ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
1 de Fevereiro de 1978 *

No processo 19/77,

Miller International Schallplatten GmbH, Quickborn, representada por Wolfgang Schlutius, Günter Espey, Hans-Ulrich Wilhelmi, Ulrich Fichterl, Claus-Detlev Brose, Helmut Baumeister, advogados no foro de Hamburgo, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório de Robert Elter, notário, 11, boulevard Royal

recorrente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por Norbert Koch, consultor jurídico, na qualidade de agente, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório do seu consultor jurídico, Mario Cervino, bâtiment Jean Monnet, Kirchberg,

recorrida,

que tem por objecto um pedido de anulação da decisão da Comissão de 1 de Dezembro de 1976 relativa a um processo nos termos do artigo 85.° do Tratado CEE (IV/29018 — Miller International Schallplatten GmbH),

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

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

advogado-geral: J.-P. Warner
secretário: A. Van Houtte

* Língua do processo: alemão.

profere o presente

Acórdão

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

Fundamentos da decisão

1 Por requerimento que deu entrada no Tribunal em 4 de Fevereiro de 1977, a sociedade Miller International Schallplatten GmbH, com sede em Quickborn, perto de Hamburgo (a seguir «Miller»), interpôs um recurso contra a decisão da Comissão de 1 de Dezembro de 1976 relativa a um processo nos termos do artigo 85.° do Tratado CEE (JO L 357, p. 40), pela qual declarou que as proibições de exportar discos, fitas gravadas e cassetes, inseridas por Miller num acordo de distribuição, bem como nas suas condições de venda, constituíam infracções ao artigo 85.°, n.° 1, do Tratado e aplicou a essa empresa uma multa de 70 000 UC, isto é, 256 200 DM.

A recorrente solicita a anulação da decisão e, subsidiariamente, a anulação ou a redução da multa aplicada.

2 Resulta dos autos que a recorrente produz suportes de som (discos, cassetes, bandas magnéticas) que vende principalmente no mercado alemão e só exporta uma parte limitada da sua produção para os países da Comunidade e para países terceiros.

A sua produção consiste principalmente em suportes de som a preços baixos e uma parte considerável da produção, mais de 40%, são discos para crianças e para jovens.

Vende a sua produção a grossistas, a lojas de jornais e *rack jobbers*, grandes lojas, retalhistas e supermercados e, em relação à exportação, a importadores exclusivos sedeados no estrangeiro ou a exportadores alemães.

3 O comportamento da recorrente, que deu origem à decisão impugnada, não é controvertido quanto aos factos, mas as partes estão em desacordo quanto à apreciação dos seus efeitos e, portanto, quanto à sua gravidade.

4 Está provado que a recorrente celebrou, em 11 de Junho de 1971, um acordo de exclusividade com a empresa Sopholest de Estrasburgo para a distribuição de todos os seus produtos de marca «Europa» e «Somerset» no território da Alsácia-Lorena, que incluía (n.° 5) a cláusula de que «para toda a gama dos produtos Miller, existe, em princípio, uma proibição de exportar da Alsácia-Lorena para outros países».

Está também provado que, nas suas relações comerciais com os compradores residentes na República Federal da Alemanha, a recorrente aplicou até 31 de Julho de 1974 condições de venda e de fornecimento contendo, no ponto IX (vendas para o estrangeiro), a cláusula: «É proibido exportar todos os discos que tenham uma das nossas marcas. No caso de infracção, reservamo-nos o direito de suspender os fornecimentos ao comprador e de responsabilizá-lo por eventuais acções por perdas e danos contra nós intentadas no estrangeiro relativamente a essa exportação.»

A partir de 1 de Agosto de 1974, a recorrente aplicou em relação aos seus clientes alemães e estrangeiros novas condições de venda, de fornecimento e de pagamento, cujo ponto IX (vendas ao estrangeiro) tinha a seguinte redacção: «Normalmente é proibido ao comprador revender para o estrangeiro os artigos que lhe fornecemos. Em caso de transgressão, reservamo-nos expressamente o direito de suspender o fornecimento ao comprador inadimplente, bem como o de responsabilizá-lo por eventuais acções por perdas e danos intentadas no estrangeiro na sequência dessa exportação.»

5 Está ainda provado que os preços praticados pela Miller em relação aos seus compradores alemães e os praticados na exportação são nitidamente diferentes, sendo os preços à exportação mais baixos que os pedidos ao comércio grossista, e muito mais baixos que os dos produtos fornecidos entregues às grandes lojas, ao comércio a retalho organizado, aos retalhistas e aos consumidores.

6 A recorrente, sem contestar substancialmente estes factos, alega, no entanto, que estes não podem ter tido um efeito sensível nas trocas comerciais entre os Estados-membros, tendo em conta a diminuta importância da sua empresa no mercado dos suportes de som, a natureza da sua produção, predominantemente destinada à clientela de língua alemã e ao tipo da sua clientela.

Conclui que, embora seja verdade que as proibições de exportação não são compatíveis com a natureza de um mercado comum, não se lhe pode imputar uma infracção às disposições do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado.

