central, sustenta, nomeadamente, que os sistemas de distribuição selectiva neste sector servem, na verdade, para, em prejuízo do consumidor, excluir estabelecimentos que, segundo os produtores interessados, poderiam prejudicar, através da venda a preço mais baixo, a «imagem de marca dos seus produtos». Neste contexto, sobre o critério da «vantagem para o consumidor», a recorrente invoca, nomeadamente, as diligências que o Bureau européen des unions de consommateurs (BEUC) levou a cabo, com apoio no artigo 3.° do Regulamento n.° 27, em 25 de Junho de 1980, junto da Comissão. O BEUC exprimiu, nesta ocasião, a sua preocupação quanto à nova isenção concedida à SABA e ao aumento de sistemas de distribuição selectiva neste sector.

b) Em relação a este fundamento, refiro, em primeiro lugar, que as minhas afirmações sobre a procedência do quarto fundamento invocado pela recorrente valem igualmente para a aplicação do n.° 3 do artigo 85.° Como a letra da decisão deixa transparecer, a Comissão, no exame do sistema de distribuição SABA alterado, à luz das primeiras condições desta disposição, não considerou, na verdade, globalmente os efeitos paralelos de outros sistemas de distribuição selectiva. É apenas no exame da quarta condição do n.° 3 do artigo 85.° que a Comissão parece, à primeira vista, ter levado em conta a existência de outros sistemas de distribuição selectiva. Como já afirmei na apreciação do quarto fundamento, a conclusão da Comissão em relação a esta condição não dependeu, porém, de uma análise do mercado (que só estava disponível dois meses depois da adopção da decisão com o relatório Mackintosh e, além disso, de forma alguma fazia luz sobre as questões, com razão, consideradas relevantes pelo Reino Unido).

c) O exame do sistema de distribuição SABA, à luz da *primeira condição* do n.° 3 do artigo 85.°, é limitado, por isso, aos efeitos deste sistema considerado isoladamente. Não foi, assim, tido em conta o equilíbrio económico entre a globalidade das limitações da concorrência e as vantagens objectivas do sistema de distribuição SABA. Em relação a isto, refere, por exemplo, a declaração contida no terceiro parágrafo do capítulo B.1. que «a obrigação imposta aos grossistas que se abastecem directamente junto da SABA de celebrarem de antemão acordos sobre o volume de negócios anual e quadrimestral, com especificação do tipo e número de aparelhos..., permite à SABA estabelecer um programa preciso de produção e de distribuição e garantir, assim, um abastecimento contínuo, racionalizando ao mesmo tempo a produção e a distribuição». Nem desta declaração nem dos considerandos seguintes resulta claro que a Comissão se tenha posto a questão de saber se a possibilidade desse «programa preciso de produção e de distribuição» não aponta para uma carência fundamental de concorrência eficaz neste sector. Esse programa preciso não é de facto possível precisamente quando exista concorrência eficaz.

No quarto parágrafo deste capítulo da decisão, lê-se: «O facto de, no prazo de vigência dos acordos sobre o volume de negócios, os grossistas já não poderem afectar a outros produtores a parte do seu programa de compras que diz respeito à SABA, não constitui inconveniente de relevo em comparação com as vantagens referidas». Aqui e nos subsequentes esclarecimentos é, portanto, admitido que o sistema pode ter por consequência a privação dos clientes dos grossistas da SABA (e, como consequência disto, também os clientes dos retalhistas da SABA), de poderem escolher, livremente, nestes comerciantes, entre as mais importantes marcas concorrentes, o que é importante para o exame do sistema à luz da segunda condição do n.° 3 do artigo 85.° De resto, a afirmação, sobre o esclarecimento desta consideração, de que os grossistas organizaram o seu programa «por livre decisão empresarial» está em contradição com o conteúdo (particularmente com a extensão) das suas obrigações de venda para com a SABA GmbH, como resulta da exposição dos factos na decisão e é resumido no quinto parágrafo do capítulo II. B.1 da decisão.

