ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
25 de Outubro de 1977 *

No processo 26/76,

Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG, Schlüterstraße, 3, 4 Düsseldorf, representada pelo advogado von der Osten, advogado no foro de Düsseldorf, com domicílio escolhido no Luxemburgo junto de Robert Elter, 11, boulevard Royal,

recorrente,

e

Verband des SB-Großhandels e.V., Theaterstraße 8, 3 Hannover, representada pelo advogado Bartholatus, advogado no foro de Hamburgo, com domicílio escolhido no Luxemburgo junto de Robert Elter, 11, boulevard Royal,

interveniente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por Dieter Oldekop, membro do seu Serviço Jurídico, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de Mario Cervino, edifício Jean Monnet, Kirchberg,

recorrida,

e

SABA (Schwarzwälder Apparate-Bau-Anstalt August Schwer und Söhne), Villingen-Schwenningen, representada por Christian Hootz, advogado no foro de

* Língua do processo: alemão.

Estugarda, com domicílio escolhido no Luxemburgo junto de Georges Reuter, 12, rue Notre-Dame,

interveniente,

que tem por objecto a anulação da decisão da Comissão das Comunidades Europeias, de 15 de Dezembro de 1975, relativa a um procedimento nos termos do artigo 85.° do Tratado CEE (IV/847-SABA, JO L 28 de 3.2.1976, p. 19),

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

composto por: H. Kutscher, presidente, M. Sørensen e G. Bosco, presidentes de secção, A. M. Donner, J. Mertens de Wilmars, P. Pescatore, A. J. Mackenzie Stuart, A. O'Keeffe e A. Touffait, juízes,

advogado-geral: G. Reischl
secretário: A. Van Houtte

profere o presente

Acórdão

(A parte relativa à matéria de facto não é reproduzida)

Fundamentos da decisão

1 O recurso interposto pela empresa Metro SB-Großmärkte GmbH & Co. KG (a seguir «Metro») e entrado na Secretaria do Tribunal de Justiça em 11 de Março de

1976 destina-se a obter, em primeiro lugar, a anulação da decisão da Comissão, de 15 de Dezembro de 1975 (JO L 28 de 3.2.1976, p. 19), relativa a um procedimento nos termos do artigo 85.° do Tratado, que se refere ao sistema de distribuição selectiva posto em prática pela sociedade Schwarzwälder Apparate-Bau-Anstalt, August Schwer und Söhne GmbH (a seguir «SABA»), para a comercialização no mercado comum de aparelhos electrónicos de recreio da sua marca.

O recurso destina-se a obter, em segundo lugar, a anulação da recusa da Comissão, comunicada por carta de 14 de Janeiro de 1976, em alterar a sua decisão de 15 de Dezembro de 1975 de modo a tomar em consideração as novas objecções deduzidas pela recorrente, que esta, contudo, já tivera oportunidade de apresentar durante a audição dos interessados e de terceiros efectuada pela Comissão, em conformidade com o artigo 19.° do Regulamento n.° 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, e com o Regulamento n.° 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963, antes da adopção da decisão impugnada.

Nos termos do artigo 1.° da referida decisão, foi reconhecido que as condições de venda aplicáveis no mercado interno (redacção de Maio de 1972), aprovadas pela SABA, não são abrangidas pela proibição do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, enquanto, nos termos do artigo 2.°, a Comissão decide que as outras disposições do sistema de distribuição em causa beneficiam de uma isenção, na acepção do artigo 85.°, n.° 3.

2 Embora o recurso se destine a obter a anulação da decisão impugnada no seu todo, a análise dos fundamentos invocados revela que estes apenas contestam unicamente a legalidade do artigo 2.° da referida decisão.

Quanto à admissibilidade

a) Quanto à carta de 14 de Janeiro de 1976

3 A Comissão contestou a admissibilidade do recurso, na medida em que se dirige contra a recusa referida na sua carta de 14 de Janeiro de 1976.

4 Esta recusa tem carácter meramente confirmativo da decisão de 15 de Dezembro de 1975 e a sua anulação confundir-se-ia com a anulação desta decisão, de tal forma que o recurso deve, relativamente a este segundo aspecto, ser considerado destituído de objecto e, por conseguinte, inadmissível.

b) Quanto à decisão de 15 de Dezembro de 1975

5 A SABA, interveniente no processo em apoio das conclusões da Comissão, considera que o recurso é inadmissível, pois a Metro não foi directa e individualmente afectada pela decisão que impugna.

6 Nos termos do artigo 173.°, segundo parágrafo, do Tratado, «qualquer pessoa singular ou colectiva pode interpor ... recurso das decisões de que seja destinatária e das decisões que, embora tomadas sob a forma de regulamento ou de decisão dirigida a outra pessoa, lhe digam directa e individualmente respeito».

Dado que a Metro não foi destinatária da decisão impugnada, há que analisar se esta lhe diz directa e individualmente respeito.

7 A Metro explora uma empresa de comércio por grosso, em sistema de livre-serviço, em cerca de trinta estabelecimentos, na República Federal da Alemanha, bem como em alguns outros Estados-membros.

Esta forma de distribuição, que a coloca em concorrência designadamente com os grossistas especializados, consiste em abastecer-se por grosso junto dos produtores, relativamente a uma larga gama de produtos alimentares (secção de alimentação — *food*) e outros (secção não alimentar — *non food*), com o objectivo principal de os revender quer a retalhistas para uma posterior revenda por parte destes quer a empresários comerciais, artesanais ou industriais, tendo em vista a utilização, no respectivo estabelecimento, das mercadorias compradas para fins profissionais, ou então, finalmente, com o fito de os vender a utilizadores finais privados denominados «institucionais», sendo certo, no entanto, que esta última actividade é objecto de contestação entre as partes.

