

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Primeira Secção)
14 de Julho de 1994 *

No processo T-66/92,

Herlitz AG, sociedade de direito alemão, com sede em Berlim, representada por Kay Jacobsen e, na audiência, por Ulrich Quack, advogados no foro de Berlim, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório do advogado Marc Loesch, 11, rue Goethe,

recorrente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, inicialmente representada por Bernd Langeheine, e depois por Berend Jan Drijber, membros do Serviço Jurídico, na qualidade de agentes, sendo este último assistido por H. J. Freund, advogado no foro de Francoforte do Meno, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de Georgios Kremlis, membro do Serviço Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

recorrida,

* Língua do processo: alemão.

que tem por objecto a anulação da Decisão 92/426/CEE da Comissão, de 15 de Julho de 1992, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE (IV/32.725 — Viho/Parker Pen, JO L 233, p. 27),

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (Primeira Secção),

composto por: R. Schintgen, presidente, R. García-Valdecasas, H. Kirschner, B. Vesterdorf e C. W. Bellamy, juízes,

secretário: H. Jung

vistos os autos e após a audiência de 3 de Maio de 1994,

profere o presente

Acórdão

Matéria de facto e tramitação processual

- 1 A Herlitz AG (a seguir «Herlitz»), sociedade de direito alemão, produz uma vasta gama de artigos de escritório e de produtos conexos, distribuindo igualmente produtos de outros fabricantes, designadamente produtos fabricados pela Parker Pen Ltd.

2 A Parker Pen Ltd (a seguir «Parker»), sociedade de direito inglês, produz uma grande variedade de canetas e de outros artigos similares, que vende em todos os países da Europa, onde é representada por filiais ou por distribuidores independentes.

3 A Viho Europe BV (a seguir «Viho»), sociedade de direito neerlandês, importa e exporta artigos de escritório e material de reprodução, nomeadamente para os Estados-membros.

4 Em 1986, a Parker e a Herlitz celebraram um acordo de distribuição, assinado em 29 de Julho pela Parker e em 18 de Agosto pela Herlitz, cujo ponto 7 tem a seguinte redacção: «Herlitz wird Parker-Artikel ausschließlich in der Bundesrepublik Deutschland vertreiben. Jeglicher Vertrieb über die Landesgrenzen hinaus ist Herlitz untersagt bzw, nur mit schriftlicher Erlaubnis durch Parker gestattet» («A Herlitz comercializará os artigos da Parker exclusivamente no território da República Federal da Alemanha. É completamente vedada à Herlitz toda e qualquer venda que ultrapasse as fronteiras nacionais, a não ser com autorização da Parker por escrito»).

5 Em 19 de Maio de 1988, a Viho apresentou uma denúncia ao abrigo do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22, a seguir «Regulamento n.º 17»), contra a Parker, acusando-a de proibir a exportação dos seus produtos pelos seus distribuidores, de separar o mercado comum em mercados nacionais dos Estados-membros e de manter nos mercados nacionais preços artificialmente elevados para os seus produtos.

6 Em resposta a um pedido da Viho, de 20 de Abril de 1989, de fornecimento de produtos Parker, a Herlitz GmbH & Co KG, filial alemã controlada a 100% pela Herlitz, respondeu por telecópia de 24 de Abril de 1989: «Lamentamos informar que não estamos autorizados a exportar nenhum dos produtos acima mencionados. Lamentamos não poder satisfazer o pedido.»

- 7 A Viho respondeu na mesma data ao director das exportações da Herlitz, nos seguintes termos: «Se bem entendemos a vossa telecópia, a Herlitz GmbH não está autorizada pelos produtores, distribuidores de produtos que não são produtos Herlitz, a exportar esses produtos para nenhum outro país, não porque a Herlitz não queira exportar, mas apenas porque está obrigada por outros a essas restrições. Se entendemos correctamente o que precede, solicitamos confirmação imediata por telex ou telecópia. Se assim não for, queiram fazer o favor de nos explicar.»
- 8 Por telecópia de 25 de Abril de 1989, o director das exportações da Herlitz respondeu à Viho: «A Herlitz produz, por si, cerca de 80% dos produtos que vende. Dos 20% fabricados por outras empresas, podemos vender uma parte ao estrangeiro, mas não os que a Viho pede. A maior parte dos fornecedores europeus de produtos de marca têm acordos de venda exclusiva em cada país e proíbem consequentemente a exportação de um produto determinado para um país onde já têm um acordo. Não é que não queiramos, mas estamos vinculados por um contrato. Contamos com a vossa compreensão.»
- 9 Quando efectuaram, em 19 e 20 de Setembro de 1989, uma fiscalização na Herlitz, os agentes da Comissão encontraram o texto do acordo de distribuição celebrado em 1986.
- 10 Em 28 de Setembro de 1989, a Parker informou a Herlitz de que o ponto 7 do referido acordo era revogado e, em 18 de Dezembro de 1989, a Parker enviou à Herlitz um projecto de alteração do contrato que regia a sua colaboração, explicando que, por razões jurídicas, se impunha uma série de modificações.

