CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL JEAN-PIERRE WARNER

apresentadas em 10 de Janeiro de 1978 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

O presente processo apresentado perante o Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 173.° do Tratado CEE, pela empresa Miller International Schallplatten GmbH (a seguir «Miller») com vista a contestar a decisão da Comissão de 1 de Dezembro de 1976 (76/915/CEE, JO L 357, p. 40) pela qual esta declara (artigo 1.°) que determinadas restrições à exportação impostas pela Miller aos seus clientes constituem infracções ao artigo 85.°, n.° 1, do Tratado e aplica a essa empresa uma multa de 70 000 UC, isto é, 256 200 DM, por essas infracções (artigo 2.° da decisão).

Os factos, tal como são relatados na decisão impugnada e como foram completados perante o Tribunal de Justiça por elementos que não provocaram controvérsia, podem resumir-se do seguinte modo.

A Miller exerce a sua actividade em Quickborn, perto de Hamburgo, onde produz suportes de som a baixo preço (discos, fitas magnéticas e cassetes de música). O repertório da empresa compõe-se de cerca de 45% de música ligeira em língua alemã, nomeadamente música de «hit-parades» alemã e também de música folclórica alemã, de cerca de 43% de vários tipos de gravações para crianças cuja maioria é em língua alemã, mas algumas também em língua neerlandesa, de cerca de 6% de música clássica, de cerca de 5% de música popular em língua inglesa e, quanto ao restante (menos de 1%), de material documental.

A Miller pertence a 100% a uma sociedade americana, MCA Records Inc., que é ela própria filial de uma outra sociedade americana, MCA Inc., de Universal City, Califórnia.

Em 11 de Junho de 1977, a Miller celebrou um acordo de distribuição exclusiva com uma sociedade de Estrasburgo, Sopholest SA, para a venda dos seus produtos na Alsácia e na Lorena (sendo esse território definido num mapa — v. o anexo 2 da petição inicial). O artigo 5.° desse acordo previa que os produtos da Miller não podiam, em princípio, ser exportados da Alsácia-Lorena para outros países.

Em 15 de Novembro de 1973, a Miller celebrou um acordo análogo com uma empresa neerlandesa, a empresa Delta BV de Haarlem, para a venda dos seus produtos nos Países Baixos (anexo 3 da petição inicial). O artigo 9.° desse acordo, redigido em língua inglesa, previa o seguinte:

«De acordo com as regulamentações comunitárias relativas ao direito de propriedade das mercadorias aos direitos de reexportação, a Delta e a Miller acordam o seguinte: a Miller concede à Delta um direito exclusivo para o território abrangido pelo con-

* Língua original: inglês.

trato; em contrapartida, a Delta renunciará, de acordo com o espírito do presente acordo, a exportar os produtos designados no contrato sem o consentimento formal da Miller, a fim de não prejudicar os importadores ou representantes da Miller fora dos Países Baixos.»

O artigo 11.° do acordo continha entre outras a seguinte disposição:

«O presente acordo será interpretado e vinculará as partes de acordo com o direito da República Federal da Alemanha e com as normas de direito comercial vigente, como é previsto pelos regulamentos da Comunidade Económica Europeia.»

De facto, o artigo 9.° tinha sido completamente suprimido por um anexo ao acordo assinado antes deste entrar em vigor. Este artigo não faz parte das infracções que a Comissão imputa à Miller. A sua importância, na opinião da Comissão, deve-se ao facto de se provar que, na altura, a Miller tinha tomado consciência de que a regulamentação comunitária previa qualquer coisa a propósito de tais cláusulas. Isto é importante relativamente ao montante da multa.

No respeitante aos outros Estados-membros da Comunidade, a Miller tinha também distribuidores exclusivos na Bélgica, na Dinamarca e no Luxemburgo, mas estes não estavam a ela vinculados por um acordo formal. Em relação à Itália, a Miller tinha concedido uma licença de exclusividade a uma empresa italiana sedeada em Brebbia, perto de Varese, para o fabrico e a venda de suportes de som sob a sua marca. Não exportava para a Irlanda nem para o Reino Unido. De facto, mais de metade das suas exportações ia para a Áustria e para a Suíça.

Na República Federal da Alemanha, a Miller tinha mais de 4 000 clientes, entre grossistas, supermercados, cadeias de comércio a retalho, grandes lojas, distribuidores de jornais, vendedores ambulantes, retalhistas, privados e exportadores.

A partir de 1970, o texto das condições de venda, de entrega e de pagamento da Miller para o mercado interno continha uma cláusula (o artigo 9.°) que previa o seguinte:

«Nenhum disco tendo uma das nossas marcas pode ser exportado. Em caso de não cumprimento da presente disposição, reservamos o direito de suspender o fornecimento ao vendedor e de responsabilizá-lo por qualquer acção por perdas e danos intentada contra nós no estrangeiro relativamente a essas exportações.»