A Metro distribui estes produtos através do sistema denominado «cash and carry», nos termos do qual os compradores se abastecem nos locais de venda de mercadorias armazenadas de forma a permitir o seu rápido levantamento pelo próprio cliente, expostas de modo simples e pagas a pronto, daí resultando reduções dos preços e a possibilidade de aceitar margens de lucro mais reduzidas do que as do comércio por grosso tradicional.

Por conseguinte, esta forma de distribuição é caracterizada tanto por métodos de venda especiais como pelo género de clientela à qual se dirige o comerciante por grosso.

8 Tendo a recorrente solicitado à SABA a sua admissão como grossista para efeitos de distribuição de aparelhos electrónicos de recreio, deparou com uma resposta negativa por não estar disposta a aceitar uma série de condições às quais a SABA sujeita a concessão do estatuto de grossista SABA, e que, na opinião da recorrente, não seriam compatíveis com a estrutura do comércio por grosso em livre-serviço tal como ela o pratica.

Tal teria sido nomeadamente o caso da proibição de os grossistas SABA fornecerem aparelhos SABA a utilizadores finais profissionais, isto é, a comerciantes ou artesãos não pertencentes ao ramo da electrónica, mas que utilizam, no seu estabelecimento, os aparelhos comprados para fins profissionais, bem como a proibição de efectuar fornecimentos aos utilizadores finais «institucionais» e igualmente as obrigações impostas aos grossistas ao abrigo do contrato de cooperação que os vincula à SABA.

Na opinião da interveniente SABA, pelo contrário, estas condições seriam compatíveis com a actividade da Metro, cuja recusa se explicaria, antes, por uma política de vendas destinada a confundir na sua pessoa a qualidade de grossista e a de retalhista, situação que a SABA não podia aceitar, tendo em conta a estrutura do seu sistema de distribuição, que separa claramente as duas funções, em conformidade, segundo afirma, com as exigências da legislação alemã.

9 Devido à resposta negativa recebida, a recorrente apresentou à Comissão, em 7 e 9 de Novembro de 1973, em conformidade com o artigo 3.°, n.° 2, b), do Regulamento n.° 17, um pedido destinado a obter a declaração de que o sistema de distribuição posto em prática pela SABA constituía uma infracção ao disposto nos artigos 85.° e 86.° do Tratado e a obrigar a SABA a pôr-lhe termo.

10 Pelo seu lado, a fim de obter um certificado negativo, na acepção do artigo 2.° do Regulamento n.° 17, ou uma declaração de isenção, na acepção do artigo 85.°, n.° 3, do Tratado e do artigo 6.° do Regulamento n.° 17, a SABA notificara à Comissão em 1962, 1963, 1969 e 1972, as suas condições de venda aplicáveis no mercado interno, os acordos de concessão exclusiva que celebrara com empresas estabelecidas em outros Estados-membros, as «declarações de compromisso de distribuição obrigatória» que manda assinar aos seus distribuidores, grossistas e retalhistas, na República Federal da Alemanha, e as «declarações de compromisso dos grossistas SABA e dos retalhistas especializados SABA na CEE».

Em 22 de Julho de 1974, após a reclamação apresentada pela Metro, a SABA notificou igualmente o contrato-tipo de cooperação que impõe aos grossistas aprovados por si.

11 A Comissão, considerando que a Metro alegava um interesse legítimo na declaração de uma eventual infracção, decidiu proceder à instrução dos pedidos quer da Metro quer da SABA.

Após ter, numa primeira fase, comunicado à Metro que entendia não poder dar uma resposta positiva ao seu pedido, embora solicitando-lhe, por telex de 6 de Dezembro de 1974, em conformidade com o artigo 6.° do Regulamento n.° 99/63, que apresentasse as suas observações, a Comissão modificou parcialmente a sua posição em resultado das observações apresentadas pela recorrente e da audição desta, tendo obrigado a SABA a suprimir certas obrigações que impõe aos grossistas, designadamente a proibição de venda aos utilizadores finais profissionais.

Depois de a SABA ter aceite, designadamente, esta modificação, a Comissão adoptou a decisão impugnada, que mantém, todavia, em vários aspectos, as particularidades do sistema de distribuição criticadas pela recorrente durante o procedimento administrativo.

12 A Metro, considerando que o sistema de distribuição assim aprovado mantinha obstáculos ilegítimos à sua admissão como grossista da SABA, interpôs o presente recurso.

13 Resulta dos factos já mencionados que a decisão impugnada foi proferida designadamente após uma reclamação apresentada pela Metro e que ela se pronuncia sobre as disposições do sistema de distribuição SABA que esta empresa invocou e continua a invocar contra a Metro para justificar a sua recusa de venda e de aprovação como grossista, e que a recorrente, por esta razão, havia posto em causa na sua reclamação.

É do interesse tanto de uma boa administração da justiça como de uma correcta aplicação dos artigos 85.° e 86.° que as pessoas singulares ou colectivas que estão habilitadas, por força do artigo 3.°, n.° 2, b), do Regulamento n.° 17, a solicitar à Comissão a verificação de uma infracção ao disposto nos referidos artigos 85.° e 86.° possam, se o seu pedido não for decidido favoravelmente, no todo ou em parte, dispor de uma via de recurso destinada a salvaguardar os seus legítimos interesses.

Nestas condições, a recorrente deve ser considerada directa e individualmente afectada pela decisão litigiosa, na acepção do artigo 173.°, segundo parágrafo, sendo o recurso, por conseguinte, admissível.

Quanto ao mérito

14 Na opinião da recorrente, a Comissão, com a adopção da decisão litigiosa, teria violado não só o artigo 85.°, n.° 3, do Tratado, ao conceder o benefício de uma isenção da proibição do artigo 85.°, n.° 1, na medida em que as condições para tal isenção não estavam preenchidas, mas também o artigo 86.° do Tratado, ao autorizar um abuso de posição dominante.

15 O artigo 86.° do Tratado só é aplicável se a SABA explorar uma posição dominante, devendo portanto examinar-se em primeiro lugar se assim é.