Uma vez que nenhuma análise de mercado serve de base ao capítulo II. B.1 da decisão, também não tem qualquer fundamento o seu último parágrafo que diz o seguinte: «elas (ou seja, as obrigações destinadas à promoção da venda de produtos SABA já mencionados) favorecem, assim, a concorrência entre a SABA e outras marcas, sem

que a concorrência entre os distribuidores SABA seja afectada». Num mercado oligopolista como era já antes o caso, de acordo com o segundo parágrafo do n.° 17 do acórdão Metro I (oito produtores com 91 % de quota de mercado, no seu conjunto), um tal sistema, aplicado pela maioria dos produtores, pode, na verdade, conduzir a um congelamento das respectivas quotas de mercado e, assim, a uma sensível limitação da concorrência com outras marcas. Já referi que a aplicação efectiva do programa de produção e de vendas combinados aponta claramente nessa direcção. A Comissão não poderia ter extraído, por isso, essa conclusão sem antes proceder a uma análise do mercado adequada. O capítulo da fundamentação da decisão aqui analisado confirma, assim, que o quarto fundamento, que considerei como procedente, é também relevante para a aplicação do n.° 3 do artigo 85.°

d) No segundo fundamento, a recorrente acusa a Comissão, todavia, em particular por não ter observado a *segunda condição* para a concessão da isenção, a saber, a condição de «que aos consumidores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante» (que, neste caso, deve resultar de um aperfeiçoamento da produção e da distribuição). Resulta já claro da comparação do capítulo II. B.2 da decisão com a apreciação divergente do BEUC que a Comissão aqui, de uma forma paternalista, sobrepôs a sua própria decisão a uma análise da opinião do próprio consumidor. Esta decisão própria, além disso, não depende de uma análise de mercado específica mas de uma hipótese teórica. No segundo parágrafo do capítulo II. B.2 da decisão diz-se: «Em relação às vantagens resultantes da racionalização da produção e da distribuição da SABA, *pode considerar-se* que a SABA, devido à *forte concorrência existente* no sector da electrónica de diversão, é levada a repercutir estas vantagens sobre os utilizadores. Isto é tanto mais assim quanto todos os grossistas e retalhistas autorizados pela SABA *têm o direito de distribuir também produtos concorrentes*» (sublinhado nosso).

Sobre este parágrafo e o seguinte (que contém expressões idênticas) gostaria de observar o seguinte.

A primeira das passagens por mim sublinhadas confirma que o exame da segunda condição prevista no n.° 3 do artigo 85.° não é baseada numa análise do mercado, mas numa conjectura, o que foi admitido também pela Comissão na audiência.

Dado que a decisão não é baseada numa análise do mercado, a segunda afirmação por mim sublinhada (forte concorrência existente) não tem qualquer suporte.

A terceira afirmação sublinhada (direito do comerciante a «distribuir também produtos concorrentes») está em contradição com a afirmação anterior de que os grossistas, durante o prazo de vigência dos acordos de distribuição exclusiva, não podem já recorrer a outros produtores.

Como já foi dito, a Comissão admitiu posteriormente, em resposta a uma questão colocada por mim na audiência, que os consumidores devem ser livres de se dirigir ao comércio não especializado para fazer as suas compras (na medida em que dêem mais valor às vantagens de preço aqui oferecidas do que às obrigações do comércio especializado de manter um certo nível de «stock» e de fornecer prestações de serviços que redundam em preços mais elevados). Ao mesmo tempo, a Comissão admitiu, porém, igualmente, que a difusão dos sistemas de distribuição selectiva (por exemplo, sob a pressão do comércio especializado) pode, praticamente, subtrair esta possibilidade ao consumidor. A conclusão que a Comissão

tira, na resposta à minha questão, de que não veria «qualquer razão para se afastar do acórdão Metro I, enquanto a maioria dos consumidores estivesse satisfeita com o sistema de distribuição selectiva», carece também, numa tal situação, de qualquer fundamento real. O consumidor *não pode*, de modo algum, manifestar a sua preferência por supermercados ou estabelecimentos de livre serviço com amplo sortido e baixos preços mas sem as prestações de serviço oferecidas pelo comércio especializado. Além disso, considero a interpretação do acórdão Metro I, contida nesta conclusão, incompatível com o teor literal desse acórdão.

