

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

JEAN MISCHO

apresentadas em 27 de Novembro de 1986 *

*Senhor Presidente,
Senhores Juizes,*

Por decisão de 18 de Dezembro de 1985, o tribunal de grande instance de Paris solicitou ao Tribunal, nos termos do artigo 177.º do Tratado CEE, «que se pronunciasse sobre as condições de aplicação do Regulamento n.º 123/85, de 12 de Dezembro de 1984¹, ao contrato celebrado em 18 de Dezembro de 1984 por um período de um ano, com início em 1 de Janeiro de 1985 e termo em 31 de Dezembro do mesmo ano, sem renovação tácita, entre a Société VAG France (autora no processo principal), e os Établissements Magne (ré no processo principal), tendo em conta as interpretações respectivas das partes».

Formulada deste modo, a questão traduz-se em solicitar ao Tribunal que conheça da aplicação do direito comunitário a um caso concreto, o que ele não poderá fazer no âmbito da missão que lhe está confiada pelo artigo 177.º do Tratado.

Resulta, porém, dos fundamentos da decisão de reenvio que o pedido se baseia efectivamente na interpretação do referido regulamento. O tribunal de grande instance de Paris nele indica efectivamente que

«o litígio entre as partes assenta essencialmente na questão de saber se a entrada em vigor do citado regulamento, em 1 de Julho de 1985, as obriga a modificar o contrato

em vigor que as vincula, para o harmonizar, nomeadamente, com as prescrições do artigo 5.º, n.º 2, segundo parágrafo, do regulamento, quanto à duração, de tal maneira que esta seja elevada para quatro anos, a contar da data de início de execução do contrato por período determinado, como sustentam os Établissements Magne, ou se tem apenas como efeito ferir de nulidade as cláusulas de exclusividade e de não concorrência e, eventualmente, todo o contrato, tendo em conta o carácter essencial e determinante delas e isto até ao termo do contrato ou, pelo menos, até que as partes tenham celebrado um novo acordo conforme com as regras comunitárias, como pretende a VAG France».

Em virtude do artigo 5.º, n.º 2, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 123/85, em certos casos em que o distribuidor assumiu obrigações previstas no artigo 4.º, n.º 1, a aplicação da excepção permitida nos termos do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado CEE aos compromissos de não vender outros veículos automóveis novos além dos pertencentes à gama definida no acordo, ou de não fazer deles objecto de um acordo de distribuição e de serviço de venda e pós-venda, está subordinada, entre outras, à condição de que

«a duração do acordo seja de, pelo menos, quatro anos ou o pré-aviso para a denúncia do acordo celebrado por período indeterminado seja de, pelo menos, um ano para as duas partes, a não ser que:

— o fornecedor seja obrigado a pagar uma indemnização adequada por força da lei ou de convenção especial, em caso de cessação do acordo,

ou

* Tradução do francês.

1 — Regulamento (CEE) n.º 123/85 da Comissão, de 12 de Dezembro de 1984, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado CEE a certas categorias de acordos de distribuição e de serviço de venda e de pós-venda de veículos automóveis (JO L 15 de 18.1.1985, p. 16; EE 08 F2 p. 150).

— se trate da entrada do distribuidor na rede e do primeiro prazo estabelecido para o acordo ou da primeira possibilidade de denúncia».

Ora, desde 1975, as relações entre a VAG France SA e os Établissements Magne SA eram regidos por contratos por período determinado, concluídos de cada vez pelo período de um ano, sem possibilidade de renovação tácita.

Considerando que o contrato em curso não estava conforme com a nova regulamentação comunitária, a VAG France SA propôs ao seu concessionário um *novo contrato*, este por período indeterminado. Constatando um atraso considerável nas vendas realizadas pelo seu concessionário no decurso dos primeiros meses do ano, a VAG France SA fazia, contudo, depender a sua proposta da concretização de certos objectivos de venda.

Por seu lado, os Établissements Magne SA recusaram-se a assinar este novo contrato, considerando que o artigo 5.º, n.º 2, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 123/85 obrigava o fornecedor VAG a transformar o contrato em curso, sem poder alterar-lhe a natureza, num contrato por período determinado de quatro anos e, em consequência, solicitaram que esta modificação fosse efectuada através de um simples aditamento. De resto, contestaram a possibilidade de a VAG France SA fazer depender o seu acordo da condição invocada relativa aos objectivos de venda.

Deste diferendo resultou a cessação de todas as relações comerciais entre as duas partes que, cada uma de seu lado, querem fazer estabelecer a responsabilidade da outra pela ruptura do contrato. Elas consideram, com efeito, que na falta da sua adaptação às disposições do Regulamento n.º 123/85 e na ausência de uma isenção individual nos ter-

mos do Regulamento n.º 17 do Conselho² ou de uma isenção por categoria fixada com base no Regulamento n.º 19/65/CEE do Conselho³, o artigo 85.º, n.º 2, do Tratado CEE determina a nulidade *ope legis* do referido contrato ou, pelo menos, das cláusulas do mesmo incompatíveis com o n.º 1 do citado artigo.