I — Quanto à existência de uma posição dominante

16 Em apoio da sua alegação de que a SABA explorava uma posição dominante no mercado da electrónica de recreio na República Federal da Alemanha, a recorrente afirma que neste Estado-membro haveria dez produtores que se ocupam activamente do fabrico de aparelhos electrónicos de recreio, mas que seis dentre eles detêm quotas que, no seu conjunto, constituem o essencial do mercado, entre os quais se encontra a SABA, que, no domínio da televisão a cores, teria uma quota superior à média por produzir mil aparelhos por dia.

A recorrente acrescenta que, não obstante o seu preço, os aparelhos SABA são muito procurados pela clientela devido à sua grande qualidade, de tal forma que qualquer distribuidor deveria ter a possibilidade de incluir aparelhos SABA na gama dos produtos que oferece, sob pena de ficar numa posição concorrencial desfavorável.

17 Nos termos das informações apresentadas pela Comissão, e não contestadas pela recorrente, vinte e seis produtores alemães estariam representados no mercado da electrónica de recreio, dentre os quais oito, incluindo a SABA, detêm cerca de 90% do mercado, orçando a quota da SABA pelos 5 a 10%.

No que diz respeito, em especial, aos aparelhos de televisão, cujo volume de produção diário é invocado pela recorrente em apoio das suas alegações, resulta dos dados fornecidos pela Comissão para 1975, e aceites pela recorrente como representativos, que oito produtores abarcam 91% do mercado alemão, dos quais um ultrapassa 25%, três 10%, enquanto os quatro restantes, entre eles a SABA, detêm quotas de mercado de 7 ou 6%.

Resulta destes dados que, ainda que devesse considerar-se relevante — facto que não foi alegado nem, por maioria de razão, provado — o mercado dos aparelhos de televisão a cores, em vez do mercado geral dos produtos da electrónica de recreio, as quotas de mercado em causa são relativamente modestas.

Embora a quota de mercado explorada por uma empresa não constitua necessariamente o único critério aferidor da existência de uma posição dominante, pode todavia concluir-se com razão que quotas de mercado tão reduzidas como as detidas pela SABA, num mercado de produtos tecnologicamente avançados, mas no entanto facilmente intercambiáveis para a grande massa dos compradores, excluem, salvo circunstâncias especiais, a existência de uma posição dominante.

Esta conclusão é ainda reforçada pelo facto de ser patente que entre os diferentes produtores impera uma forte concorrência.

A circunstância de a qualidade do produto em causa incitar os distribuidores a incluí-lo na gama que oferecem não constitui, em si mesma, um elemento susceptível de permitir que o produtor actue em larga medida sem ter de tomar em consideração a atitude dos seus concorrentes e, por conseguinte, de lhe assegurar uma posição dominante, constituindo antes uma forma de concorrência entre outras.

O mesmo se diga da circunstância, invocada pela recorrente e pela interveniente Verband des Selbstbedienungs-Großhandels (a seguir SB-Verband), de outros produtores de electrónica de recreio terem adoptado, ou se prepararem para adoptar, sistemas de distribuição selectiva análogos ao que foi aprovado pela Comissão na decisão impugnada.

Esta circunstância é de molde a poder ser, eventualmente, tomada em consideração na apreciação da conformidade do sistema litigioso com o artigo 85.° do Tratado, mas não pode ter como efeito, nas circunstâncias deste caso concreto, transformar a posição da SABA no mercado em causa numa posição dominante.

18 Não explorando a SABA uma posição dominante, na acepção do artigo 86.° do Tratado CEE, esta disposição não lhe pode ser aplicável, de modo que o recurso, na medida em que se funde na sua violação, deve ser rejeitado.

II — Quanto à aplicação do artigo 85.°

19 Na opinião da recorrente, o artigo 2.° da decisão impugnada revela um vício de desvio de poder, na medida em que a Comissão teria ignorado «o objectivo da protecção instaurada pelo artigo 85.° (ou seja) a liberdade de concorrência em benefício do consumidor e não a defesa dos interesses paralelos de um fabricante e de um grupo determinado de comerciantes, tendo em vista obter preços de venda considerados satisfatórios por estes últimos».

Além disso, na hipótese de o sistema de distribuição litigioso ser considerado susceptível de beneficiar de uma isenção de proibição, nos termos do artigo 85.°, n.° 3, a recorrente defende que a Comissão aplicou incorrectamente esta disposição ao conceder a isenção em relação a restrições de concorrência que não seriam indispensáveis para alcançar os objectivos de melhoria da produção, da distribuição ou da promoção do progresso técnico e económico, e que redundariam na eliminação da concorrência dos grossistas em livre-serviço.

A — Quanto à existência de um desvio de poder

20 A condição prevista nos artigos 3.° e 85.° do Tratado CEE de não falsear a concorrência implica a existência no mercado de uma concorrência eficaz (*workable competition*), isto é, de um grau de concorrência necessário para que sejam respeitadas as exigências fundamentais e alcançados os objectivos do Tratado e, em especial, o estabelecimento de um mercado único que estabeleça condições análogas às de um mercado interno.

Tal exigência reconhece que a natureza e a medida da concorrência possam variar em função dos produtos ou serviços em causa e da estrutura económica dos mercados sectoriais em vista.

Em especial no sector de produção de bens de consumo duradouros, de alta qualidade e tecnicismo, no qual um número relativamente reduzido de produtores, grandes e médios, oferece uma gama variada de aparelhos facilmente intercambiáveis, pelo menos aos olhos dos consumidores, 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.

Nessa perspectiva, a Comissão reconheceu justamente que os sistemas de distribuição selectiva constituíam, entre outros, um elemento de concorrência, conforme ao

artigo 85.°, n.° 1, sob condição de a escolha dos revendedores se operar em função de critérios objectivos de natureza qualitativa, relativos à qualificação profissional do revendedor, do seu pessoal e das suas instalações, de estas condições serem fixadas de maneira uniforme em relação a todos os potenciais revendedores e aplicadas de forma não discriminatória.

