

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
WALTER VAN GERVEN
apresentadas em 11 de Outubro de 1990 *

Senhor Presidente,
Senhores juízes,

1. O Oberlandesgericht Frankfurt am Main (a seguir «órgão jurisdicional de reenvio») submeteu ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.º, terceiro parágrafo, do Tratado, as seguintes questões prejudiciais:

«A — 1) Um contrato individual de fornecimento de cerveja com um acordo de compra exclusiva, como o contrato celebrado entre as partes, é susceptível de afectar *sensivelmente* o comércio entre os Estados-membros na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado CEE, por pertencer a um “feixe” de contratos de fornecimento de cerveja do mesmo tipo — independentemente da fábrica de cerveja — no Estado-membro e se verificar a susceptibilidade de este “feixe de contratos” afectar o comércio interestadual segundo os seus efeitos no mercado?

2) Em caso de resposta afirmativa à questão 1:

Qual deve ser o grau de vinculação num Estado-membro para que se verifique um prejuízo *sen-*

sível do comércio interestadual; bastará para tal o grau de vinculação de cerca de 60 % suposto pela Comissão das Comunidades Europeias para a República Federal da Alemanha?

3) Em caso de resposta negativa à questão 1:

Os efeitos cumulativos do *conjunto de todos os contratos de fornecimento de cerveja* com uma obrigação de exclusividade *existentes na República Federal da Alemanha e/ou o contributo para tal do contrato concreto* devem ser determinados mediante um exame global das *respectivas circunstâncias*? Que critérios são determinantes para esse exame e quais dos seguintes aspectos são relevantes:

— dimensão da fábrica de cerveja vinculada,

— volume das vendas abrangidas por um contrato individual,

* Língua original: neerlandês.

- volume das vendas resultantes do “feixe” de contratos análogos;
- número, duração e extensão das vinculações existentes, e sua relação com as quantidades vendidas por vendedores não vinculados;
- vinculação do gestor do estabelecimento pela fábrica de cerveja, pelos comerciantes de bebidas ou pelo proprietário no âmbito do contrato de arrendamento;
- volume de abastecimento do estabelecimento por comerciantes grossistas não vinculados;
- extensão das vinculações a produtores estrangeiros;
- densidade das vinculações em determinadas zonas geográficas;
- comparação com as vendas fora dos estabelecimentos de bebidas, tendência das vendas nestes domínios;
- possibilidade de criar ou comprar novos estabelecimentos de vendas?

4) Em caso de resposta afirmativa à questão 1 ou à questão 3:

Um contrato de compra de cerveja que possibilita expressamente ao gestor do estabelecimento a compra de cerveja proveniente de outros Estados-membros (cláusula de abertura) é em princípio insusceptível de afectar o comércio interestadual, ou tal depende de saber se e em que medida foi acordada uma quantidade de compra mínima e como estão regulados os direitos da fábrica de cerveja (indenização por perdas e danos, denúncia) em caso de compra inferior?

B — 1) Estão preenchidas as condições do artigo 1.º e do artigo 6.º, n.º 1, do Regulamento (CEE) n.º 1984/83 relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado, quando as bebidas abrangidas pela obrigação de compra não estão mencionadas nas cláusulas do contrato, mas se tenha acordado que as mesmas resultarão da lista de preços em vigor da fábrica de cerveja?

2) Um contrato de compra de cerveja deixa globalmente de estar isento, pelo Regulamento (CEE) n.º 1984/83, da proibição do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado CEE sempre que contenha uma obrigação de compra abrangendo bebidas não alcoólicas *sem* uma cláusula genericamente favorável, na acepção do artigo 8.º, n.º 2, alínea b), do Regulamento (CEE) n.º 1984/83, como pode-

ria dar a entender o artigo 2.º, n.º 1, deste regulamento, conjugado com o n.º 17 da comunicação relativa aos regulamentos (CEE) n.º 1983/83 e n.º 1984/83 da Comissão, de 22 de Junho de 1983, ou tal implica apenas a nulidade desta obrigação de compra nos termos do artigo 85.º, n.º 2, do Tratado CEE, uma vez que ainda é, em si, permitida pelo artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento (CEE) n.º 1984/83?

submetidas¹. Por conseguinte, analisarei todas as questões.

A observação formulada pelo órgão jurisdicional de reenvio mostra não ser necessário que o Tribunal siga a ordem das questões submetidas. No âmbito das presentes conclusões, começarei por invocar as questões agrupadas nas letras B e C, e apenas seguidamente analisarei as quatro questões agrupadas na letra A. Com efeito, as questões enunciadas nas letras B e C podem revelar-se mais determinantes para a boa compreensão da situação jurídica e concreta das partes contratantes do que as questões mais teóricas enunciadas na letra A.

C — O contrato de compra de cerveja abrangido pelo artigo 85.º do Tratado CEE e que não preencha as condições do Regulamento (CEE) n.º 1984/83 referente à isenção por categoria carece sempre de uma isenção particular ou o Tribunal nacional é competente para considerar o contrato eficaz nos casos em que se verifique um desvio não essencial ao disposto no supracitado regulamento?

3. Como expõe a decisão de reenvio, S. Delimitis (a seguir «recorrente na causa principal») pede ao órgão jurisdicional de reenvio que declare que o contrato de fornecimento de cerveja que celebrou em 14 de Maio de 1985 com a Henninger Bräu (a seguir «recorrida na causa principal») é juridicamente inválido. Em seu entender, a indemnização em quantia previamente determinada, prevista no acordo para o caso de não ser respeitada a cláusula relativa a uma quantidade mínima de compras, não pode, pois, produzir efeitos. O recorrente na causa principal deduz a nulidade do acordo e da cláusula que impõe uma quantidade mínima de compras, da contradição supostamente existente entre essa estipulação e o n.º 1 do artigo 85.º do Tratado e da circunstância do referido acordo e da referida cláusula não serem «supridos» pelo Regulamento (CEE) n.º 1984/83 da Comissão, de 22 de Junho de 1983, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordo de compra exclusiva (a seguir «regulamento relativo à isenção por categoria»)².

2. O órgão jurisdicional de reenvio refere que as questões que submete ao Tribunal talvez não apresentem todas o mesmo grau de necessidade no que se refere à solução do litígio que lhe cabe julgar, mas que em todo o caso podem servir para aperfeiçoar a jurisprudência do Tribunal de Justiça. Segundo jurisprudência constante do Tribunal, este remete na maior medida possível para a apreciação do órgão jurisdicional de reenvio no que se refere à pertinência das questões

1 — Ver, por exemplo, o acórdão de 16 de Junho de 1981, Salonia, n.º 6 (126/80, Recueil, p. 1563), e, já agora, o acórdão de 5 de Fevereiro de 1963, Van Gend e Loos (26/62, Recueil, p. 1).

2 — JO 1983, L 173, p. 5; EE 08 F2, p. 114.

As questões submetidas ao Tribunal no contexto do sistema das regras do direito europeu da concorrência

4. Para traçar o contexto no qual se inscrevem as respostas a serem dadas às questões prejudiciais submetidas, parece-me importante recordar um certo número de pontos fundamentais, que dizem respeito não tanto ao objectivo material prosseguido pelos artigos do Tratado relativos à concorrência e às medidas tomadas em execução desses artigos, mas mais propriamente à repartição das competências e à técnica processual que foram instituídas nesta matéria pelo Tratado e pelo regulamento de base, o Regulamento n.º 17³. Uma correcta compreensão desta problemática é importante para a apreciação do alcance das questões suscitadas no litígio na causa principal.

5. A Comissão ocupa uma posição central na política de concorrência da Comunidade. O artigo 9.º do Regulamento n.º 17 atribui-lhe competência exclusiva para declarar as disposições do n.º 1 do artigo 85.º inaplicáveis nos termos do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado, competência que pode exercer pela via de decisão individual ou, na medida em que a tal tenha sido habilitada pelo Conselho, por meio de um regulamento relativo a uma isenção colectiva. As administrações nacionais responsáveis pela concorrência e os órgãos jurisdicionais nacionais não têm esta competência. Em contrapartida, as administrações nacionais responsáveis pela concorrência são competentes, do mesmo modo que a Comissão, para aplicar a proibição constante do n.º 1 do artigo 85.º (e do artigo 86.º) enquanto a Comissão não tiver ela própria dado início a um processo.

Por seu lado, os órgãos jurisdicionais nacionais são igualmente competentes, sem restrições temporais, para aplicar o disposto no n.º 1 do artigo 85.º (bem como o artigo 86.º), por essas disposições do Tratado terem efeito directo e, de igual modo, são ainda competentes, quando o n.º 1 do artigo 85.º seja aplicável sem restrições, para pronunciar a nulidade prevista no n.º 2 do artigo 85.º Cabe, pois, igualmente ao órgão jurisdicional nacional interpretar as disposições de uma isenção por categoria adoptada pela Comissão, dado que têm igualmente efeito directo⁴. Em todos estes casos, o órgão jurisdicional em questão pode submeter ao Tribunal de Justiça questões prejudiciais referentes à interpretação (ou à validade) das disposições de direito comunitário cuja aplicação deve assegurar.

Se me permito recordar estas regras fundamentais, é porque tal me permite sublinhar, a título liminar, dois pontos. Em primeiro lugar, não cabe ao órgão jurisdicional nacional, tal como não é da competência do Tribunal de Justiça quando se pronuncie no âmbito de uma questão prejudicial, alterar ou acrescentar seja o que for ao alcance de uma isenção por categoria instituída pela Comissão. A concessão de tal isenção constitui um instrumento de natureza política que se inscreve na competência exclusiva da Comissão. Por conseguinte, quando um acordo não esteja coberto pelos termos de um regulamento referente a uma isenção por categoria, não se pode em caso algum estender o âmbito dessa isenção — que constitui já em si mesma uma derrogação à proibição do n.º 1 do artigo 85.º e que, a esse título, deve ser interpretada restritivamente.