Por outro lado, alega que, no seu caso particular, estas proibições de exportação não tinham qualquer objectivo ilícito, tendo sido adoptadas para satisfazer o desejo dos seus co-contraentes e apenas tinham um alcance de «natureza puramente óptica e psicológica».

7 A este respeito, há que observar que pela sua própria natureza uma cláusula de proibição de exportação constitui uma restrição da concorrência, independentemente de ser adoptada por iniciativa do fornecedor ou do seu cliente, sendo o objectivo sobre o qual os contratantes acordaram o de isolar uma parte do mercado.

Assim, o facto de o fornecedor impor essas proibições de modo tolerante, não pode provar que as mesmas não produzem efeitos, podendo a sua existência, apesar disso, criar um clima «óptico e psicológico» que satisfaz a clientela e contribui para uma repartição mais ou menos rigorosa dos mercados.

A estratégia de mercado adoptada por um produtor adapta-se frequentemente às preferências mais ou menos gerais da sua clientela.

Assim, a afirmação da Miller, segundo a qual a adopção das proibições em causa resultou mais dos desejos dos seus co-contratantes do que de uma estratégia unilateral e premeditada da sua parte, não pode fazer com que a sua actuação não deixe de estar abrangida pelas proibições do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado.

É nesta perspectiva que há que apreciar a adopção de uma proibição de exportação, tanto no seu contrato com a firma Sopholest, como nas suas condições gerais de venda.

Quanto à incidência da proibição de exportação sobre as trocas comerciais intracomunitárias

8 Em primeiro lugar, a Miller invoca a sua fraca posição no mercado em causa e a parte «ínfima» do mercado total que constitui a sua produção, para defender que o seu comportamento não pode ter afectado o comércio intracomunitário.

9 No entanto, segundo os dados que apresentou no decurso do processo administrativo, a sua quota no mercado dos suportes de som na República Federal da Alemanha estava calculada: relativamente ao ano de 1970 em 5,19%, 1971 em

5,5%, 1972 em 4,91%, 1973 em 5,87%, 1974 em 5,05% e 1975 em 6,07% quanto à quantidade vendida.

Está provado que se especializou na produção de discos de longa duração e de cassetes musicais a preços baixos e, nessa categoria, nomeadamente na produção de gravações para as crianças e a juventude, de modo que a sua parte do mercado das gravações a preço baixo e para as crianças corresponde a percentagens sensivelmente mais elevadas.

Por último, é pacífico que, no ano de 1975, as vendas da Miller atingiram um total de 34 376 167 DM relativamente ao mercado interno e às exportações.

No decurso do processo as percentagens foram muito discutidas, alegando a recorrente que não é possível obter dados estatísticos exactos sobre o mercado em causa e que os números devem ser tomados em consideração com reserva e dão uma impressão demasiado favorável da sua posição no mercado, mas esta discussão não é susceptível de alterar substancialmente os dados mencionados.

10 Para apreciar a posição da Miller no mercado, há que tomar em consideração, nomeadamente, o mercado da República Federal da Alemanha e não outro pelo facto de que, segundo as suas próprias declarações, o seu programa de produção se dirige em grande parte ao público de língua alemã.

As partes estão em desacordo quanto à questão de saber se, para a determinação do mercado em causa, é necessário fazer referência, como a recorrente, a todo o mercado de gravações, ou antes, como propõe a Comissão, fazer primeiro a distinção entre um mercado para os suportes de som de preço elevado, por um lado, e um mercado de suportes de som de preço baixo, por outro, e ainda distinguir separadamente o mercado para as crianças e a juventude.

No contexto do presente litígio, não é necessário tomar posição porque é evidente que as vendas da Miller constituem uma parte não negligenciável do mercado e que ela se especializou na produção de determinados géneros distintos, em relação aos quais ocupa uma posição, senão forte, pelo menos importante no mercado.

A este respeito, é necessário concluir que, longe de ser comparável com as empresas em causa nos acórdãos de 30 de Junho de 1966 (Technique minière/Maschinenbau Ulm, processo 56/65, Colect. 1965-1968, p. 381), de 9 de Julho de 1969 (Völk/ /Vervaecke, 5/69, Colect. 1969-1970, p. 95), e de 6 de Maio de 1971 (Cadillon/Höss,

1/71, Colect., p. 115), a Miller é uma empresa de dimensões suficientemente importantes para que o seu comportamento seja em princípio susceptível de afectar o comércio.

11 Contudo, a Miller acrescenta que o seu comportamento não pode afectar o comércio intracomunitário porque o seu programa é em grande parte destinado ao público de língua alemã e só pode interessar marginalmente o público dos outros Estados-membros.

12 Sem que seja necessário estabelecer o grau de exactidão desta afirmação, basta observar que a Miller celebrou contratos de exportação para outros Estados-membros e, com efeito, exportou uma parte, na verdade relativamente menor, da sua produção para esses Estados.

Contudo, essas exportações pareceram à Miller e a determinados dos seus clientes suficientemente importantes para justificar a adopção das cláusulas em litígio.

Aliás, a importância do seu mercado alemão podia levar a Miller a proteger esse mercado contra a reimportação de produtos exportados a preço reduzidos.

