CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GERHARD REISCHL

apresentadas em 17 de Setembro de 1975 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

O processo prejudicial no qual apresentamos hoje as nossas conclusões tem por objecto a interpretação do Regulamento n.° 67/67 da Comissão, de 22 de Março de 1967, relativo à aplicação do n.° 3 do artigo 85.° do Tratado CEE a certas categorias de acordos de exclusividade (JO 1967, 57; EE 08 F1 p. 94).

Este regulamento foi adoptado com base no Regulamento n.° 19/65 do Conselho, de 2 de Março de 1965, relativo à aplicação do n.° 3 do artigo 85.° do Tratado a certas categorias de acordos e práticas concertadas (JO 1965, 36; EE 08 F1 p. 85). Esclarece, no seu artigo 1.°, que, em conformidade com o seu n.° 3, o artigo 85.° do Tratado não é aplicável, nas condições indicadas no referido regulamento, a acordos em que participem apenas duas empresas e em que uma se comprometa perante a outra a só lhe fornecer determinados produtos para efeitos de revenda dentro de uma parte determinada do mercado comum. De harmonia com artigo 3.° deste regulamento, o seu artigo 1.°, n.° 1, não é todavia aplicável sempre que:

« ...

b) os contraentes restrinjam aos intermediários ou utilizadores a possibilidade de ter acesso aos produtos referidos no contrato junto de outros revendedores no mercado comum, especialmente quando os contraentes

...

2) exerçam outros direitos ou tomem medidas tendo em vista impedir os revendedores ou utilizadores de obter, em qualquer outro lugar do mercado comum, ou de vender esses produtos no território concedido».

O processo principal exige as seguintes observações.

Em 25 de Fevereiro de 1968, a empresa Fratelli Dalle Crode, cuja sede se situa em Conegliano (Itália), tinha celebrado com a empresa Van Vliet Kwasten- en Ladderfabriek de Nimègue (Países Baixos), um contrato de venda exclusiva nos termos do qual a primeira cedia à segunda, a partir de 1 de Março de 1968, a representação exclusiva, nos países do Benelux, dos pincéis com cabo de plástico por ela fabricados, bem como de todos os acessórios em plástico necessários aos pincéis de seu fabrico. Além disso, o contrato dispunha que a empresa Dalle Crode velaria para que os fornecimentos destes produtos a clientes estabelecidos em Itália (grossistas e fabricantes) não fossem utilizados para a exportação para os Estados do Benelux. Para esse efeito, o contrato previa

* Língua original: alemão.

comunicações nesse sentido da empresa Dalle Crode aos seus clientes estabelecidos em Itália, requisitos expressos para o fornecimento, bem como sanções. A breve trecho, este contrato foi denunciado pela empresa Dalle Crode por razões que neste momento não nos interessam.

As partes chegaram a um processo judicial, em que entra aquele contrato, porque a empresa Dalle Crode intentou contra a empresa Van Vliet uma acção de condenação no pagamento do preço dos fornecimentos efectuados. Neste processo, que em primeira instância estava pendente no Arrondissementsrechtbank de Arnhem, a empresa Van Vliet invocou que a empresa Dalle Crode tinha comercializado nos Países Baixos pincéis com cabo de plástico sem a sua participação, o que constituía uma violação do contrato, e se encontrava, portanto, obrigada a pagar-lhe uma indemnização.

O tribunal condenou a empresa Van Vliet e rejeitou o seu pedido reconvencional de indemnização. Considerou que o contrato para cuja violação a empresa Van Vliet pedia uma indemnização era nulo à face do direito comunitário e não podia constituir a base de um direito a indemnização pela sua violação.