3 — Regulamento n.º 17, primeiro regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (JO 1962, p. 204; EE 08 FI p. 22).

4 — Acórdão de 3 de Fevereiro de 1976, Roubaix/Roux, n.º 11 (63/75, Recueil, p. 111).

Em segundo lugar, quando um acordo esteja efectivamente abrangido por uma isenção por categoria, a questão de saber se a proibição constante do n.º 1 do artigo 85.º lhe é aplicável não apresenta, na prática, qualquer interesse para as partes contratantes, dado que, mesmo em caso de resposta afirmativa, o acordo estará de qualquer modo ao abrigo da referida proibição e será, portanto, compatível com o artigo 85.º.

6. Portanto, as questões que devem ser analisadas em primeiro lugar são as que o órgão jurisdicional de reenvio submete na letra B. Estando o acordo celebrado entre o recorrente e a recorrida na causa principal abrangido pela isenção por categoria do Regulamento n.º 1984/83, as questões mencionadas na letra A, que versam sobre a apreciação relativa a um feixe ou uma rede de contratos, insignificantes tomados isoladamente, já não apresentará um verdadeiro interesse prático para a solução do litígio na causa principal, como de resto também não apresentará a questão submetida na letra C, referente à obtenção de uma isenção individual.

De resto, a existência de um feixe de acordos ou a participação num feixe de acordos é irrelevante no que se refere à aplicação, em princípio, da isenção por categoria do Regulamento n.º 1984/83⁵. Essa circuns-

tância pode, todavia, ser invocada pela Comissão para — eventualmente por aplicação do artigo 14.º do Regulamento n.º 1984/83 — retirar o benefício da isenção por categoria:

«quando constate que, em determinado caso, um acordo... tem... certos efeitos que são incompatíveis com as condições previstas no n.º 3 do artigo 85.º do Tratado e, designadamente, quando

...

- b) o acesso de outros fornecedores às diferentes fases da distribuição numa parte substancial do mercado comum é entravada de forma importante»⁶.

O artigo 14.º, anteriormente citado, funda-se na disposição do artigo 7.º do Regulamento n.º 19/65/CEE do Conselho, de 2 de Março de 1965⁷, ao abrigo do qual a Comissão foi habilitada pelo Conselho a instituir uma isenção por categoria para certos tipos de acordos e, designadamente, os de compra exclusiva. Há que deduzir dos ter-

5 — No acórdão de 1 de Fevereiro de 1977, De Norre/Brouwerij Concordia, n.º 31 (47/76, Recueil, p. 65), o Tribunal indicou claramente a esse respeito, para servir de indicação à Comissão, que, «com efeito, há todo o interesse em prever, na medida em que o Tratado o permita, uma isenção colectiva a favor de acordos que apenas caiam no âmbito de aplicação do artigo 85.º devido a um efeito cumulativo provocado pela existência de um ou vários feixes de acordos similares e, portanto, de elementos externos ao acordo em questão, que, portanto, escaparão normalmente ao conhecimento exacto das partes contratantes e cuja apreciação exige uma análise de factos a tal ponto numerosos e complexos que pode colocar os órgãos jurisdicionais nacionais perante dificuldades extremamente importantes». * Foi manifesta e designadamente na sequência das indicações assim dadas pelo Tribunal, que a Comissão adoptou o Regulamento n.º 1984/83 relativo à isenção por categoria, no qual constam disposições específicas referentes aos acordos de fornecimento de cerveja.

6 — No acórdão de Norre/Concordia, anteriormente citado, o Tribunal fez alusão a essa possibilidade no n.º 32: «se a Comissão viesse a considerar que o efeito cumulativo dos acordos em questão é a tal ponto restritivo que uma isenção colectiva não parece justificar-se, teria a faculdade e o dever de fazer uso dos poderes que lhe confere o artigo 7.º do Regulamento n.º 19/65 (ver, para esse efeito, o que adiante se dirá no texto das presentes conclusões), nos termos do qual “se a Comissão verificar... que, em determinado caso, os acordos... previstos no regulamento publicado por força do artigo 1.º (isto é, um regulamento que institui uma isenção por categoria) têm, no entanto, certos efeitos que são incompatíveis com as condições previstas no n.º 3 do artigo 85.º do Tratado, pode, retirando o benefício da aplicação desse regulamento, tomar uma decisão nos termos do artigo 6.º e 8.º do Regulamento n.º 17, sem que seja exigida a notificação referida no n.º 1 do artigo 4.º do Regulamento n.º 17”».

7 — Regulamento n.º 19/65/CEE do Conselho, de 2 de Março de 1965, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos e práticas concertadas (JO 1965, L 36, p. 533; EE 08 F1 p. 85).

mos do artigo 7.º, anteriormente citado («retirando o benefício da aplicação desse regulamento...»), e do artigo 14.º anteriormente citado («a Comissão pode retirar o benefício da aplicação do presente regulamento»), que uma decisão tomada pela Comissão com base nessa disposição não pode ser acompanhada de um efeito retroactivo⁸. Enquanto não tiver sido tomada tal decisão, o acordo em questão continua, pois, a ser compatível com o artigo 85.º⁹.

7. Será apenas quando o acordo não esteja abrangido pela isenção por categoria — conclusão a que chegarei mais adiante no que se refere ao acordo em questão no litígio na causa principal (nos n.ºs 10 e 11) — e, portanto, quando a fábrica de cerveja tenha assumido conscientemente o risco de celebrar um acordo que não estará «automaticamente» isento que a situação se torna menos clara. Em tal hipótese, a questão de saber se o n.º 1 do artigo 85.º se aplica a tais acordos, tendo, designadamente, em conta a sua participação num feixe de acordos, coloca-se em toda a sua acuidade. Desejando as partes assegurar-se da validade do acordo, devem, então, notificá-lo à Comissão, pedindo-lhe, mesmo quando esta entenda que o referido acordo está abrangido pela proibição do n.º 1 do artigo 85.º, a atribuição de uma isenção individual nos termos do n.º 3 do artigo 85.º

8 — Ver M. Waelbroeck, «Concurrence», em Megret e outros, *Le droit de la Communauté économique européenne*, p. 137 a 138, e as referências citadas. Ver igualmente, no mesmo sentido, a comunicação da Comissão respeitante aos regulamentos n.ºs 1983/83 e 1984/83 da Comissão, de 22 de Junho de 1983 (JO 1984, C 101, p. 2; EE 08 F2, p. 126), no n.º 24. De resto, deveria resultar da remissão que se faz no artigo 7.º do Regulamento n.º 19/65 para os artigos 6.º e 8.º do Regulamento de base n.º 17 que apenas poderia ainda ser tomada uma decisão prevendo uma isenção do acordo dentro de certas condições e, portanto, já não uma decisão que retire pura e simplesmente a isenção: Waelbroeck, loc. cit.; todavia, ver a comunicação anteriormente referida, n.º 24.

9 — Ver, nesse sentido, o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Julho de 1990, Tetra Pak, n.ºs 20, 25 (T-51/89, Colect., p. II-309).

Em tal hipótese, tratando-se de acordos tais como o que está em litígio, não se pode contudo perder de vista a disposição do primeiro parágrafo do n.º 2 do artigo 4.º do Regulamento n.º 17¹⁰. Em conformidade com essa disposição, por derrogação à regra geral do n.º 1 do artigo 4.º do Regulamento n.º 17, os acordos em que apenas participem empresas de um único Estado-membro e que não digam respeito à importação ou à exportação entre Estados-membros *não* necessitam ser notificados com vista a se obter uma isenção individual da aplicação da proibição dos acordos entre empresas. Segundo o acórdão do Tribunal de Justiça no processo Bilger/Jehle, essa dispensa de *notificação* é aplicável igualmente no caso de um número importante de contratos que constituem elementos de um feixe de contratos¹¹. Na sequência desta dispensa da obrigação de notificação, por força do disposto no n.º 2 do artigo 6.º do Regulamento n.º 17, a isenção que vier ainda a ser concedida futuramente pela Comissão nos termos do n.º 3 do artigo 85.º (porque apesar de tudo as partes o terão solicitado), pode prever a produção de efeito retroactivo.

Essa possibilidade de que dispõe a Comissão de conferir ao acordo uma isenção com efeito retroactivo — sem que, para essa finalidade, no que se refere aos acordos não sujeitos a notificação, tenha de respeitar determinado prazo — pode levar a conflitos

10 — São visados, concretamente, os acordos que se convencionou designar por «novos» acordos ou acordos «existentes», isto é, os acordos celebrados após a entrada em vigor ou o início da aplicação do Regulamento n.º 17 na medida em que não constituam uma reprodução exacta de um contrato tipo celebrado anteriormente e notificado regularmente (acórdão de 30 de Junho de 1970, Rochas/Bitsch, n.º 6, 1/70, Recueil, p. 515). Concretamente, parece que não se contesta que o acordo em litígio constitui um acordo novo que não reproduz um contrato celebrado anteriormente (isto é, concretamente, antes de 13 de Março de 1963).

11 — Acórdão de 18 de Março de 1970, Bilger/Jehle, n.ºs 5 e 6 (43/69, Recueil, p. 127). Com efeito, o Tribunal considerou que a condição negativa referida no primeiro parágrafo do n.º 2 do artigo 4.º, por força da qual esses acordos não devem dizer respeito à importação ou à exportação entre Estados-membros, tem um sentido mais restrito que a condição da afectação do comércio entre os Estados-membros do n.º 1 do artigo 85.º (n.º 5).

de decisão, por exemplo, caso um órgão jurisdicional nacional tenha, entretanto, anulado o acordo com base no n.º 2 do artigo 85.º, sem ter tido em consideração a possibilidade, que sempre existe, da concessão de uma isenção (que não é da competência do órgão jurisdicional nacional, mas sim da Comissão: ver anteriormente, n.º 5). Para evitar tais conflitos, no acórdão *Brasserie de Haecht II*, tratando-se do que se convencionou designar por «novos» acordos¹², o Tribunal considerou que «incumbe ao juiz decidir, sob reserva da eventual aplicação do artigo 177.º, se deve suspender a instância com o objectivo de permitir às partes que obtenham uma tomada de posição da Comissão...»¹³. Nesse mesmo número, prosseguiu o seu raciocínio considerando que semelhante suspensão da instância será todavia supérflua quando o juiz verifique «ou que o acordo não tem efeitos sensíveis sobre o jogo da concorrência nem sobre as trocas comerciais entre os Estados-membros, ou que a incompatibilidade do acordo com o artigo 85.º não oferece qualquer dúvida».

