

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
(Segunda Secção Alargada)
8 de Junho de 1995 *

No processo T-9/93,

Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG, sociedade de direito alemão, com sede em Nuremberga (Alemanha), representada por Ulrich Scholz, advogado em Nuremberga, e Rainer Bechtold, advogado em Stuttgart, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório dos advogados Loesch & Wolter, 8, rue Zithe,

recorrente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por Bernd Langeheine, membro do Serviço Jurídico, na qualidade de agente, assistido por Alexander Böhlke, advogado em Frankfurt am Main, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de Georgios Kremlis, membro do Serviço Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

recorrida,

apoiada por

* Língua do processo: alemão.

Mars GmbH, sociedade de direito alemão, com sede em Viersen (Alemanha), representada por Jochim Sedmund, advogado em Colónia, e John E. Pheasant, solicitor, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório do advogado Michel Mollitor, 14 A, rue des Bains,

interveniente,

que tem por objecto a anulação da Decisão 93/405/CEE da Comissão, de 23 de Dezembro de 1992, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE contra a Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG (IV/31.533 e IV/34.072 — JO 1993, L 183, p. 1),

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

composto por: B. Vesterdorf, presidente, D. P. M. Barrington, A. Saggio, H. Kirschner e A. Kalogeropoulos, juízes,

secretário: H. Jung,

vistos os autos e após a audiência de 16 de Novembro de 1994,

profere o presente

Acórdão

Matéria de facto na origem do recurso

- 1 Por carta de 7 de Maio de 1985, a recorrente notificou à Comissão um «contrato-tipo de fornecimento» que rege as suas relações com os distribuidores retalhistas. Em 20 de Setembro de 1985, a direcção-geral da concorrência da Comissão enviou ao advogado da Schöller uma carta administrativa de arquivamento (a seguir «carta administrativa»), na qual se pode ler:

«Foi solicitado, em 2 de Maio de 1985, em nome da sociedade Schöller Lebensmittel GmbH e Co. KG, nos termos do artigo 2.º do Regulamento n.º 17, a emissão de um certificado negativo relativamente a um 'acordo de fornecimento de gelados'.

Nos termos do artigo 4.º do mesmo regulamento, e a título preventivo, foi também notificado o contrato. Anteriormente, por carta de 25 de Junho de 1985, foi fornecido um contrato-tipo que deveria servir de referência aos contratos que no futuro a sociedade Schöller celebrará.

Em carta de 23 de Agosto de 1985, foi claramente referido que a obrigação de compra exclusiva imposta ao cliente no contrato-tipo notificado, acompanhada da proibição de concorrência, pode ser rescindida pela primeira vez com o pré-aviso mínimo de seis meses no final do segundo ano de contrato, e em seguida com idêntico pré-aviso no final de cada ano.

Resulta dos elementos de que a Comissão tem conhecimento e que, no essencial, se baseiam no que foi referido no pedido, que a duração fixa dos contratos a celebrar

no futuro não ultrapassará dois anos. A duração média da totalidade dos ‘acordos de fornecimentos de gelados’ da sua cliente estará assim bem abaixo do período de cinco anos, condição prevista no Regulamento (CEE) n.º 1984/83 da Comissão, de 22 de Junho de 1983 (JO L 173 de 30.6.1983, p. 5; EE 08 F2 p. 114), para isenção por categoria dos acordos de compra exclusiva.

Estes elementos mostram bem que os ‘acordos de fornecimento de gelados’ celebrados pela Schöller, mesmo tendo em conta o número de acordos de idêntica natureza, não têm, designadamente, como efeito eliminar a concorrência no que toca a uma parte substancial dos produtos em causa. Continua garantido o acesso de empresas terceiras ao sector do comércio a retalho.

Os ‘acordos de fornecimento de gelados’ da Schöller que foram notificados são, por isso, compatíveis com as regras de concorrência do Tratado CEE. Assim, a Comissão não tem que intervir relativamente aos contratos notificados pela sua cliente.

Todavia, a Comissão reserva-se o direito de reabrir o processo se se alterarem sensivelmente determinados elementos de direito ou de facto sobre os quais se baseia a presente apreciação.

Desejamos ainda informar a sua cliente de que os ‘acordos de fornecimento de gelados’ já existentes estão sujeitos a uma apreciação semelhante e que, por isso, não é necessário notificá-los se a duração fixa de tais acordos não ultrapassar dois anos a partir de 31 de Dezembro de 1986 e se forem em seguida rescindíveis mediante prévio aviso de, no máximo, seis meses no final de cada ano.

...»

- 2 Em 18 de Setembro de 1991, a Mars GmbH (a seguir «Mars») apresentou à Comissão uma queixa contra a recorrente e contra a Langnese-Iglo GmbH (a seguir «Langnese»), por infracção dos artigos 85.º e 86.º do Tratado, e solicitou a adopção de medidas provisórias a fim de evitar o prejuízo grave e irreparável que, em seu entender, resultaria do facto de a venda dos seus gelados ser fortemente prejudicada na Alemanha pela aplicação de acordos contrários às regras de concorrência que a recorrente e a Langnese celebraram com um grande número de retalhistas.

- 3 Por decisão de 25 de Março de 1992, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE (IV/34.072 — Mars/Langnese e Schöller — Medidas provisórias, a seguir «decisão de 25 de Março de 1992»), a Comissão, no essencial, proibiu a recorrente e a Langnese, a título de medida provisória, de invocarem os direitos contratuais que resultam dos acordos celebrados por estas sociedades ou a seu favor, na parte em que os retalhistas se comprometiam a comprar, a oferecer para venda e/ou a vender exclusivamente gelados destes produtores, em relação a produtos de gelados «Mars», «Snickers», «Milky Way» e «Bounty», quando estes são oferecidos ao consumidor final em doses individuais. Além disso, a Comissão retirou o benefício da aplicação do 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 08 F2 p. 114, a seguir «Regulamento n.º 1984/83»), aos acordos de exclusividade celebrados pela recorrente, na medida necessária à aplicação da proibição acima referida.

- 4 Foi nestas circunstâncias que, na sequência da decisão de 25 de Março de 1992, e a fim de adoptar uma decisão definitiva sobre os «acordos de fornecimento» em causa, a Comissão adoptou, em 23 de Dezembro de 1992, a Decisão 93/405/CEE, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE contra a Schöller Lebens-

mittel GmbH & Co. KG (IV/31.533 e IV/34.072 — JO 1993, L 183, p. 1, a seguir «decisão»), cuja parte dispositiva é a seguinte:

«Artigo 1.º

Os acordos concluídos pela Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG, nos termos dos quais os retalhistas sediados na Alemanha estão vinculados a adquirir, exclusivamente à referida empresa, gelados em pequenas embalagens ¹ para revenda (exclusividade dos locais de venda), infringem o disposto no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CEE.

Artigo 2.º

É indeferida uma isenção nos termos do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado CEE relativamente aos acordos referidos no artigo 1.º

Artigo 3.º

A Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG é obrigada a comunicar o teor dos artigos 1.º e 2.º aos revendedores com os quais tenha concluído acordos do tipo referido no artigo 1.º que ainda vigorem, no prazo de três meses a contar da notificação da presente decisão, informando-os da conseqüente não produção de efeitos dos referidos acordos.

1 — Na aceção das explicações relativas ao agrupamento de produtos, situação em 21 de Maio de 1990, fornecidas pela Fachsparte Eiskrem (sector dos gelados) des Bundesverbandes der Deutschen Süßwarenindustrie e. V.

Artigo 4.º

A Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG fica proibida, até 31 de Dezembro de 1997, de concluir acordos do tipo referido no artigo 1.º

...»

- 5 No mesmo dia, foi adoptada uma decisão relativamente à Langnese [Decisão 93/406/CEE da Comissão, de 23 de Dezembro de 1992, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE contra a Langnese-Iglo GmbH (IV/34.072 — JO 1993, L 183, p. 19)].

Tramitação

- 6 Por petição entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 10 de Abril de 1992, a recorrente interpôs recurso de anulação da decisão de 25 de Março de 1992 e, por requerimento separado entrado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância no mesmo dia, a recorrente apresentou também um pedido de medidas provisórias (processos T-28/92 e T-28/92 R).
- 7 Por despacho de 16 de Junho de 1992, o presidente do Tribunal de Primeira Instância, decidindo a título provisório, ordenou medidas provisórias (Langnese-Iglo e Schöller Lebensmittel/Comissão, T-24/92 R e T-28/92 R, Colect., p. II-1839).

- 8 Por carta entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 2 de Fevereiro de 1993, a recorrente, nos termos do artigo 99.º do Regulamento de Processo, informou o Tribunal de Primeira Instância que desistia do recurso e, por despacho do presidente da Primeira Secção do Tribunal de Primeira Instância de 1 de Abril de 1993, o processo T-28/92 foi cancelado no registo do mesmo Tribunal.
- 9 Nos termos do artigo 173.º, quarto parágrafo, do Tratado CE, que reproduz as disposições do artigo 173.º, segundo parágrafo do Tratado CEE, a recorrente, por petição entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 20 de Janeiro de 1993, interpôs o presente recurso, pedindo a anulação da decisão.
- 10 Por requerimento separado, entrado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância no mesmo dia, a recorrente apresentou ainda um pedido de suspensão da execução da decisão, nos termos dos artigos 185.º do Tratado e 104.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância (processo T-9/93 R).
- 11 Por requerimento entrado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 3 de Fevereiro de 1993, a Mars solicitou a sua admissão como interveniente no processo T-9/93 R, em apoio dos pedidos da Comissão. Por requerimento entrado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 4 de Fevereiro de 1993, a Mars solicitou ainda a sua admissão como interveniente no processo T-9/93, em apoio dos pedidos da Comissão.
- 12 Por despacho de 19 de Fevereiro de 1993, o presidente do Tribunal de Primeira Instância admitiu a intervenção da Mars no processo T-9/93 R e decidiu quanto ao pedido de suspensão da execução apresentado pela recorrente (Langnese-Iglo e Schöller/Comissão, T-7/93 R e T-9/93 R, Colect., p. II-131).