Em 1 de Agosto de 1974, a Miller adoptou novas condições gerais de venda e de entrega que incluíam uma cláusula (o artigo IX) redigida nos seguintes termos:

«O cliente abster-se-á, de modo geral, de exportar os artigos que lhe fornecemos. No caso de não cumprimento da presente disposição, reservamos o direito de suspender o fornecimento ao cliente inadimplente e exigir-lhe uma indemnização relativa a qualquer acção por perdas e danos intentada contra nós no estrangeiro.»

Durante o processo administrativo, a Miller afirmou à Comissão que estas condições gerais revistas figuravam nos contratos celebrados tanto no mercado interno como no estrangeiro (v. anexo 1b da petição inicial). A Comissão verificou que era essa a situação

(v. sexto considerando da decisão). Na resposta a uma questão que o Tribunal lhe colocou no fim da audiência, a Miller contudo afirmou que se tratava de um erro; que os clientes estrangeiros com os quais não tinha sido celebrado qualquer acordo formal só recebiam uma tabela de preços e não as condições gerais de venda.

Em 7 de Maio de 1975, depois da Comissão intervir com base numa queixa de um dos clientes alemães da recorrente, esta última declarou que de futuro não imporia proibições de exportar ao seus clientes. Mais tarde, no decurso do mesmo ano, publicou novas condições de venda que já não continham a cláusula que figurava anteriormente sob o artigo IX.

No seu recurso, a Miller pede que o Tribunal se digne anular a decisão da Comissão. A título subsidiário, pede que o Tribunal reduza a multa e autorize o seu pagamento em prestações. [Um pedido da Miller destinado a que fosse autorizada a pagar a multa numa moeda diferente do marco alemão foi retirado a seguir à decisão que o Tribunal proferiu para interpretação do seu acórdão no «processo do açúcar» (Colect. 1977, p. 153)].

Essencialmente, a Miller pede que a decisão da Comissão seja declarada nula pela razão de que, em nosso entender, a Comissão não demonstrou e não pôde demonstrar que as restrições à exportação em causa eram abrangidas pelo artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, na medida em que a Comissão não demonstrou e não pôde demonstrar que essas restrições eram susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-membros ou que tinham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum. A Miller alega especialmente que a Comissão cometeu um erro ao sobreavaliar a sua posição no mercado.

A natureza dos argumentos desenvolvidos perante o Tribunal em apoio desses pedidos impõe-nos recordar qual o direito aplicável na matéria, tal como foi interpretado pelo Tribunal.

Em primeiro lugar, a expressão «que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-membros», constante do artigo 85.°, n.° 1, pressupõe que o acordo litigioso seja susceptível de produzir um impacte directo ou indirecto, actual ou potencial, sobre a liberdade do comércio entre Estados-membros impedindo, nomeadamente ao encerrar ao nível de Estados-membros o mercado de determinados produtos, a realização de um mercado único à escala do conjunto dos Estados-membros. A susceptibilidade de um acordo afectar o comércio entre Estados-membros deve ser apreciada com base em critérios objectivos, de direito ou de facto — v. por exemplo o processo 56/65, Société technique minière/Maschinenbau Ulm (Colect. 1965-1968, p. 381), e os processos 56/64 e 58/64, Consten e Grundig/Comissão (Colect. 1965-1968, p. 423). Em segundo lugar, resulta das mesmas fontes que a referência que o artigo 85.°, n.° 1, faz a um acordo que «tenha por objectivo ou efeito» impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum, impõe um exame alternativo. Se o acordo tiver manifestamente esse objectivo, não é necessário indagar quais os seus efeitos. É apenas na hipótese de o objectivo do acordo não ser claro que é necessário estender a análise aos seus efeitos, quer dizer, às suas consequências de facto.

Isto basta para tirar toda a pertinência aos argumentos que a Miller se fundamentou na ideia de que uma restrição das exportações com destino a outros Estados-membros não pode ser considerada contrária ao artigo 85.°, n.° 1, se não se provar que teve efectivamente por consequência afectar o comércio entre Estados-membros e impedir a concorrência numa parte substancial do mercado comum.

A Miller tentou assim demonstrar com longos argumentos que os seus clientes alemães não queriam lançar-se em actividades de exportação e não estavam preparados para o fazer (embora fosse a queixa feita por um deles à Comissão que desencadeou, parece, todo o processo, e embora pareça improvável, como o nota a Comissão, que um grossista de Aix-la-Chapelle, por exemplo, prefira remeter o retalhista de Eupen para um distribuidor de Bruxelas em vez de ele próprio o fornecer). Do mesmo modo, a recorrente alegou que os seus clientes estrangeiros não tinham qualquer interesse em exportar para outros países ou em reimportar para a República Federal da Alemanha (embora, segundo a própria Miller, a empresa Sopholet SA tenha julgado lucrativo enviar mercadorias de Estrasburgo para a Suíça e para a Áustria e a empresa Delta BV ter achado interessante fornecer o mercado belga a partir de Haarlem). Esta argumentação deu origem a longos debates entre a Miller e a Comissão sobre as razões que levavam a Miller a impor no seu mercado de origem preços mais elevados que nos mercados de exportação, e mesmo sobre o montante preciso da diferença de preços. Com todo o respeito devido às partes em causa, parece-me que tudo isso não tem importância. À parte as excepções que mencionarei a seguir, o artigo 85.°, n.° 1, proíbe estipular nos acordos comerciais cláusulas que restrinjam expressamente o comércio entre Estados-membros e a concorrência no mercado comum, e isso independentemente da questão de saber se, de facto, esse comércio ou essa concorrência é do tipo que desejam aqueles a que essas cláusulas são susceptíveis de afectar ou que estejam em condições de nela participar.