A empresa Van Vliet recorreu desta decisão para o Gerechtshof d'Arnhem. Considera que o artigo 85.°, n.° 1, do Tratado CEE e o Regulamento n.° 67/67 da Comissão, já citado, não foram correctamente aplicados; na realidade, o contrato celebrado com a Dalle Crode caía no âmbito daquele regulamento porque o único elemento importante a este respeito era que os clientes estabelecidos nos Estados do Benelux tinham tido a possibilidade de comprar a clientes da Dalle Crode em França e na República Federal da Alemanha, quer dizer, nem toda a concorrência foi dificultada. Por fim, a empresa Van Vliet considera que o tribunal de primeira instância não teve em consideração uma comunicação da Comissão, de 27 de Maio de 1970, «relativa aos acordos de menor importância que não são abrangidos pelo disposto no n.° 1 do artigo 85.° do Tratado CEE» (JO 1970, C 64; EE 08 F1 p. 162). Nesse parecer, a Comissão defende a opinião — se aqui a podemos considerar — de que:

«os acordos entre as empresas de produção ou de distribuição de produtos não são abrangidos pela proibição do n.° 1 do artigo 85.° do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia,

— quando os produtos abrangidos pelo acordo não representam, na parcela do mercado comum onde o acordo produz efeitos, mais de 5% do volume de negócios realizado com os produtos idênticos ou considerados similares pelo utilizador em razão das suas propriedades, preço ou uso e

— quando o volume de vendas anual total, realizado pelas empresas que participam no acordo, não ultrapasse 15 milhões de unidades de conta ou, tratando-se de acordos entre empresas comerciais, 20 milhões de unidades de conta».

Ao apreciar esta argumentação, o órgão jurisdicional de recurso chegou à conclusão de que não era possível falar de uma aplicação errada do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado CEE e da mencionada comunicação da Comissão de 27 de Maio de 1970. Quanto à interpretação do artigo 3.° do Regulamento da Comissão n.° 67/67, o Gerechtshof de Arnhem considerou, no entanto, existir um problema, sobretudo perante as alegações da empresa Dalle Crode, segundo as quais as possibilidades de compra em França e na

República Federal da Alemanha só existiam em teoria para os clientes estabelecidos no Benelux, porque a empresa Dalle Crode só efectuava fornecimentos, dentro dos países da CEE, para os do Benelux.

Por despacho de 18 de Fevereiro de 1975, o órgão jurisdicional referido suspendeu, portanto, a instância e, nos termos do artigo 177.° do Tratado CEE, apresentou, para decisão a título prejudicial, as seguintes questões:

«1) Os contratos de venda exclusiva celebrados entre um fabricante estabelecido num dos Estados-membros e um concessionário exclusivo estabelecido noutro local do mercado comum também fazem parte do número de acordos que, nos termos do artigo 3.° (do Regulamento n.° 67/67 da Comissão), não beneficiam de isenção, sempre que esses contratos contenham disposições que, se respeitadas (têm por consequência que) apenas os fabricantes e os intermediários estabelecidos no Estado-membro do fabricante, parte no contrato, se encontram impedidos de vender os produtos referidos no contrato, com destino ao território objecto da concessão, enquanto os intermediários e utilizadores estabelecidos naquele território apenas são impedidos de adquirir os produtos referidos no contrato a partir do Estado-membro do fabricante parte no contrato?

2) A resposta à primeira questão será diferente

a) consoante os intermediários e utilizadores estabelecidos no território objecto da concessão tenham ou não a possibilidade efectiva de adquirir os produtos referidos no contrato noutro lugar do mercado comum, fora do território de concessão e do Estado-membro do fabricante, parte no contrato, e,

b) na hipótese da existência desta possibilidade efectiva, consoante os intermediários e utilizadores estabelecidos no território objecto da concessão se abstenham ou não, de modo perceptível, de recorrer a esta possibilidade porque respeitam as disposições contratuais referidas na primeira questão?»

Antes de proceder ao estudo destas questões parece-nos adequado salientar, em breves palavras, que uma parte das alegações da empresa Van Vliet no processo se não revestem de qualquer importância para a questão prejudicial.