O pedido de interpretação do Regulamento n.º 123/85 tem, pois, mais precisamente que ver com a questão de saber quais os efeitos da sua entrada em vigor sobre a validade de contratos de concessão exclusiva do tipo daquele que foi apresentado ao órgão jurisdicional nacional, em particular sobre as cláusulas relativas à sua duração e sobre as obrigações que, eventualmente, resultam para os contratantes desta entrada em vigor.

A fim de dar uma resposta útil ao problema com o qual o tribunal de reenvio se vê assim confrontado, importa lembrar primeiramente qual é o alcance de isenções por categoria.

1. Como diz expressamente o artigo 85.º, n.º 3, do Tratado CEE, todas as isenções, sejam individuais ou colectivas, têm como efeito declarar as disposições do n.º 1 do mesmo artigo inaplicáveis ao acordo ou à categoria de acordos em causa. Por outras palavras, o benefício da isenção torna válidos os acordos que, caso contrário, seriam em princípio proibidos e, por isso, em virtude do n.º 2 do artigo 85.º, nulos *ope legis*.

Acontece o mesmo com a isenção estabelecida pelo Regulamento n.º 123/85. Os acordos que preenchem as condições do referido regulamento estão isentos e, portanto, devem considerar-se válidos face ao direito comunitário da concorrência.

2 — Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962 (JO 1962, p. 204; EE 08 F1 p. 22).

3 — 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, p. 533).

Compete ao tribunal nacional apreciar se as condições de isenção por categorias estão preenchidas num caso particular e, quando isso acontece, declarar a validade do acordo sobre que se pronuncia⁴.

Quanto à data a partir da qual a isenção produz efeitos, o tribunal nacional deve distinguir entre os acordos celebrados posteriormente à entrada em vigor do Regulamento n.º 123/85 e aqueles que estavam em execução no momento da sua entrada em vigor.

Os primeiros, que estão dispensados de notificação (considerando n.º 28), estão isentos *ab initio*.

Para os segundos, os artigos 7.º e 8.º precisam o efeito retroactivo eventual da sua isenção, a qual varia consoante se trate de «antigos» acordos (quer dizer anteriores ao Regulamento n.º 17) notificados em tempo útil, ou de acordos nos quais participam unicamente empresas de um só Estado-membro e que não respeitam nem à importação nem à exportação entre Estados-membros, estes últimos em princípio dispensados de notificação (por força do artigo 4.º, n.º 2, ponto 1, do Regulamento n.º 17), ou de acordos «novos» (quer dizer posteriores ao Regulamento n.º 17) notificados.

Se se trata de um contrato de notificação obrigatória deverá verificar-se igualmente se o contrato em causa é eventualmente idêntico a um contrato-tipo que tenha sido regularmente notificado.

No acórdão 1/70 de 30 de Junho de 1970⁵ o Tribunal declarou, com efeito, que «os

acordos visados pelo artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, concluídos após a entrada em vigor do regulamento n.º 17/62, que são a reprodução exacta de um contrato-tipo concluído anteriormente e regularmente notificado nessa qualidade, beneficiam do mesmo regime de validade provisória que este».

2. No caso de o juiz nacional constatar que as condições de isenção não se encontram reunidas no caso que lhe é submetido, que conclusões deverá ele daí tirar no que concerne à validade do acordo?

Uma vez que as decisões tomadas com base no artigo 85.º, n.º 3, têm por objectivo declarar inaplicáveis as disposições do n.º 1, poder-se-ia ser tentado a supor que os acordos que dele beneficiam são sempre abrangidos pela interdição do referido n.º 1.

Se tal acontece efectivamente no caso dos acordos que beneficiam duma isenção individual, não é necessariamente assim quando se trate de um acordo inserido numa *categoria* isenta. No acórdão 32/65, de 13 de Julho de 1966⁶, o Tribunal, com efeito, precisou que «a definição de uma categoria não constitui senão um quadro e não significa que os acordos nela contidos sejam todos passíveis de proibição» e que «*ela não implica, para além disso, que um acordo inserido na categoria isenta, mas não correspondente a todas as condições da referida definição deva necessariamente cair no âmbito da proibição*» (Recueil 1966, p. 590).

Nesta hipótese, cabe ao juiz nacional, sem prejuízo da aplicação do artigo 177.º do Tratado, verificar se as condições da proibi-

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

5 — Acórdão 1/70, de 30 de Junho de 1970, Rochas/Bitsch, Recueil, p. 515.