A Miller alegou ter demonstrado uma atitude liberal ao conceder aos seus parceiros excepções às cláusulas litigiosas em apreço. É possível, mas a infracção referida no artigo 85.°, n.° 1, é o simples facto de impor essas cláusulas e não um grau especial de falta de liberalidade na sua aplicação. Isso explica-se pelo simples facto de essas cláusulas produzirem um efeito inibidor que não pode ser facilmente avaliado. Ninguém pode dizer, por exemplo, quantos clientes da Miller, em quantas ocasiões diferentes, foram impedidos de exportar sem terem pensado em solicitar o benefício de uma derrogação. De facto, se o efeito inibidor dessas cláusulas pudesse ser ignorado, o artigo 85.°, n.° 2, que as torna nulas, bastaria por si mesmo para assegurar a realização dos objectivos do artigo 85.°, n.° 1. É, todavia, irrealista supor que assim seja. Num caso como o aqui em apreço, não há dúvidas de que a liberalidade demonstrada por uma empresa ao conceder derrogações é um facto que deve ser tomado em consideração na fixação da multa, mas este elemento não tem qualquer relação com a questão da existência ou não da infracção.

Dissemos que existem excepções.

As excepções mais importantes são evidentemente as do artigo 85.°, n.° 3, mas esta disposição não foi invocada no caso em apreço.

Existe uma excepção implícita no próprio artigo 85.°, n.° 1. Se se provar que não havendo uma determinada restrição da concorrência existe a impossibilidade absoluta de prosseguir certas actividades comerciais, esta restrição não é abrangida pelo artigo 85.°, n.° 1. Assim, o Tribunal considerou, no processo «Technique minière», que é possível que uma restrição da concorrência prevista no âmbito de um acordo de distribuição exclusiva escape à aplicação do artigo 85.°, n.° 1, se, não havendo essa restrição, o produtor em causa não puder escoar os seus produtos no interior da zona geográfica abrangida pelo acordo. Do mesmo modo, nos processos apensos 19/74 e 20/74, «processos Kali» (Colect. 1975, p. 179), o Tribunal decidiu que o artigo 85.°, n.° 1, não visa os acordos que permitam a um operador ceder o excedente

da sua produção ao seu concorrente, desde que, se não tivesse essa faculdade, lhe fosse inteiramente impossível comercializar esse *reliquat*. A Miller não procurou beneficiar dessa excepção.

Por último, existe uma excepção que a Miller, desta vez, procurou invocar e que significa que um acordo não está abrangido pela proibição do artigo 85.°, n.° 1, desde que a posição no mercado das partes no contrato seja tão fraca que o acordo só pode afectar de modo insignificante a concorrência e o comércio entre Estados-membros. Esta excepção pode ser extraída dos acórdãos proferidos pelo Tribunal de Justiça nos processos 5/69, Völk/Vervaecke, Colect. 1969-1970, p. 954, 1/71, Cadillon/Höss, Colect. 1971, p. 115, e 22/71, Béguelin Import/G. L. Import Export, Colect. 1971, p. 355. Do ponto de vista histórico, parece que esta excepção foi deduzida da precedente, uma vez que os factos no processo Völk são análogos aos do processo Technique minière. De facto, o advogado-geral Gand considerava claramente que a decisão no processo Völk deveria seguir a proferida no processo Technique minière (v. Colect. 1969-1970, p. 95). Todavia, a excepção adquiriu uma existência autónoma e parece-me que, enquanto excepção independente, só pode ser baseada no princípio *de minimis non curat lex*, ou, como alguns o preferem, *de minimis non curat praetor*. Além disso, embora os processos Völk, Cadillon e Béguelin fossem todos relativos a acordos de distribuição exclusiva, não vejo porque é que a excepção que fizeram surgir não é de aplicação geral. Mas enquanto a desculpa invocada nos processo Technique minière e Kali equivale a dizer «o meu incumprimento não é um incumprimento porque sem o fazer eu não posso vender», a excepção invocada no caso em apreço consiste em dizer «o meu incumprimento não deve ser considerado como tal, porque é de menor importância». Para que essa desculpa seja aceitável, é necessário, efectivamente, que a infracção ao artigo 85.°, n.° 1, tenha carácter de somenos importância.