21 É exacto que, nestes sistemas de distribuição, a concorrência de preços não é em geral posta em relevo como o factor exclusivo nem sequer principal.

É assim designadamente quando, como na presente situação, o acesso à rede de distribuição está sujeito a condições que excedem as necessidades de uma distribuição dos produtos adequada à sua natureza.

A concorrência de preços, por muito importante que seja — de tal forma que nunca poderá ser eliminada —, não constitui, todavia, a única forma de concorrência eficaz nem aquela à qual se deva, em qualquer circunstância, atribuir uma prioridade absoluta.

As competências atribuídas à Comissão nos termos do artigo 85.°, n.° 3, demonstram que as necessidades de manutenção de uma concorrência eficaz podem ser conciliáveis com a salvaguarda de objectivos de natureza diferente, e que, para este fim, são admissíveis determinadas restrições da concorrência quando se revelem indispensáveis à realização destes objectivos e não impliquem a eliminação da concorrência relativamente a uma parte substancial do mercado comum.

A preocupação, no caso de grossistas e retalhistas especializados, de manter um certo nível de preços correspondente à preocupação em manter, no interesse do consumidor, a possibilidade de que o referido canal de distribuição subsista a par de novas formas de distribuição baseadas numa política de concorrência de diferente natureza entra no âmbito dos objectivos que podem prosseguir-se sem cair necessariamente na proibição do artigo 85.°, n.° 1, e, se tal for o caso, totalmente ou em parte, no âmbito do artigo 85.°, n.° 3.

Esta conclusão é reforçada se, além disso, as referidas condições contribuírem para uma melhoria da concorrência, desde que esta incida sobre factores diferentes do preço.

22 Embora os valores indicados por ambas as partes, no que diz respeito à existência de uma concorrência de preços entre os distribuidores SABA, permitam comprovar

uma relativa rigidez na estrutura dos preços, não revelam, todavia, em virtude nomeadamente da existência não só de outros factores de concorrência entre produtos de uma mesma marca (*intra-brand*) mas também da existência de uma concorrência efectiva entre marcas diferentes, uma restrição ou uma eliminação da concorrência no sector da electrónica de recreio.

No entanto, compete à Comissão velar para que a rigidez desta estrutura não seja reforçada, o que poderia verificar-se na hipótese de uma multiplicação de canais de distribuição selectiva para a comercialização do mesmo produto.

Na medida em que só concedeu a isenção solicitada por um período que expira em 21 de Julho de 1980, a Comissão reservou-se a faculdade de reexaminar dentro de um prazo razoável as consequências da sua decisão nesta matéria.

Nestas condições, o fundamento baseado na existência de um desvio de poder deve ser rejeitado.

B — Quanto à aplicação do artigo 85.°, n.° 3

23 A este respeito, as acusações da recorrente referem-se, no essencial, aos quatro aspectos seguintes:

a) a imposição da obrigação de os distribuidores SABA — grossistas e retalhistas — velarem para que os revendedores a quem fornecem aparelhos SABA sejam distribuidores autorizados e de efectuarem, neste contexto, uma série de controlos;

b) a imposição da obrigação de os grossistas SABA na República Federal da Alemanha efectuarem fornecimentos a consumidores finais, denominados «institucionais»;

c) a obrigação de tais grossistas, quando abastecem os consumidores finais denominados «profissionais», velarem para que estes utilizem os aparelhos comprados exclusivamente para fins de rentabilidade das suas empresas, fora de qualquer utilização privada;

d) a imposição da obrigação de os grossistas cooperarem no desenvolvimento da rede SABA, mediante a celebração com esta de planos semestrais de compras.

Na opinião da recorrente, estes elementos constituem restrições de concorrência a que a Comissão concede o benefício da isenção referida no artigo 85.°, n.° 3, embora não sejam indispensáveis para alcançar, no caso concreto, os objectivos da dita disposição e, além disso, comprometam a existência de outros canais de distribuição, tais como os grossistas em livre-serviço, baseados numa política de concorrência diferente.

24 Antes de analisar as acusações formuladas, convém observar que, na opinião da Comissão, embora as disposições do sistema de distribuição selectiva referido no artigo 2.° da decisão impugnada tenham sido, no seu conjunto, objecto de uma isenção ao abrigo do artigo 85.°, n.° 3, daí não resulta, porém, que cada um dos elementos deste sistema seja incompatível com a proibição do artigo 85.°, n.° 1.

Resultaria, pelo contrário, quer dos fundamentos da decisão impugnada quer das informações adicionais apresentadas durante a fase oral do processo, que apenas alguns destes elementos constituem restrições de concorrência relativamente às quais era necessária a concessão de uma isenção.

Na opinião da recorrida, não constituem restrições de concorrência: a) as condições de aprovação como distribuidor relativas à qualificação profissional dos distribuidores, aos conhecimentos técnicos do pessoal de venda, à participação dos grossistas SABA no desenvolvimento da rede de distribuição ao serviço da clientela e ao arranjo dos locais de venda (n.° 28 da decisão) e b) a proibição de fornecimento aos consumidores finais denominados «institucionais» (n.° 34 da decisão).

Pelo contrário, cairiam sob a alçada da proibição do artigo 85.°, n.° 1, embora fossem susceptíveis de beneficiar de uma isenção, a imposição da obrigação de os distribuidores verificarem se os revendedores a quem efectuam fornecimentos estão devidamente autorizados pela SABA, a obrigação de inscrever num registo os aparelhos vendidos, o respectivo número, bem como o nome dos compradores [n.° 11, b) e c), e n.° 29 da decisão], e, ainda, as obrigações impostas pelos contratos de cooperação (n.° 29 da decisão).