- 13 Por despacho de 12 de Julho de 1993, o presidente da Primeira Secção do Tribunal de Primeira Instância admitiu a intervenção da Mars no processo T-9/93 e deferiu o pedido de confidencialidade apresentado pela recorrente, nos termos do artigo 116.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância.
- 14 A Langnese interpôs também um recurso em que pede a anulação da decisão de que é destinatária (processo T-7/93). Foi também admitida a intervenção da Mars neste processo.
- 15 Com base no relatório preliminar do juiz-relator, o Tribunal de Primeira Instância (Segunda Secção Alargada) decidiu iniciar a fase oral do processo sem instrução. Contudo, o Tribunal de Primeira Instância, por carta de 26 de Setembro de 1994, convidou as partes a responder por escrito a determinadas questões. A recorrente e a recorrida responderam às questões colocadas em cartas, respectivamente, de 17 e de 19 de Outubro de 1994. Por despacho de 9 de Novembro de 1994, o presidente da Segunda Secção Alargada deferiu um pedido de tratamento confidencial apresentado pela recorrente nos termos do artigo 116.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, no que toca a determinados dados constantes das respostas das partes às questões colocadas.
- 16 O tratamento confidencial reservado a determinados dados, pelos despachos de 12 de Julho de 1993 e 9 de Novembro de 1994, já referidos, foi respeitado na audiência. Procede-se da mesma forma no presente acórdão.
- 17 Foram ouvidas as alegações das partes e as suas respostas às questões colocadas pelo Tribunal de Primeira Instância na audiência de 16 de Novembro de 1994.

Pedidos das partes

18 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão da Comissão;

— condenar a Comissão nas despesas.

19 A recorrida conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas do processo, incluindo as do processo de medidas provisórias.

20 A interveniente Mars conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar a recorrente nas despesas do processo, incluindo as do processo de medidas provisórias.

21 Em apoio do seu recurso, a recorrente invoca três fundamentos assentes, em primeiro lugar, na violação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, na medida em que os

acordos de fornecimento litigiosos não têm efeitos sensíveis sobre a concorrência; em segundo lugar, em violação do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, na medida em que a Comissão recusou a isenção individual para os acórdãos litigiosos, e, em terceiro lugar, na violação do artigo 3.º 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»).

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

- 22 Este fundamento divide-se em três partes. A recorrente censura desde logo a Comissão por ter efectuado uma delimitação do mercado de referência demasiado estreita. Acrescenta ainda que a Comissão ignorou os efeitos dos acordos de fornecimento sobre a concorrência. Por último, afirma que o artigo 3.º do Regulamento n.º 17 não confere à Comissão competência para proibir todos os acordos de exclusividade existentes, incluindo os que não são abrangidos pela proibição constante do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.

Quanto à primeira parte do fundamento, relativa à delimitação do mercado

- 23 A recorrente alega que é errada a delimitação feita pela Comissão tanto do mercado do produto como do mercado geográfico.

Mercado do produto

- 24 No ponto 87 da decisão, a Comissão delimita o mercado do produto como sendo o do gelado industrial em pequenas embalagens presente em todos os canais de distribuição, com excepção dos serviços de venda ao domicílio.

Resumo da argumentação das partes

- 25 A recorrente alega que o mercado em causa abrange o gelado em geral, independentemente do modo como é fabricado (industrial ou artesanalmente), do número de porções e da embalagem em que é oferecido. Não há qualquer diferença visível no que toca às propriedades, à utilização final, às características de fabrico e ao preço que exclua uma possibilidade de substituição ou equivalência de produtos ou que possa justificar que se distingam mercados diferentes para determinados tipos de gelados.
- 26 No entender da recorrente, a noção de mercado do produto deve ser definida em função das necessidades e do ponto de vista do consumidor. Lembra que, nos termos da comunicação da Comissão, de 3 de Setembro de 1986, relativa aos acordos de pequena importância que não são abrangidos pelo disposto no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia (JO 1986, C 231, p. 2, n.ºs 11 e 12, a seguir «comunicação relativa aos acordos de pequena importância»), os produtos que fazem parte de um mercado devem ser «intercambiáveis, apreciação esta que há que estabelecer por referência aos utilizadores e que normalmente toma conjuntamente em consideração as propriedades, o preço e o uso dos produtos». A Comissão afirma, por isso, erradamente, que o ponto de vista do consumidor não é o elemento «decisivo» que, no caso presente, permite delimitar o mercado do produto e que ela faz «uma apreciação diferenciada». Os elementos determinantes para a delimitação do mercado do produto são a necessidade uniforme dos consumidores de saborear uma porção de gelado e o facto de cada modalidade do comércio retalhista revender o gelado aos consumidores sem transformação quanto ao essencial.
- 27 No que respeita ao gelado artesanal, a recorrente salienta que a opção do consumidor é independente da questão de saber se o vendedor oferece um gelado artesanal ou industrial para consumo imediato. O prazer que se espera ao saborear uma porção de gelado é o mesmo em todos os casos. Além disso, o gelado industrial em doses individuais, no entender da recorrente, concorre frequentemente com o gelado

artesanal em determinados locais de restauração originando prestações de serviço múltiplas, a saber, nos estabelecimentos de refeições rápidas, snack-bares, nas carruagens-restaurante, etc.

- 28 No que diz respeito aos diferentes tipos de gelado industrial, a recorrente alega que, do ponto de vista qualitativo, o gelado industrial é idêntico quaisquer que sejam as embalagens em que é oferecido. Pouco importa por isso, no entender da recorrente, o tamanho e a forma da embalagem em que o gelado é oferecido aos consumidores. Todos estes tipos de gelado são distribuídos pelos diferentes canais de distribuição existentes e, segundo a recorrente, pretendem satisfazer a mesma necessidade do ponto de vista do consumidor. Em apoio desta tese, a recorrente sustenta, por um lado, que as estações de serviço, por exemplo, oferecem em parte gelado em embalagem familiar e, por outro, que as padarias, as pastelarias e os quiosques podem também oferecer gelado em doses individuais e vender para consumo imediato tanto gelado artesanal como gelado industrial acondicionado para grandes consumidores. Acresce que a recorrente considera que cerca de 14% de todos os seus clientes, ou seja, os retalhistas que vendem para consumo imediato na rua, como por exemplo as estações de serviço, quiosques, etc., compram unicamente a modalidade doses individuais pré-embaladas e gelado vendido em embalagens com várias doses individuais, designadas «multipacks», o que mostra que a delimitação do mercado feita pela Comissão é errada.
- 29 A recorrente alega ainda que o local onde o gelado é oferecido e saboreado não tem influência para a satisfação das necessidades dos consumidores. A necessidade do consumidor de saborear uma porção de gelado é a mesma, quer essa necessidade surja em sua casa, no local de trabalho, na rua, em viagem ou em qualquer outra parte. Devem, por isso, ser incluídos sem distinção todos os diferentes tipos de gelado nos canais de distribuição pelos quais são oferecidos. Por isso, a Comissão excluiu erradamente o gelado fornecido pelos serviços de venda ao domicílio.
- 30 Por último, a recorrente afirma que a Comissão remete erradamente para a jurisprudência em cujos termos «mesmo produtos idênticos podem pertencer a merca-

dos de produto diferentes, desde que dêem resposta a uma procura específica» (v. ponto 79 da decisão). No entender da recorrente, não existe procura «específica» dos consumidores consoante os diferentes tipos de embalagem e estas não obedecem a «necessidades económicas também diferenciadas» na acepção da jurisprudência (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão, 85/76, Recueil, p. 461).

31 Para delimitar o mercado, a Comissão toma como ponto de partida o ponto de vista do consumidor. Assim, no entender da Comissão, é necessário desde logo excluir os gelados oferecidos no âmbito do serviço de restauração, dado que este mercado constitui um mercado distinto nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça (v. acórdão de 28 de Fevereiro de 1991, Delimitis, C-234/89, Colect., p. I-935). Na opinião da Comissão, trata-se de parte do gelado industrial destinado a grandes consumidores e do gelado artesanal.

32 A Comissão salienta em seguida que, tendo em conta o nexo específico que existe entre a possibilidade de refrigeração e o consumo, inerente aos produtos, o local de consumo do gelado reveste importância decisiva para determinação da possibilidade de substituição recíproca dos produtos face ao direito da concorrência, tanto mais que a necessidade nasce frequentemente de modo impulsivo e efêmero.

33 Nestas circunstâncias, no entender da Comissão, devem também excluir-se os «multipacks», os gelados em embalagem familiar e os gelados em embalagem individual fornecidos pelos serviços de venda ao domicílio destinados a ser armazenados em congeladores privados, dado que esses produtos não estão disponíveis para satisfação de uma necessidade fora do domicílio. A este respeito, a Comissão alega que da jurisprudência do Tribunal de Justiça resulta que mesmo produtos idênticos podem pertencer a mercados de produtos distintos se satisfizerem uma procura específica (v. acórdãos de 6 de Março de 1974, Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents/Comissão, 6/73 e 7/73, Recueil, p. 223, Hoffmann-La Roche/Comissão, já referido, e de 9 de Novembro de 1983, Michelin/Comissão, 322/81, Recueil, p. 3461).

- 34 Contudo, no entender da Comissão, o ponto de vista do consumidor não constitui o único elemento determinante. Na sua opinião, devem igualmente ser tidos em conta tanto os diferentes canais da distribuição através dos quais os gelados são oferecidos ao consumidor como as diferentes condições de concorrência que caracterizam as diversas fases da distribuição, dado que os acordos de fornecimento litigiosos dizem respeito ao acesso dos produtores e/ou dos grossistas ao comércio a retalho. Efectivamente, dado que o artigo 85.º, n.º 1, do Tratado proíbe qualquer restrição à concorrência em qualquer fase do comércio entre o produtor e o consumidor final (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Outubro de 1980, Van Landewyck e o./Comissão, 209/78 a 215/78 e 218/78, Recueil, p. 3125), o ponto de vista do consumidor não pode, no caso concreto, constituir o único argumento decisivo para avaliar os efeitos dos acordos de fornecimento sobre a concorrência.
- 35 Nestas condições, e no entender da Comissão, devem excluir-se do mercado dos produtos, por um lado, os gelados artesanais, dado que estes gelados não constituem objecto de transacção no mercado em que a oferta é composta por produtores de gelados industriais e grossistas e onde a procura é representada por retalhistas, e, por outro, os gelados ditos «scooping», dado que o comércio a retalho desempenha funções de distribuição diferentes relativamente a este tipo de gelado e aos gelados em embalagem individual e os canais de distribuição destes dois grupos de produtos só marginalmente se sobrepõem. A este respeito, a Comissão afirma que a estrutura da procura pode ser tomada em consideração para a delimitação do mercado (v. acórdão Michelin/Comissão, já referido).
- 36 Quanto aos gelados acondicionados para grandes consumidores, a Comissão acrescenta que eles apresentam, além disso, particularidades diferentes que justificam a sua exclusão do mercado de referência.
- 37 A interveniente Mars considera que se deve subdividir o mercado delimitado pela Comissão em dois submercados: por um lado, o comércio tradicional e, por outro, o comércio retalhista de produtos alimentares, dado que o presente processo, no essencial, apenas respeita ao mercado dos gelados em embalagem individual, que são

distribuídos no comércio tradicional, uma vez que o acesso a este sector está fechado a novos concorrentes em consequência da existência de contratos de exclusividade.