A Miller invocou perante o Tribunal de Justiça a comunicação da Comissão de 27 de Maio de 1970 «relativa aos acordos de pequena importância que não são abrangidos pelo disposto no n.° 1 do artigo 85.° do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia» (JO C 1970, 64, p. 1; EE 08 F1 p. 162). Não me parece, no entanto, que este documento possa servir à Miller. Como o advogado-geral Dutheillet de Lamothe sublinhou no processo Cadillon (Colect. 1971, p. 115) e, novamente, no processo Béguelin (Colect. 1971, p. 355), resulta claramente do próprio texto da comunicação em questão que esta apenas tinha um valor indicativo e não normativo. O texto do documento tinha sido redigido de modo a referir que exprimia apenas a opinião da Comissão; referia que a «definição de ordem quantitativa de carácter sensível» que dava não tinha «um valor absoluto» e sublinhava que, quando houvesse dúvidas no caso concreto, as empresas interessadas tinham «a possibilidade de solicitar um certificado negativo ou de notificar o acordo». E, o que é ainda mais importante, afirmava que «a presente comunicação não prejudica a interpretação do Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias». Não podia ser de modo diferente, uma vez que a Comissão não tem o poder de alterar o direito, tal como resulta do artigo 85.°, n.° 1 do Tratado. Na hipótese de uma empresa, fundamentando-se de boa fé nos termos da comunicação da Comissão, ter agido pensando que o acordo no qual era parte não era abrangido pelo artigo 85.°, n.° 1, é possível que tivesse havido, num certo sentido, «excepção peremptória» [1] impedindo a Comissão de aplicar a seguir uma multa a essa empresa pela razão de que o acordo em causa era abrangido, de facto, pela proibição. No entanto, não pode existir «excepção peremptória» desse tipo no caso em apreço, na medida em que nada

[1] A noção de «excepção peremptória», conhecida no direito romano e no antigo direito francês, foi aqui escolhida para dar a noção de *estoppel* do direito inglês, cobrindo este último termo um meio de prova que impede uma parte de negar determinados factos que alegou anteriormente (v. *Jowitt's Dictionary of English Law*, edição 1977, p. 725); em especial, o *estoppel by deed* é baseado no princípio de que ninguém pode contestar os seus próprios actos (*idem*, p. 726).

indica que a Miler se baseou, de qualquer modo que fosse, na comunicação. Não se vislumbra, efectivamente, como o teria podido fazer de boa fé. Os termos da comunicação parecem visar os acordos «horizontais», quer entre produtores quer entre distribuidores. Não são facilmente aplicáveis num caso como o aqui em apreço, no qual um produtor impõe restrições uniformes ao conjunto dos seus clientes distribuidores.

Quais são, nessa hipótese, «as empresas que participam no acordo» cujos «volumes de negócios incluindo o conjunto dos produtos e dos serviços» (bem como os das suas filiais e das suas sociedades-mães) devem ser adicionados para considerar se ultrapassam o limite imposto? Pode ser que a resposta fosse de tal ordem que, no caso em apreço, fosse convencionado adicionar o volume de negócios da Miller, o volume de negócios de todos os seus clientes e os das suas filiais e sociedades-mães respectivas (incluindo o volume de negócios da MCA Records Inc.). É um facto que ninguém tentou efectuar essa operação.

Com o cuidado de ser exaustivo, deveria talvez indicar que a comunicação em causa foi substituída recentemente por uma comunicação análoga datada de 19 de Dezembro de 1977 (JO 1977, C 313, p. 3; EE 08 F2 p. 56). As observações que acabei de fazer seriam igualmente aplicáveis a essa nova comunicação se a mesma interessasse para o presente caso. Considero, no entanto, que não é esse o caso, mais não seja porque a legalidade de uma decisão aprovada pela Comissão em Dezembro de 1976 não pode ser posta em causa por um documento publicado por essa mesma Comissão em Dezembro de 1977; e é claro, por outro lado, que, em relação a esse aspecto do processo, decorre dos termos do artigo 173.° do Tratado que o Tribunal de Justiça só pode apreciar a legalidade da decisão da Comissão na data em que foi adoptada.

Nos décimo segundo e décimo quinto considerandos da decisão, a Comissão trata do que nos é permitido chamar o elemento *de minimis* nos seguintes termos:

«12. Considerando que para apreciar a restrição de concorrência em causa, não nos podemos basear na parte de mercado detida pela Miller no conjunto do mercado dos discos, fitas gravadas e cassetes; que, com efeito, a Miller produz essencialmente discos, fitas gravadas e cassetes de música ligeira, que devido às suas características especiais, a música ligeira e a música clássica só são intermutáveis em fraca medida; que os discos, fitas gravadas e cassetes de música ligeira constituem, consequentemente, um mercado distinto; que, se se considerar que, na República Federal da Alemanha, cerca de 90% do conjunto das vendas internas são respeitantes a discos, fitas gravadas e cassetes de música ligeira, a parte unitária do mercado detida pela Miller, que é de 6,07%, o conjunto do mercado dos discos, fitas gravadas e cassetes, situa-se, assim, em cerca de 6,7% do mercado dos produtos de música ligeira na República Federal da Alemanha.