É o que acontece, antes de mais, com a observação segundo a qual, uma vez que a empresa Dalle Crode já não fabrica pincéis, seria necessário, na prática, considerar principalmente como produtos aos quais o contrato de venda exclusiva dizia respeito os cabos de plástico para pincéis e outros acessórios em plástico necessários à produção deste produto. Isto tem claramente a ver com a aplicação do direito ao caso concreto, pelo que só poderá ser tratado no processo principal. Ao invés, agora trata-se simplesmente da interpretação de uma regra geral do direito da concorrência, perante a qual particularidades do caso concreto como as que acabámos de indicar não têm, de facto, nenhuma importância.

O mesmo acontece com a outra observação segundo a qual o contrato em causa não restringiu a concorrência de outras empresas italianas que fabricavam ou vendiam pincéis (esta observação não se refere manifestamente

as clientes da empresa Dalle Crode). Saber se essa concorrência existe não tem qualquer interesse porque, segundo o Regulamento n.° 67/67, relativo à isenção por categorias, só importam as restrições de concorrência mediante concentração da venda num território definido num representante exclusivo, bem como saber se o regulamento relativo à isenção por categorias exige que a concorrência exista no sector dos produtos fabricados ou vendidos pelo autor da concessão e isto igualmente na zona do concessionário visado no contrato.

Por fim, o mesmo se diga da alusão feita pela Van Vliet à importância modesta dos contratantes, ao montante do seu volume de negócios anual e à parte do mercado do produto referido no contrato, que, em seu entender, deve ser determinada tendo também em conta os produtos similares que podem constituir uma concorrência de substituição. Trata-se manifestamente de questões de facto que devem ser tratadas, em primeiro lugar, no âmbito do processo principal e que, além disso, dizem nitidamente respeito há já referida comunicação da Comissão de 27 de Maio de 1970. Ora, não é essa comunicação que constitui objecto do pedido de interpretação e como tal um critério de apreciação para o órgão jurisdicional que proferiu o despacho de reenvio, mas unicamente o Regulamento n.° 67/67, relativo à isenção por categorias.

Este regulamento deve ser interpretado — e chegamos assim ao problema propriamente dito deste processo prejudicial — tendo em conta um contrato nos termos do qual a venda exclusiva de determinados produtos num sector determinado, os Estados do Benelux, foi concedida a *uma só* empresa e o autor da concessão, cuja sede é em Itália, se obrigou a velar para que os seus clientes italianos (grossistas e produtores, mas não os consumidores finais) não efectuassem exportações para os Estados do Benelux, enquanto era livre — parece — de fornecer os referidos produtos para outros países da Comunidade e fazê-los chegar, a partir daí, aos Estados do Benelux.

A este respeito, a empresa Van Vliet sustenta que não é possível falar de uma restrição nos termos da reserva do artigo 3.° do Regulamento n.° 67/67, porque a empresa Dalle Crode tinha a possibilidade de vender os seus produtos nos Estados do Benelux por intermédio de empresas situadas em França ou na República Federal da Alemanha. Este facto também não deverá ser considerado como uma restrição, uma vez que a venda por intermédio da França ou da República Federal da Alemanha não acarretava nenhuma despesa suplementar, nenhum estádio complementar e as distâncias eram iguais. De resto, o aspecto de saber se a *possibilidade* de importações paralelas existiu devia ser considerado como determinante para o regulamento relativo à isenção; pelo contrário, a *inexistência efectiva* de circuitos comerciais de Itália para a França e a República Federal da Alemanha não era decisiva.

Ao invés, a Comissão considera — e a Dalle Crode associou-se à sua opinião na audiência — que o elemento determinante é o facto de o contrato de venda exclusiva excluir as importações paralelas de Itália para os países do Benelux. Já por este facto se encontravam preenchidos os requisitos do artigo 3.° do Regulamento n.° 67/67; os contraentes restringiram a possibilidade de os intermediários e utilizadores terem acesso aos produtos referidos no contrato junto de outros revendedores no mercado comum, tendo tomado medidas para impedir o abastecimento de revendedores ou utilizadores dos produtos referidos no contrato noutros locais do mercado comum. Em contrapartida, a questão de saber se era efectivamente possível comprar fora de Itália e se neste sentido existiam efectivamente correntes comerciais não tinha qualquer importância para a aplicação da referida disposição.