Portanto, o órgão jurisdicional nacional dispõe de uma escolha. Ou considera que o acordo não está certamente abrangido pela proibição do n.º 1 do artigo 85.º (de modo que será supérfluo um pedido de decisão de inaplicabilidade da proibição nos termos do artigo 85.º, n.º 3), ou, ainda, que o acordo é efectivamente visado pela proibição do n.º 1 do artigo 85.º, e não pode, verosimilmente, beneficiar de uma decisão de inaplicabilidade nos termos do n.º 3 do artigo 85.º (apesar de no caso de um acordo que não esteja sujeito a notificação, tal como o que está em litígio, um pedido nesse

sentido poder ainda ser dirigido à Comissão) e em tal caso não terá qualquer razão para suspender a instância. Ou o órgão jurisdicional nacional considera que o estatuto do acordo não é claro — mesmo quando tenha já submetido ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial, que, de resto, apenas pode dizer respeito à interpretação (ou à validade) de disposições de direito comunitário e não à aplicação dessas disposições à situação concreta —, hipótese em que deverá suspender a instância até que as partes tenham obtido uma tomada de posição da parte da Comissão.

8. Claro está que a incerteza quanto à aplicabilidade do n.º 1 do artigo 85.º a uma situação concreta será ainda maior caso o órgão jurisdicional nacional seja chamado a entrar em linha de conta não apenas com o contexto jurídico mas ainda com o económico de determinado acordo, devido a este, tal como o caso concreto, se inserir em todo um feixe de acordos. O que pode ser ilustrado com as questões submetidas na letra A pelo órgão jurisdicional de reenvio, a propósito das quais devo desde já assinalar que o Tribunal de Justiça apenas lhes pode responder na medida em que digam respeito à interpretação do direito comunitário (ver adiante no n.º 14). Podemos, pois, imaginar que, em semelhante caso, o órgão jurisdicional *possa* desejar suspender a instância até que tenha obtido da Comissão uma tomada de posição quanto à aplicabilidade do artigo 85.º à situação concreta.

Segundo o acórdão *Brasserie de Haecht II* do Tribunal de Justiça, incumbe ao juiz suspender a instância

12 — Ver, anteriormente, nota 10.

13 — Acórdão de 6 de Fevereiro de 1973, *Brasserie de Haecht/Wilkin-Jansen*, «*Haecht II*», n.º 12 (48/72, Recueil, p. 77). Segundo o Tribunal, essas considerações aplicam-se tanto aos acordos sujeitos à obrigação de notificação (e notificados) como aos dispensados de notificação (n.º 13).

«sob reserva da eventual aplicação do artigo 177.º ... com o objectivo de permitir às partes que obtenham uma tomada de posição da Comissão» (n.º 12).

Como pode, na prática, ser obtida semelhante tomada de posição? O próprio Tribunal de Justiça refere um *primeiro* meio que permite atingir esse objectivo: o juiz pode submeter ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão prejudicial, face ao qual será de esperar da Comissão que, nas observações escritas ou orais que apresente ao Tribunal de Justiça, indique os seus pontos de vista quanto à aplicabilidade do artigo 85.º ao acordo em litígio. Todavia, isso não constitui um meio determinante, dado que o processo referente a um pedido de decisão prejudicial perante o Tribunal de Justiça apenas pode ter por objecto a interpretação, tal como no presente caso concreto, ou a validade de certas disposições de direito comunitário e não, em termos restritos, a sua aplicação a situações concretas, ainda que a Comissão possa dar indicações a esse propósito (ver seguidamente o n.º 14). Um *segundo* meio consiste em as partes (ou uma das partes), na hipótese, como a do presente caso concreto, de um acordo não sujeito a notificação, apesar disso o notificarem à Comissão, por exemplo, num prazo para esse efeito fixado pelo juiz, para obterem um certificado negativo (artigo 2.º do Regulamento n.º 17) ou, não podendo esse certificado ser passado, uma isenção individual (artigo 6.º do Regulamento n.º 17). A questão de saber se semelhante notificação ainda é possível — por iniciativa das duas partes ou de apenas uma delas — após a questão ter sido já submetida ao juiz nacional depende, em meu entender, das normas processuais nacionais. Sendo tal notificação ainda possível, será necessário aceitar um sério atraso na decisão da causa, dada a duração normal da análise a que procede a Comissão. Em alguns dos seus relatórios

anuais sobre a política da concorrência, a Comissão indica um *terceiro* meio de actuação: remete-se aí para uma prática existente que consiste, para os órgãos jurisdicionais nacionais, em submeter à Comissão um pedido de tomada de posição referente aos casos sobre os quais se devem pronunciar¹⁴. Na audiência, o representante da Comissão confirmou a existência de tais contactos, ainda que esporádicos. A questão de saber de que modo e em que condições deve ocorrer semelhante contacto directo com a Comissão depende essencialmente das disposições nacionais em matéria processual. No que se refere à Comissão, na falta de uma verdadeira notificação, a sua reacção não pode naturalmente consistir num certificado negativo ou numa decisão de inaplicabilidade formal. Contudo, as informações obtidas podem ser de natureza a permitir ao órgão jurisdicional nacional determinar, com um maior grau de certeza, se a proibição do n.º 1 do artigo 85.º se aplica e se o acordo teria podido beneficiar de uma isenção individual. Uma vez adquirida essa certeza, o órgão jurisdicional nacional já não tem motivo, em conformidade com a doutrina do acórdão *Brasserie de Haecht II*, para prolongar a suspensão da instância.

As isenções individuais e as isenções por categoria e as questões submetidas nas letras C e B

9. As precedentes observações permitem-me, antes de responder às questões submetidas na letra B, fornecer desde já uma resposta à questão submetida na letra C. Respondê-la-ei da seguinte forma.

14 — *Décimo terceiro relatório da Comissão sobre a política da concorrência*, 1983, p. 142 a 143. Ver, igualmente, o *Décimo quinto relatório*, 1985, p. 52, 55.

Um contrato de fornecimento de cerveja abrangido pelo n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CEE e que não preencha as condições do Regulamento n.º 1984/83 referente à isenção por categoria deve ser objecto de uma isenção individual emitida pela Comissão. Para esse efeito, o contrato deve ser notificado à Comissão; tratando-se dos acordos (novos) a que se refere o primeiro parágrafo do n.º 2 do artigo 4.º do Regulamento n.º 17, não foi fixado qualquer prazo para a notificação. Contudo, caso, tendo em conta as informações concretamente recebidas da Comissão no decurso do processo referente ao pedido de decisão prejudicial e/ou após ter obtido informações complementares da parte da Comissão e tendo em conta as respostas dadas pelo Tribunal de Justiça no âmbito do presente processo, o órgão jurisdicional de reenvio tenha adquirido um grau de certeza suficiente, tem directamente a faculdade *ou* de declarar que a proibição do n.º 1 do artigo 85.º não se aplica e considerar, portanto, o contrato como válido *ou* de declarar aplicável a proibição do n.º 1 do artigo 85.º, de considerar que a obtenção de uma decisão formal de inaplicabilidade da parte da Comissão é improvável e, portanto, por aplicação do n.º 2 do artigo 85.º, pronunciar a nulidade do contrato quanto aos seus elementos que sejam contrários ao n.º 1 do artigo 85.º¹⁵.

10. A resposta anteriormente dada à questão submetida na letra C parte da hipótese de o contrato em questão *não* estar abrangido pelo Regulamento n.º 1984/83 referente à isenção por categoria, hipótese que deve ser previamente analisada. É esse o objectivo das questões prejudiciais submetidas na letra B. Caso o contrato beneficie efectivamente da isenção por categoria, a resposta

às questões submetidas na letra A e a seguir analisadas seria, a bem dizer, supérflua (ver *supra*, n.º 2).

O contrato celebrado entre o recorrente e a recorrida na causa principal corresponde, no que se refere à natureza do acordo, à descrição dos acordos de fornecimento de cerveja isentos que é dada no n.º 1 do artigo 6.º do Regulamento n.º 1984/83. Com efeito, o recorrente obriga-se perante a recorrida, em contrapartida pela concessão de vantagens económicas ou financeiras especiais, a comprar certas cervejas e bebidas não alcoólicas, para efeitos de revenda numa loja de bebidas designada no acordo, respectivamente, apenas a esta ou às suas filiais. Contudo, concretamente, o acordo procede a uma derrogação ao disposto no n.º 1 do artigo 6.º, na medida em que as cervejas e bebidas em questão não estão «especificadas no acordo», mas são apenas designadas por referência às listas de preços em vigor, respectivamente, da fábrica de cerveja ou das suas filiais¹⁶.

Esta derrogação à isenção por categoria constitui o objecto da primeira questão prejudicial submetida na letra B, à qual, em meu entender, é fácil responder: a circunstância das cervejas e bebidas referidas no acordo de compra exclusiva não serem especificadas no próprio acordo mas resultarem de uma lista de preços que pode ser alterada por decisão unilateral da fábrica de cerveja exclui a aplicabilidade da isenção por categoria. Os motivos pelos quais essa aplicabilidade é excluída foram já indicados anterior-

15 — Em princípio, a nulidade apenas se aplica às disposições contratuais que sejam incompatíveis com o disposto no n.º 1 do artigo 85.º. As consequências dessa nulidade para todos os outros elementos do acordo não são reguladas pelo direito comunitário, mas pelo direito nacional aplicável (acórdão de 14 de Dezembro de 1983, *Société de vente de ciments et bétons*, n.º 11, 319/82, *Recueil*, p. 4173, com remissão para a jurisprudência anterior).