13. Considerando que é necessário ter em consideração que cerca de metade da produção da Miller é constituída por um programa para crianças e que, nesse mercado, a Miller detém na República Federal da Alemanha uma posição predominante.

14. Considerando que, embora cerca de metade dos produtos fabricados pela Miller sejam discos para crianças em alemão e, quanto ao restante, essencialmente gravações de «hit-parades» alemães e de música folclórica alemã, os compradores da Miller estariam em condições de lhe fazer concorrência ao exportar os produtos em causa para os outros países da Comunidade, porque as vendas desses produtos não se limitam, por

razões linguísticas, por exemplo, apenas ao território da República Federal da Alemanha, como o testemunha, aliás, a parte unitária de 3,25% que a Miller detém nas exportações alemãs de discos em 1975; que outros países da Comunidade podem, de facto, importar esse produtos, porque a população desse países, mais que não seja nas regiões com fronteiras comuns com a República Federal da Alemanha, compreende, em regra geral, suficientemente a língua alemã.

Considerando que a compreensão da língua alemã só tem aparentemente um papel secundário na venda de discos, fitas gravadas e cassetes de «hit-parades» alemãs e de música folclórica alemães (por exemplo, canções em dialecto e carnavalescas) nos outros países da Comunidade; que, de resto, os compradores de outros países da Comunidade podem ter interesse em reimportar os produtos da empresa para a República Federal da Alemanha.

15. Considerando que a concorrência se encontra restringida de um modo sensível.»

Os 6,07%, que representam a parte que a Miller detém no conjunto do mercado alemão dos suportes de som, e os 3,25%, que representam a sua parte nas exportações alemãs, são de facto números que a própria Miller apresentou no decurso do processo administrativo perante a Comissão, assinalando também, é necessário dizê-lo, que o primeiro desses números, pelo menos, é provavelmente mais elevado que a parte real da Miller no mercado, pela razão de que é baseado nas estatísticas do Bundesverband der Phonographischen Wirtschaft e V., que não têm em consideração a produção de um determinado número de gravadores clandestinos (v. anexo 1 c da petição). Perante o Tribunal de Justiça, a Comissão demonstrou que, tendo em consideração esta produção clandestina, a parte da Miller no mercado alemão pode, apesar disso, ser calculada sem risco de erro em mais de 5% (v. contestação, p. 9).

Estas percentagens referem-se às quantidades comercializadas. Como a Miller é essencialmente produtora de artigos a preços baixos, a sua parte do mercado em valor é necessariamente inferior a esses números. A Comissão calculou-a em 3,75%, o que é verosímil (v. contestação, p. 8 e 9).

De qualquer modo, estes números estão muito afastados, por exemplo, das partes de mercado de 0,2% e de 0,5% que estavam em causa no processo Völk (Colect. 1969-1970, p. 95). Não penso, no entanto, que ao aplicar o princípio *de minimis* nos devamos limitar às percentagens representativas da parte de mercado. É necessário ter também em consideração a produção e o volume de negócios da empresa ou das empresas em causa, expresso em números absolutos. No caso vertente, sabemos que em 1975 a produção da Miller atingiu cerca de 10 milhões de suportes de som e que o seu volume de negócios ultrapassou os 34 milhões de DM. Não podemos considerar que esses números são desprezíveis. O artigo 85.°, n.° 1, não se aplica unicamente às empresas gigantes. Convém apreciar igualmente o alcance da restrição em causa. Ora, a cláusula em litígio no caso em apreço era imposta a todos os clientes da Miller, pelo menos no mercado interno.

As partes opuseram-se fortemente perante o Tribunal de Justiça quanto à questão de saber qual era «o mercado em causa» no caso em apreço, do ponto de vista geográfico, por um lado, e do ponto de vista qualitativo, por outro. O advogado da Miller chegou a alegar em dado momento que, geograficamente, o «mercado em causa» era

toda a Comunidade e isso não obstante o facto de ter alegado, num contexto diferente, que não existe mercado substancial para os produtos da Miller fora da República Federal da Alemanha e das suas regiões limítrofes em que se fala correntemente alemão. A Miller também alegou que o mercado dos suportes do som é indivisível. Alega que é sem razão que a Comissão abordou este processo considerando que existem mercados separados para os suportes de som de música ligeira e para os suportes de som de música clássica; mercados separados para os suportes de som destinados às crianças e para os suportes de som destinados aos adultos ou ainda mercados separados para os suportes de som a baixos preços, por um lado, e para os suportes a preços elevados, por outro. Nas circunstâncias do caso em apreço, considero que não é necessário pronunciarmo-nos quanto a estes aspectos. Contudo, observo que a Comissão não fundamentou a sua decisão na existência de um mercado distinto de suportes de som a baixo preço, embora tenha suscitado o problema no decurso do processo administrativo e de ter de novo demonstrado uma certa tendência a esse respeito no decurso do processo contencioso.