Para uma decisão sobre este litígio devemos, em primeiro lugar, considerar o artigo 2.° do Regulamento n.° 67/67. A este respeito, sustentou-se que esta disposição enuncia de modo exaustivo todas as restrições que podiam encontrar-se nos acordos de exclusividade sem levarem ao afastamento da isenção. Proibições de exportar do género das que aqui nos interessam não eram lá mencionadas, e era portanto claro que o regulamento relativo à isenção não abrangia acordos que integrassem aqueles elementos.

Todavia, esta argumentação parece-nos duvidosa. Ao invocar a letra do artigo 2.° poder-se-ia objectar que só contém disposições relativas à questão de saber que restrições de concorrência poderiam ser impostas ao distribuidor exclusivo e quais poderiam ser as suas obrigações sem a aplicação do artigo 1.° ser excluída. Em contrapartida, para o artigo 2.° não se trata de restrições das possibilidades de acções do autor da concessão e, quanto mais não seja, não é evidente que o artigo 2.° tenha por objecto uma enumeração exaustiva também relativamente a este contraente.

Por esta razão, preferimos ir buscar ao artigo 3.° do Regulamento n.° 67/67 a resposta a dar à questão de saber quais as restrições à liberdade de acção do autor da concessão que podem ser admitidas. Por outras palavras, consideramos mais judicioso associar a parte principal do conjunto dos problemas que aqui nos interessam àquela disposição, designadamente à sua alínea b).

Nesta disposição — não é agora necessário reproduzi-la textualmente — menciona-se, numa frase introdutória, a restrição das possibilidades de obter os produtos referidos no contrato junto de outros revendedores no mercado comum; além disso, o exemplo indicado em 2) fala das restrições ao abastecimento dos mesmos produtos noutros locais do mercado comum.

A apresentação das teses das partes no processo revelou já que a empresa Van Vliet colocou claramente a tónica no exemplo que acabámos de citar, a saber, o termo «restrições». Assim, chega à conclusão de que, para os clientes estabelecidos nos Estados do Benelux, a exclusão de compra num *único* Estado-membro não constitui uma restrição ao abastecimento dos produtos referidos no contrato noutros locais do mercado comum; não se tornava portanto impossível um abastecimento noutro local; não existia uma protecção territorial absoluta do concessionário e é por isso que a reserva do artigo 3.° do Regulamento n.° 67/67 não funcionava.

À primeira vista, esta argumentação pode parecer convincente. No entanto, depois das considerações e deduções da Comissão, durante o processo, ficámos com a impressão de que a tese da empresa Van Vliet não é sólida.

Ao afirmá-lo, não nos referimos tanto à alusão feita pela Comissão a outras versões linguísticas da disposição, que, em nosso entender, no seu conjunto vão todas no mesmo sentido e, de nenhum modo, não provam de forma conclusiva que «restringir» e «entravar» sejam, no fundo, sinónimos. Pelo contrário, o que nos parece importante é, antes de mais, a alusão à constituição daquela disposição. Daqui resulta que a frase introdutória da alínea b) do artigo 3.° contém a afirmação de princípio, enquanto o n.° 2 apenas cita um exemplo. Na interpretação, é portanto necessário atribuir maior importância à primeira parte; em todo o caso, o critério decisivo não pode ser extraído do exemplo. Mas, uma vez que, na frase introdutória, se fala apenas de «restringir», pode, certamente, ser tentador dar uma interpretação segundo a qual o artigo 3.° en-

globaria já o caso em que apenas o abastecimento num *único* Estado-membro fica excluído. Com efeito, no caso de um entrave a todos as importações paralelas já não poderá falar-se de uma «restrição», pois seria então *impossível* abastecer-se dos produtos referidos no contrato junto de outros revendedores dentro do mercado comum.

Sobre o princípio de uma argumentação que, encarada separadamente, talvez não possa ser considerada concludente no sentido da tese da Comissão, é possível fazer outras considerações que, no seu conjunto, militam em favor da exactidão do seu ponto de vista.