- 11 Em 12 de Fevereiro de 1991, a Comissão enviou à Herlitz uma comunicação de acusações.
- 12 Em 22 de Maio de 1991, a Viho apresentou nova denúncia contra a Parker, que deu entrada nos serviços da Comissão em 29 de Maio de 1991, alegando que a política de distribuição aplicada pela Parker, que consistia em obrigar as suas filiais a limitar a distribuição dos produtos Parker a territórios determinados, constituía uma infracção ao artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. Por decisão de 30 de Setembro de 1992, a Comissão recusou dar seguimento a esta denúncia.
- 13 Depois das observações apresentadas pela Herlitz em 3 de Abril de 1991 em resposta à comunicação das acusações, realizou-se em Bruxelas, em 4 de Junho de 1991, uma audição, relativamente à qual a Herlitz voltou a pronunciar-se em 13 de Junho de 1991.
- 14 A Comissão adoptou em 15 de Julho de 1992 a Decisão 92/426/CEE, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE (IV/32.725 — Viho/Parker Pen, JO L 233, p. 27), que tem o seguinte dispositivo:

«Artigo 1.º

As empresas Parker Pen e Herlitz AG cometeram uma infracção ao disposto no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CEE, ao incluir uma proibição de exportação num acordo concluído entre ambas.

Artigo 2.º

São aplicadas as seguintes coimas às empresas indicadas:

— à Parker Pen Ltd, uma coima de 700 000 ecus (setecentos mil),

— à Herlitz AG, uma coima de 40 000 ecus (quarenta mil).

(omissis)

Artigo 3.º

A Parker Pen Ltd não pode tomar quaisquer medidas que tenham um objectivo ou efeito equivalente ao das infracções ao Tratado verificadas.»

- 15 Foi nestas circunstâncias que, por petição entrada na Secretaria do Tribunal em 16 de Setembro de 1992, a Herlitz interpôs o presente recurso.
- 16 Com base no relatório do juiz-relator, o Tribunal (Primeira Secção) decidiu iniciar a fase oral do processo sem instrução.

17 As partes foram ouvidas em alegações e em resposta às perguntas do Tribunal na audiência de 3 de Maio de 1994.

Pedidos

18 A recorrente Herlitz conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão da Comissão de 15 de Julho de 1992 no processo IV/32.725 (Viho/Parker Pen), na parte em que se aplica à recorrente.

19 A recorrida conclui pedindo que o Tribunal se digne:

1) negar provimento ao recurso;

2) condenar a recorrente nas despesas da instância.

20 Na audiência, o representante da recorrente pediu que a recorrida fosse condenada nas despesas. A recorrida opôs-se ao pedido.

Quanto ao mérito

- 21 A Herlitz invoca dois fundamentos em apoio do seu recurso. O primeiro baseia-se na violação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. O segundo baseia-se na violação do artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17.

Quanto ao fundamento baseado na violação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado

- 22 O fundamento baseado na violação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, desdobra-se em dois aspectos. Em primeiro lugar, a recorrente invoca a finalidade específica a que destina os produtos Parker para contestar que o acordo tenha tido um objectivo anticoncorrencial. Em segundo lugar, alega que nunca aplicou, de facto, a proibição constante do acordo.