A Miller alegou na sua réplica que a incerteza das estatísticas existentes bem como as outras dificuldades encontradas para comprovar os factos relativos ao mercado eram de tal ordem que era impossível determinar exactamente a sua parte real no mercado em causa e que a Comissão não poderia, assim, subtrair-se à obrigação de provar que essa parte é importante. Parece-me que aqui se vai em direcção oposta à vontade do legislador comunitário. Quando o acordo em causa infringe o artigo 85.°, n.° 1, não se pode, com efeito, sustentar que, apesar disso, esse acordo não é abrangido pelas consequências previstas por essa disposição excepto se a Comissão não conseguir provar, com base em factos, que o princípio *de minimis* não pode ser aplicado ao caso em apreço.

Vejamos agora o que é necessário pensar dos pedidos que a Miller apresentou subsidiariamente e pelos quais pretende que o Tribunal de Justiça reduza o montante da multa e autorize a recorrente a pagá-la em prestações. Em apoio das suas pretensões, a Miller teceu uma argumentação baseada em quatro pontos:

1) O pretenso erro da Comissão, na medida em que esta considera que a Miller infringiu intencionalmente as disposições do artigo 85.°, n.° 1.

2) O carácter irrisório que têm as infracções a esse artigo cometidas pela Miller.

3) A posição financeira da Miller e, em especial, a sua margem comercial pouco importante e uma falta de liquidez (devidas, segundo a Miller, aos grandes encargos assumidos em programas de investimento).

4) O facto de as novas condições de venda, de fornecimento e de pagamento que a Miller adoptou em 1974 terem sido redigidas por um advogado, Kirchner, de Hamburgo.

Quanto ao primeiro destes pontos, a Comissão exprimiu-se, de facto, do seguinte modo (vigésimo primeiro considerando da decisão):

«Considerando que foi deliberadamente que a Miller infringiu o artigo 85.°, n.° 1; que sabia que a proibição de exportar impedia os seus compradores de concorrer nos outros países da Comunidade em relação aos produtos refe-

ridos no contrato, e que desejava que assim fosse; que sabia igualmente que a proibição de exportar violava o direito comunitário, ou, pelos menos, que ignorou, deliberadamente, a dúvida que tinha a esse respeito.»

Para demonstrar que a Miller tinha escolhido, pelo menos, ignorar as dúvidas que podia ter sobre o âmbito do artigo 85.°, n.° 1, a Comissão baseia-se no conteúdo do artigo 9.° do acordo celebrado entre a recorrente e a Delta BV e, especialmente, no facto de um dos gerentes da Miller admitir no decurso do processo administrativo que a sua empresa tinha consciência de que o direito comunitário proíbe, pelo menos, as proibições absolutas de exportar (v. anexo 1d da petição inicial). Parece-me que essa consideração era justificada neste caso. É interessante observar que se, nos seus memorandos, a Miller oferece abundantes provas sobre numerosos outros aspectos, não o faz quanto a esta questão.

Se é possível detectar qualquer crítica ao vigésimo primeiro considerando da decisão, trata-se do facto de, a seguir a esse considerando, a Comissão se ter exprimido em termos que sugerem que os comerciantes da Comunidade deviam conhecer as decisões que adoptou em casos individuais nos termos da regulamentação relativa à concorrência. Penso que se deve presumir que os comerciantes da Comunidade conhecem o direito dos tratados, os regulamentos adoptados em sua aplicação e, eventualmente, a jurisprudência do Tribunal. No entanto, será exigir-lhes demasiado que estejam ao corrente de todas as decisões individuais da Comissão. Estas últimas não são, efectivamente, fonte de direito. Esta falha no raciocínio da Comissão não afecta, todavia, em nada a validade da apreciação que fez do comportamento da Miller. Além disso, para fixar o montante da multa, considerou, de facto, que a falta cometida pela Miller era mais uma falta por negligência do que uma falta intencional. Vamos demonstrá-lo adiante.

Passemos agora ao carácter pretensamente irrisório da infracção. Sobre este aspecto, é necessário — na minha opinião — ter bem presentes os termos do artigo 15.°, n.° 2, do Regulamento n.° 17 (JO L 204 de 21.2.1962; EE 08 F1 p. 22). Na medida em que interessa ao presente caso, esta disposição tem a seguinte redacção:

«A Comissão pode, mediante decisão, aplicar às empresas... multas de mil unidades de conta, no mínimo, a um milhão de unidades de conta, podendo este montante ser superior desde que não exceda 10% do volume de negócios realizado, durante o exercício social anterior, por cada uma das empresas que tenha participado na infracção sempre que, deliberada ou negligentemente... cometam uma infracção ao disposto no n.° 1 do artigo 85.° do Tratado...

Para determinar o montante da multa, deve tomar-se em consideração, além da gravidade da infracção, a duração da mesma.»