6 — Acórdão 32/65 de 13 de Julho de 1966, Itália/Conselho e Comissão, Recueil, p. 563.

ção do artigo 85.º, n.º 1, estão efectivamente cumpridas e, sendo esse o caso, declarar a nulidade, nos termos do artigo 85.º, n.º 2, do acordo em causa⁷.

Neste contexto, o juiz nacional pode ser levado a «suspender o processo a fim de permitir às partes a obtenção de uma tomada de posição por parte da Comissão»⁸, eventualmente uma isenção individual, uma vez que o Regulamento n.º 123/85 não atinge o seu direito de pedir tal decisão com base no Regulamento n.º 17 (ver considerando n.º 29).

Deverá igualmente verificar se o acordo não beneficia de uma isenção por categorias que, no caso concreto, poderia ser a que se encontra prevista nos regulamentos n.ºs 1983/83⁹ ou 1984/83¹⁰ da Comissão (ver considerando n.ºs 24 e 29 e artigo 6.º, ponto 3, do Regulamento n.º 123/85).

Um regulamento de isenção por categorias não produz, pois, o efeito automático de tornar nulo um acordo que não preenche as condições da isenção. Tal acordo só é nulo na medida em que as condições do artigo 85.º, n.º 1, sejam efectivamente preenchidas, a menos que beneficie de outra isenção, individual ou colectiva. Concretamente, daqui resulta que o facto de o acordo em causa não estar provavelmente em conformidade com o artigo 5.º, n.º 2, segundo parágrafo, do Regulamento n.º 123/85 não seja necessaria-

mente uma prova da sua nulidade, mas somente o priva do benefício da isenção estabelecida pelo citado regulamento.

3. Caso o órgão jurisdicional nacional seja finalmente levado a constatar que as condições do artigo 85.º, n.º 1, se encontram reunidas, deve precisar-se que a nulidade *ope legis* que lhe está ligada por força do n.º 2 «não se aplica senão aos elementos do acordo feridos pela proibição (do n.º 1), ou ao acordo no seu conjunto se esses elementos não são separáveis do próprio acordo» e que «por consequência todas as outras disposições contratuais não afectadas pela proibição, não estando no âmbito de aplicação do Tratado, escapam ao direito comunitário»¹¹.

Nos processos apensos Consten e Grundig/Comissão¹² o Tribunal deduziu que «competia pois à Comissão ou limitar-se, no âmbito da decisão impugnada, a constatar a infracção apenas quanto aos elementos do acordo atingidos pela proibição, ou então precisar, nos fundamentos, as razões pelas quais esses elementos não lhe pareciam separáveis do conjunto do acordo».

No caso concreto, esta tarefa incumbe ao tribunal nacional se este for levado a concluir pela incompatibilidade de uma ou de mais disposições contratuais com o direito comunitário da concorrência.

4. Do que fica dito resulta que pertence igualmente ao tribunal nacional apreciar, segundo o seu próprio direito nacional, as consequências que uma nulidade parcial

7 — Acórdão 31/80, de 11 de Dezembro de 1980, L'Oréal/De Nieuwe AMCK, Recueil, p. 3775, especialmente o n.º 13.

8 — Acórdão 42/72, de 6 de Fevereiro de 1973, Haecht II, Recueil, p. 77, especialmente o n.º 12.

9 — Regulamento (CEE) n.º 1983/83 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 acordos de distribuição exclusiva (JO L 173, p. 1; EE O8 F2 p. 110).

10 — 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 acordos de compra exclusiva (JO L 173, p. 5; EE O8 F2 p. 114).

11 — Acórdão 56/65, de 30 de Junho de 1966, Société technique minière/Maschinenbau Ulm, Recueil, p. 337, especialmente p. 360.

12 — Acórdão de 13 de Julho de 1966, processos apensos 56 e 58/64, Recueil, p. 429.

pode ter para todos os outros elementos do acordo¹³ e, *a fortiori*, as consequências que uma nulidade, parcial ou total, pode ter, de um modo geral, no que respeita às relações de direito privado entre as partes, nomeadamente no que concerne à sua responsabilidade respectiva na ruptura eventual das suas relações contratuais.

Com efeito, para além da sua função de declarar a proibição do artigo 85.º, n.º 1, inaplicável aos acordos que preenchem as condições fixadas, um regulamento de isenção por categoria não tem nem por objecto nem por efeito atribuir a uma das partes de um tal acordo o direito de exigir da outra que ela aceite adaptar um contrato em vigor a essas condições, nem impedir uma delas de propor à outra condições sem relação com aquelas «que devem ser preenchidas» (considerando n.º 11 do Regulamento n.º 123/85) ou «que não podem figurar nos acordos» (considerando n.º 21 do Regulamento n.º 123/85).