- 38 No entender da Mars, deve igualmente notar-se que mais de 60% de todos os gelados em embalagem individual são distribuídos através do comércio tradicional. A este respeito, a Mars acrescenta que a Comissão demonstrou também importantes diferenças estruturais entre os dois submercados, susceptíveis de justificar uma subdivisão nos termos do direito alemão. No entender da Mars, os mesmos produtos, quando são vendidos por canais de distribuição diferentes, podem ser classificados em mercados diferentes.

Apreciação do Tribunal

- 39 A fim de analisar a correcção da definição do mercado adoptada pela Comissão no ponto 87 da sua decisão, o Tribunal de Primeira Instância lembra liminarmente que a delimitação do mercado em causa é essencial para a análise dos efeitos dos contratos de exclusividade sobre a concorrência e, designadamente, para a análise das possibilidades de novos concorrentes nacionais e estrangeiros se implantarem no mercado dos gelados ou de aumentarem a sua parte nesse mercado (v. acórdão *Delimitis*, já referido, n.ºs 15 e 16).

- 40 A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância salienta em seguida que, nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça, deve ser tomado em consideração o ponto de vista do consumidor. Deste modo, num processo relativo à aplicação do artigo 86.º do Tratado, o Tribunal de Justiça decidiu que as possibilidades de concorrência só podem ser apreciadas em função das características dos produtos em causa, devido às quais esses produtos estão especialmente aptos a satisfazer necessidades constantes e são pouco intermutáveis com outros produtos (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Fevereiro de 1973, *Europemballage e Continental Can/Comissão*, 6/72, Colect. 1973, p. 109). Quanto à noção de mercado dos

produtos, o Tribunal de Justiça decidiu, mais em especial, que este conceito implica que possa existir concorrência efectiva entre os produtos que dele fazem parte, o que supõe um grau suficiente de possibilidade de substituição para o mesmo uso, entre todos os produtos que fazem parte do mesmo mercado (v. acórdão Hoffmann-La Roche/Comissão, já referido). Além disso, no que diz respeito à possibilidade de tomar em consideração outros elementos, o Tribunal de Primeira Instância salienta que resulta da jurisprudência que, se for caso disso, não é possível limitar-se à simples análise das características objectivas dos produtos em causa, mas é também necessário ter em consideração as condições da concorrência e a estrutura da procura e da oferta no mercado (v. acórdão Michelin/Comissão, já referido, n.º 37).

41 Cabe, por isso, ao Tribunal de Primeira Instância analisar a correcção da delimitação do mercado do produto adoptada pela Comissão à luz destas considerações. A este respeito, deve recordar-se que, no ponto 80 da decisão, a Comissão afirma que os gelados «scooping» e os gelados artesanais vendidos para consumo imediato na via pública, ou seja, fora do serviço de restauração, bem como os gelados em embalagens individuais vendidos no mesmo local, constituem, do ponto de vista do consumidor, produtos equivalentes.

42 O Tribunal de Primeira Instância considera, por um lado, que a Comissão excluiu correctamente os gelados oferecidos como parte do serviço de restauração, ou seja, uma parte do gelado industrial para grandes consumidores e dos gelados artesanais, dado que esse mercado, nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça (v. acórdão Delimitis, já referido, n.º 16), constitui um mercado distinto, uma vez que o consumo de gelados nos restaurantes, regra geral, é caracterizado por uma prestação de serviços e é menos vezes sujeito a considerações de ordem económica do que a respectiva aquisição, por exemplo, num estabelecimento de produtos alimentares.

43 Por outro lado, o Tribunal de Primeira Instância considera que, tal como a Comissão sustentou, devem ser excluídos os gelados armazenados nos congeladores privados, no domicílio dos consumidores, dado que esses gelados não são susceptíveis de satisfazer uma necessidade fora do domicílio, em especial da necessidade surgida por mero impulso, e apenas em determinado grau são intermutáveis com os produtos

vendidos na via pública (v. acórdão Michelin/Comissão, já referido, n.ºs 48 e 49). Trata-se de gelados em embalagem familiar, produtos que, regra geral, são adquiridos a fim de serem armazenados no domicílio, e gelados em embalagens individuais fornecidos ao domicílio. A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância entende que a Comissão considerou correctamente o local de consumo como factor determinante, no caso presente, para a delimitação do mercado, dado que se trata de produtos cuja duração da conservação fora da refrigeração é muito limitada e cujo consumo deve, por isso, ter obrigatoriamente lugar na proximidade imediata da última possibilidade de conservação através do frio.

- 44 Em seguida, no que respeita ao gelado vendido em «multipacks», o Tribunal de Primeira Instância verifica que resulta da decisão que este tipo de gelado é, regra geral, oferecido pelo comércio de produtos alimentares e pelos serviços de venda ao domicílio e, conseqüentemente, não está disponível para satisfação de uma necessidade surgida por impulso fora do domicílio. É certo que a recorrente alega que cerca de 14% de todos os seus clientes compram apenas a modalidade de porções individuais pré-embaladas e «multipacks». Contudo, decorre das respostas da recorrente às questões colocadas a este respeito pelo Tribunal, por um lado, que esta percentagem não diz apenas respeito aos retalhistas do comércio tradicional, mas também aos do comércio de produtos alimentares e, por outro, que em 1993 apenas um número muito limitado de retalhistas do comércio tradicional vendeu a modalidade referida. Acresce que, uma vez que a recorrente não contestou na audiência a afirmação feita pela Comissão nas respostas às questões do Tribunal de Primeira Instância de que os «multipacks» representam apenas cerca de 4% do volume total das vendas realizadas à categoria de clientes a que a recorrente se refere, o Tribunal de Primeira Instância considera que foi com razão que a Comissão considerou que os «multipacks», regra geral, não são destinados ao consumo imediato e, conseqüentemente, excluiu do mercado do produto o gelado apresentado nesse tipo de embalagem.

- 45 Resulta dos pontos 81 e segs. da decisão que, na opinião da Comissão, face às diferentes condições da concorrência que caracterizam os diversos estádios da distribuição e os canais da distribuição paralelos através dos quais os produtos em questão são oferecidos ao consumidor, devem também ser excluídos, por um lado, o gelado

artesanal no seu conjunto, ou seja, o gelado artesanal vendido na via pública fora do âmbito de um serviço de restauração, pelo motivo de que, num mercado que respeita apenas à venda a retalhistas, este gelado não constitui objecto de transacção, e, por outro lado, o gelado industrial acondicionado para grandes consumidores, pelo facto de este tipo de gelado apresentar diversas particularidades relativamente ao gelado industrial em embalagem individual.

46 Quanto aos gelados artesanais, o Tribunal de Primeira Instância verifica que resulta do processo que este tipo de gelado é geralmente oferecido no local ou na proximidade do local de produção. Não é assim abrangido pelos acordos de fornecimento litigiosos, dado que os gelados artesanais não são oferecidos nem procurados pelas várias formas do comércio a retalho, o que não é contestado pela recorrente. Nestas circunstâncias, o Tribunal de Primeira Instância entende que a apreciação dos efeitos sobre a concorrência, designadamente quanto ao acesso aos retalhistas, que os acordos de fornecimento litigiosos são susceptíveis de acarretar, não pode ser alterada se se incluírem estes gelados no mercado do produto. Assim, a Comissão excluiu-os com razão do mercado do produto.

47 No que respeita ao gelado industrial para grandes consumidores, destinado a ser dividido em porções individuais, ou seja, o gelado «scooping», deve lembrar-se que a sua exclusão do mercado do produto nos pontos 84 a 86 da decisão é justificada por três considerações. Em primeiro lugar, a decisão refere que o comércio retalhista desempenha diversas funções de distribuição, ditadas pelas diferentes características dos produtos, o que conduz a que os canais de distribuição dos dois grupos de artigos em causa apenas se sobreponham marginalmente. Em segundo lugar, a decisão salienta que a transformação suplementar, a divisão em porções que o gelado «scooping» exige, tem como efeito que o gelado em pequenas embalagens e o gelado «scooping» apenas sejam propostos em conjunto em quantidades significativas no sector da restauração. Além disso, o comércio de géneros alimentícios e o comércio especializado tradicional, que comercializam a maior parte do gelado industrial em pequenas embalagens, não estão, em geral, equipados para a venda de gelado acondicionado para grandes consumidores. Em terceiro lugar, a decisão afirma que, do ponto de vista da técnica de produção, existem diferenças entre as duas categorias de produtos.

48 Ora, o Tribunal de Primeira Instância verifica que a Comissão não adianta elementos de facto susceptíveis de demonstrar que existem estruturas diferentes da procura para as duas categorias de produtos, na acepção do acórdão Michelin/Comissão, já referido, que possam por si próprias justificar uma delimitação do mercado que exclua os gelados «scooping» vendidos na via pública. Com efeito, o Tribunal de Primeira Instância entende que, apesar de existirem diferentes canais de distribuição, esta circunstância, no caso presente, não basta por si só para excluir os gelados acondicionados para grandes consumidores divididos em porções individuais para consumo fora do serviço de restauração. A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância considera que a recorrente alegou correctamente que a mera divisão em porções individuais, feita pelo comerciante no comércio tradicional, não constitui um «serviço de restauração» na acepção do acórdão Delimitis, já referido. Além disso, a Comissão não demonstrou que a operação de divisão em porções afecte a escolha do consumidor entre um gelado «scooping» e um gelado em embalagem individual, nos pontos de venda onde estes gelados são oferecidos em simultâneo, ou seja, na via pública. Efectivamente, a Comissão afirma mesmo que os dois tipos de gelados, do ponto de vista do consumidor, constituem produtos equivalentes (v. acima n.º 41). Por outro lado, o Tribunal de Primeira Instância considera que o facto de poder existir uma diferença entre os dois produtos no que toca à técnica de produção não basta, por si só, para distinguir dois mercados distintos quando essa diferença não é tida em consideração pelo consumidor de maneira determinante.

49 O Tribunal de Primeira Instância verifica ainda que resulta do processo que o gelado «scooping», pelo menos em parte, é também vendido na via pública fora do âmbito do serviço de restauração, ou seja, no comércio especializado tradicional. Decorre também do processo que se encontra equipamento necessário para a venda do gelado «scooping» não apenas nos quiosques, mas também nas padarias/pastelarias, confeitarias, gelatarias, cinemas, piscinas e estações de serviço, podendo estes pontos de venda, além disso, oferecer também gelado individual. A Comissão, pela sua parte, reconheceu, durante a fase escrita do processo, pelo menos tacitamente, que uma parte do gelado acondicionado para grandes consumidores é oferecido sob a forma de gelado «scooping» para consumo imediato fora do âmbito do serviço de restauração.