25 Há que analisar, em relação a cada um dos elementos contestados pela recorrente, se a Comissão procedeu à sua correcta qualificação no tocante a ser-lhes aplicada ou não a proibição do artigo 85.°, n.° 1, e, na hipótese de serem abrangidos por tal proibição, se a Comissão, ao conceder-lhes o benefício do artigo 85.°, n.° 3, fez uma aplicação correcta desta última disposição.

1) Quanto à imposição da obrigação de os distribuidores SABA apenas efectuarem fornecimentos para revenda aos grossistas ou retalhistas autorizados

26 A recorrente alega que a imposição da obrigação de os grossistas verificarem pessoalmente, antes do fornecimento a um revendedor, se este foi efectivamente aprovado pela SABA, nomeadamente mediante a inscrição num registo e o controlo rigoroso dos números de todos os aparelhos SABA entregues, com a data de venda e o nome do comprador, iria além do que é necessário para garantir a manutenção de uma rede selectiva e constituiria uma obrigação incompatível com a estrutura do comércio por grosso em livre-serviço.

27 Qualquer sistema de comercialização baseado na selecção dos pontos de distribuição implica necessariamente, sob pena de não ter qualquer sentido, para os grossistas integrados nessa rede, a obrigação de só abastecerem revendedores autorizados e, por conseguinte, a faculdade de o produtor interessado controlar a observância de tal obrigação.

As obrigações aceites em matéria de controlo, desde que não ultrapassem o fim pretendido, não podem constituir só por si uma restrição de concorrência, sendo antes o acessório da obrigação principal, cujo cumprimento ajudam a garantir.

A Comissão houve por bem considerar que as obrigações impostas a este respeito pela declaração de compromisso não excedem as necessidades de um controlo adequado e constituem um encargo normal para um grossista, correspondendo a identificação dos retalhistas e dos produtos fornecidos, no caso de bens de consumo duráveis, a uma exigência normal da exploração de um estabelecimento de comércio por grosso.

Assim, se não forem além do que é necessário para atingir o seu objectivo, estas obrigações de controlo, na medida em que se destinem a garantir o respeito das condições de autorização no tocante aos critérios de qualificação profissional, estão excluídas do âmbito de aplicação do artigo 85.°, n.° 1, ao passo que, na medida em que garantam o respeito de obrigações mais restritivas, são abrangidas pela proibição do artigo 85.°, n.° 1, salvo se beneficiarem, se for caso disso, conjuntamente com a obrigação principal que acompanham, da isenção do artigo 85.°, n.° 3.

A conformidade com o Tratado das obrigações acima referidas depende, por conseguinte, da apreciação a que há-de proceder-se quanto aos outros elementos criticados pela recorrente.

2) Quanto à proibição de efectuar fornecimentos directos aos utilizadores finais institucionais

28 A Comissão, embora obrigando a SABA a renunciar à imposição da proibição de os grossistas efectuarem fornecimentos a utilizadores finais profissionais, admitiu a manutenção da proibição de fornecimento a consumidores privados, incluindo os grandes utilizadores finais denominados «institucionais», tais como escolas, hospitais, quartéis, administrações e outros clientes da mesma natureza.

A Comissão considera que esta limitação do âmbito de actividade dos grossistas, além de ser conforme às disposições da legislação alemã, não constitui uma restrição de concorrência, na acepção do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, pois corresponderia à separação das funções de grossista e de retalhista e, na falta de tal separação, os primeiros beneficiariam de uma vantagem concorrencial injustificada em relação aos segundos, a qual, não sendo equivalente às prestações efectuadas, não seria protegida pelo artigo 85.°

29 Sendo certo que vários Estados-membros aprovaram diplomas legais que implicam obrigações e encargos, designadamente sociais e fiscais, diferentes para o comércio a retalho e o comércio por grosso, a concorrência seria falseada se os grossistas, cujos encargos são em geral proporcionalmente mais reduzidos devido precisamente à fase de comercialização em que operam, fizessem concorrência aos retalhistas na fase da distribuição a retalho e, designadamente, do abastecimento dos utilizadores privados.

Ao considerar que esta separação de funções é, em princípio, conforme à exigência de uma concorrência não falseada, a Comissão não violou o artigo 85.°, n.° 1.

A recorrente não contesta, aliás, esta interpretação e afirma mesmo que o seu sistema de venda está organizado de forma a respeitar a referida distinção, mas defende que o fornecimento directo a consumidores finais importantes, denominados «institucionais», está incluído na actividade do grossista.

A este respeito, a recorrente refere a disposição do artigo 2.°, n.° 2, da Directiva 64/223/CEE do Conselho, de 25 de Fevereiro de 1964, relativa à realização da liberdade de estabelecimento e da livre prestação de serviços nas actividades relacionadas com o comércio por grosso, nos termos da qual: «para efeitos do disposto na presente directiva, entende-se que exerce uma actividade relacionada com o comércio por grosso qualquer pessoa singular ou qualquer sociedade que, de modo habitual e profissional, compra mercadorias em nome próprio e por sua própria

conta e as revende quer a outros comerciantes, grossistas ou vendedores a retalho, quer a transformadores, quer a consumidores profissionais ou consumidores em grande escala».

30 Esta directiva define a actividade de grossista com vista à aplicação das normas do Tratado relativas à liberdade de estabelecimento e à livre prestação de serviços, mas não pode interpretar-se como sendo destinada a regular os problemas de concorrência referidos no artigo 85.°

Embora, indiscutivelmente, em relação a numerosos produtos, como os pertencentes ao sector da alimentação, certos utilizadores privados, tais como as instituições, sejam levados a comprar quantidades importantes, o seu carácter institucional não implica que tenham a qualidade de utilizadores importantes relativamente a todas as categorias de produtos.

Ao considerar que, relativamente aos produtos fabricados pela SABA, não era necessário fazer distinção entre as diferentes categorias de utilizadores finais não profissionais, a Comissão não excedeu o seu poder de apreciação nesta matéria.