16 — A leitura da obrigação de compra prevista no contrato celebrado entre o recorrente e a recorrida revela ainda outra derrogação, que não é mencionada na questão prejudicial: segundo o contrato (artigo 6.º, n.º 1), a obrigação aplica-se «in und außer Haus» («no interior e no exterior da casa») e, portanto, igualmente à venda fora da loja de bebidas referida no contrato (por exemplo, aquando de feiras ou festas).

mente (no n.º 5). Vou repeti-los brevemente. Tratando-se de acordos abrangidos pelo disposto no n.º 1 do artigo 85.º, as isenções por categoria constituem derrogações à proibição dos cartéis, que são tomadas nos termos de uma decisão de ordem política (após longa reflexão e parecer do comité consultivo em matéria de acordos e posições dominantes), cada elemento das quais deve ser considerado como sendo significativo. Não cabe ao órgão jurisdicional nacional ou ao Tribunal de Justiça estender o alcance de um regulamento referente a uma isenção por categoria, exorbitando da interpretação normal das suas disposições: com efeito, a Comissão dispõe da competência exclusiva para declarar inaplicável o n.º 1 do artigo 85.º, nos termos do n.º 3 desse artigo. As autoridades jurisdicionais não dispõem dessa competência.

No que se refere a essas duas categorias de bebidas, este considerando traduz-se nas seguintes disposições do n.º 2 do artigo 8.º:

«Quando o acordo diga respeito a uma loja de bebidas que o fornecedor deu em locação ao revendedor ou de que lhe permitiu a fruição de direito ou de facto, são ainda aplicáveis as seguintes disposições:

...

b) o acordo deve prever o direito do revendedor comprar a terceiras empresas

— bebidas, com a excepção da cerveja, fornecidas nos termos do acordo, quando essas empresas as ofereçam em condições mais vantajosas e o fornecedor não ofereça essas condições;

— bebidas, com excepção da cerveja, que sejam do mesmo tipo mas de marca diferente das fornecidas nos termos do acordo, quando o fornecedor não as ofereça»¹⁷.

11. Para a compreensão da segunda questão prejudicial submetida na letra B, convém ter em conta que o contrato comporta a colocação à disposição do recorrente da loja de bebidas dada em locação pela recorrida na causa principal. Nos termos do décimo oitavo considerando do regulamento relativo à isenção por categoria, no que se refere a esses contratos,

«é conveniente prever uma regulamentação específica; ... neste caso, e nas condições previstas no presente regulamento, o revendedor deve ter o direito de comprar a terceiras empresas as outras bebidas que não cerveja fornecidas nos termos do acordo, *ou* que sejam do mesmo tipo mas de marca diferente» (o sublinhado não existe no texto original).

Segundo o teor das questões prejudiciais, o contrato objecto do litígio na causa principal entre o recorrente e a recorrida não prevê, em todo o caso, o direito, mencionado no primeiro travessão da alínea b) do

17 — Esta protecção complementar do revendedor, no que se refere às bebidas com excepção da cerveja, pode ser lida em conjugação com a disposição prevista no mesmo artigo 8.º, na alínea a) do n.º 2, que confere à fábrica de cerveja a possibilidade de impor ao revendedor as obrigações de compra exclusiva e as proibições de concorrência durante *todo* o período de tempo em que ele efectivamente explore a loja de bebidas.

n.º 2 do artigo 8.º, de comprar as bebidas «fornecidas nos termos do acordo» (o que se convencionou designar por produtos visados pelo acordo) com o benefício do que se convencionou designar por uma «cláusula referente às condições mais vantajosas» (e, se bem entendi, também não prevê o direito de comprar as bebidas visadas no segundo travessão dessa disposição, ou seja, as bebidas que sejam do mesmo tipo mas de marca diferente das fornecidas nos termos do acordo). Com efeito, o contrato proíbe a compra de cerveja e outras bebidas a outras fábricas de cerveja ou a outras empresas em geral (salvo no que se refere aos produtos provenientes de outros Estados-membros, ponto que seguidamente analisarei) e não prevê, portanto, os direitos de compra reservados pela alínea b) do n.º 2 do artigo 8.º

O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre qual será a consequência, em especial, da não existência da «cláusula referente às condições mais vantajosas» anteriormente citada. Pelas razões já indicadas (n.os 5 e 10), não cabe ao juiz proceder a uma derrogação às condições que o regulamento relativo à isenção por categoria estabeleceu para que seja tomada a decisão de inaplicabilidade da proibição dos cartéis do n.º 1 do artigo 85.º O facto de não existir uma perfeita concordância entre o acordo e as condições da isenção por categoria tem, pois, por efeito privar o acordo do benefício da aplicação da isenção por categoria.

A resposta à questão — posta ainda pelo órgão jurisdicional de reenvio — de saber se o acordo é nesse caso nulo no que se refere aos seus elementos que sejam compatíveis com o artigo 85.º (ver, anteriormente, nota 15) depende da questão de saber se o acordo, caso esteja abrangido, *em termos gerais*, pela proibição do n.º 1 do artigo 85.º está ou não isento da referida proibição nos termos de uma decisão individual tomada ao

abrigo do n.º 3 do artigo 85.º Para obter essa isenção, o acordo deve, todavia, ser notificado à Comissão (ver, anteriormente, n.º 8).

12. Para ser completo, devo assinalar que, no contrato em litígio no caso concreto, existem ainda outros elementos restritivos da concorrência que não são conformes ao regulamento relativo à isenção por categoria.

Expus anteriormente (no n.º 10) que a obrigação de compra exclusiva, estipulada no contrato, de cerveja e bebidas não alcoólicas provenientes, respectivamente, da fábrica de cerveja ou das suas filiais corresponde — com ressalva da especificação obrigatória das bebidas visadas no contrato (ver igualmente a nota 16) — à descrição que consta do n.º 1 do artigo 6.º do regulamento referente à isenção por categoria. Todavia, o contrato comporta ainda uma outra obrigação essencial para o recorrente, ou seja, como já referi, uma cláusula de não concorrência absoluta para *todos* os tipos de cerveja e *todas* as bebidas não alcoólicas originárias de outras fábricas de cerveja ou de outras empresas, com excepção das que sejam originárias de outros Estados-membros (ver, quanto a este ponto, o que adiante se dirá no n.º 24). Estas cláusulas gerais de não concorrência, que se aplicam a todos os tipos de cerveja e a todas as bebidas não alcoólicas (que não sejam os produtos visados pelo acordo que são vendidos nos termos da obrigação de compra) originárias de outras fábricas de cerveja ou de outras empresas da República Federal da Alemanha ou de países terceiros, vão além do que as alíneas a) e b) do n.º 1 do artigo 7.º do regulamento relativo à isenção por categoria considera como restrições autorizadas: este artigo visa unicamente a proibição de vender cervejas e outras bebidas do mesmo tipo que os produtos visados pelo acordo (com

ressalva da eventual aplicação das derrogações a essa norma, analisadas no número anterior) e a obrigação de princípio de vender apenas em garrafas, latas e outros pequenos acondicionamentos as cervejas de tipo diferente dos produtos visados pelo acordo. É certo que, no que se refere às restrições autorizadas, o artigo 7.º não procede a uma distinção segundo a origem dos produtos, enquanto que o acordo em análise na causa principal exclui a proibição de compra de cerveja e bebidas originárias de outros Estados-membros. Todavia, convém, concretamente, aplicar de novo o princípio de que os termos do regulamento relativo à isenção por categoria devem ser estritamente respeitados e de que não cabe ao juiz compensar as divergências existentes «para mais ou para menos» face ao disposto no regulamento relativo à isenção por categoria.

O recorrente na causa principal menciona igualmente uma proibição de publicidade que irá para além do que autoriza a alínea c) do n.º 1 do artigo 7.º do regulamento relativo à isenção por categoria, bem como uma proibição de instalar jogos automáticos que não tenham sido fornecidos pela pessoa designada no contrato, cláusulas que terão por efeito excluir a aplicação de isenção por categoria, nos termos do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 8.º do Regulamento n.º 1984/83¹⁸. Dado que o órgão jurisdicional de reenvio não submeteu questões referentes a essas cláusulas do contrato — a cláusula referida no parágrafo anterior é, pelo contrário, referida indirectamente na questão submetida na letra A, no n.º 4 (ver o que adiante se dirá

no n.º 13 e, sobretudo, no n.º 24) —, não me alongarei mais quanto a esses pontos.

13. Acresce que o contrato em litígio impõe ao recorrente na causa principal uma obrigação de compra anual de uma quantidade mínima de 132 hectolitros de cerveja, sancionada por uma cláusula que determina uma indemnização por perdas e danos e a faculdade, para a recorrida na causa principal, de resolver o contrato sem aviso prévio.

Segundo o disposto na alínea b) do n.º 3 do artigo 2.º do Regulamento n.º 1984/83, para o qual remete o artigo 9.º do mesmo regulamento, uma obrigação de compra de quantidades mínimas não obsta à aplicação da isenção por categoria¹⁹. Na quarta questão prejudicial submetida na letra A, o órgão jurisdicional de reenvio menciona, todavia, a estipulação referente a quantidades mínimas de compra em conjugação com a possibilidade deixada pelo contrato ao revendedor de comprar cerveja proveniente de outros Estados-membros. O órgão jurisdicional de reenvio interroga-se sobre se, nessas condições, o contrato é susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros. Analisarei mais adiante essa questão (ver n.º 24).