Finalmente, desejo observar que considero insustentável, no caso em apreço, que a Comissão sobreponha a sua apreciação das vantagens do consumidor, com base numa conjectura teórica (veja-se o capítulo II. B.2, segundo parágrafo, da decisão), e sem uma análise do mercado, à apreciação do BEUC. A «forte concorrência» a que faz referência neste caso não existe justamente neste sector, na opinião do BEUC, devido à proliferação de sistemas de distribuição selectiva. Creio poderem detectar-se aqui reflexos da teoria do «consumidor esclarecido» que tem muitos adeptos na República Federal da Alemanha, mas também aí é muito contestada. Segundo esta teoria, a apreciação do interesse do consumidor feita por uma autoridade administrativa ou por um tribunal sobrepõe-se à decisão do próprio consumidor sobre quais sejam os seus interesses. Já no capítulo 2.1 das minhas conclusões de 21 de Junho de 1983, no processo NV Nederlandsche Banden-Industrie-Michelin, acima referidas, noutro contexto, me opus a essa teoria do «consumidor esclarecido», aí, aliás, em consonância com a opinião da Comissão.

e) O capítulo II.B.3 da decisão diz respeito à condição da indispensabilidade do acordo. Quanto a isto, limito-me à afirmação de que, também aqui, foi considerado apenas o sistema de distribuição SABA visto isoladamente, mas não os efeitos paralelos de sistemas similares. Com base na minha apreciação do quarto fundamento, considero também este procedimento inadmissível.

f) Pelo contrário, considero oportuno analisar separadamente a opinião da Comissão sobre a realização da quarta condição enunciada no n.° 3 do artigo 85.° (capítulo II. B.4 da decisão).

A afirmação que consta do quarto parágrafo deste capítulo, segundo a qual «o mercado da electrónica de diversão é caracterizado por uma particular intensidade da concorrência devida sobretudo ao elevado número de produtores, à evolução rápida da tecnologia e à diversidade da estrutura comercial» ressente-se, antes de tudo, e mais uma vez, de um vício geral de que enferma a decisão, ou seja, o de que não é baseada num estudo do mercado (elaborado somente dois meses mais tarde). Assim, falta igualmente uma base real inequívoca para a segunda proposição deste que diz o seguinte: «se bem que uma série de outros produtores importantes da electrónica de diversão pratiquem também sistemas de distribuição selectiva a nível da Comunidade, em alguns dos quais, porém, apenas envolvem meras obrigações de comércio especializado, a Comissão não tinha qualquer fundamento para afirmar que a larga difusão destes sistemas conduz a uma rigidez da estrutura dos preços». Além disso, como mercado relevante é aqui considerada, exclusivamente, a CEE no seu conjunto, enquanto demonstrei já que a Comissão deveria ter analisado separadamente o mercado alemão como mercado em causa. Finalmente, este parágrafo esquece que uma «rigidez da estrutura dos preços» pode ser também provocada, através do efeito de um aumento uniforme dos preços, devido às obrigações de prestação de serviços, de ter

pessoal, de equipamento de distribuição, de venda e de manutenção de um certo nível de «stocks», impostas aos comerciantes. Uma vez que os custos de distribuição daí resultantes devem ser considerados, a rigidez da estrutura dos preços assim provocada pode ser compensada, apenas em certa medida, através da concorrência de preços à custa das restantes margens de comercialização. É precisamente este efeito na estrutura dos preços que permite aos consumidores escolher outros tipos de estabelecimentos com preços mais baixos. Todavia, no caso de um aumento de sistemas de distribuição selectiva (inclusivamente de sistemas de distribuição selectiva simples), o consumidor está limitado nas suas possibilidades de escolha. Como já foi pertinentemente afirmado no acórdão Metro I, em relação à apreciação dos sistemas de distribuição, não basta atender exclusivamente às consequências daí resultantes para os preços. Também a disponibilidade de formas de distribuição alternativas é aqui de interesse. Na audiência, a Comissão não contestou as alegações da recorrente sobre este ponto, segundo as quais nenhum dos grandes produtores por ela mencionados, os quais detêm na República Federal da Alemanha, conjuntamente, uma quota de mercado de 82 %, estaria disposto a abastecê-la. Nesta participação no mercado deve ser, além disso, incluída, de acordo com as indicações da própria Comissão, a quota de mercado do produtor japonês Sony que pratica igualmente um sistema de distribuição selectiva. Os produtores mencionados pela recorrente são a Grundig, a Philips, as três empresas do grupo Thomson-Brandt, ITT, Blaupunkt e Loewe-Opta. Alguns aparelhos da Philips podia a recorrente recebê-los apenas directamente de Itália e com marcas diferentes da Philips. Dado que sistemas de distribuição selectiva «simples», na opinião da Comissão, não precisam de lhe ser notificados, a Comissão também não podia afirmar sem uma análise do mercado, ainda não disponível na altura da adopção da decisão, quantos desses sistemas «simples» havia no mercado alemão e em que medida produtores, sob a pressão do comércio especializado, abastecem exclusivamente o comércio especializado como ela considerou possível na resposta à minha questão. Também, de resto, o relatório Mackintosh não contém quaisquer indicações sobre isto. Já afirmei que o comércio especializado, mesmo de acordo com o relatório de análise mais tarde apresentado à Comissão, detém na República Federal da Alemanha (ao contrário do que acontece em França e no Reino Unido) uma quota de mercado de 55 % na qual deve ser incluída ainda a quota de mercado de comerciantes com secções especializadas.