Esta conclusão é ainda reforçada pelo facto de, como quer que seja, incumbir à recorrente demonstrar que, no sector da electrónica de recreio, ela é ou foi solicitada por consumidores privados não profissionais de natureza institucional para efectuar fornecimentos importantes, mas não ter deduzido, em abono da sua afirmação a este respeito, qualquer elemento de prova.

3) Quanto à imposição da obrigação de os grossistas, quando abastecem utilizadores finais profissionais, velarem para que os aparelhos SABA comprados sejam utilizados para fins profissionais

31 O n.° 15 da decisão impugnada estabelece: «nos termos da declaração de compromisso de distribuição obrigatória dos grossistas SABA (ponto 2, n.° 2), os grossistas SABA alemães ficam ainda proibidos de fornecer, no território da República Federal da Alemanha e em Berlim Oeste, aparelhos SABA a consumidores finais, salvo se estes:

— puderem fazer prova de que exploram uma empresa industrial ou comercial;

— apenas utilizarem produtos SABA para fins profissionais susceptíveis de contribuírem para a rentabilização da empresa e subscreverem uma declaração, nos

termos prescritos pela SABA, que garanta o respeito desta obrigação, prove de forma objectiva os referidos fins profissionais e exclua qualquer outra utilização, bem como qualquer alienação posterior».

32 Resulta das considerações anteriores que, durante a fase administrativa do litígio, a Comissão reconheceu, perfilhando a tese da Metro, que a imposição da proibição de os grossistas SABA venderem a retalhistas não pertencentes ao sector da electrónica de recreio, mas desejosos de comprar aparelhos SABA para utilizá-los para fins profissionais nas suas empresas, não se conformava com o artigo 85.°, n.° 1, e não devia beneficiar de uma isenção ao abrigo do artigo 85.°, n.° 3.

Esta eliminação de uma restrição indevida da concorrência deve, contudo, ser conciliada com o acatamento da proibição de os grossistas abastecerem os utilizadores finais tendo em vista a satisfação das suas necessidades privadas.

Por conseguinte, o produtor tem o direito de controlar o cumprimento desta obrigação, necessária à manutenção da estrutura do seu sistema de distribuição em duas fases, sob pena de não poder exigir dos retalhistas por ele aprovados as prestações necessárias ao bom funcionamento de um sistema de distribuição selectiva.

A recorrente afirma, sem contudo apresentar meios de prova convincentes, que as obrigações de controlo previstas a este respeito pelas declarações de compromisso são incompatíveis com as exigências de um estabelecimento de comércio por grosso em livre-serviço, contribuindo, portanto, para eliminar esta forma de concorrência.

33 Nos termos das informações fornecidas pela própria recorrente, o comércio por grosso em livre-serviço baseia-se essencialmente no facto de o acesso aos pontos de venda ser exclusivamente reservado aos titulares de um cartão de comprador nominativo, que permite não só identificar o cliente pelo seu nome mas também verificar se é uma pessoa singular ou colectiva ou se explora uma empresa comercial, artesanal ou industrial.

Além disso, com o objectivo de acatar a legislação alemã, pelo menos na secção não alimentar (*non food*), é efectuado um controlo, antes da saída das mercadorias, de modo a garantir que se trata de compras quer para revenda, quer para uma utilização profissional na empresa do comprador, com exclusão da satisfação de necessidades privadas.

As operações de verificação impostas pela declaração de compromisso têm substancialmente o mesmo alcance, excepto quando esta obriga o grossista a exigir uma declaração assinada pelo comprador confirmando que a compra se destina a uma utilização profissional.

Nestas condições, não se comprova que esta exigência suplementar seja desrazoável e constitua um obstáculo grave e incompatível com a própria natureza do comércio por grosso em livre-serviço, tendo em consideração as possibilidades de abuso que representa, por si, a extensão das oportunidades de venda para fins diferentes da revenda.

Esta conclusão é ainda reforçada pelo facto de a obrigação imposta não implicar o dever de velar pessoalmente pelo cumprimento por parte dos compradores das obrigações convencionadas.

4) Quanto à obrigação de os grossistas cooperarem no desenvolvimento da rede de distribuição SABA mediante a celebração de contratos de cooperação

34 A admissão como grossista SABA na República Federal da Alemanha e em Berlim Oeste está sujeita, nos termos do ponto 9 da decisão, às seguintes condições: «a SABA declarou à Comissão que estava, em princípio, disposta a fornecer os seus produtos na República Federal da Alemanha e em Berlim Oeste a qualquer grossista que:

a) explore um estabelecimento comercial especializado, isto é, que realize mais de 50% do seu volume de negócios através da venda de aparelhos de rádio, de televisão e de gravação ou de outros artigos eléctricos ou que tenha aberto uma secção especial para a venda por grosso de aparelhos de rádio, de televisão e de gravação e cujo volume de negócios seja comparável ao de um grossista especializado em produtos electrónicos de recreio;

b) contribua para a instalação e o reforço da rede de distribuição da SABA;

c) participe na assistência à clientela da SABA e esteja, nomeadamente, em condições de prestar o serviço técnico à clientela e de aconselhá-la de forma competente graças a um pessoal especializado;

d) celebre o contrato de cooperação da SABA;

e) aceite a declaração de compromisso da SABA e respeite a imposição de distribuição aí prevista».

35 Na opinião da recorrente, as obrigações referidas nas alíneas a) (estabelecimento comercial especializado ou secção especial), b) (reforço da rede SABA) e d) (contratos de cooperação) constituem restrições de concorrência proibidas por força do artigo 85.°, n.° 1, para as quais a Comissão não podia conceder uma isenção com base no artigo 85.°, n.° 3, por as condições de tal isenção não se encontrarem reunidas.

a) Quanto à obrigação de abrir uma secção especial e de realizar um volume de negócios comparável ao de um grossista especializado

36 Embora esta dupla condição não se encontre expressamente mencionada nas diferentes declarações de compromisso apresentadas ao Tribunal (EWG-Verpflichtungsschein SABA-Großhändler; Verpflichtungsschein Vertriebsbindung SABA-Großhändler Deutschland; EWG-Verpflichtungsschein SABA-Facheinzelhändler; Kooperationsvertrag), verifica-se que ela foi formulada durante a fase de instrução da queixa da Metro, nomeadamente numa carta da SABA, de 20 de Fevereiro de 1975, cujo conteúdo foi comunicado à recorrente em 5 de Março de 1975.