O alcance do n.º 1 do artigo 85.º e as questões submetidas na letra A

14. Admitindo, como anteriormente sustentei, que o acordo em litígio não beneficia da isenção por categoria instituída pelo Regu-

18 — Segundo a comunicação da Comissão, no n.º 52, a instalação, pelo revendedor, de jogos automáticos pode efectivamente ficar sujeita à aprovação do proprietário de modo a ser preservado o «estilo» da loja de bebidas. A designação de um instalador recomendado apenas é admitida quando a escolha dos instaladores se opere em função de critérios objectivos de carácter qualitativo, sejam uniformes e não discriminatórios.

19 — A comunicação da Comissão menciona, todavia, no n.º 57, que a obrigação de comprar quantidades mínimas não pode obstar ao pleno exercício dos direitos do revendedor-locatário que lhes estão assegurados de forma imperativa pelo disposto da alínea b) do n.º 2 do Regulamento n.º 1984/83, mas não estejam previstos no acordo em litígio (ver anteriormente no n.º 11).

lamento n.º 1984/83, convém, então, que o órgão jurisdicional nacional — eventualmente com o auxílio da Comissão, da parte da qual pode obter informações, e caso deseje conceder ainda às partes um prazo para notificarem o acordo à Comissão para efeitos da obtenção de uma isenção individual (ver anteriormente no n.º 8) — se debruce efectivamente sobre a questão da compatibilidade do acordo com o disposto no n.º 1 do artigo 85.º Nesse caso, confrontar-se-á com as questões prejudiciais enunciadas na letra A.

Procurando uma resposta a essas questões, gostaria, uma vez mais, de sublinhar que se referem exclusivamente à interpretação do direito comunitário. Por outras palavras, não cabe ao Tribunal de Justiça aplicar as normas interpretadas à situação concreta. Também não cabe ao Tribunal de Justiça (ou ao órgão jurisdicional nacional), sob a aparência de uma interpretação, tomar decisões que resultem de uma apreciação política; em contrapartida, no âmbito da interpretação do direito comunitário, convém que o Tribunal de Justiça tenha em conta a política seguida pelas instituições políticas, na medida em que a sua validade não seja contestada a outro título.

15. As questões enunciadas na letra A dizem respeito ao efeito exercido na concorrência. Convém previamente definir o *mercado em causa* onde joga a concorrência que convém avaliar. A Comissão e a recorrida na causa principal, bem como o Governo francês, partem do princípio de que, no caso concreto, a República Federal da Alemanha deve ser considerada como o mercado em causa, pela razão de existir, de facto, pouco comércio de cerveja entre os Estados-membros. Essa conclusão é reforçada pelo facto

de, aparentemente sem excepção digna de menção²⁰, serem os acordos de compra exclusiva, tais como o contrato em litígio, celebrados entre partes estabelecidas no mesmo Estado-membro, ainda que, por vezes, a título acessório, prevejam o abastecimento em cerveja a partir do estrangeiro.

O facto de se considerar o território de um Estado-membro como o mercado em causa não deixa de constituir um paradoxo. Para lá da protecção da liberdade económica dos operadores (exploradores de lojas de bebidas, fábricas de cerveja, consumidores), a missão do artigo 85.º (e do artigo 86.º) consiste em evitar que o jogo da concorrência seja falseado *no interior do mercado comum* e que, por efeito de redes de contratos privados, se erija entre os Estados-membros barreiras que, designadamente pela aplicação da jurisprudência referente à livre circulação das mercadorias, também não seriam toleradas se tivessem sido criadas pelos poderes públicos. Todavia, não deixa de ser menos verdade que, quando, na sequência de factores diferentes das práticas restritivas da concorrência ou da ingerência dos poderes públicos, o mercado em causa conserve uma estrutura nacional, esse mercado deve, ainda assim, continuar a ser considerado como constituindo o mercado em causa determinado pelos factos. Partilho, pois, o ponto de vista defendido pela Comissão.

16. Para além da delimitação geográfica do mercado, há que proceder também à delimitação do mercado do produto em questão. Nas diferentes observações que foram apresentadas ao Tribunal, defenderam-se dois pontos de vista. Segundo a recorrida na

20 — Verificou-se na audiência que, no decurso dos inquéritos realizados para o mercado da cerveja, a Comissão jamais teve conhecimento da existência de um contrato de compra de cerveja cujo alcance fosse além das fronteiras de um Estado-membro.

causa principal, convém entrar em linha de conta não apenas com a cerveja vendida nas lojas de bebidas, restaurantes e outros locais similares, mas ainda com as vendas de cerveja efectuada pelos supermercados e por outros comerciantes de vendas a retalho. De novo à luz da preocupação primordial do direito comunitário quanto à penetração recíproca dos mercados nacionais, os dois circuitos de distribuição estão estritamente ligados: as cervejas estrangeiras que sejam facilmente escoadas pela via do comércio a retalho acabarão inevitavelmente por chegar às lojas de bebidas. A circunstância de os preços que as fábricas de cerveja facturam aos exploradores de lojas de bebidas serem mais elevados do que os que cobram aos comerciantes de vendas a retalho não será determinante. Acresce que, em certas regiões, se deveria incluir nesta análise o vinho (branco) enquanto substituto muito próximo da cerveja.

compensatórios dos preços e das vendas, tais como os invocados pela recorrida, existem mesmo entre os produtos de carne e de peixe, entre as maçãs e as bananas, etc. Assim sendo, tudo depende da *força* dessa correlação, da *medida* em que os produtos podem ser substituídos. Essa correlação ou possibilidade de substituição são sempre graduais. A partir de um certo ponto, os mercados desses produtos confundem-se. A luz dessas observações, o facto de o sector das fábricas de cerveja organizar um mercado separado para a cerveja que é consumida nas lojas de bebidas, com recurso a um tipo especial de acordos com preços e condições específicos, parece-me ser determinante: demonstra que o sector em questão considera o produto vendido nas lojas de bebidas como um produto específico.

A Comissão e o recorrente na causa principal são de opinião contrária²¹. A existência de um certo paralelismo na evolução dos dois preços²² não bastará para que se possa falar do mesmo produto. A decisão de entrar numa loja de bebidas é influenciada por um grande número de factores e a marca da cerveja que aí se venda mais não constitui do que um desses factores.

Este segundo ponto de vista é, em meu entender, o mais convincente. Os movimentos

21 — A Comissão já defendeu esse ponto de vista no processo *Brouwerij Concordia* (Recueil 1977, p. 73). Esse mesmo ponto de vista foi também defendido na resposta à questão escrita n.º 1764/82 [JO 1983, C 93, p. 22, n.º 1, alínea a)] e no *Décimo sétimo relatório sobre a política de concorrência*, 1987, n.º 29.

22 — Na audiência, a recorrida na causa principal referiu um recente inquérito científico de onde resultará, no que se refere à República Federal da Alemanha, que os aumentos relativos dos preços da cerveja nas lojas de bebidas terão tido por efeito um declínio das vendas em benefício do comércio a retalho.

17. As questões enumeradas na letra A pelo órgão jurisdicional de reenvio dizem respeito, em primeiro lugar, à condição de aplicação, enunciada no n.º 1 do artigo 85.º, relativa à afectação do comércio interestadual. Essa condição e a outra que consiste na restrição do jogo da concorrência no interior do mercado comum, estão estritamente interligadas. É exactamente o que ocorre quando, num Estado-membro, exista uma rede de contratos análogos no mesmo mercado em causa. A existência de tal rede, sendo densa, pode não apenas restringir a liberdade de concorrência dos contratantes e dos terceiros, bem como reduzir o número das alternativas da oferta ou da procura, e, desse modo, comprometer a natureza concorrencial da estrutura do mercado, como ainda fechar o mercado nacional, protegendo-o contra as importações provenientes de outros Estados-membros. Por conseguinte, essas duas condições serão de seguida analisadas conjuntamente.

Entendo as *primeira e segunda questões* submetidas na letra A no sentido de que o órgão jurisdicional de reenvio deseja saber se o facto de um contrato, que tomado isoladamente, é insignificante, se inscrever num feixe de contratos similares de fornecimento de cerveja basta em si mesmo para tornar esse contrato contrário ao disposto no n.º 1 do artigo 85.º e, na afirmativa, a partir de que percentagem de «vínculos» essa circunstância origina a incompatibilidade com o n.º 1 do artigo 85.º

18. A resposta a estas questões pode ser encontrada na jurisprudência do Tribunal. Já no acórdão de 30 de Junho de 1966 no processo *Société technique minière* ²³, no que se refere à condição da restrição do jogo da concorrência e tratando-se de uma cláusula que atribua um direito exclusivo de *venda*, o Tribunal de Justiça sublinhou

«assim, para apreciar se um contrato que contém uma cláusula que “atribui um direito exclusivo de venda”, se deve considerar proibido por causa do seu objectivo ou do seu efeito, há que tomar em consideração, designadamente, a natureza e a quantidade limitada ou não dos produtos que são objecto do acordo, a posição e a importância do concedente e do concessionário no mercado dos produtos em causa, o carácter isolado do acordo controvertido ou, ao invés, a sua posição num conjunto de acordos, o rigor das cláusulas destinadas a proteger o exclusivo ou, pelo contrário, as possibilidades deixadas a outros circuitos comerciais relativamente aos mesmos produtos através de reexportações e de importações paralelas».

23 — Acórdão de 30 de Junho de 1966 (56/65, Recueil, p. 337, 360).