50 Consequentemente, coloca-se a questão de saber se a Comissão não deveria incluir a parte dos gelados acondicionados para grandes consumidores servidos em doses

individuais vendidas em concorrência com os gelados em embalagem individual na via pública em diversos tipos de pontos de venda, dado que as duas categorias de produtos são susceptíveis de substituição recíproca do ponto de vista do consumidor. Contudo, deve recordar-se que resulta do ponto 140 da decisão, que não foi impugnado pela recorrente, que os gelados para grandes consumidores são distribuídos no comércio tradicional através de contratos de exclusividade. Nestas circunstâncias, o Tribunal de Primeira Instância considera que a decisão de não incluir os gelados «scooping» no mercado de referência não alterou substancialmente a apreciação efectuada quanto aos efeitos dos acordos de fornecimento litigiosos sobre a concorrência, designadamente no que toca à questão de saber se o acesso ao mercado estava fechado ou consideravelmente dificultado pela existência desses acordos. O Tribunal de Primeira Instância considera, por isso, que não se deve anular a decisão por não incluir os gelados «scooping» no mercado do produto.

- 51 Daqui resulta que improcede a acusação da recorrente relativa à delimitação do mercado do produto.

Mercado geográfico

Resumo da argumentação das partes

- 52 Na opinião da recorrente, se se aceitar a definição do mercado do produto que propõe, entendido como o do gelado alimentar em sentido lato, haverá também que não limitar o mercado geográfico ao mercado nacional alemão, tendo em conta, por um lado, que a Comissão, na sua decisão, teve em conta o facto de a recorrente, a Langnese e a Mars operarem não só na Alemanha mas também em numerosos outros países, e, por outro, o desenvolvimento do mercado interno europeu continuar a reduzir as diferenças nacionais existentes.

- 53 A Comissão afirma que o mercado geográfico é o mercado alemão. Alega desde logo que a própria recorrente admite que continuam a existir diferenças à escala nacional. Além disso, a distribuição do gelado, incluindo os acordos de fornecimento litigiosos celebrados pela recorrente, é inteiramente organizada no âmbito nacional. Por outro lado, as estruturas do mercado e a presença no mesmo diferem consoante os Estados-Membros. Por último, a Comissão acrescenta que não estão harmonizadas as legislações em matéria de fabrico de gelados.

Apreciação do Tribunal

- 54 Deve, desde logo, salientar-se que resulta da decisão, sem que isso tenha sido impugnado pela recorrente, não só que a distribuição do gelado industrial está sempre garantida a nível nacional como ainda que as características nacionais se reflectem nas diferenças de estrutura de mercado, de abastecimento e de preços. Está também assente que os acordos litigiosos são celebrados a nível nacional. Tendo em conta, além disso, que a recorrente não impugnou expressamente a relevância da delimitação do mercado geográfico limitada ao mercado alemão quando o mercado do produto é definido como o do gelado industrial em embalagem individual, o Tribunal de Primeira Instância considera que a Comissão entendeu correctamente e em conformidade com a jurisprudência que o mercado alemão é o mercado geográfico em questão (v., neste sentido, o acórdão *Delimitis*, já referido, n.º 18, e o acórdão *Michelin*, já referido, n.ºs 25 a 28). Assim, não procede a acusação relativa à delimitação do mercado geográfico.
- 55 Daqui resulta que deve ser negado provimento à primeira parte do fundamento que consiste na incorrecta delimitação do mercado.

Quanto à segunda parte do fundamento, relativa ao efeito dos contratos de compra exclusiva sobre a concorrência

Resumo da argumentação das partes

- 56 A recorrente alega que, independentemente da delimitação do mercado em causa, a Comissão não procedeu a uma análise suficientemente aprofundada e em conformidade com os critérios desenvolvidos pela jurisprudência do Tribunal de Justiça. Em apoio desta afirmação, a recorrente lembra que resulta do acórdão *Delimitis*, já referido, que os efeitos das redes de acordos existentes num mercado sobre o acesso a esse mercado dependem da relação entre o número de pontos de venda vinculados e o de pontos de venda não vinculados a compromissos, da duração dos compromissos assumidos, bem como da relação entre as quantidades de produtos abrangidas pelos compromissos e as que o não são.
- 57 Na opinião da recorrente, a Comissão não pode limitar-se a verificar que os seus acordos de fornecimento abrangem cerca de (...) % (mais de 10%) dos pontos de venda que existem no mercado de referência e do volume das vendas que são realizadas através deles.
- 58 Efectivamente, no entender da recorrente, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a análise da questão de saber se um contrato de compra exclusiva tem efeitos restritivos sobre a concorrência não depende apenas dos efeitos directamente ligados ao contrato individual, mas do contexto económico e jurídico no âmbito do qual este se situa e onde pode, juntamente com outros, contribuir para um efeito cumulativo sobre a concorrência. Este contexto global abrange, por um lado, os acordos que o mesmo produtor celebrou com outros clientes (v. acórdãos de 11 de Julho de 1974, *Dassonville*, 8/74, *Colect.* 1974, p. 423, e de 19 de Abril de 1988, *Erauw-Jacquery*, 27/87, *Colect.*, p. 1919) e, por outro, os contratos semelhantes celebrados pelos outros produtores com os seus clientes (v. acórdãos do Tribunal de Justiça de 12 de Dezembro de 1967, *Brasserie de Haecht*, 23/67, *Colect.* 1965-1968, p. 703, e *Delimitis*, já referido). Além disso, o efeito cumulativo produzido por acordos semelhantes sobre o mercado é apenas um elemento entre outros. É à

luz destes princípios, segundo a recorrente, que deve ser analisado o efeito dos acordos de fornecimento sobre o acesso dos concorrentes ao mercado.

- 59 A este respeito, referindo-se ao mercado do gelado na Alemanha, a recorrente afirma, em primeiro lugar, que o grau de dependência, ou seja, as quantidades de gelado em embalagem individual vendidas no âmbito dos acordos de fornecimento impugnados pela Comissão, é particularmente baixo. Considera a recorrente que, mesmo que se adopte a delimitação do mercado feita pela Comissão, os contratos de compra exclusiva dos seus concorrentes não abrangem mais de 18% das quantidades vendidas no mercado. O grau de dependência que os contratos celebrados pela recorrente implicam atinge apenas cerca de (...)%. O grau de dependência de 30%, julgado aceitável pela Comissão no *Décimo Quinto Relatório sobre a Política de Concorrência* de 1985, não é, assim, ultrapassado. A recorrente acrescenta que a Comissão incluí erradamente as quantidades vendidas através de grossistas nos seus cálculos do grau de dependência, uma vez que estes últimos celebram acordos de compra exclusiva em seu nome próprio e sob a sua própria responsabilidade.

- 60 Em segundo lugar, a recorrente entende que a Comissão não teve suficientemente em conta a duração relativamente curta dos acordos de fornecimento. Resulta do disposto nos contratos litigiosos que os mesmos podem ser denunciados no final de cada ano civil a partir do termo do segundo ano seguinte à sua entrada em vigor. Na opinião da recorrente, dois terços dos contratos em curso em determinado momento têm assim uma duração fixa inferior a um ano. Além disso, um terço do total dos contratos de exclusividade é rescindido em cada ano e o acesso aos pontos de venda em causa fica assim aberto a qualquer concorrente.

- 61 Tendo em conta estas circunstâncias, o acesso ao comércio tradicional especializado não é, segundo a recorrente, nem dificultado nem encerrado pela rede de contratos de exclusividade existente.

- 62 Nos pontos 68 a 71 da decisão, a Comissão conclui, desde logo, que a obrigação de compra exclusiva imposta pela recorrente aos revendedores constitui uma restrição da concorrência tanto entre produtos da mesma marca como entre produtos de marcas diferentes. Não entender da Comissão, a oferta de produtos provenientes de outros fornecedores não pode, conseqüentemente, ser tida em conta pelo revendedor, dada a proibição contratual a que está vinculado. Na opinião da Comissão, as obrigações de compra exclusiva tornam difícil ou entram a criação das estruturas de distribuição independentes necessárias ao acesso de novos concorrentes ao mercado em causa ou ao reforço de uma posição já estabelecida no mercado. A obrigação contratual de comprar exclusivamente os produtos objecto do contrato implica, *ipso facto*, a proibição de distribuir produtos concorrentes. A combinação de uma e outra, no presente caso, reforça a restrição à concorrência.
- 63 A Comissão conclui ainda, no ponto 105 da decisão, que o volume de negócios da recorrente e a parte de mercado que os acordos de fornecimento litigiosos representam são largamente superiores aos limites previstos na sua comunicação relativa aos acordos de pequena importância. Estes factos bastam para concluir que os acordos de fornecimento limitam de maneira sensível as possibilidades de os concorrentes alemães e os dos outros Estados-Membros se estabelecerem no mercado de referência ou aumentarem a sua parte nesse mercado e que, conseqüentemente, são abrangidos pela proibição do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. Na opinião da Comissão, não é necessária, no presente caso, a análise dos efeitos exercidos pelas redes de acordos de natureza idêntica celebrados por outras empresas sobre o mercado de referência.
- 64 Nos articulados e na audiência, a Comissão acrescentou que, segundo jurisprudência, apenas quando a rede de acordos de natureza idêntica aos da empresa cujos contratos são objecto da análise à luz do direito da concorrência não preenche por si só a condição do efeito sensível é que os efeitos cumulativos das redes paralelas devem ser tomados em consideração (v. acórdãos *Brasserie de Haecht* e *Delimitis*, já referidos).