Para a opinião da Comissão, segundo a qual comerciantes sem obrigações de prestação de serviços e outras obrigações que lhes são impostas pelos produtores, tais como os grandes supermercados [estabelecimentos «discount», «cash and carry» (pague e leve) e semelhantes], grossistas e retalhistas de livre serviço (cuja quota de mercado na República Federal da Alemanha é de 5 %) não merecem qualquer protecção, é, por fim, significativo o quinto parágrafo do capítulo II. B.4 da decisão. Aqui lê-se: «A Comissão não podia, do mesmo modo, afirmar que, em consequência da difusão dos sistemas de distribuição selectiva... (essas) formas de distribuição... são excluídas, em princípio, da comercialização desses produtos. Os critérios da distribuição selectiva da SABA não são tais que não possam ser satisfeitos, em princípio, também pelas formas de distribuição referidas, ainda que isto implique uma alteração dos seus métodos próprios de comercialização». Como a Metro afirmou, com razão, na audiência, aquela afirmação confirma que a Comissão não considera a concorrência das formas de distribuição apontadas neste parágrafo merecedoras de protecção enquanto não renunciarem às suas vantagens específicas no que aos custos diz respeito. Só partindo desse ponto de vista é que a Comissão não teria de ocupar-se com a questão de saber se essas formas de estabelecimento não são excluídas da venda de produtos SABA não apenas «em princípio», mas também o não são de

facto. Considero este ponto de vista, com base no qual (não obstante a declaração pouco convicta da Comissão sobre o direito pertencente ao grupo de consumidores de optar em última instância por estas formas de distribuição com custos e preços menos elevados) pode ser justificada uma radical eliminação do comércio não especializado, incompatível com a letra e o escopo do artigo 85.°

Por isso, em minha opinião, procede também o segundo fundamento invocado pela recorrente.

4.6. *Os restantes fundamentos*

Dado que, em minha opinião, os fundamentos primeiro, segundo e quarto invocados pela recorrente e considerados por mim como procedentes constituem já um motivo suficiente para a anulação da decisão impugnada, considero desnecessário um tratamento pormenorizado dos restantes fundamentos terceiro e quinto, por ela também aduzidos.

No *terceiro fundamento* a recorrente acusa a Comissão de ter agido com desvio de poder, na medida em que não teria levado em conta a aplicação concreta dos acordos SABA. Dado que considero procedente a acusação principal da recorrente tal como foi alegada no primeiro, segundo e quarto fundamentos, não preciso de entrar nas complicadas questões de facto que se colocariam na análise do terceiro fundamento e cuja importância e também cuja complexidade são ilustradas por alguns outros acórdãos sobre sistemas de distribuição selectiva (ver, por exemplo, o acórdão no processo 107/82, AEG-Telefunken/Comissão, Recueil 1983, p. 3151).