Quanto à natureza anticoncorrencial do objecto do acordo

— Exposição sumária dos principais argumentos das partes

- 23 A recorrente alega que não actua como grossista, na acepção clássica do termo, quando compra produtos Parker. Explica que se limita a abastecer as suas próprias lojas de venda a retalho, exploradas sob a denominação social Mc Paper, bem como os espaços comerciais postos à sua disposição pelos grandes armazéns, pelos livres-serviços e outras superfícies comerciais, com uma gama completa de artigos de escritório que cobrem todas as necessidades que podem existir ao nível do consumidor final. É, portanto, unicamente com o objectivo de completar o leque dos seus próprios produtos que compra a outros fabricantes os produtos que lhe faltam, como os produtos Parker. A recorrente insiste no facto de que nunca teve a intenção de fazer comércio destes artigos. Sublinha que não se limita a fornecer aos

estabelecimentos que abastece mercadorias que se prestam à venda em livre-serviço, mas que lhes oferece um conjunto de serviços, que consistem em organizar e decorar ela própria os espaços comerciais postos à sua disposição para os artigos de escritório (sistema dito «*shop within the shop*»). Acrescenta que, como alguns desses grandes armazéns ou grandes superfícies comerciais abriram também sucursais nos países vizinhos, os «seguiu» para explorar, segundo o mesmo modelo que utiliza na Alemanha, os espaços comerciais aí colocados à sua disposição. Foi neste contexto que exportou para esses países produtos Parker, bem como outros produtos de marcas ditas «hospedeiras». A recorrente propôs-se produzir prova testemunhal da natureza e da extensão da sua actividade comercial.

24 Daqui resulta, segundo a recorrente, que a cláusula que proíbe a exportação de produtos Parker não tinha para ela qualquer interesse. Efectivamente, ela não teria qualquer interesse em impedir importações paralelas através de uma cláusula desse tipo, dado que só teria adquirido os produtos Parker para completar a sua gama de artigos de escritório para responder a necessidades da sua própria actividade.

25 Na audiência, o representante da recorrente acrescentou que, mesmo que a proibição de exportação constante do acordo celebrado entre a Parker e a Herlitz tivesse impedido esta de integrar, em caso de exportação, produtos Parker na gama global de artigos de escritório que ela vende, a cláusula em questão não produziu de qualquer modo efeitos práticos, visto que a gama de produtos comercializados pela Herlitz se destina exclusivamente a uma clientela de língua alemã. Aliás, a recorrente forneceu produtos Parker para a Áustria e para a Suíça. Em resposta a uma pergunta do Tribunal, o representante da recorrente confirmou que a Herlitz fez igualmente exportações dessas para França, mas unicamente sob a forma da sua gama global.

26 A Comissão começa por observar que a Herlitz não nega ter concluído com a Parker um acordo escrito de onde constava uma proibição de exportação.

- 27 A recorrida salienta, a seguir, que o certificado de registo comercial que a recorrente juntou aos autos demonstra que o seu objecto é o fabrico e a comercialização de produtos resultantes da transformação do papel, da madeira e de matérias plásticas de todas as espécies, nomeadamente artigos de papelaria, de escritório e escolares. Daqui conclui que as actividades comerciais da Herlitz incluem, em princípio, o comércio por grosso, quer dizer, a venda a outros compradores que não o consumidor final, e que a Herlitz pode também exercer esta actividade noutros Estados-membros. Sustenta que, como a cláusula de proibição de exportação restringe a liberdade de acção comercial da recorrente, não interessa saber se e em que medida a Herlitz exerceu efectivamente essa actividade ou tinha a intenção de a exercer.
- 28 Ainda que admita que, em alguns casos, possa ser exacto que a Herlitz não age na qualidade de grossista e vende directamente ao consumidor final, a recorrida considera, no entanto, que não é esse o caso relativamente aos fornecimentos efectuados aos grandes armazéns e aos livres-serviços. Efectivamente, as vendas ao consumidor final não seriam efectuadas em nome e por conta da Herlitz, mas em nome e por conta dos grandes armazéns ou dos livres-serviços, que seriam, portanto, eles próprios compradores dos produtos em causa. Daqui resulta, segundo a Comissão, que a Herlitz comercializa efectivamente artigos Parker e exerce uma actividade típica de grossista ao vender aos grandes armazéns e aos livres-serviços.

— Apreciação do Tribunal

- 29 Deve começar-se por lembrar que é pacífico, no caso em apreço, que a recorrente celebrou, em 1986, com a Parker um acordo do qual constava uma cláusula de proibição de exportação. Ora, é jurisprudência assente que «pela sua própria natureza, uma cláusula de proibição de exportação constitui uma restrição da concorrência, independentemente de ser adoptada por iniciativa do fornecedor ou do seu cliente, sendo o objectivo sobre o qual os contratantes acordaram o de isolar uma parte do mercado» (v. os acórdãos do Tribunal de Justiça de 1 de Fevereiro de 1978, Miller/Comissão, 19/77, Recueil, p. 131, n.º 7, e, em último lugar, de 31 de

Março de 1993, Ahlström Osakeyhtiö e o./Comissão, dito «Pasta de papel», C-89/95, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a 129/85, Colect., p. I-1307, n.º 176).