- 65 A interveniente Mars reconhece que o grau de dependência se situa entre 25% e 30%, quer se adopte a delimitação do mercado efectuada pela Comissão ou a efectuada pela recorrente. Contudo, este valor não reflecte as verdadeiras condições do mercado no comércio tradicional dado que os cálculos se baseiam numa média.
- 66 No entender da Mars, há que analisar especificamente a situação do comércio tradicional, dado que mais de 60% de todos os gelados em embalagem individual são distribuídos por intermédio deste mercado e apenas nesta parte do mercado em causa é que a recorrente celebrou acordos de fornecimento.
- 67 No comércio tradicional, conforme os estudos efectuados pela interveniente, o grau de dependência relativamente ao ano de 1990 eleva-se a mais de 70%. Além disso, há que ter em conta as partes do mercado da recorrente e o grau de concentração. Segundo a Mars, a recorrente atingiu, em 1992, uma parte do mercado de 33,4% no que toca à venda de gelados em embalagem individual no comércio tradicional. A parte da Langnese atingiu 60%. Estes dois grandes produtores dispõem, portanto, de uma parte comum de mercado de mais de 90%. No entender da Mars, não há qualquer dúvida de que a recorrente e a Langnese ocupam uma posição dominante neste mercado. Por essa razão, não pode duvidar-se seriamente de que os contratos de exclusividade celebrados pela recorrente são abrangidos pelo artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.
- 68 No que respeita aos principais argumentos adiantados pela recorrente para demonstrar que o acesso ao comércio tradicional especializado não está encerrado nem dificultado, a Mars salienta, em primeiro lugar, que os pontos de venda mais interessantes do ponto de vista económico estão justamente vinculados a contratos de exclusividade. Em segundo lugar, a Mars afirma que a duração efectiva dos contratos é bastante mais longa do que as estimativas apresentadas pela recorrente, ultrapassando provavelmente dez anos. Efectivamente, em regra geral, os retalhistas não optam por rescindir os respectivos contratos

- 69 Acresce que um novo concorrente que chegue ao mercado é confrontado com o problema de que, para um retalhista vinculado a um contrato de exclusividade, se trata de uma «decisão de tudo ou nada». Poucos comerciantes estão dispostos a renunciar à gama de produtos do concorrente dominante e a optar pelos produtos menos conhecidos do novo concorrente.
- 70 O simples facto de a Mars, segundo as suas próprias afirmações, dispor de uma parte de mercado de cerca de 17% no comércio alimentar retalhista relativamente aos «multipacks», para os quais não existem contratos de exclusividade, percentagem que é, assim, dez vezes maior que a sua parte de mercado relativa a gelado em barra no comércio tradicional (cerca de 1,7%), constitui prova suficiente de que o acesso ao comércio tradicional está fechado.

Apreciação do Tribunal

- 71 A título liminar, deve salientar-se que a Comissão, nos pontos 68 a 70 da decisão, considerou correctamente que a cláusula contida nos acordos de fornecimento, que prevê que o retalhista se compromete a apenas vender no seu ponto de venda produtos directamente adquiridos à recorrente, contém não só uma obrigação de compra exclusiva como também uma proibição de concorrência, susceptíveis de implicar uma restrição à concorrência, na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, quer entre produtos da mesma marca quer entre produtos de marcas diferentes.
- 72 Nestas condições, cabe ao Tribunal de Primeira Instância averiguar se a Comissão demonstrou suficientemente, de facto e de direito, que os acordos de fornecimento litigiosos têm, conforme afirma, um efeito sensível sobre a concorrência no mercado.

73 A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância verifica desde logo que a recorrente detém uma forte posição no mercado de referência. Tal como resulta da decisão, a recorrente realizou em 1991 um volume de negócios total de (...) (mais de mil milhões) de DM, dos quais (...) (mais de 900 milhões) de DM no sector dos gelados. O grupo do mesmo nome realizou, no mesmo período, um volume de negócios consolidado de (...) (mais de 1,5 mil milhões) de DM. A isto acresce que o grupo Südzucker, que detém directa e indirectamente 49% do capital da recorrente, declarou um volume de negócios de 4,54 mil milhões de DM. Segundo os pontos 31 e 35 da decisão, a parte da recorrente no mercado de referência atingia em 1991 cerca de (...)% no comércio de produtos alimentares e (...)% (mais de 25%) no comércio tradicional. Deve salientar-se que, na audiência, a recorrente confirmou este último valor para a hipótese de vir a ser adoptada a delimitação de mercado considerada pela Comissão. No que respeita à importância quantitativa dos acordos litigiosos no mercado de referência, o Tribunal de Primeira Instância verifica que resulta do processo que, no conjunto do mercado tal como foi definido pela Comissão, a recorrente tem vinculados a estes acordos cerca de (...)% (mais de 10%) dos pontos de venda e que o volume vendido pela recorrente através desses pontos de venda representa também cerca de (...)% (mais de 10%) do volume total das vendas neste mercado.

74 No entender da Comissão, estes últimos dados bastam para concluir que os acordos limitam de modo sensível as possibilidades de os concorrentes alemães e os dos outros Estados-Membros se estabelecerem no mercado de referência ou de aumentarem a parte que nele detêm, sem que seja necessário analisar o efeito cumulativo produzido pelas redes paralelas montadas pelos outros fornecedores de gelados, dado que a parte do mercado coberta pelos acordos litigiosos, que representa já cerca de (...)% (mais de 10%) do mercado de referência, bem como o volume de negócios realizado pelas empresas participantes, são nitidamente superiores aos limites previstos na comunicação relativa aos acordos de pequena importância.

75 Ora, deve recordar-se que esta comunicação apenas tem em vista definir os acordos que, no entender da Comissão, não têm efeito sensível sobre a concorrência ou sobre o comércio entre Estados-Membros. O Tribunal de Primeira Instância con-

sidera, porém, que daí não pode concluir-se com segurança que uma rede de contratos de compra exclusiva seja automaticamente susceptível de entrar, restringir ou falsear a concorrência de modo sensível pela simples circunstância de serem ultrapassados os limites previstos nessa comunicação. Aliás, resulta da própria redacção do n.º 3 da referida comunicação que é perfeitamente possível, em casos concretos, que os acordos concluídos por empresas que excedam os limites indicados apenas afectem o comércio entre Estados-Membros ou a concorrência em medida insignificante e, por consequência, não sejam abrangidos pelo disposto no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado.

76 Quanto à questão de saber se contratos de compra exclusiva são proibidos pelo artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, há que analisar, conforme a jurisprudência, se o conjunto dos contratos similares celebrados no mercado de referência e dos outros elementos do contexto económico e jurídico em que se enquadram os contratos em causa resulta que esses contratos têm por efeito cumulativo fechar o acesso a esse mercado aos novos concorrentes nacionais e estrangeiros. Se a análise mostrar que não é esse o caso, os contratos individuais que compõem o feixe de acordos não podem constituir um obstáculo à concorrência, na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. Pelo contrário, se a análise revelar que o mercado em causa é dificilmente acessível, convém em seguida apreciar em que medida os acordos litigiosos contribuem para o efeito cumulativo produzido, sendo certo que apenas são proibidos os contratos que contribuem de modo significativo para uma eventual compartimentação do mercado (v. acórdão *Delimitis*, já referido, n.ºs 23 e 24).

77 Deve ainda lembrar-se, tal como o Tribunal de Justiça decidiu no acórdão *Brasserie de Haecht*, já referido, que a apreciação dos efeitos de um contrato exclusivo implica a necessidade de ter em consideração o contexto económico e jurídico no seio do qual ele se situa e onde pode, em conjunto com outros, contribuir para um efeito cumulativo sobre a concorrência.

- 78 Quanto à incidência das redes de contratos de exclusividade sobre o acesso ao mercado, resulta ainda da jurisprudência do Tribunal de Justiça, por um lado, que ela depende, nomeadamente, do número de pontos de venda vinculados por contrato aos produtores em comparação com o número daqueles que o não estão, das quantidades abrangidas por esses vínculos, bem como da proporção entre essas quantidades e as que são vendidas pelos distribuidores não vinculados. Por outro lado, o grau de dependência que decorre de uma rede de acordos de compra exclusiva, embora tenha certa importância para apreciação da compartimentação do mercado, constitui, porém, apenas um elemento, entre outros, do contexto económico e jurídico no âmbito do qual deve ser apreciado um contrato ou, como no presente caso, uma rede de contratos (v. acórdão *Delimitis*, já referido, n.ºs 19 e 20).
- 79 Quanto ao grau de dependência, entendido como a percentagem de pontos de venda vinculados a contratos de exclusividade e do volume das vendas realizadas através desses pontos de venda, o Tribunal de Primeira Instância considera que este grau deve ser determinado no caso concreto tendo em conta as possibilidades de acesso aos retalhistas em todo o mercado de referência, tal como foi previamente delimitado pela Comissão, ou seja, tanto no comércio tradicional como no comércio de produtos alimentares, dado que a delimitação do mercado tem como função definir o âmbito em que devem ser apreciados os efeitos que os acordos litigiosos produzem sobre a concorrência.
- 80 A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância verifica em primeiro lugar que, como foi acima referido (n.º 73), se se tiver em conta o volume de vendas de gelados em embalagem individual no mercado de referência, se obtém um grau de dependência de cerca de (...)% (mais de 10%), imputável aos contratos de compra exclusiva celebrados pela recorrente. Quanto ao efeito cumulativo que resulta de outros acordos semelhantes sobre o mercado, o Tribunal de Primeira Instância verifica, em segundo lugar, que os contratos de compra exclusiva semelhantes celebrados pela Langnese, o outro principal produtor de gelados na Alemanha, abrangem, pela sua parte, cerca de (...)% do mercado de referência.
- 81 Assim, deve concluir-se que as redes de contratos de compra exclusiva postas a funcionar pelos dois principais produtores afectam cerca de (...)% do mercado, o

que ultrapassa o grau de dependência de 30% considerado aceitável pela Comissão na carta administrativa que enviou à recorrente, e tal como depois comentou no n.º 19 do *Décimo Quinto Relatório sobre a Política de Concorrência* de 1985.

- 82 Contudo, como foi referido acima (n.º 78), o grau de dependência apenas constitui um elemento, entre outros, do contexto económico e jurídico em que deve ser apreciada uma rede de contratos. Além disso, devem ser analisadas as condições em vigor no mercado e, designadamente, as possibilidades reais e concretas de novos concorrentes nele se infiltrarem, apesar da existência de uma rede de contratos de compra exclusiva.
- 83 Quanto a estes elementos, a Comissão salientou a existência de obstáculos adicionais importantes ao acesso ao mercado, tanto no comércio de produtos alimentares como no comércio tradicional. A este respeito, resulta dos pontos 100 e 134 a 137 da decisão que o acesso ao mercado de novos concorrentes é dificultado pela existência de um sistema de comodato de grande número de arcas congeladoras, postas à disposição dos retalhistas pela recorrente tanto no comércio de produtos alimentares como no comércio tradicional [cerca de (...) no total, dos quais (...) no comércio tradicional e (...) no comércio de produtos alimentares, conforme o ponto 57 da decisão], devendo os retalhistas utilizá-las em exclusivo para os produtos da recorrente.
- 84 O Tribunal de Primeira Instância entende que a Comissão considerou justamente que se trata de um elemento que contribui para entravar o acesso ao mercado. Efetivamente, esta circunstância tem necessariamente como consequência que qualquer novo concorrente que chegue ao mercado deve convencer o retalhista a trocar a arca congeladora instalada pela recorrente por outra, o que implica a renúncia ao volume de negócios realizado com os produtos do antigo fornecedor, ou conseguir que o retalhista aceite instalar uma arca congeladora adicional, o que pode revelar-se impossível, designadamente pela falta de espaço nos pequenos pontos de venda. Além disso, se o novo concorrente só puder oferecer uma gama de produtos

limitada, o que é o caso da interveniente, pode ser-lhe difícil convencer o retalhista a rescindir o contrato com o antigo fornecedor.