O *quinto fundamento* invocado pela recorrente apresenta uma certa conexão com a acusação principal formulada contra a Comissão. Com este fundamento afirma a recorrente que, na medida em que concedera ao sistema de distribuição SABA uma isenção ao abrigo do n.° 3 do artigo 85.°, a Comissão teria permitido à SABA e ao grupo Thomson-Brandt o abuso de uma posição dominante no mercado da electrónica de diversão em geral e no dos televisores a cores em particular. Em apoio dessa afirmação, invoca os acórdãos por mim referidos no resumo dos fundamentos.

Já com base na noção de posição dominante tal como vem definida nos n.ºs 26 e 30 do acórdão de 11 de Dezembro de 1980 no processo 31/80 (L'Oréal, Recueil 1980, p. 3775), repetida no acórdão proferido no processo Hoffmann-La Roche, pode, em minha opinião, defender-se o ponto de vista de que a SABA GmbH ou o grupo Thomson-Brandt dispõem, apesar da sua participação limitada no mercado, de uma posição dominante na acepção do artigo 86.° Em particular, a possibilidade de que a SABA dispõe de planificar a sua produção e comercialização para quatro meses vai, em minha opinião, no sentido de que a posição desta empresa no mercado «lhe proporciona a possibilidade de se comportar, em medida assinalável, como independente frente aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, frente aos consumidores». Produtores com um sistema comparável deteriam então, igualmente, uma posição dominante. Assim, várias vezes se procedeu, no âmbito do direito da concorrência neerlandês contra posições dominantes paralelas, comparáveis, de que os produtores abusaram através do boicote de determinadas formas de distribuição. Penso, no entanto, que os argumentos alegados pelas partes neste processo não permitem uma tomada de posição definitiva sobre este fundamento e que nem tal é necessário atentas as razões que acima referi.

5. Resumo, notas finais e conclusões

5.1. *Resumo*

A minha análise conduziu às seguintes conclusões parciais:

a) o recurso é admissível, tendo em conta, designadamente, os fundamentos invocados na audiência pela Comissão;

b) o sexto fundamento invocado pela recorrente, dirigido contra o procedimento administrativo seguido pela Comissão, não tem fundamento e, por isso, deve ser considerado improcedente;

c) o quarto fundamento da recorrente, com o qual acusa a Comissão designadamente de não ter baseado a sua decisão, de acordo com as directrizes estabelecidas pelo Tribunal no acórdão Metro I, também numa análise da estrutura geral do mercado, é procedente;

d) o primeiro e segundo fundamentos invocados pela recorrente, com os quais a Comissão é acusada de ter aplicado incorrectamente os n.os 1 e 3 do artigo 85.°, são igualmente procedentes — designadamente tendo em conta o quarto fundamento julgado procedente;

e) os vícios da decisão impugnada, assim aflorados na análise do quarto, do primeiro e do segundo fundamentos, são tão graves que, tendo em conta estes fundamentos, a decisão deve ser anulada;

f) atenta a conclusão que antecede, os restantes fundamentos de natureza jurídico-material invocados pela recorrente não necessitam de qualquer exame.

5.2. *Notas finais*

a) Com a minha análise espero ter tornado claro que o presente processo não é realmente tão banal como parece à primeira vista. Também nada altera o facto de a decisão do processo por mim proposta resultar, em minha opinião, directamente das directrizes estabelecidas no acórdão Metro I para o procedimento da Comissão. Ainda que este aspecto não seja em si de interesse para a apreciação do processo, é sublinhado o significado do processo pela circunstância de que, em conformidade com o acórdão de 13 de Fevereiro de 1969 no processo 14/68 (Walt Wilhelm, Recueil 1969, p. 1), no caso de aprovação da política de concorrência da Comissão que encontra expressão na decisão contestada, os serviços de concorrência dos três Estados-membros (França, Países Baixos e Reino Unido) não podiam prosseguir inalteradamente as suas políticas diferentemente orientadas em relação à questão do boicote a determinadas formas de distribuição.