- 30 Quanto à alegada falta de interesse que a cláusula em questão apresentaria para as partes em causa — facto invocado pela Herlitz para escapar à proibição do n.º 1 do artigo 85.º do Tratado —, o Tribunal constata que a existência da cláusula de proibição de exportação no acordo em causa apresentava para a Parker a vantagem de restringir ao território alemão a distribuição dos seus produtos, segundo o modelo de comercialização utilizado pela Herlitz. Dado que uma cláusula deve ser interpretada em função dos interesses e das intenções de todas as partes contratantes, é forçoso constatar que, no presente caso, a cláusula de proibição de exportação, longe de ser supérflua, constituiu um elemento importante das obrigações recíprocas assumidas pelas duas partes no contrato. Nestas condições, não é necessário examinar a prova oferecida pela recorrente a propósito da natureza e da extensão da sua actividade comercial.
- 31 Por outro lado, a alegação da recorrente segundo a qual o seu comportamento não podia ter afectado o comércio intracomunitário, pelo facto de a gama global que comercializa, e na qual se incluem os produtos Parker, só interessar uma clientela restrita nos Estados-membros que não são de língua alemã, é desmentida pelo facto, por ela própria reconhecido, de que efectuou exportações desse tipo para França.
- 32 Deve acrescentar-se que o n.º 1 do artigo 85.º do Tratado, que visa o comércio entre Estados-membros, deve ter uma interpretação extensiva, abrangendo todas as formas de actividade económica. Efectivamente, diz respeito tanto ao sector da produção como ao da distribuição e da prestação de serviços, o que aliás resulta claramente da enumeração dos diferentes tipos de acordos proibidos por força do n.º 1, alíneas b), c) e d), do artigo 85.º

33 Ora, no caso em apreço, a Herlitz não pode negar ter exercido uma actividade económica, porque importou e vendeu produtos Parker. Comercializou, portanto, tanto produtos por ela fabricados como produtos fabricados por outros produtores. O facto de a Herlitz, por um lado, oferecer um conjunto de serviços consistente na organização e decoração dos espaços comerciais postos à sua disposição para os artigos de escritório e, por outro, de efectuar vendas a retalho, não impede que se esteja perante uma actividade económica abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 85.º do Tratado.

34 De qualquer modo, argumentos baseados na situação actual, ainda que exactos, não bastam para provar que cláusulas de proibição de exportação não são susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-membros. Efectivamente, esta situação pode mudar de ano para ano, em função de alterações das condições ou da composição do mercado, tanto no mercado comum no seu conjunto como nos diferentes mercados nacionais (v. acórdão Miller/Comissão, já referido, n.º 14).

Quanto à aplicação da cláusula em questão

— Exposição sumária dos principais argumentos das partes

35 A recorrente começa por lembrar que a cláusula em questão apresentava para ela tão pouco interesse que a aceitou simplesmente, sem lhe atribuir qualquer significado especial.

36 A recorrente sustenta, depois, que utilizou a cláusula como um meio de justificação cortês para a recusa de fornecimento à Viho, o que se propõe provar, na fase da

réplica, com o testemunho de uma sua empregada, a Sr.^a A. Admite que a resposta foi de facto estúpida, porque qualquer pessoa com um mínimo de experiência teria facilmente podido detectar a intenção subjacente ao pedido da Viho, ou seja, a de recolher elementos para a sua denúncia.

- 37 No que respeita à Parker, a recorrente alega que é evidente que os órgãos responsáveis desta não pretenderam nem exigiram a inclusão da cláusula de proibição de exportação, de cuja existência só tomaram conhecimento aquando do procedimento na origem do presente litígio. Posteriormente a isso, as partes confirmaram reciprocamente que consideravam a cláusula nula.
- 38 A Comissão pensa que o simples facto de a Herlitz ter invocado a proibição de exportação basta para sublinhar a importância que atribuía à cláusula e confirma que esta foi efectivamente aplicada. Considera que a recusa de fornecimento à Viho, admitindo que fosse realmente motivada pela recusa da Herlitz de abastecer grossistas, poderia ser justificada de outro modo que não pela invocação da cláusula de proibição de exportação.
- 39 A Comissão considera, por outro lado, irrelevantes as circunstâncias em que a cláusula em questão foi inserida no acordo. Considera igualmente irrelevante o argumento segundo o qual a cláusula não teria produzido qualquer efeito, por não ter sido aplicada ou utilizada. Lembra que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o facto de as exportações nunca terem sido entravadas não basta para afastar do âmbito de aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado uma proibição clara de exportação (acórdão de 21 de Fevereiro de 1984, Hasselblad/Comissão, 86/82, Recueil, p. 883, n.º 46). Além disso, a Comissão salienta que a Herlitz não contesta que a cláusula de proibição de exportação foi aplicada pelo menos à Viho.