85 Além disso, resulta do processo que, no comércio tradicional, existe grande número de retalhistas individuais cujo volume de negócios médio é relativamente fraco. O estabelecimento de um sistema de distribuição rentável supõe, por isso, que um novo concorrente reúna grande número de retalhistas concentrados numa área geográfica definida que possam ser abastecidos por intermédio de armazéns regionais ou entrepostos centrais. A falta de intermediários independentes tem como efeito que este fraccionamento da procura representa um obstáculo adicional ao acesso ao mercado. Por último, a Comissão teve correctamente em consideração que os produtos da recorrente beneficiam de marcas que gozam de grande notoriedade.

86 Nestas circunstâncias, o Tribunal de Primeira Instância considera que a análise do conjunto dos contratos celebrados no mercado, bem como os outros elementos do contexto económico e jurídico em que estes contratos se inscrevem, tal como foram analisados acima nos n.ºs 83 a 85, demonstra que os acordos de compra exclusiva celebrados pela recorrente são susceptíveis de afectar de modo sensível a concorrência na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.

87 Tendo em atenção a forte posição que a recorrente ocupa no mercado de referência e, designadamente, a parte de mercado que detém, o Tribunal de Primeira Instância considera que estes acordos contribuem de modo significativo para a compartimentação do mercado.

88 Tendo em conta todas as considerações que antecedem, o Tribunal de Primeira Instância considera, por isso, que a Comissão entendeu correctamente que os acordos litigiosos provocam uma restrição sensível da concorrência no mercado de referência.

- 89 Deve, assim, negar-se provimento à segunda parte do fundamento.

Quanto à terceira parte do fundamento, relativa à pretensa obrigação da Comissão de separar os contratos individuais de modo a que uma parte deles não seja abrangida pela proibição do artigo 85.º, n.º 1 do Tratado

Resumo da argumentação das partes

- 90 A recorrente alega que a Comissão apenas pode proibir acordos que sejam abrangidos pelo artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, e só se a restrição à concorrência ultrapassar um limite a partir do qual seja sensível.
- 91 Na opinião da recorrente, essa análise impõe-se no caso presente, tanto mais que, por um lado, a Comissão proibiu também os contratos de exclusividade paralelos celebrados pela Langnese, que foram tidos em consideração ao analisar o efeito cumulativo produzido por acordos semelhantes e, por outro lado, depois do despacho proferido pelo presidente do Tribunal de Primeira Instância em 16 de Junho de 1992 no processo de medidas provisórias que precedeu a interposição do presente recurso (v. acima n.º 7), era concebível apreciar se, excluindo os contratos celebrados com as estações de serviço, as cláusulas de exclusividade que constam nos outros contratos têm mesmo assim efeito sensível sobre a concorrência.
- 92 A Comissão alega que não era obrigada a definir um limite abaixo do qual os acordos de fornecimento de gelados celebrados pela recorrente seriam compatíveis com o artigo 85.º do Tratado.

- 93 Em apoio desta tese, a Comissão afirma, no ponto 107 da decisão, que o efeito sensível sobre a concorrência diz respeito ao conjunto dos acordos de fornecimento celebrados pela recorrente. A Comissão é de opinião de que, perante uma rede de acordos de natureza idêntica celebrados por um único produtor, o efeito sensível está ou não presente, sem que seja possível extrair determinados elementos. O artigo 85.º, n.º 1, do Tratado não permite separar contratos individuais ou redes de acordos de modo a que uma parte «não sensível» possa ser subtraída à proibição prevista no referido artigo.
- 94 A este respeito, a Comissão acrescenta que a recorrente não forneceu critérios susceptíveis de permitir separar o conjunto dos acordos. Em seu entender, essa separação reveste um carácter arbitrário. Acrescenta que o artigo 85.º, n.º 2, do Tratado é contrário à separação por razões de segurança jurídica, em especial no caso de redes de acordos.

Apreciação do Tribunal

- 95 Deve, desde logo, salientar-se que resulta da jurisprudência que uma rede de contratos de compra exclusiva celebrados por um único fornecedor pode escapar à proibição do artigo 85.º, n.º 1, desde que não contribua de modo significativo, com o conjunto dos contratos similares existentes no mercado, incluindo os dos outros fornecedores, para fechar o acesso ao mercado a novos concorrentes nacionais e estrangeiros (v. acórdão *Delimitis*, já referido, n.ºs 23 e 24). O Tribunal de Primeira Instância considera que isto implica que, perante uma rede de acordos semelhantes celebrados por um único produtor, a apreciação efectuada quanto aos efeitos dessa rede sobre a concorrência se aplica a todos os contratos individuais que constituem a rede. Além disso, deve acrescentar-se que a Comissão é obrigada a analisar os dados reais do caso concreto e não pode basear-se em situações hipotéticas para avaliar a aplicabilidade do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância considera, como a Comissão salientou, que a circunstância de, no caso concreto, repartir os contratos litigiosos por diferentes categorias hipotéticas pode ter natureza arbitrária.

- 96 Quanto à questão de saber se a Comissão deveria ter examinado o efeito restritivo sobre a concorrência que resulta da rede de contratos instituída pela recorrente após a proibição de uma rede semelhante da Langnese, basta recordar que resulta do acórdão *Delimitis*, já referido, que, se a Comissão, como no caso presente, constatar que o conjunto dos contratos semelhantes celebrados no mercado, bem como outros elementos do contexto económico e jurídico, são susceptíveis de afectar de maneira sensível a concorrência, na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado e, posteriormente, considerar com razão que os acordos de fornecimento de um produtor contribuem de maneira significativa para a compartimentação do mercado, os acordos litigiosos deste produtor, no seu conjunto, são abrangidos pela proibição do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. Esta conclusão não se altera pelo facto de a Comissão proibir simultaneamente uma rede de contratos semelhantes instituída por outro produtor.
- 97 Finalmente, quanto ao despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 16 de Junho de 1992, já referido, invocado pela recorrente em apoio dos seus argumentos, deve recordar-se que este despacho, que suspendeu a aplicação da decisão da Comissão de 25 de Março de 1992, salvo no que diz respeito aos pontos de venda exclusivos da recorrente e da Langnese nas estações de serviço, foi proferido no âmbito de um pedido de medidas provisórias. A medida ordenada, decidida após a ponderação dos diversos interesses das partes em litígio, destinava-se a remediar um risco de prejuízo grave e irreparável tanto para a Mars como para a recorrente. O despacho tinha, por isso, uma finalidade especial e o Tribunal de Primeira Instância considera, conseqüentemente, que não pode ser invocado para afirmar que a Comissão era obrigada a separar os contratos individuais para apreciar se eram abrangidos pelo artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.
- 98 O Tribunal de Primeira Instância considera, por isso, que um feixe de contratos semelhantes deve ser apreciado no seu conjunto e, conseqüentemente, que a Comissão actuou correctamente ao não proceder ao fraccionamento dos contratos. Daqui decorre que esta parte do fundamento não é procedente.
- 99 Do que antecede resulta que deve ser negado provimento ao fundamento baseado na violação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.

Quanto ao fundamento que consiste na violação do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado

100 A recorrente alega que, na hipótese de os acordos litigiosos serem abrangidos pela proibição do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, podem beneficiar quer de uma isenção por categoria nos termos do Regulamento n.º 1984/83, quer de uma isenção individual. O fundamento divide-se em três partes. Em primeiro lugar, a recorrente considera que a Comissão não pode afastar-se da apreciação contida na carta administrativa que emitiu após a notificação dos acordos litigiosos em 1985. Em segundo lugar, a recorrente alega que, contrariamente ao que erradamente a Comissão entendeu, os acordos não são celebrados por tempo indeterminado, na acepção do artigo 3.º, alínea d) do Regulamento n.º 1984/83 e, conseqüentemente, são susceptíveis de beneficiar duma isenção por categoria nos termos do Regulamento n.º 1984/83. Por último, a recorrente afirma, em terceiro lugar, que a recusa da concessão da isenção individual viola o artigo 85.º, n.º 3, do Tratado.

Quanto à primeira parte do fundamento, que consiste na pretensa obrigação da Comissão de se não afastar da apreciação feita na carta administrativa

Resumo da argumentação das partes

101 Em apoio da sua afirmação de que, no que respeita à aplicação do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, a Comissão não podia afastar-se da apreciação contida na carta administrativa que lhe enviou, a recorrente alega, desde logo, que a emissão de uma carta administrativa não pode colocar as empresas que a aceitam numa posição menos favorável do que aquela em que estariam se tivessem podido obter uma decisão formal da Comissão. A este respeito, e remetendo para o artigo 8.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17, a recorrente salienta que a Comissão só pode revogar ou alterar posteriormente uma decisão formal de isenção se a situação de facto se alterar

relativamente a um elemento essencial para a decisão ou se a decisão se basear em indicações incorrectas ou tiver sido obtida por meios fraudulentos. Na opinião da recorrente, resulta, em especial, dessa disposição que uma alteração da posição jurídica não basta para revogar a decisão de isenção. Acrescenta que essa restrição é igualmente válida no que respeita à apreciação contida numa carta administrativa de arquivamento.

102 Quanto às afirmações que a Comissão faz nos pontos 149 e 150 da decisão, a recorrente salienta, por um lado, que os elementos de facto apresentados na notificação eram completos e estavam em conformidade com as regras então aplicáveis. Além disso, as circunstâncias de facto não se alteraram sensivelmente a partir da emissão da carta administrativa em 1985.

103 Além disso, a recorrente afirma que, na notificação, expôs todas as circunstâncias que a Comissão considera agora essenciais, ou seja, as partes de mercado e as quantidades vendidas através dos pontos de venda vinculados. A recorrente lembra que calculou o grau de dependência de 17% relativamente a todo o mercado de gelado industrial. Se a Comissão, na época, tivesse limitado o mercado do gelado ao gelado industrial em embalagem individual, como hoje o faz, teria podido constatar, a partir das indicações fornecidas pela recorrente, que o grau de dependência obtido era então superior aos 17% declarados pela recorrente. A recorrente acrescenta que a Comissão deverá ter reflectido neste sentido na altura, dado que, no seu *Décimo Quinto Relatório sobre a Política de Concorrência* de 1985, refere um grau de dependência de 30%.

104 No entender da recorrente, a Comissão também não pode justificar a reabertura do processo pela chegada da Mars ao mercado. Quando a Comissão analisa acordos de compra exclusiva e os considera aceitáveis, é lícito pensar que o faz tendo em conta a questão de saber se o acesso de actuais ou potenciais concorrentes ao mercado está excluído ou se as respectivas possibilidades de expansão no mercado são

efectivamente dificultadas. A queixa da Mars devia, por isso, ter sido analisada previamente aquando da verificação levada a cabo relativamente ao ano de 1985, se esta tivesse sido feita correctamente.