Por conseguinte, trata-se de uma condição imposta à aprovação dos distribuidores SABA quando se trate de grossistas não especializados e que faz parte do sistema global de distribuição aprovado pela Comissão.

Há, assim, motivo para analisar o seu alcance em relação quer ao n.° 1 quer ao n.° 3 do artigo 85.°

37 A obrigação de os grossistas não especializados abrirem uma secção especial para os produtos electrónicos de recreio é de natureza a garantir a venda em boas condições dos produtos em causa e não constitui, por conseguinte, uma restrição de concorrência, na acepção do artigo 85.°, n.° 1.

Pelo contrário, a obrigação de realizar um volume de negócios comparável ao de um grossista especializado excede as necessidades impostas pelos critérios qualitativos próprios de um sistema de distribuição selectiva, havendo, por conseguinte, motivo para proceder à sua apreciação à luz do artigo 85.°, n.° 3.

38 Contudo, tal obrigação confunde-se, no presente caso, com a obrigação, reproduzida nos contratos de cooperação, de realizar um volume de negócios satisfatório, de modo que deve ser examinada conjuntamente com os referidos contratos.

b) Quanto às obrigações referidas nas alíneas b) (contribuir para o desenvolvimento da rede de distribuição) e d) (celebrar contratos de cooperação)

39 As obrigações referidas na alínea b), a saber, contribuir para a instalação e o desenvolvimento da rede de distribuição, e na alínea d), a saber, celebrar contratos de cooperação pelos quais o grossista se compromete a realizar um volume de negócios considerado satisfatório pela SABA e que incluem compromissos de compra durante um período de seis meses, bem como obrigações de armazenagem, excedem não só as obrigações normais de exploração de um estabelecimento de comércio por grosso mas também as necessidades de um sistema de distribuição selectiva baseado em exigências qualitativas.

Estas obrigações têm como efeito vincular estreitamente os distribuidores autorizados à SABA e são susceptíveis de provocar a exclusão de empresas que, embora reunindo as condições de admissão qualitativas, não se encontrem em condições de, ou não estejam dispostas a, sujeitar-se a essas obrigações e podem, portanto, redundar indirectamente numa limitação da quantidade e do local de instalação dos pontos de distribuição.

Por conseguinte, as referidas obrigações só podem ser exceptuadas da proibição do artigo 85.°, n.° 1, se as condições do artigo 85.°, n.° 3, estiverem reunidas.

40 Todavia, na opinião da Comissão (n.° 28 da decisão), a obrigação de os grossistas «participarem no desenvolvimento da rede de distribuição» não constitui uma restrição de concorrência abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 85.°, n.° 1.

Tal interpretação ignora o alcance desta disposição, dado que a função de um grossista não consiste em promover a produção deste ou daquele produtor, mas sim em garantir ao comércio a retalho um abastecimento que beneficie da concorrência entre produtores, de modo que as obrigações contraídas por um grossista que sejam limitativas da sua liberdade neste domínio constituem restrições de concorrência.

Todavia, esta interpretação incorrecta não tem como efeito um vício da decisão impugnada, pois verifica-se que a obrigação de participar no desenvolvimento da

rede de distribuição SABA se confunde, de facto, com as obrigações mencionadas no contrato de cooperação, que a Comissão considerou como uma restrição de concorrência que só é admissível no âmbito do artigo 85.°, n.° 3.

Há, portanto, motivo para analisar se estas condições estão reunidas.

41 O «contrato de cooperação» a celebrar entre a SABA e o grossista abrange:

1) a cargo da SABA, obrigações de natureza geral (consultas com os agrupamentos de grossistas SABA sobre as questões que revistam interesse para as relações comerciais bilaterais, informações técnicas, cooperação financeira);

2) a cargo da SABA, prestações mais específicas (cooperação em matéria de publicidade, reembolso das prestações de garantia);

3) disposições que prevêem obrigações a cargo de ambas as partes no tocante aos contratos de fornecimento.

Este mesmo contrato abrange o compromisso, por parte do grossista SABA, de celebrar, com uma antecedência mínima de seis meses, contratos de fornecimento com a SABA relativos a um volume de produtos que tenha em consideração o crescimento provável do mercado interno da electrónica de recreio, em termos adequados para ambas as partes, bem como obrigações de armazenagem.

Além disso, o grossista SABA compromete-se a realizar um volume de negócios «adequado» (*ein angemessener Umsatz*) de aparelhos SABA.

Por seu lado, a SABA compromete-se a pagar aos grossistas um prémio anual calculado com base no valor líquido das facturações e cujo montante varia de 0 a 2%, em função do grau de realização dos compromissos aceites no contrato de fornecimento.

A concessão deste «prémio» é, além disso, conjugada com a concessão de um prémio anual «de gestão previsional» pago pela aceitação a 100% ou a mais de 95% das propostas de fornecimento elaboradas pela SABA, desde que o contrato de fornecimento baseado nessas propostas seja cumprido.

42 O artigo 85.°, n.° 3, subordina o benefício da isenção da proibição do artigo 85.°, n.° 1, às seguintes condições: 1) que o acordo contribua para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico; 2) que reserve aos utilizadores uma parte equitativa do lucro daí resultante; 3) que não imponha restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos; 4) que não dê às empresas interessadas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

43 No que diz respeito à primeira condição acima referida, a celebração de contratos de fornecimento com a duração de seis meses que tenham em consideração o crescimento provável do mercado deve permitir não só garantir uma relativa estabilidade no abastecimento dos produtos em causa e, portanto, uma satisfação mais adequada das necessidades dos que se abastecem no grossista mas também alcançar um grau de flexibilidade que permita a adaptação da produção às necessidades flutuantes do mercado, devido à duração relativamente curta destes contratos de fornecimento.