— Apreciação do Tribunal

- 40 Deve lembrar-se, primeiro, que o facto de uma cláusula de proibição de exportação, que pela sua própria natureza constitui uma restrição da concorrência, não ter sido aplicada pelo distribuidor não serve de prova de que essa cláusula não tenha produzido efeitos, podendo a sua existência, segundo o acórdão Miller/Comissão (já referido, n.º 7), criar um clima «óptico e psicológico» que contribui para a repartição do mercado e, portanto, o facto de uma cláusula que tem como objectivo restringir a concorrência não ter sido aplicada pelos contratantes não basta para a subtrair à proibição do n.º 1 do artigo 85.º do Tratado (v. os acórdãos Hasselblad/Comissão, já referido, n.º 46, e, em último lugar, Ahlström Osakeyhtiö e o./Comissão, já referido, n.º 175).
- 41 O Tribunal constata, além disso, que a afirmação da recorrente, segundo a qual a sua empregada, a Sr.^a A., só utilizou a cláusula como «meio mais simples para uma recusa cortês», não pode ser acolhida, dado que a recorrente só na réplica se propôs provar esses factos, através do testemunho da Sr.^a A., sem justificar o atraso no oferecimento das provas, como impõe o artigo 48.º, n.º 1, do Regulamento de Processo.
- 42 Há também que constatar que a Herlitz justificou de facto a sua recusa de fornecimento à Viho baseando-se na cláusula em questão, o que constitui prova suficiente de que a recorrente invocou a autoridade dessa cláusula como base da sua recusa, não sendo pertinentes a esse respeito os móbis que possam ter motivado a empregada da recorrente. Não se justifica, pois, a audição da testemunha, Sr.^a A., que a Herlitz propôs.
- 43 Decorre do conjunto das considerações precedentes que o fundamento baseado na violação do n.º 1 do artigo 85.º do Tratado deve ser rejeitado.

Quanto ao fundamento baseado na violação do artigo 15.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 17

- 44 A recorrente sustenta, em suma, que não prosseguia qualquer objectivo particular através da referida cláusula e que não estava de modo nenhum na suas intenções impedir quaisquer importações paralelas.
- 45 O Tribunal considera, em primeiro lugar, que a alegação da recorrente segundo a qual a cláusula em questão teria sido inserida no contrato sem intenção especial não é pertinente. Efectivamente, para que uma infracção às regras da concorrência do Tratado possa ser considerada como tendo sido deliberadamente cometida, não é necessário que a empresa tenha tido consciência de infringir uma proibição imposta por essas regras, bastando que tenha tido consciência de que o comportamento censurado tinha como objectivo restringir a concorrência (v. o acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Novembro de 1983, IAZ e o./Comissão, 96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, Recueil, p. 3369, n.º 45).
- 46 O Tribunal constata em seguida que, no caso em apreço, a Herlitz não pode ter tido dúvidas sobre o alcance da cláusula, tendo em consideração a redacção clara e inequívoca desta. Consciente de que a cláusula em questão tinha como objectivo restringir, ou mesmo proibir, as exportações, e, assim, compartimentar os mercados, deve considerar-se que a recorrente agiu de forma deliberada.
- 47 O Tribunal entende, por outro lado, que a coima aplicada é adequada à infracção verificada.
- 48 Decorre de quanto precede, sem que seja necessário considerar a prova oferecida pela recorrente, que deve ser negado provimento ao recurso.

Quanto às despesas

- 49 Por força do disposto no n.º 2 do artigo 87.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, a parte vencida é condenada nas despesas se tal tiver sido requerido. Tendo a recorrente sido vencida, há que condená-la nas despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Primeira Secção)

decide:

- 1) É negado provimento ao recurso.
- 2) A recorrente é condenada nas despesas.

Schintgen

García-Valdecasas

Kirschner

Vesterdorf

Bellamy

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 14 de Julho de 1994.

O secretário

H. Jung

O presidente

R. Schintgen