13 Por último, a Miller ainda alega que nem os seus clientes alemães, nem os seus clientes exportadores ou estrangeiros, estão interessados no comércio intracomunitário, de modo que as proibições de exportação não teriam impedido a sua liberdade de concorrência.

De resto, os preços mais elevados praticados em relação aos revendedores sedeados na República Federal da Alemanha teriam já tornado pouco vantajosas as exportações para os outros Estados-membros.

14 Os argumentos extraídos da situação actual não são suficientes para demonstrar que as cláusulas de proibição de exportação não são susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros, mesmo que a exactidão dessas afirmações gerais possa ser provada, a situação pode mudar de ano para ano em função de alterações nas condições ou na composição do mercado, tanto no mercado comum no seu conjunto como nos diferentes mercados nacionais.

Por outro lado, como já foi observado mais acima, o facto de os revendedores, clientes da recorrente, preferirem limitar as suas operações comerciais a mercados

mais restritos, regionais ou nacionais, não pode justificar a adopção formal de cláusulas de proibição de exportação, tanto nos contratos privados como nas condições de venda, nem o desejo do produtor de compartimentar o mercado comum.

Por último, a existência das cláusulas litigiosas tem, pelo menos, facilitado à Miller manter a sua política de redução dos preços à exportação.

15 Resulta de tudo o que precede que as cláusulas litigiosas eram susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros.

É um facto que a Miller alega que a Comissão deveria provar que essas cláusulas tiveram um efeito sensível nas trocas intracomunitárias, mas esse argumento não pode ser acolhido.

Ao proibir os acordos que tenham por objectivo ou efeito restringir a concorrência, que sejam susceptíveis de afectar as trocas comerciais entre os Estados-membros, o artigo 85.°, n.° 1, do Tratado não exige que seja demonstrado que esses acordos, efectivamente, afectaram sensivelmente essas trocas comerciais, prova que na maior parte dos casos só dificilmente pode ser fornecida, mas exige que seja provado que esses acordos são susceptíveis de produzir esse efeito.

Baseando-se na posição da Miller sobre o mercado, sobre a quantidade da sua produção, sobre as exportações registadas e a política de preços por ela praticada, a Comissão provou adequadamente que efectivamente existia o perigo de uma afectação sensível das trocas comerciais entre os Estados-membros.

16 A decisão impugnada demonstrou justificadamente que, através das cláusulas de proibição de exportação impugnadas, a Miller tinha infringido as disposições do citado artigo.

Assim, deve ser negado provimento ao recurso na medida em que é dirigido contra o artigo 1.° dessa decisão.

Quanto à multa

17 A título subsidiário, a recorrente pediu que a multa de 70 000 UC fosse anulada ou reduzida.

Alega não ter cometido intencionalmente as infracções que lhe são imputadas e que, por outro lado, essas infracções não teriam sido graves.

Ao adoptar as cláusulas de proibição de exportação, não teve a consciência de infringir as proibições do artigo 85.°, n.° 1 do Tratado.

Essa ignorância é demonstrada pelo parecer de um consultor jurídico, consultado para a redacção das suas condições de venda, o qual, apresentado em anexo à sua réplica, não fazia qualquer menção de uma eventual incompatibilidade da cláusula de proibição de exportação com o direito comunitário.

18 As cláusulas que estão em causa, como resulta de tudo o que precede, foram adoptadas ou aceites pela recorrente que não podia ignorar que tinham por objecto restringir a concorrência entre os seus clientes.

Assim, é irrelevante que a recorrente tivesse, ou não, consciência de infringir a proibição do artigo 85.°

A este respeito, o parecer do consultor jurídico que invoca não pode desculpá-la.

Deste modo, há que declarar que os actos proibidos pelo Tratado foram cometidos deliberadamente e contrariamente às suas disposições.

19 Quanto à gravidade da infracção, as cláusulas de proibição de exportação constituem um tipo de restrição à concorrência que pela sua própria natureza põe em perigo as trocas comerciais entre os Estados-membros.

Assim, a Comissão reconheceu às infracções verificadas uma certa gravidade que tomou em consideração face às disposições do artigo 15.° do Regulamento n.° 17.

20 A recorrente alegou ainda que o montante da multa seria uma pena extremamente pesada para uma empresa das suas dimensões.

21 No entanto, ela impediu o controlo da veracidade dessa alegação ao recusar apresentar o seu balanço que o Tribunal lhe tinha solicitado.

22 Conclui-se que a impugnação do artigo 2.° da decisão é infundada e, portanto, deve ser também rejeitada.

Quanto às despesas

23 Nos termos do artigo 69.°, n.° 2 do Regulamento Processual, a parte vencida deve ser condenada nas despesas. Tendo a recorrente sido vencida, há que condená-la nas despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decide:

1) É negado provimento ao recurso.

2) A recorrente é condenada nas despesas.

Kutscher Sørensen Bosco

Donner Pescatore Mackenzie Stuart O'Keeffe

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 1 de Fevereiro de 1978.

O secretário

A. Van Houtte

O presidente

H. Kutscher