Desta forma garante-se uma distribuição mais regular, que beneficia tanto o produtor, que participa na expansão prevista do mercado do produto em causa, como o grossista, que vê garantido o seu abastecimento, bem como, finalmente, as empresas que se abastecem no grossista, pelo facto de aumentar a provisão dos produtos disponíveis.

Outra melhoria da distribuição reside na cláusula do contrato de cooperação que obriga a SABA a indemnizar os grossistas pelas prestações de garantia e a fornecer as peças avulsas necessárias para efectuar as reparações abrangidas pela garantia.

Além disso, a celebração de programas de fornecimento por um prazo razoável constitui, no tocante à manutenção do nível de emprego, um factor de estabilização cuja consecução está abrangida, a título de melhoria das condições gerais de produção, especialmente em circunstâncias de conjuntura económica desfavorável, pelo âmbito dos objectivos que o artigo 85.°, n.° 3, permite prosseguir.

44 Em segundo lugar, há motivo para analisar se as restrições impostas aos grossistas pelo contrato de cooperação são indispensáveis para alcançar os objectivos tidos em vista.

45 Na falta de compromissos que abranjam um período com uma certa duração, as relações entre produtor e grossista autorizado só poderiam estabelecer-se sob a forma de contactos ocasionais que não permitiriam alcançar a estabilidade necessá-

ria para que os grossistas especializados e os produtores possam assumir as outras obrigações que garantem uma melhoria do abastecimento.

Ao considerar que através da limitação a seis meses do período de duração do contrato de fornecimento o contrato de cooperação respeitava os limites adequados, a Comissão não ultrapassou manifestamente a margem de apreciação de que dispõe nesta matéria.

46 Nos termos do artigo 85.°, n.° 3, o acordo restritivo de concorrência, para poder beneficiar de uma isenção, deve não só melhorar a distribuição dos produtos mas também reservar aos utilizadores uma parte equitativa do lucro daí resultante.

47 Nos termos da decisão impugnada, as condições de abastecimento dos grossistas resultantes do contrato de cooperação são de natureza a beneficiar directamente os utilizadores por garantirem um abastecimento contínuo e uma oferta mais ampla de mercadorias aos utilizadores finais privados por parte dos retalhistas.

Além disso, a forte concorrência existente no sector da electrónica de recreio exerceria suficiente pressão para conduzir a SABA e os grossistas a repercutirem sobre os utilizadores os benefícios decorrentes da racionalização da produção e da distribuição resultantes dos contratos de cooperação.

48 Nas circunstâncias do presente caso, um abastecimento regular constitui, para os utilizadores, uma vantagem suficiente para poder ser considerada como uma parte equitativa do lucro resultante das melhorias provocadas pela restrição de concorrência admitida pela Comissão.

Embora seja duvidoso que possa entender-se que ele corresponde, quanto a este aspecto, à exigência do artigo 85.°, n.° 3, o pressuposto de que a pressão concorrencial será suficiente para que a SABA e os grossistas repercutam sobre os consumidores uma parte do lucro resultante da racionalização da rede distribuição, a concessão do benefício da isenção pode, todavia, ser considerada, no presente caso, suficientemente justificada pela vantagem que os utilizadores tiram de uma melhoria do abastecimento.

49 Finalmente, há motivo para examinar se as obrigações previstas no contrato de cooperação não dão às empresas interessadas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

50 Resulta das considerações feitas antes que as condições postas pela SABA à aprovação de um grossista podem, em grande parte, ser cumpridas sem inconveniente pelos grossistas em livre-serviço.

Se, pelo contrário, os planos de compras que os grossistas são obrigados a aceitar no contrato de cooperação constituem, ao que tudo indica, um elemento estranho aos métodos próprios deste canal de distribuição, não é patente que, ao ponderar, relativamente ao sector particular da electrónica de recreio, por um lado, a necessidade dos contratos de cooperação para garantir à rede de distribuição SABA — designadamente em relação aos grossistas especializados — uma coerência suficiente e, por outro, as dificuldades não insuperáveis daí resultantes para os grossistas em livre-serviço e ao dar preferência à primeira, a Comissão tenha excedido a margem de apreciação de que dispõe nesta matéria.

A situação poderia ser diferente se, designadamente através da multiplicação de redes de distribuição selectiva com conteúdo idêntico ao da SABA, os grossistas em livre-serviço fossem efectivamente eliminados como distribuidores no sector da electrónica de recreio.

Resulta, no entanto, das considerações anteriores que tal não acontecia no momento da adopção da decisão controvertida.

Por conseguinte, esta decisão não se baseia manifestamente numa apreciação incorrecta das condições económicas em que a concorrência se efectua no sector em causa.

51 O recurso deve ser rejeitado.

Quanto às despesas

52 Nos termos do artigo 69.°, n.° 2, do Regulamento Processual, a parte vencida deve ser condenada nas despesas.

Nos termos do segundo parágrafo da mesma disposição, se forem várias as partes vencidas, o Tribunal pode determinar que cada uma suporte as respectivas despesas.

Tendo a recorrente sido vencida, há que condená-la nas despesas, enquanto a interveniente SB-Verband suportará as despesas causadas pela sua intervenção.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decide:

1) Rejeitar o recurso.

2) Condenar a interveniente SB-Verband nas despesas causadas pela sua intervenção.

3) Condenar a recorrente no pagamento das restantes despesas.

Kutscher Sørensen Bosco

Donner Mertens de Wilmars Pescatore

Mackenzie Stuart O'Keeffe Touffait

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 25 de Outubro de 1977.

O secretário

A. Van Houtte

O presidente

H. Kutscher