b) Dado que a decisão é de apreciar nos seus próprios méritos e à luz dos esclarecimentos dados no processo e que se tornou evidente que em nada ou em pouco leva em conta a exigência de uma análise do mercado, estabelecida no acórdão Metro I, não considero defensável, à luz do direito processual, examinar nas minhas conclusões, ainda mais pormenorizadamente, os resultados de análises só disponíveis dois meses depois da adopção da decisão. Do texto da decisão resulta claramente que a Comissão considerou essas indicações sobre a estrutura do mercado irrelevantes para o processo de decisão; contra isto volta-se, com razão, a principal acusação formulada pela recorrente. Qual teria sido o teor da decisão se estas indicações aí tivessem sido levadas em conta, não se pode, aliás, reconstituir retrospectivamente. Em todo o caso, em processo pendente no Tribunal, a fundamentação de uma decisão não pode ser substituída por outra fundamentação completamente diferente em que seja corrigido um vício fundamental verificado naquela decisão. Também já observei que o relatório Mackintosh remedeia este vício apenas muito insatisfatoriamente.

c) Abstraindo da excepção mencionada, relativa à quarta condição para a concessão da isenção ao abrigo do n.° 3 do artigo 85.°, a

decisão da Comissão, tendo em conta as razões invocadas e de acordo com a sua letra inequívoca, é baseada exclusivamente numa análise do sistema de distribuição SABA que é visto separadamente da estrutura do mercado em que funciona. Na minha análise, observei que este modo de proceder da Comissão conduziu a conclusões que são inaceitáveis ou apoiadas em meras conjecturas ou em opiniões preconcebidas. Com base na minha análise da acusação principal da recorrente e das suas consequências para a aplicação dos n.os 1 e 3 do artigo 85.° aqui efectuada, considerei supérfluo, por isso, um exame pelo Tribunal dos argumentos que se relacionam com o sistema de distribuição SABA enquanto tal.

d) As indicações que a Comissão deu em resposta a uma questão do juiz relator na audiência, pelas razões invocadas na minha primeira nota final, tão-pouco as levei em conta tal como o relatório Mackintosh. As indicações sobre informações conhecidas da Comissão, e não consideradas confidenciais, sobre a difusão dos sistemas de distribuição selectiva no sector em questão, são também, por isso, de alcance limitado, porque a Comissão, como já foi dito, não considera os sistemas de distribuição selectiva simples sujeitos à obrigação de notificação; por outro lado, não é evidente em que medida o instituto de investição em causa (Gesellschaft für Konsumforschung, Nuremberga) tem conhecimento dos sistemas de distribuição selectiva não notificados. Com base nas observações entretanto apresentadas pela recorrente, estas (publicadas em *Neue Medien* n.° 5 de Maio de 1985) e as restantes informações apresentadas devem, a meu ver, ser postas em dúvida. A recorrente, nas suas observações, após uma exposição pormenorizada, chega à conclusão de que oito fabricantes de televisores a cores, com um sistema de distribuição selectiva formal ou equivalente, na Alemanha, detêm uma quota de mercado de 58 % e nove outros, com sistemas de distribuição selectiva informais, de idêntico efeito, detêm uma quota de mercado de 33 %. No seu conjunto, a recorrente e comerciantes semelhantes teriam, assim, acesso normal a uma quota de mercado de 9 %. Os dados em que a recorrente baseia estes cálculos são certamente mais exactos do que a base dos cálculos da Comissão. Como já afirmei, não atribuo a estas indicações feitas pela Comissão e pela recorrente após a audiência, em resposta a perguntas feitas pelo Tribunal, sobretudo tendo em conta outros fundamentos, qualquer significado essencial. Caso o Tribunal devesse ser de outra opinião sobre este ponto, deveria o processo, em minha opinião, ser reaberto, uma vez que os números indicados pela recorrente, que provêm de fonte segura, não coincidem com os da Comissão.

5.3. *Conclusões*

Em conclusão, proponho, por isso, que o Tribunal:

1) declare o recurso admissível;

2) considere os primeiro, segundo e quarto fundamentos da recorrente procedentes;

3) anule a decisão da Comissão, de 21 de Dezembro de 1983, relativa a um processo a decorrer ao abrigo do artigo 85.° do Tratado CEE (sistemas de distribuição da SABA-CEE; Decisão 83/672/CEE, JO 1983, L 376, p. 41) pelas razões invocadas;

4) condene a Comissão nas despesas do processo, com excepção das despesas dos intervenientes, uma vez que estes não requereram que a parte vencida fosse condenada nessas despesas e, por conseguinte, terão de suportar as suas próprias despesas.