De modo mais específico, no que se refere aos vínculos de compra exclusiva subscritos pelos exploradores de lojas de bebidas, no acórdão *Brasserie de Haecht I* ²⁴, o Tribunal de Justiça considerou que, para efeitos da análise da disposição de proibição que comporta, o artigo 85.º n.º 1

«... implica a necessidade de observar esses efeitos no quadro em que se produzem, isto é, no contexto económico e jurídico no qual esses acordos, decisões ou práticas se inserem e onde podem concorrer, com outros, para a produção de um efeito cumulativo sobre o jogo da concorrência;

seria vão, com efeito, proibir um acordo, uma decisão ou uma prática devido aos seus efeitos, se estes devessem ser separados do mercado em que se manifestam e apenas pudessem ser analisados separados do feixe de efeitos, convergentes ou não, no seio dos quais se produzem;

para se apreciar se está abrangido pela proibição do n.º 1 do artigo 85.º, um acordo não pode, portanto, ser isolado desse contexto, isto é, das circunstâncias de facto ou de direito de que resultem ter este por efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência;

em relação a esse objectivo, a existência de contratos similares pode ser tida em consideração, na medida em que o conjunto dos contratos desse tipo seja de natureza a restringir a liberdade de comércio».

24 — Acórdão de 12 de Dezembro de 1967 (23/67, Recueil, p. 525, 537 e 538).

No que se refere à eventualidade de uma afectação do comércio entre os Estados-membros, o Tribunal considerou que:

«para preencher essa condição, o acordo, a decisão ou a prática deve, com base num conjunto de elementos objectivos de direito ou de facto, permitir concluir que é susceptível de eventualmente exercer uma influência directa ou indirecta nos fluxos comerciais entre os Estados-membros, de contribuir para a compartimentação do mercado e de tornar mais difícil a interpenetração económica desejada pelo Tratado;

portanto, para a apreciação desse elemento, o acordo, a decisão ou a prática também não pode ser separado de todos os outros no conjunto dos quais se insere;

a existência de contratos similares é uma circunstância que, com outras, pode formar o todo que constitui o contexto económico e jurídico no qual o contrato deve ser apreciado;

embora essa situação deva, portanto, ser tida em consideração, não pode, contudo, ser por si só considerada como determinante;

com efeito, apenas se trata aí de um elemento, entre outros, para se saber se, por meio de uma eventual alteração do jogo da concorrência, o comércio entre os Estados-membros é susceptível de ser afectado».

19. No acórdão *Brasserie de Haecht I*, o Tribunal de Justiça precisou que a existência de um feixe de acordos de distribuição ex-

clusiva no sector da cerveja ²⁵ constitui um dos elementos que, considerado em conjugação com outras circunstâncias, pode conduzir o órgão jurisdicional nacional a aplicar o n.º 1 do artigo 85.º a um acordo à primeira vista insignificante. Tal é, pois, a resposta que deve ser dada à primeira questão submetida na letra A.

Simultaneamente, responde-se já à segunda questão submetida. Uma vez que o facto de o contrato pertencer a uma rede constitui um factor, e apenas um dos factores, a partir do qual se pode deduzir a aplicabilidade do n.º 1 do artigo 85.º, não se pode atribuir a esse único factor uma percentagem constante, por exemplo, de 60 %. De resto, não cabe ao Tribunal de Justiça, no âmbito das suas competências, instituir semelhante regra empírica por via da interpretação das disposições jurídicas. Dados quantitativos agregados e, portanto, elementos estatísticos, não podem, por si só, originar ou excluir a aplicabilidade do n.º 1 do artigo 85.º Apenas podemos limitar-nos a considerar que uma percentagem elevada de vínculos, da ordem de, por exemplo, 40 % ou 60 %, diminui sensivelmente a natureza concorrencial da estrutura de determinado ramo do mercado.

20. Tratemos agora da terceira questão submetida na letra A. Entendo essa questão do seguinte modo: para a hipótese em que o facto do contrato se inserir numa rede que comporta uma percentagem elevada de vínculos *não* constituir o único factor que permite concluir que um acordo insignificante tomado isoladamente está abrangido pelo disposto no n.º 1 do artigo 85.º, o órgão

25 — Trata-se concretamente tanto de contratos celebrados por uma mesma fábrica de cerveja como de contratos celebrados por outras fábricas de cerveja: acórdão de 18 de Março de 1970, *Bilger/Jehe*, n.º 5, 43/69, já citado na nota 11. Daí resulta implicitamente não ser necessário que se trate de contratos que sejam exactamente idênticos.

jurisdicional de reenvio pretende saber se lhe será, todavia, possível chegar a essa conclusão caso, designadamente tendo em conta uma série de critérios que enumera de forma interrogativa ²⁶, as circunstâncias revelarem que o efeito cumulativo do conjunto dos contratos de compra exclusiva de cerveja subscritos na República Federal da Alemanha e a situação que o contrato em análise ocupa nesse conjunto originam, *no contexto considerado*, uma incompatibilidade com o artigo 85.º Em resumo, o órgão jurisdicional de reenvio pretende, pois, obter do Tribunal de Justiça que precise de forma mais concreta as passagens anteriormente citadas (no n.º 18) do acórdão *Brasserie de Haecht I*.

A resposta a esta questão, tal como resulta do referido acórdão, é em princípio indubitavelmente afirmativa. Mas que pensar dos critérios enumerados? Penso, antes do mais, que convém excluir dois, ou seja, os referidos na terceira questão nos travessões oitavo e nono (a densidade dos vínculos em determinadas zonas geográficas, a comparação com as vendas fora dos estabelecimentos de bebidas) porque esses dois critérios vão contra a descrição anteriormente admitida (nos n.ºs 15 e 16) para o mercado em causa, considerado do ponto de vista geográfico ou do ponto de vista dos produtos abrangidos. Os restantes critérios podem ser agrupados em dois grupos. O primeiro visa o contrato e os contratantes tomados isoladamente e compreende os critérios enunciados nos primeiro, segundo e quinto travessões. O segundo remete para a influência actual ou potencial que pode resultar de outros contratos existentes no âmbito da rede de

contratos e inclui os critérios mencionados nos terceiro, quarto, sexto, sétimo e décimo travessões.

21. Tratando-se, em primeiro lugar, do segundo grupo de critérios, que constituem aqueles cuja aplicação levanta mais dificuldades ao órgão jurisdicional nacional, é instrutivo ver até que ponto a própria Comissão parece dispor de poucas informações seguras. Interrogados pelo Tribunal de Justiça a propósito dos critérios enumerados pelo órgão jurisdicional de reenvio, os representantes da Comissão foram obrigados a reconhecer que esta apenas possui dados aproximativos no que se refere ao volume das vendas realizadas no conjunto das lojas de bebidas vinculadas, volume que a Comissão estima em 25 % do mercado *global* da cerveja (terceiro travessão), que praticamente não possui informações no que se refere ao número, duração e volume dos vínculos subscritos, tal como delas não dispõe no que se refere à proporção que representam em relação às quantidades vendidas por vendedores não vinculados (quarto travessão), que, no que se refere ao volume dos fornecimentos às lojas de bebidas efectuados pelos grossistas não vinculados, apenas possui dados de ordem geral relativos ao volume de cerveja distribuída directamente pelas fábricas de cerveja e ao volume distribuído por intermédio dos grossistas (sexto travessão), que não dispõe de dados relativos aos vínculos subscritos por produtores estrangeiros (sétimo travessão) e que também não dispõe de elementos no que se refere à possibilidade de criar ou comprar novos estabelecimentos de vendas (décimo travessão). Fica-me a impressão geral que quer um cálculo das percentagens dos vínculos actuais quer a fixação de uma percentagem teórica a partir da qual se poderá verificar uma afectação sensível das trocas comerciais não poderão do que ser largamente arbitrários.

26 — A maior parte desses critérios foram já mencionados pelo advogado-geral Roemer nas conclusões que apresentou em 21 de Novembro de 1967 no processo *Brasserie de Haecht/Wilkin-Janssen* (23/67, Recueil, p. 525, 539).

Nestas circunstâncias, considero que, ainda que convenha entrar em linha de conta com a existência de uma rede de contratos de compra exclusiva análogos, existentes em determinado sector, enquanto factor geral que reflecte a estrutura mais ou menos concorrencial de determinado ramo do mercado em causa, é necessário não atribuir a esse facto uma importância exagerada. Os elementos disponíveis a esse respeito são demasiado sumários e imprecisos. A existência de uma rede de contratos desempenha mais o papel de um contexto económico no qual convém situar os acordos individuais, o que significa que, quando tal rede exista, restrições à concorrência resultantes de acordos individuais serão mais facilmente abrangidas pela proibição do n.º 1 do artigo 85.º do que o seriam caso, na falta de tal rede, a estrutura do mercado fosse mais concorrencial.

22. E isto traz-nos ao grupo de critérios mencionado anteriormente em primeiro lugar (no n.º 20), os quais, como já assinalai, se referem ao próprio contrato em litígio e às partes contratantes. A quarta questão prejudicial enunciada na letra A, que se refere igualmente a uma cláusula específica que figura no contrato em litígio, remete também para estes critérios.

A pertinência dos dois primeiros critérios (a importância da fábrica de cerveja, o volume das vendas que constituem o objecto do contrato) no âmbito do exame da aplicabilidade do n.º 1 do artigo 85.º está estabelecida desde o acórdão *Société technique minière*, anteriormente citado (no n.º 18): segundo os termos desse acórdão, há que tomar em consideração, designadamente, «a natureza e a quantidade limitada ou não dos produtos que são objecto do acordo, a posição e a importância do concedente e do concessionário no mercado dos produtos em

causa». Portanto, posso partilhar sem qualquer problema do ponto de vista defendido na audiência pela Comissão, segundo o qual, perante um mesmo grau de vinculação do mercado pertinente, uma fábrica de cerveja mais pequena é menos abrangível de ver os seus contratos serem abrangidos pelo disposto no n.º 1 do artigo 85.º do que uma fábrica de cerveja de dimensão mais importante.