A este respeito, assinalo entretanto para os efeitos convenientes, uma vez que o problema parece revestir-se de uma certa importância no processo principal, que, nos termos do artigo 4.º, n.º 1, ponto 3, do Regulamento n.º 123/85, a isenção se aplica igualmente sempre que o distribuidor se compromete «a procurar vender, no território contratual e num período determinado, uma qualidade mínima de produtos contratuais, que o fornecedor fixará a partir de estimativas previsionais das vendas do distribuidor, se as partes não estiverem de acordo sobre o assunto». Lembro igualmente, para os fins convenientes, que teria sido lícito, face ao artigo 1.º, n.º 1, do Regulamento n.º 27 da Comissão, de 3 de Maio de

1962¹⁴, a *qualquer* das partes que desejasse prevalecer-se das disposições do artigo 85.º, n.º 3, notificar o acordo em vigor à Comissão e de solicitar uma isenção individual.

O Regulamento n.º 123/85 não impõe portanto obrigações nem concede direitos a um dos contratantes face ao outro. Limita-se a fazer beneficiar da isenção, no caso de preencher as condições requeridas, qualquer acordo estabelecido entre os contratantes.

Com efeito, estas condições não foram estabelecidas para proteger qualquer dos contratantes, mas para limitar ao máximo as restrições ao livre funcionamento da concorrência que são geralmente o objecto ou o efeito de acordos deste tipo (ver considerando n.º 2 do Regulamento n.º 123/85).

Isto não exclui, no entanto, que o direito nacional aplicável ao contrato não limite, em certas hipóteses, a liberdade contratual de uma das partes. Daqui resulta que as questões de saber se é lícito a uma das partes exigir a substituição de um contrato em vigor por um novo contrato, fazer depender a adaptação ou a renovação de um acordo de concessão exclusiva da obtenção de resultados de venda satisfatórios pela outra parte ou pedir a mudança do carácter determinado ou indeterminado da duração de tal contrato, devem ser apreciadas face ao referido direito nacional.

Neste contexto, o tribunal nacional poderá eventualmente ser levado a apreciar qual das duas possibilidades oferecidas no Regulamento n.º 123/85 está mais próxima do acordo celebrado pelas partes e que consis-

13 — Acórdão 319/82, de 14 de Dezembro de 1983, Société de vente de ciments et bétons/Kerpen & Kerpen, Recueil, p. 4173.

14 — Primeiro regulamento de aplicação do Regulamento n.º 17 do Conselho (JO 1962, p. 1118).

tia num contrato de duração determinada de um ano, não susceptível de renovação táctica: será um contrato de duração determinada de quatro anos ou um contrato de duração indeterminada, resolúvel com pré-aviso de pelo menos um ano?

5. Face a todas as considerações que precedem, proponho ao Tribunal que responda como se segue ao pedido do tribunal de grande instance de Paris:

- «1) O Regulamento n.º 123/85 da Comissão, de 12 de Dezembro de 1984, relativo à aplicação do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado CEE a categorias de acordos de distribuição e de serviço de venda e de pós-venda de veículos automóveis, não tem outro efeito senão o de declarar o artigo 85.º, n.º 1, do Tratado CEE inaplicável aos acordos que reúnem as condições fixadas por esse regulamento.
- 2) Em consequência, o Regulamento n.º 123/85 não confere a qualquer contratante o direito de obrigar o outro a adaptar as cláusulas dum contrato de distribuição exclusiva de veículos automóveis às disposições deste regulamento, nomeadamente às constantes do artigo 5.º, n.º 2, segundo parágrafo, relativas à duração do acordo.

Não confere igualmente a um contratante o direito de obrigar o outro a substituir um contrato em vigor por um novo contrato.

- 3) Inversamente, o Regulamento n.º 123/85 não impede um fornecedor de veículos automóveis de solicitar a substituição de um contrato em vigor por um contrato novo, eventualmente de natureza diferente quanto à sua duração, nem de propor condições contratuais novas.

Tais exigências da parte do fornecedor devem ser apreciadas pelo tribunal nacional segundo o seu próprio direito.

- 4) As consequências da nulidade do acordo do tipo visado pelo Regulamento n.º 123/85, ou de certas disposições de tal acordo, que o tribunal nacional eventualmente deva declarar, nomeadamente a determinação da responsabilidade das partes no que respeita a esta nulidade, não relevam do direito comunitário e devem ser apreciadas pelo tribunal nacional segundo o seu próprio direito.»

As despesas em que incorreu a Comissão, que submeteu observações ao Tribunal, não podem ser objecto de reembolso. Como o processo reveste, relativamente às partes no processo principal, o carácter de incidente levantado perante o tribunal nacional, compete a este decidir quanto às despesas.