A este respeito, parece-nos útil recordar que, no âmbito do regulamento relativo à isenção estabelecida quanto ao artigo 85.°, n.° 3, do Tratado CEE, o seu artigo 3.° tem por função demonstrar que os acordos em causa — como é afirmado no artigo 85.°, n.° 3 — não podem conter restrições não indispensáveis para a realização dos objectivos citados no artigo 85.°, n.° 3, e não podem dar a possibilidade de suprimir a concorrência numa parte essencial dos produtos em questão. Como se trata de uma reserva importante, a consequência que se impõe é a de interpretar restritivamente as disposições adoptadas para a sua concretização.

A fundamentação que acompanha o Regulamento n.° 67/67 e a sua génese, tal como o podemos conhecer, confirmam-nos aliás este modo de ver.

No que respeita à fundamentação do regulamento, é interessante verificar que é expressamente salientada — e isso deve relacionar-se manifestamente com o artigo 3.° — a necessidade de garantir a possibilidade de proceder a importações paralelas que assegurem a concorrência no estádio da distribuição. Quando se fala de importações paralelas, é natural que se pense em importações directas provenientes do Estado-membro do autor da concessão. De qualquer forma, é patente que, na fundamentação do regulamento, se trata pura e simplesmente de importações paralelas, e que a este respeito não se pode descortinar qualquer restrição ou diferenciação autorizada. Pensamos também na jurisprudência deste Tribunal sobre a matéria — nomeadamente no processo 22/71 (acórdão de 25 de Novembro de 1971, Béguelin Import Co. e o. contra SAGL Import Export e o. (Colect. 1971, p. 355) — que salientou a importância de importações paralelas, quando afirma que não se deve impedir que os produtos sejam importados de outros Estados-membros para a zona protegida e que não é necessário dar a possibilidade de proibir importações paralelas. Isto incita certamente a uma interpretação restritiva das disposições que se referem a estas operações. A doutrina (Mestmäcker Europäisches Wettbewerbsrecht, p. 242) milita também em favor desta jurisprudência quando afirma que um princípio geral do direito europeu da concorrência é que o acesso ao mercado não pode ser proibido e que as importações paralelas de outros Estados-membros não podem ser restringidas, pois apenas desta maneira é possível corrigir a política das empresas em matéria de preços e de venda, que permanece associada a mercados nacionais e pratica uma diferenciação de preços segundo os diferentes mercados.

Por outro lado, no que respeita à génese do Regulamento n.° 67/67, podemos facilmente demonstrar que não permite orientação diferente da que acabámos de enunciar, para a interpretação do artigo 3.° quanto à exclusão de importações paralelas provenientes de um único Estado-membro. A este respeito, o Regulamento n.° 153/62 da Comissão, de 3 de Maio de 1962 (JO 1962, 139), é importante. Prevê formalidades simplificadas de notificação para os contratos de venda exclusiva nos quais participem apenas duas empresas

e em que um contratante se obriga perante o outro a só fornecer determinado produto ao outro, com vista à revenda no interior de uma parte determinada do território do mercado comum. Mas, exige também — o que resulta dos formulários sobre a matéria e é fundamental — que o declarante afirme que a transferência de representação exclusiva não restringe a possibilidade de os intermediários ou utilizadores procurarem o produto em causa junto de outro revendedor contratante ou de qualquer intermediário dentro do mercado comum. Ora, o Regulamento de base n.° 19/65 do Conselho, relativo à aplicação do artigo 85.°, n.° 3, a certas categorias de acordos e práticas concertadas, faz expressa referência a este regulamento com a sua noção lata de «restrição», que lembra efectivamente a frase introdutória do artigo 3, b), do Regulamento n.° 67/67. Com efeito, lemos nos considerandos do regulamento que a Comissão, através da sua actuação, nomeadamente pelo Regulamento n.° 153/62, indicou que nenhuma simplificação dos procedimentos previstos pelo Regulamento n.° 17 (JO 1962, 13; EE 08 F1 p. 22) poderá ser tomada em consideração para certos tipos de acordos ou de práticas concertadas especialmente susceptíveis de falsear o jogo da concorrência no mercado comum. É perfeitamente possível extrair daí a conclusão — como faz a Comissão — de que a função atribuída ao Regulamento n.° 67/67 é garantir a continuidade no tratamento e análise de contratos de venda exclusiva, e isso precisamente com o objectivo de uma apreciação estrita das cláusulas que respeitam às importações paralelas.