105 Dado que a Comissão não demonstrou que a situação de facto se alterou relativamente a um elemento essencial para a decisão, posteriormente à emissão da carta administrativa, está vinculada à apreciação constante da referida carta administrativa.

106 A título liminar, a Comissão considera que, face às circunstâncias do caso concreto, a carta administrativa não a vincula. A este respeito, afirma que as cartas administrativas de arquivamento não podem ter efeito compulsivo mais importante do que as decisões formais que substituem, do ponto de vista funcional, na aplicação prática das regras de concorrência. Recorda que, nos termos do artigo 8.º, n.º 3, alínea a), do Regulamento n.º 17, a Comissão pode revogar ou alterar decisões formais de isenção «se a situação de facto se alterar em relação a um elemento essencial para a decisão». Salaria que a carta administrativa foi emitida sem abertura oficial do processo, sem publicação nos termos do artigo 19.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17 e sem consulta prévia do comité consultivo em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas e de posições dominantes. Acrescenta ainda que a referida carta, dado ser o resultado de uma análise provisória, contém, nos termos de uma prática constante, uma reserva expressa que prevê a reabertura do processo na hipótese de «... se (alterarem) sensivelmente determinados elementos de direito ou de facto nos quais se baseia a presente apreciação...».

107 Nestas circunstâncias, a Comissão entende que tinha boas razões para considerar, no ponto 149 da decisão, que podia reabrir o processo, dado que a apresentação dos factos feita na notificação era incompleta, na medida em que não lhe foram indicadas nem a existência do acordo sobre o reconhecimento recíproco dos acordos de exclusividade celebrados no ramo «creme gelado» nem a importância e o

alcance das restrições relativas à utilização das arcas congeladoras instaladas no comércio de produtos alimentares, que lhe teriam permitido identificar outros entraves ao acesso ao mercado.

108 A Comissão alega também, no ponto 150 da decisão, que a entrada da Mars e da Jacobs Suchard no mercado constitui uma circunstância material nova, que justifica a reabertura do processo, dado que foram precisamente as experiências feitas pela Mars que revelaram a compartimentação do mercado e, conseqüentemente, provocaram uma nova análise.

109 Por outro lado, nos termos das garantias processuais previstas no artigo 3.º, do Regulamento n.º 17 e no artigo 6.º do Regulamento n.º 99/63 da Comissão, de 25 de Julho de 1963, relativo às audições referidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 (JO 1963, 127, p. 2268; EE 08 F1 p. 62), a Comissão é obrigada a analisar todos os elementos de facto e de direito que os queixosos tragam ao seu conhecimento (v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Setembro de 1992, Automec/Comissão, T-24/90, Colect., p. II-2223). Assim, a recorrente não tem razão quando alega que a carta administrativa impunha o indeferimento da queixa da Mars.

Apreciação do Tribunal

110 Deve salientar-se, desde logo, que resulta da jurisprudência que uma carta administrativa, como a enviada à recorrente após a notificação dos seus acordos de fornecimento em 1985, não constitui nem uma decisão de certificação negativa nem uma decisão de aplicação do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, na acepção dos artigos 2.º e 6.º do Regulamento n.º 17, dado que o envio da carta administrativa não é decidido nos termos do disposto no referido regulamento (v. acórdãos do Tribunal de Justiça de 10 de Julho de 1980, *Giry e Guerlain e o.*, 253/78 e 1/79 a 3/79, Recueil, p. 2327, *Marty*, 37/79, Recueil, p. 2481, *Lancôme e Cosparfrance*, 99/79, Recueil, p. 2511, e de 11 de Dezembro de 1980, *L'Oréal*, 31/80, Recueil, p. 3775). Nos processos referidos, o Tribunal de Justiça acentuou o facto de as cartas administrativas

em causa terem sido enviadas sem terem tido lugar as medidas de publicidade previstas no artigo 19.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17 e sem as mesmas terem sido objecto de qualquer publicação nos termos do artigo 21.º, n.º 1, do mesmo regulamento.

- 111 Deve em seguida salientar-se que se trata de uma comunicação que dá conhecimento à recorrente da opinião da Comissão, nos termos da qual aquela não tinha de intervir relativamente aos contratos em causa dado que, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, esses contratos eram compatíveis com as regras de concorrência do Tratado e que o processo podia, por isso, ser arquivado. A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância considera que o facto de a Comissão, no seu *Décimo Quinto Relatório sobre a Política de Concorrência* de 1985, ter referido a emissão desta carta administrativa, acrescentando-lhe alguns comentários, não altera a respectiva natureza jurídica.
- 112 Por último, o Tribunal de Primeira Instância considera que resulta das alegações da Comissão, na audiência, que esta, na época, procedeu apenas a uma análise provisória das condições de mercado baseada, no essencial, nas informações fornecidas pela recorrente, inclusivamente no que toca aos dados que levaram à delimitação do mercado então considerada relevante e ao cálculo do grau de dependência. Neste contexto, na carta administrativa, a Comissão reservou-se, aliás, o direito de reabrir o processo, caso determinados elementos de direito ou de facto nos quais se baseava a sua apreciação se alterassem sensivelmente. Essa reserva está, aliás, em conformidade com a prática administrativa da Comissão nesta matéria.
- 113 Quanto à questão de saber se ocorreram alterações de facto sensíveis após a emissão da carta administrativa, o Tribunal de Primeira Instância verifica, por um lado, que resulta do processo que dois novos concorrentes, a Mars e a Jacobs Suchard, fizeram posteriormente a sua entrada no mercado. Além disso, no que toca à interveniente Mars, está provado que se trata de um concorrente especial, que apenas

propõe uma gama limitada de produtos e que adoptou uma estratégia comercial diferente das dos seus principais concorrentes. Por outro lado, o Tribunal de Primeira Instância verifica que, após a entrega da queixa da Mars, a Comissão teve conhecimento da existência de obstáculos adicionais ao acesso ao mercado nomeadamente no comércio de produtos alimentares, e que consistem, no que diz respeito à recorrente, na obrigação que esta impõe aos retalhistas de reservar a utilização das arcas congeladoras que põe à sua disposição exclusivamente para os seus produtos.

114 O Tribunal de Primeira Instância entende que estes elementos constituíam circunstâncias novas que, designadamente à luz dos problemas concretos com que a interveniente se defrontou, justificavam uma análise mais aprofundada e mais precisa das condições que regem o acesso ao mercado do que a que foi efectuada aquando da emissão da carta administrativa. Consequentemente, o Tribunal entende que esta carta não impede a Comissão de reabrir o processo a fim de, no caso concreto, apreciar a compatibilidade dos acordos de fornecimento litigiosos com as regras de concorrência.

115 Esta solução está, além disso, em conformidade com a obrigação da Comissão de examinar atentamente os elementos de facto e de direito levados ao seu conhecimento pelo denunciante, tendo presentes as garantias processuais previstas no artigo 3.º do Regulamento n.º 17 e no artigo 6.º do Regulamento n.º 99/63, a fim de apreciar se os referidos elementos deixam transparecer um comportamento de natureza a falsear a concorrência no interior do mercado comum e a afectar o comércio entre Estados-Membros (v. acórdão Automec/Comissão, já referido, n.º 79).

116 Resulta de quanto fica dito que deve ser negado provimento à primeira parte do fundamento sem que seja necessário analisar a questão de saber se a notificação da recorrente era incompleta.

Quanto à segunda parte do fundamento, relativa à alegação de que os acordos litigiosos são susceptíveis de beneficiar duma isenção por categoria

Resumo da argumentação das partes

- 117 A este respeito, a recorrente alega que os acordos não foram celebrados «por tempo indeterminado», na acepção do artigo 3.º, alínea d), do Regulamento n.º 1984/83, como a Comissão entendeu.
- 118 No entender da recorrente, se um contrato é, numa primeira fase, celebrado por um período determinado e, no termo deste período, prorrogado por um período determinado, ou seja, um ano, o seu termo não é incerto, mas determinado. A recorrente afirma que o artigo 3.º, alínea d) do Regulamento n.º 1984/83 não exclui que os acordos celebrados por períodos determinados possam, de cada vez, ser renovados por novos períodos. Na opinião da recorrente, é indiferente que a prorrogação do contrato seja automática ou apenas tenha lugar através de declaração expressa do revendedor, uma vez que não é contestado o direito das partes a porem termo ao contrato no termo de um período determinado.
- 119 Neste contexto, a recorrente acrescenta que a Comissão não a pode privar do direito de invocar uma isenção por categoria prevista no Regulamento n.º 1984/83, dado que, na parte dispositiva da decisão, a Comissão não incluiu a revogação da isenção, nos termos do artigo 14.º, do referido regulamento.
- 120 A Comissão alega que, tal como referiu no ponto 112 da decisão, os contratos de fornecimento não podem beneficiar da isenção por categoria prevista no Regulamento n.º 1984/83, pelo facto de que os contratos do tipo «... concluídos por um período fixo de dois anos, no máximo, sendo de seguida prorrogados automaticamente...» são celebrados «por tempo indeterminado» na acepção do artigo 3.º, alínea d), do referido regulamento. O seu termo depende de um acontecimento futuro

e incerto, ou seja, da iniciativa de uma das partes. No entender da Comissão, essa interpretação do artigo 3.º, alínea d), por outro lado, está em conformidade com o n.º 39 da comunicação respeitante aos Regulamentos (CEE) n.º 1983/83 e (CEE) n.º 1984/83 da Comissão, de 22 de Junho de 1983, relativos à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias, respectivamente, de acordos de distribuição exclusiva e de acordos de compra exclusiva (JO 1984, C 101, p. 2).

- 121 A Comissão salienta que, em qualquer caso, a recorrente não pode invocar o Regulamento n.º 1984/83, dado que a Comissão lhe recusou a concessão da isenção individual nos termos do artigo 6.º do Regulamento n.º 17. Essa consequência resulta da própria natureza dos regulamentos de isenção por categoria, dado que a isenção por categoria não está dependente da verificação, caso a caso, de que estão efectivamente preenchidas as condições de isenção exigidas pelo Tratado. Consequentemente, a decisão de indeferimento da isenção individual, adoptada após a apreciação concreta dos contratos em questão à luz das condições referidas no artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, impede que a recorrente invoque a isenção por categoria.