Todavia, isso não implica que incumba ao Tribunal de Justiça criar uma norma geral «de minimis», e necessariamente abstracta, que conferisse às pequenas fábricas de cerveja uma espécie de isenção nos termos do direito europeu da concorrência. De resto, como poderia tal norma teórica delimitar a noção de «pequena fábrica de cerveja», quando uma mesma parte de mercado pode ser qualificada de pouco importante num Estado-membro dotado de um mercado geográfico em causa caracterizado por uma concentração muito forte e de importante noutro Estado-membro que conte com um grau de concentração mais modesto ²⁷? Contudo, isso significa, como já referi, que a posição no mercado e o volume de vendas pouco importante da fábrica de cerveja constituem elementos que podem ser tidos em conta para a análise da aplicabilidade do n.º 1 do artigo 85.º

Mas então colocam-se questões referentes à importância da fábrica de cerveja. Uma destas questões foi suscitada na audiência. Com efeito, segundo a Comissão, a recorrida pertence ao segundo grupo, em importância, das fábricas de cerveja da República Federal da Alemanha (detendo uma parte de 6,4 %

27 — Na audiência, o representante da Comissão apresentou uma cópia do comunicado de imprensa difundido em 14 de Junho de 1990 pelo comissário da concorrência, referente ao resultado de um inquérito sobre o mercado de cerveja na Comunidade. Resulta desse texto sumário que, em comparação com outros Estados-membros, a República Federal da Alemanha dispõe de um grau de concentração relativamente pouco importante.

da produção); o representante da recorrida na causa principal respondeu a esta observação que, ainda que pertença a um grupo, trata de modo autónomo as questões referentes à comercialização, dispondo ainda das suas próprias marcas de cerveja. Contudo, mesmo que a recorrida seja considerada isoladamente, parece não se contestar que ocupa ainda o décimo terceiro lugar num total de mais de mil fábricas de cerveja, apesar do facto de, segundo o seu representante na audiência, a parte de mercado detido pela recorrida no conjunto do mercado alemão da cerveja «à pressão» não ultrapassar 0,3 %, ou seja, 1,3 % do mercado vinculado.

Como é sabido, a fim de facilitar a apreciação das partes interessadas no que se refere à definição dos acordos de menor importância — tendo em conta o volume das vendas das empresas contratantes e a parte do mercado coberto pelo acordo —, a Comissão publicou uma comunicação, actualmente em vigor numa versão de 3 de Setembro de 1986²⁸. Sem pretender tomar posição quanto ao preciso valor jurídico de tal texto — que, em todo o caso, reveste o valor de uma declaração de intenções a partir da qual se pode inferir a política da Comissão em matéria da aplicação das disposições em questão e perante a qual os particulares que dela sejam destinatários podem alimentar uma certa confiança legítima — o órgão jurisdicional nacional pode, todavia, encontrar aí elementos que lhe permitam informar-se quanto ao modo como a Comissão aplica o disposto no n.º 1 do artigo 85.º e que o auxiliem no seu julgamento. Convém referir que a comunicação — que, na sua versão actual, não se aplica a um sector, tal como o que está em causa, em que existam redes de acordos — não tem em consideração as partes contratantes tomadas isoladamente mas sim em conjunto com as empresas vincula-

das (a montante e a jusante). Por outras palavras, o facto de uma empresa fazer parte de um grupo é um factor que entra em linha de conta. Muitos elementos militam a favor desta perspectiva: ainda que as empresas distintas conservem uma certa autonomia, não se pode negar que o facto de fazerem parte de um grupo poderoso aumenta, no mínimo, a sua capacidade financeira.

Se se concluir do acordo celebrado entre o recorrente e a recorrida na causa principal que não preenche as condições mencionadas na comunicação da Comissão, isso constituirá um elemento de apreciação suplementar que pode levar a que se considere que a norma «de minimis» não é aplicável, elemento de apreciação que ganha ainda em importância pelo facto de o acordo dever, concretamente, ser considerado em conjugação com toda uma rede de acordos, ou seja, como referi (no n.º 21), tal constitui um factor de natureza a originar mais rapidamente a aplicação da proibição que consta do n.º 1 do artigo 85.º

A «cláusula de abertura» e a restrição do comércio interestadual

23. De entre os critérios mencionados pelo órgão jurisdicional de reenvio que fazem parte do grupo anteriormente mencionado em primeiro lugar, o critério restante, ou seja, a natureza dos vínculos subscritos pelo explorador no âmbito do arrendamento, remete para outro critério de apreciação da aplicabilidade do n.º 1 do artigo 85.º, também já mencionado pelo Tribunal de Justiça no acórdão Sociétés technique minière. Esse critério de apreciação é o seguinte: «o rigor das cláusulas destinadas a proteger o exclusivo ou, pelo contrário, as possibilidades

28 — JO 1986, C 231, p. 2.

deixadas a outros circuitos comerciais relativamente aos mesmos produtos através de reexportações e de importações paralelas» (já citado anteriormente no n.º 18). A quarta questão prejudicial enunciada na letra A remete, ela também, para esse critério de apreciação, no que se refere à possibilidade, para o revendedor, de comprar bebidas a empresas estabelecidas noutros Estados-membros, considerada em conjugação com a cláusula referente à imposição de uma quantidade mínima de compras.

No que se refere à natureza dos vínculos subscritos pelo explorador, refiro que esta circunstância entra igualmente em linha de conta no âmbito do Regulamento n.º 1984/83 relativo à isenção por categoria, dado que este assegura direitos suplementares aos revendedores a que o fornecedor tenha dado a loja de bebidas em locação ou de que lhe tenha permitido a fruição de direito ou de facto [artigo 8.º, n.º 2, alínea b)]. Essa disposição manifesta a intenção de uma maior protecção da liberdade de concorrência das partes contratantes que se encontrem numa posição económica mais fraca, sendo menos facilmente concedida uma isenção à proibição do n.º 1 do artigo 85.º

Em termos mais gerais, o facto de o Regulamento n.º 1984/83 excluir certas cláusulas da proibição do n.º 1 do artigo 85.º mostra que, aos olhos da Comissão, essas cláusulas são, em princípio, susceptíveis de serem abrangidas pela proibição que consta do n.º 1 do artigo 85.º Tratando-se da condição de aplicação da restrição da concorrência, muitos elementos jogam, com efeito, a favor da realização dessa condição de aplicação quando a obrigação de compra exclusiva dos produtos abrangidos pelo acordo seja acompanhada de uma cláusula de não concorrência que se aplica às outras

cervejas e bebidas e da obrigação de uma quantidade mínima de compras aplicável à compra de cerveja. Com efeito, consideradas em si mesmo — ou seja, independentemente das outras circunstâncias agravantes ou atenuantes já anteriormente analisadas —, essas cláusulas restringem sensivelmente a liberdade de acção do revendedor e dos fornecedores terceiros. Acresce que essas restrições têm ainda uma natureza tal que, consideradas isoladamente e abstraindo da «cláusula de abertura» seguidamente analisada, são susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros.

24. Coloca-se agora a questão de saber se, e em que medida, o que se convencionou designar por «cláusula de abertura», ou seja, a possibilidade que o contrato oferece ao revendedor de comprar, por derrogação à cláusula de não concorrência anteriormente referida, cerveja e bebidas não alcoólicas (com excepção dos produtos referidos no acordo fornecidos pela recorrida) provenientes de outros Estados-membros, obsta de qualquer modo à aplicabilidade do princípio do n.º 1 do artigo 85.º Esta cláusula dá origem a um menor grau de restrição da liberdade de acção do revendedor e dos fornecedores terceiros e, sobretudo, das trocas comerciais entre os Estados-membros. Formularei três observações a este respeito.

Em primeiro lugar, observo que, segundo jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, «o acordo em causa deve, com base num conjunto de elementos objectivos de direito ou de facto, deixar prever, com suficiente grau de probabilidade, que pode exercer uma influência directa ou indirecta, actual ou potencial, sobre o desenrolar das trocas comerciais entre os Estados-membros, num sentido que possa colocar um entrave à realização... de um mercado único

entre os Estados-membros...»²⁹. Neste contexto, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio precisar a interpretação da «cláusula de abertura» em questão (que está formulada em termos um pouco diferentes no que se refere à cerveja, por um lado, e às bebidas não alcoólicas, por outro). Com efeito, essa cláusula pode ser interpretada de forma mais ou menos restritiva: permitirá ela ao explorador vender exclusivamente as bebidas que tenha ele próprio comprado noutros Estados-membros ou também o autoriza a vender bebidas provenientes de outros Estados-membros (incluindo as originárias de países terceiros que estejam em livre prática) importadas para a República Federal da Alemanha por terceiros (por exemplo, por uma empresa cuja sede se encontra noutro Estado-membro mas que possui um estabelecimento de vendas na República Federal da Alemanha)? A Comissão parte da primeira interpretação, a mais restritiva, e daí conclui pela existência de uma afectação do comércio interestadual. A ser essa interpretação correcta — e é ao órgão jurisdicional de reenvio que cabe interpretá-la —, efectivamente essa conclusão impõe-se.

Em segundo lugar, observo que, ainda supondo que a cláusula em questão permite, em princípio, uma abertura total à cerveja e às bebidas provenientes de outros Estados-membros, convém ainda analisar em que medida a estipulação no contrato de uma quantidade mínima de compras de cerveja compromete *de facto* essa abertura. Com efeito, essa obrigação, que é acompanhada de sanções — que, como já resulta da matéria de facto do litígio na causa principal, são efectivamente aplicadas pela fábrica de cerveja —, pode, segundo as vendas realizadas pelo estabelecimento em questão, tornar mais ou menos, e mesmo totalmente, caducos os efeitos da cláusula de abertura. Caso

as vendas correspondam inteiramente à quantidade imposta na cláusula que estipula uma quantidade mínima de compras, a possibilidade de comprar a terceiros cervejas estrangeiras, que oferece a cláusula de abertura, perde praticamente qualquer valor. Essa análise deve igualmente caber ao órgão jurisdicional de reenvio.