Por fim, e tendo em conta estes elementos fundamentais, que se revestem de importância para a interpretação do Regulamento n.° 67/67, podemos fazer ainda a seguinte observação.

Sempre que um contrato de venda exclusiva previr apenas a exclusão de importações paralelas na zona objecto de concessão provenientes de *um único* Estado-membro e não se referir a outros Estados-membros, este facto só é, a bem dizer, susceptível de duas interpretações.

Pode conceber-se que na realidade só o mercado do Estado-membro excluído entra em linha de conta para eventuais compras paralelas, e que não era, portanto, necessário mencionar outras possibilidades de compra inexistentes. Nesta hipótese, o contrato de venda exclusiva, com a sua proibição limitada de exportação, associada a todos os factos concomitantes que devem ser tomados em consideração no momento da sua apreciação e portanto também no comportamento do autor da concessão, tem na realidade por consequência que o concessionário beneficia de uma protecção territorial absoluta.

Pelo contrário, se de facto existem possibilidades de compra noutros Estados-membros, deve admitir-se que a limitação da proibição de exportar se aplica a um único Estado-membro porque as condições do seu mercado são particularmente interessantes para importações paralelas. Isto é especialmente verosímil quando o Estado-membro excluído é o Estado-membro em cujo território o autor da concessão tem a sua sede. Com efeito, o autor da concessão fará esforços especialmente intensivos no mercado que se encontra na sua imediata proximidade; é aqui que os seus principais clientes poderão ter a sua sede (como é efectivamente o caso — como vimos — da empresa Dalle Crode) e é aqui também que a situação concorrencial suscitará condições de mercado que tornam compras paralelas na zona concedida particularmente atractivas, em todo o caso muito mais interessantes em geral do que as provenientes de outros Estados-membros em que as vendas do autor da concessão são menos importantes.

Em ambos os casos é claro que uma cláusula contida nos contratos de venda exclusiva com proibição de exportar para o Es-

tado-membro do autor da concessão tem uma importância especial para a situação concorrencial. Não se poderá pois pensar em tolerar tais restrições no âmbito do regulamento relativo à isenção por categorias, concebido para restrições de concorrência que no fundo são anódinas.

Em nosso entender, tudo isto obriga a seguir a Comissão no que respeita à interpretação do artigo 3.° do Regulamento n.° 67/67 e a considerar a exclusão de importações paralelas provenientes do Estado-membro do autor da concessão como uma restrição ou um entrave ao abastecimento nos termos da alínea b), se bem que esta exclusão só se aplique a outros Estados-membros. Nesta perspectiva é manifestamente irrelevante — e isto engloba os outros elementos da questão suscitada — que a possibilidade de compra exista efectivamente noutros países membros e que dela seja feito um uso efectivo.

Deve portanto responder-se à questão prejudicial do Gerechtshof d'Arnhem da seguinte forma:

Os contratos de venda exclusiva celebrados entre um fabricante estabelecido num Estado-membro e um concessionário exclusivo estabelecido noutro Estado-membro que prevejam, para os compradores no Estado-membro em que o fabricante tem a sua sede, entraves à exportação dos produtos referidos no contrato no território objecto de concessão fazem parte dos acordos que, nos termos do artigo 3.° do Regulamento n.° 67/67 da Comissão, não beneficiam de isenção. É irrelevante para a apreciação destes contratos que os clientes estabelecidos no território abrangido pela concessão tenham efectivamente a possibilidade de adquirir os produtos referidos no contrato noutra parte do mercado comum, fora do Estado-membro do fabricante, e que os intermediários e utilizadores façam ou não uso dessa possibilidade.