Assim, o poder discricionário de que dispõe a Comissão para fixar o montante da multa situa-se entre 0% e 10% do volume de negócios da empresa em causa. Assim sendo, não ignoramos que o artigo 15.°, n.° 2, fala de multas «de mil unidades de conta, no mínimo, a um milhão de unidades de conta», mas o Conselho não quis dizer com isso que a empresa que tenha um volume de negócios de menos de 10 milhões de unidades de conta possa, *mutatis mutandis,* ser mais penalizada do que aquela cujo volume de negócios ultrapassa os 10 milhões de unidades de conta. O limite inferior de mil unidades de conta deve ser entendido no sentido de que, pensamo-lo, se a infracção merecer uma multa inferior a esse montante, essa multa não deve ser aplicada.

Daqui decorre que uma multa igual a 10% do volume de negócios pode ser considerada adequada no caso de uma infracção cometida intencionalmente, da mais grave natureza e de duração considerável. No outro extremo da escala das penas, a infracção cometida por simples negligência, de natureza completamente perdoável e unicamente de curta duração, merece uma multa inferior a 1% do volume de negócios no caso de as circunstâncias, apesar disso, imporem que seja aplicada uma multa.

Segundo a Miller, o montante da multa aplicada no caso em apreço representa 0,73% do seu volume de negócios. O artigo 17.° do Regulamento n.° 17 atribui, é um facto, ao Tribunal de Justiça competência de plena jurisdição para decidir os recursos interpostos contra as decisões pelas quais a Comissão fixa uma multa, mas parece-nos, todavia, que num processo em que a Comissão fixou a multa de montante mais baixo, seria fazer pouco caso do poder discricionário da Comissão, o Tribunal reduzir ainda a multa pela simples razão de que a infracção é perdoável.

Quanto a um fundamento apresentado a título subsidiário pela Miller, creio dever observar que a Comissão mencionou expressamente [no n.° 22, alínea b), da decisão] que entre os factores que teve em consideração para fixar o montante da multa figura o facto de que, de qualquer modo, a «Miller teve conhecimento de alguns casos de exportação para outros países da Comunidade, não tendo adoptado sanções a esse respeito».

No respeitante à situação financeira da recorrente, o Tribunal [como o autoriza o artigo 45.°, n.° 2, alínea b), do Regulamento Processual] convidou a Miller a apresentar os seus balanços relativos aos anos de 1974 a 1976, especialmente para estabelecer quais eram as suas margens comerciais e a situação de liquidez da empresa. A Miller pediu que fosse autorizada a não apresentar estes documentos pela razão de que não desejava que esses dados fossem divulgados. O Tribunal não insistiu, mas, como explicou o advogado da Miller na resposta a uma questão que lhe tinha sido apresentada por um dos membros do Tribunal no decurso da audiência, a Miller sabia que, ao agir deste modo, ela própria excluía qualquer possibilidade de o Tribunal reduzir a multa à luz destes elementos. O Tribunal não dispõe, com efeito, de qualquer informação quanto a estes elementos, além do que disse a Miller em termos gerais.

O facto de ter sido um advogado («Rechtsanwalt») a redigir o novo texto das condições de venda, de fornecimento e de pagamento da Miller não foi mencionado no decurso do processo administrativo perante a Comissão nem tão-pouco na petição inicial. Foi apenas na fase da réplica que a Miller o mencionou, explicando esse atraso pelo facto de os documentos respeitantes terem sido esquecidos até então num *dossier* já arquivado. Confesso, senhores juízes, que foi este aspecto do processo que mais me preocupou. Embora o facto de um profano agir segundo o conselho de um jurista qualificado não possa ser invocado em regra geral, nem numa acção civil, nem numa acção penal, não há dúvida que na ausência de má fé, este elemento deve constituir uma circunstância atenuante para a fixação da pena, mesmo que esta não tenha «natureza penal» (como é referido no artigo 15.°, n.° 4 do Regulamento n.° 17).

A Comissão baseia-se em primeiro lugar no artigo 42.°, n.° 2, do Regulamento Processual do Tribunal de Justiça que dispõe o seguinte:

«É proibido deduzir novos fundamentos no decurso da instância a menos que se fun-

dem em elementos de direito e de facto que se tenham revelado no decurso da fase escrita do processo.»

Parece-me que a Comissão procura uma interpretação demasiado estrita desta disposição. Se a explicação da Miller fosse exacta, «o novo fundamento» em causa neste processo assenta num elemento de facto que se revelou durante a fase escrita do processo, embora não estivesse relacionado com o já deduzido. Além disso, o artigo 42.°, n.° 2, deve ser interpretado em conjugação com o artigo 42.°, n.° 1, que tem a seguinte redacção:

«As partes podem ainda, em apoio da sua argumentação, oferecer provas na réplica e na tréplica. Devem, porém, justificar o atraso no oferecimento das provas.»