Acrescento uma última observação. Resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o facto de um acordo apenas ter por objecto a comercialização dos produtos num único Estado-membro³⁰ e/ou o sistema de distribuição organizado por um acordo num único Estado-membro não visar a distribuição dos produtos provenientes de outros Estados-membros³¹ não impede que o comércio entre os Estados-membros seja ainda assim susceptível de ser afectado. Tal será designadamente o caso quando um acordo entre empresas, estendendo-se ao conjunto do território de um Estado-membro, tenha por efeito consolidar uma compartimentação do mercado de carácter nacional, entrando a interpenetração económica desejada pelo Tratado e assegurando uma protecção à produção nacional³². No caso concreto, semelhante efeito pode resultar da existência de uma rede de contratos de fornecimento de cerveja que, em conjunto, cubram todo o território de um Estado-membro, mas não de um único contrato de fornecimento que apenas diga respeito a uma única loja de bebidas. Caso se verifique que, em virtude dos termos e efeitos (conjugados com a estipulação de uma quantidade mínima de compras) da «cláusula de abertura», o acordo em questão, tomado isoladamente, não afecta o comércio entre os Estados-membros, não se poderá então, em meu entender, deduzir a realização dessa condição de aplicação da

30 — Acórdão de 11 de Julho de 1989, Belasco, n.º 33 (246/86, Colect., p. 2117).

31 — Acórdão Salonia, anteriormente citado, n.º 15.

32 — Acórdão Salonia, anteriormente citado, n.º 14; já agora, no mesmo sentido, o acórdão de 17 de Outubro de 1972, Nederlandse Cementhandelaren, n.º 29 (8/72, Recueil, p. 977).

29 — Acórdão Société technique minière, anteriormente citado, p. 359, e, no que se refere a jurisprudência mais recente, designadamente, acórdão de 11 de Julho de 1985, Remia, n.º 22 (42/84, Recueil, p. 2545).

existência de uma rede de acordos, no que respeita a esse acordo individual. Com efeito, o acordo, em si mesmo, não acrescenta qualquer elemento restritivo do co-

mércio entre os Estados-membros à referida rede de acordos, cujos efeitos nefastos não podem, pois, serem imputados ao acordo individual.

Conclusão

25. Tendo em consideração o conjunto dos elementos que acabo de referir, parece-me que, uma vez admitido que o Regulamento n.º 1984/83 referente à isenção por categoria não se aplica, o órgão jurisdicional nacional, confrontado, então, à questão de saber se existe, quanto à aplicabilidade ou inaplicabilidade do n.º 1 do artigo 85.º à situação concreta que lhe cabe julgar, um grau de certeza suficiente para não suspender a instância na expectativa de uma eventual decisão de inaplicabilidade individual que pode ser suscitada pelas partes (ou por uma das partes), dispõe de numerosos elementos que lhe permitem adquirir essa certeza. Como o Tribunal de Justiça declarou no acórdão Sociétés technique minière, por várias vezes citado ³³, convém que o órgão jurisdicional nacional entre em linha de conta com três tipos de circunstâncias: 1) a natureza e a quantidade dos produtos que são objecto do acordo e, sobretudo, a posição das partes contratantes no mercado dos produtos em questão; 2) a existência no mercado dos produtos em questão de uma rede de acordos paralelos; 3) o rigor das cláusulas destinadas a proteger o exclusivo (e das outras cláusulas do contrato).

No caso concreto, existe uma rede de acordos paralelos cuja importância não pode deixar de ser tida em conta, que tem por consequência diminuir a competitividade do mercado e que leva a que se afirme, mais facilmente que na ausência de tal rede, a aplicabilidade da proibição que consta do n.º 1 do artigo 85.º O órgão jurisdicional de reenvio dispõe de elementos referentes à posição no mercado das partes contratantes, e em especial da fábrica de cerveja, tanto no que se refere à sua posição tomada isoladamente como à posição do grupo de que faz parte. No caso de uma fábrica de cerveja de maiores dimensões, pode-se mais facilmente do que no caso de uma (verdadeira) pequena fábrica de cerveja pressupor que a influência mais importante que exerce no mercado e os múltiplos contratos que tenha celebrado originarão ainda maiores inconvenientes no plano da estrutura concorrencial do mercado (já limitada pela existência da rede de contratos) e no plano da liberdade de concorrência dos fornecedores terceiros e dos revendedores vinculados à referida fábrica de cerveja. O órgão jurisdicional de reenvio pode igualmente tomar partido quanto ao alcance exacto e os efeitos da obrigação de compra exclusiva, a que em princípio se aplica o disposto no n.º 1 do artigo 85.º, em

33 — Citado anteriormente, nota 23.

conjugação com a cláusula de não concorrência e com a estipulação de uma quantidade mínima de compras, bem como sobre o efeito da atenuação da restrição, que essas cláusulas implicam para o comércio entre os Estados-membros, engendrado pelo que se convencionou designar por cláusula de abertura.

Dados, designadamente, os elementos já comunicados verbalmente pela Comissão na audiência e resumidos anteriormente no n.º 21 e o comunicado de imprensa referente a um recente inquérito sobre o mercado da cerveja na Comunidade, anteriormente mencionado na nota 27 ³⁴, cabe ao órgão jurisdicional de reenvio apreciar se ainda é necessário obter informações complementares da parte da Comissão.

26. Visto tudo o que precede, proponho ao Tribunal de Justiça que responda da seguinte forma às questões submetidas pelo órgão jurisdicional de reenvio:

- «A — 1) Para responder à questão de saber se um contrato de fornecimento de cerveja, que comporta um acordo de compra exclusiva tomado isoladamente, infringe a proibição que consta do n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CEE, convém entrar em linha de conta, conjuntamente com outras circunstâncias que formam um contexto económico e jurídico, com a existência no mercado em questão de uma “rede” de contratos similares de fornecimento de cerveja, seja qual for a fábrica de cerveja que os tenha celebrado. Um critério puramente quantitativo, tal como determinada percentagem de empresa vinculadas, não bastará, por si só, para decidir num ou noutro sentido.
- 2) Para além da existência de uma rede de acordos, convém ter igualmente em consideração, enquanto elementos do contexto económico e jurídico, a extensão e a importância no mercado em causa das empresas contratantes e eventualmente das empresas a estas vinculadas e, em rigor, as cláusulas que restringem a concorrência e em especial, no caso concreto, a cláusula destinada a proteger o exclusivo, a cláusula de não concorrência e a estipulação de uma quantidade mínima de compras.
- 3) O facto de um contrato pertencer a uma rede de contratos similares de fornecimento de cerveja não basta, por si só, para se chegar à conclusão de que um acordo, tomado isoladamente, afecta o comércio entre os Estados-membros, *desde que* o acordo comporte uma cláusula que auto-

³⁴ — O comunicado de imprensa anteriormente citado apenas comporta o resumo das conclusões de ordem política que a Comissão tira do seu inquérito.

rizo o explorador a comprar as cervejas e outras bebidas em proveniência de outros Estados-membros e que essa cláusula possa realmente ser entendida no sentido de que não origina qualquer entrave, directo ou indirecto, efectivo ou potencial, ao comércio entre os Estados-membros e que, conjugado com a estipulação contratual de uma quantidade mínima de compras, também não origine, de direito ou de facto, semelhante entrave.

B — 1) As condições do artigo 1.º e do artigo 6.º, n.º 1 do Regulamento n.º 1984/83, relativo à isenção por categoria, não estão preenchidas quando as bebidas que são objecto da exclusividade de compras não são enumeradas no texto do contrato, mas tenha ficado estipulado que resultarão pontualmente da lista de preços em vigor da fábrica de cerveja ou das suas filiais.

2) Um contrato de compra de cerveja acompanhado de um arrendamento referente à loja de bebidas, não está, na sua totalidade, abrangido pela isenção do Regulamento n.º 1984/83, quando, no que se refere às bebidas não alcoólicas, não contenha, em benefício do revendedor, designadamente, o direito de comprar com o benefício de uma «cláusula referente às condições mais vantajosas», na acepção da alínea b) do n.º 2 do artigo 8.º do referido regulamento.

C — Para que um contrato de compra de cerveja abrangido pela proibição do n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CEE e que não preenche as condições do Regulamento n.º 1984/83, relativo à isenção por categoria, seja isento da referida proibição, deve ser objecto de uma decisão individual de inaplicabilidade por parte da Comissão, nos termos do n.º 3 do artigo 85.º, e deve, para esse efeito, ser notificado à Comissão. Quando se trate de um acordo novo que não está sujeito a notificação, tal decisão de inaplicabilidade pode ser acompanhada de um efeito retroactivo.

Dada a competência exclusiva da Comissão para aplicar o disposto no n.º 3 do artigo 85.º, o órgão jurisdicional nacional não tem a faculdade de pronunciar, nos termos desta última disposição, a inaplicabilidade da proibição do n.º 1 do artigo 85.º a um contrato que comporte uma derrogação, ainda que de pouca monta, às condições de um regulamento relativo à isenção por categoria. Caso, tendo designadamente em conta as respostas dadas às questões da letra A, o órgão jurisdicional nacional tenha adquirido a certeza de que o contrato não está abrangido pela proibição do n.º 1 do artigo 85.º, pode, pura e simplesmente, declará-lo válido. Se o

órgão jurisdicional tiver adquirido a certeza do contrário, pode pronunciar a nulidade do contrato, ou, pelo menos, dos seus elementos que sejam incompatíveis com o disposto no n.º 1 do artigo 85.º e, eventualmente, mesmo dos outros elementos, quando as disposições aplicáveis do seu direito nacional lhe imponham decidir nesse sentido. Em caso de dúvida quanto à aplicabilidade do n.º 1 do artigo 85.º à situação concreta, o órgão jurisdicional nacional pode, se tal desejar, em conformidade com as normas do seu direito processual nacional, obter informações complementares da parte da Comissão ou permitir às partes que notifiquem a esta o referido acordo.»