É possível sustentar que o único ponto em litígio no respeitante ao presente aspecto do caso em apreço é a gravidade da infracção cometida por Miller e o que tenta fazer esta empresa, é apresentar provas suplementares em apoio das suas alegações quanto a este ponto.

De qualquer modo, não estou nada inclinado a excluir, por razões processuais tão ténues, elementos que podem atenuar uma multa.

Também é forçoso admitir, na minha opinião, que a Comissão também não me convence quando sustenta que esse novo elemento vem contradizer algumas asserções anteriores da Miller, isto é, que se ela infringiu o direito comunitário, fê-lo na ignorância da lei e não dispunha de um serviço jurídico que a protegesse contra uma possível infracção. Se a Comissão tem razão em dizer que, de facto, a Miller tinha ignorado deliberadamente o alcance real do direito comunitário, um argumento desta natureza é manifestamente irrelevante no caso em apreço.

Em contrapartida, fiquei impressionado com a análise que a Comissão fez das circunstâncias em que a Miller obteve do advogado Kirchner o projecto das novas condições de venda, de fornecimento e de pagamento.

O primeiro elemento de prova anexo à réplica da Miller é uma carta desta última ao advogado Kirchner, de 25 de Setembro de 1973, e que, por parte da Miller, é assinada por um certo H. Müller. A carta recorda que o advogado Kirchner criticou várias vezes as condições de venda, de fornecimento e de pagamento da Miller aquando de processos em que patrocinava essa empresa e lhe era solicitado que os alterasse (anexo 14 da réplica). A isto segue-se uma carta do advogado Kirchner à Miller, em 14 de Dezembro de 1973, que inclui o seu projecto de condições de venda, incluindo um artigo 9.° redigido de uma forma mais estrita do que a que foi adoptada definitivamente (v. anexos 15 e 16 da réplica). Resulta desta carta que a principal preocupação do advogado Kirchner era proteger a Miller contra clientes inadimplentes. Por último, existe uma carta do advogado Kirchner à Miller, a seguir à anterior e datada de 22 de Novembro de 1973, pela qual o advogado apresenta a sua nota de honorários e na qual comenta uma lei alemã de 17 de Julho de 1973 que põe em vigor, na República Federal da Alemanha, a lei uniforme sobre a venda internacional de objectos móveis. O advogado Kirchner observa que a Miller deve formalmente excluir por escrito a aplicação das disposições dessa lei se desejar que as suas condições especiais de venda prevaleçam (anexo 17 da réplica).

Esta correspondência não contém qualquer menção relativa ao direito comunitário. Ora, na mesma altura, a Miller negociava com a Delta BV o acordo que foi assinado em 15 de Novembro de 1973, acordo a propósito do qual a Miller admitiu que sabia que o direito comunitário não era indiferente a cláusulas como a do artigo IX.

Na réplica, a Miller citou como testemunhas Müller e o próprio advogado Kirchner. O Tribunal considerou mais oportuno ouvir os argumentos das partes antes de decidir se devia proceder à audição dessas testemunhas. A Comissão alega que o Tribunal não poderia logicamente reduzir a multa com base no conhecimento limitado que adquiriu das circunstâncias em que o advogado Kirchner redigiu as novas condições de venda, de fornecimento e de pagamento da Miller. Estou de acordo com este ponto. Não sei como é que o advogado Kirchner pode ter sido levado a ignorar o direito comunitário, nem como a Miller não lhe solicitou o seu conselho em relação a este aspecto, nem porque é que o artigo IX do projecto do advogado Kirchner foi alterado.

Considero, assim, que o Tribunal pode escolher duas soluções diferentes. A primeira consiste em ordenar uma instrução quanto a estas questões, nos termos do artigo 45.° do Regulamento Processual; a segunda, em remeter o processo para a Comissão, a fim de esta reexaminar o montante da multa à luz dos novos elementos de prova apresentados pela Miller. Existe, aliás, um precedente a este respeito, no processo 11/74 (Transocean Marine Paint Association/Comissão, Colect. 1974, p. 463), embora no caso em apreço, o poder do Tribunal ordenar esse reenvio possa deduzir-se não do artigo 176.° do Tratado, mas das disposições conjugadas do artigo 172.° do Tratado e do artigo 17.° do Regulamento n.° 17. Entendo que esta última solução é boa, porque ao escolhê-la, o Tribunal respeitaria o princípio segundo o qual é à Comissão que compete estabelecer os factos que dão origem à multa aplicada nos termos do artigo 17.° e fixar o montante dessa multa.

No entanto, não penso que seja necessário que qualquer parte das despesas da instância seja paga pela Comissão, dado que o seu comportamento não é passível de qualquer crítica.

Assim, concluo no sentido de que o Tribunal se digne:

«1) Anular a multa aplicada pelo artigo 2.° da decisão da Comissão e reenviar o processo à Comissão a fim de esta determinar o montante da multa à luz dos novos elementos de prova apresentados pela Miller.

2) Condenar a Miller nas despesas da instância.»