Apreciação do Tribunal

- 122 Sem que seja necessário analisar a questão de saber se a recorrente pode invocar a isenção por categoria prevista no Regulamento n.º 1984/83, por, na parte dispositiva da decisão, a Comissão não lhe ter retirado esse benefício, nos termos do artigo 14.º do referido regulamento, basta verificar que, em qualquer caso, os acordos que são objecto do presente recurso são celebrados por tempo indeterminado na acepção do artigo 3.º, alínea d), do referido regulamento, de modo que não podem beneficiar da isenção ali prevista.
- 123 Efectivamente, deve lembrar-se que resulta da redacção do artigo 3.º, alínea d) do Regulamento n.º 1984/83 que a isenção por categoria nele prevista não é aplicável

se o acordo em questão for celebrado por tempo indeterminado. A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância considera que, na prática, não existe diferença entre, por um lado, um contrato celebrado expressamente por tempo indeterminado, com a possibilidade de as partes rescindirem as suas relações contratuais, modalidade excluída pelo artigo 3.º, alínea d), do Regulamento n.º 1984/83 do benefício da isenção por categoria prevista no mesmo regulamento, e, por outro, um contrato que, como no caso presente, é objecto de renovação tácita, decorridos dois anos, até ser rescindido por um dos contratantes. Em ambos os casos, os contratantes não são obrigados, mas sim livres de, se o desejarem, reconsiderarem a sua relação contratual e analisarem as outras possibilidades que existem no mercado. Ora esta análise, que o artigo 3.º, alínea d), do Regulamento n.º 1984/83 tem como finalidade exigir, pode dar oportunidade para novos concorrentes terem acesso aos retalhistas desvinculados de qualquer compromisso. Além disso, e como a Comissão faz no ponto 113 da decisão, há que ter em conta que o elemento determinante para a apreciação destes contratos do ponto de vista do direito da concorrência consiste em que a sua duração não é certa, dado que depende da iniciativa de uma das partes no contrato.

- 124 Daqui resulta que os contratos sujeitos a renovações tácitas que possam ultrapassar cinco anos devem ser considerados como celebrados por período indeterminado e, por isso, não podem beneficiar de isenção por categoria prevista no Regulamento n.º 1984/83. Deve, por isso, ser negado provimento à segunda parte do fundamento.

Quanto à terceira parte do fundamento, relativa à questão de saber se os acordos de fornecimento preenchem as condições do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado

Resumo da argumentação das partes

- 125 A recorrente alega que, uma vez que os acordos de fornecimento preenchem as condições referidas no artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, devem beneficiar duma isenção individual.

- 126 A recorrente afirma, desde logo, que os acordos de fornecimento implicam uma melhoria da distribuição do gelado. Com efeito, são estes acordos que tornam possível o abastecimento regular em todo o território, mesmo aos pequenos pontos de venda. A este respeito, a recorrente alega que, sem os acordos litigiosos, seria obrigada, por razões de custos, a cessar o abastecimento a cerca de 42% dos seus clientes, uma vez que estes têm um volume de vendas anual muito reduzido. A recorrente considera que o fornecimento aos pequenos pontos de venda não seria retomado pelos fabricantes locais ou pelos grossistas, como pretende a Comissão. No que diz respeito aos grossistas, a recorrente acrescenta que o abastecimento regular em todo o território aos pequenos pontos de venda não apresenta qualquer interesse para eles, dado que os grossistas apenas vendem gelados enquanto artigos de acompanhamento destinados a completar a variedade de produtos de clientes que adquirem outros artigos congelados em quantidade importante.
- 127 Acresce que a Comissão não teve suficientemente em consideração na decisão a necessidade de ter uma arca congeladora para a venda de gelados. Quando os retalhistas não estão em condições nem dispostos a adquirirem eles próprios as arcas, podem as mesmas, se necessário, ser colocadas à sua disposição pelo produtor, com a condição de que este possa ter a garantia de que o abastecimento do ponto de venda permite alcançar determinado volume mínimo de vendas. Isto pressupõe que o ponto de venda em questão esteja vinculado por um contrato de compra exclusiva. A recorrente considera que a colocação à disposição dos retalhistas das arcas congeladoras provoca uma abertura de mercado.
- 128 A recorrente alega ainda que existe uma pressão da concorrência no mercado, tal como foi delimitado pela Comissão, que garante a repercussão dos benefícios sobre os consumidores, dado que os acordos de fornecimento apenas apresentam um grau de dependência de cerca de 30% e os próprios compromissos são limitados no tempo. Além disso, graças ao sistema de distribuição da recorrente, os consumidores podem beneficiar simultaneamente de um número elevado de pontos de venda de gelados em todo o território e de uma gama completa de produtos nesses pontos de venda. Efectivamente, cada produtor, sem os acordos litigiosos, seria obrigado a oferecer ao comércio retalhista apenas os artigos mais procurados.

- 129 Por último, a recorrente alega que os contratos de exclusividade não implicam qualquer eliminação da concorrência na acepção do artigo 85.º, n.º 3, alínea b), do Tratado. Neste contexto, a recorrente alega que a Comissão, ao referir-se ao acórdão *Europemballage e Continental Can/Comissão*, já referido, não tem razão ao afirmar que basta que não exista concorrência efectiva no mercado para que esteja preenchida a condição negativa constante do artigo 85.º, n.º 3, alínea b), do Tratado. Com efeito, o contexto geral do acórdão mostra que esta condição só deixa de estar preenchida no caso de ser substancialmente afastada qualquer hipótese séria de concorrência, o que não sucede no caso presente.
- 130 Em qualquer caso, a recorrente considera que existe «concorrência efectiva» no mercado de referência. A este respeito, salienta que a Comissão não teve razão quando, na sua análise, não deu suficiente importância aos pontos de venda não vinculados e totalmente livres de qualquer compromisso, no comércio de produtos alimentares, por intermédio dos quais são distribuídos cerca de 39% do volume total do mercado. Por outro lado, um grau de dependência que não ultrapasse 30% não indica uma «eliminação» da concorrência. Por último, o simples facto de dois produtores serem detentores de partes importantes dum mercado ou de um segmento de mercado não permite presumir que a concorrência está ausente ou é reduzida.
- 131 A Comissão, pelo seu lado, considera que não estão preenchidas as condições referidas no artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, para obter uma isenção individual.
- 132 A Comissão afirma, desde logo, que os acordos de fornecimento não contribuem para a melhoria da distribuição dos produtos na acepção do artigo 85.º, n.º 3, dado que estes acordos não contêm benefícios objectivos e concretos para o interesse geral, tal como foi definido no acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Julho de 1966, *Consten e Grundig/Comissão* (56/64 e 58/64, *Colect. 1965-1968*, p. 23), susceptíveis de compensar os inconvenientes para a concorrência que lhes são inerentes.

- 133 Tendo em conta a forte posição que a recorrente ocupa no mercado, a Comissão considera que os benefícios derivados dos acordos de compra exclusiva, ou seja, o reforço da concorrência entre produtos de marcas diferentes, não se verificam no caso presente. Pelo contrário, a concorrência no mercado é limitada pela existência de uma rede de acordos de compra exclusiva que constitui importante obstáculo ao acesso ao mercado e, conseqüentemente, a posição da recorrente em relação aos seus concorrentes encontra-se consideravelmente reforçada. Acresce que a Comissão entende que o abastecimento regular dos consumidores em todo o território não é posto em perigo em caso de desaparecimento dos acordos de exclusividade.
- 134 A seguir, a Comissão alega que, devido ao facto de os contratos de exclusividade conduzirem a um sistema de distribuição homogénea e transparente, não pode pressupor-se que os utilizadores participam de modo equitativo nos benefícios que resultam dos acordos. Efectivamente, as empresas não são obrigadas a repercutir o lucro que resulta dos referidos acordos na falta de uma pressão exercida por uma concorrência efectiva. Além disso, os acordos limitam as possibilidades de escolha dos consumidores, que apenas encontram a gama de gelados de determinado produtor nos pontos de venda que lhe estão vinculados.
- 135 Por último, a Comissão entende que a condição negativa referida no artigo 85.º, n.º 3, alínea b), do Tratado está preenchida, dado que não existe concorrência efectiva no mercado de referência. No que diz respeito, por um lado, ao comércio de produtos alimentares, a Comissão alega que as fortes posições ocupadas pela recorrente e pela Langnese, que, em conjunto, realizam dois terços do volume de vendas neste canal de distribuição, bem como a concentração da procura, constituem importantes obstáculos no acesso ao mercado. Por outro lado, quanto ao comércio tradicional, a Comissão considera que o acesso ao mercado é, em grande parte, dificultado pelo efeito cumulativo que resulta do conjunto dos acordos de exclusividade em vigor. A este respeito, a Comissão considera que cerca de (...)% (mais de 55%) do volume de vendas no comércio tradicional é efectuado através dos acordos de compra exclusiva. Além disso, afirma que as arcas congeladoras instaladas pela recorrente e pela Langnese em todo o mercado provocam também restrições à concorrência.

- 136 A interveniente Mars contesta que a celebração de contratos de exclusividade e a implementação de um sistema de distribuição próprio do produtor sejam indispensáveis a uma distribuição eficaz e racional dos gelados industriais. Efectivamente, os referidos sistemas de distribuição constituem uma situação absolutamente excepcional, dado que os produtos designados «de impulso», regra geral, são fornecidos pelo produtor a entrepostos centrais dos grossistas que reúnem e satisfazem as encomendas dos diferentes pontos de venda. Segundo as informações da Mars, a recorrente apenas celebrou contratos de exclusividade relativos aos pontos de venda na Alemanha, na Dinamarca e em Itália.
- 137 No entender da Mars, a recorrente não tem razão ao afirmar que os grossistas não têm nem vontade nem meios para abastecer o comércio tradicional. Se os grossistas não podem abastecer o número de pontos de venda necessários para que se consiga uma distribuição racional, isso deve-se, em sua opinião, aos contratos de exclusividade litigiosos que vinculam grande número de pontos de venda.
- 138 O sistema aplicado pela recorrente tem como efeito impedir quase totalmente o acesso de novos concorrentes ao mercado dos gelados designados «de impulso», que produz lucros muito importantes. Por último, e no entender da Mars, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que não é pelo facto de uma empresa ter criado um mercado que tem o direito de manter a sua posição no mesmo por meio da celebração de contratos de exclusividade (v. acórdão Hoffmann-La Roche/Comissão, já referido).

Apreciação do Tribunal

- 139 A fim de apreciar se a Comissão tinha o direito de recusar a concessão duma isenção individual deve, desde logo, recordar-se que uma decisão individual de isenção está subordinada, nomeadamente, à condição de se mostrarem preenchidas cumulativa-

mente pelo acordo em questão as quatro condições enunciadas no artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, de forma que basta que falte uma das quatro condições para que a isenção deva ser recusada (v., por exemplo, o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Julho de 1994, *Matra Hachette/Comissão*, T-17/93, *Colect.*, p. II-595, n.º 104).

140 O Tribunal de Primeira Instância lembra ainda que a Comissão detém um largo poder de apreciação na matéria. O poder exclusivo conferido à Comissão, nos termos do artigo 9.º do Regulamento n.º 17, de conceder uma isenção nos termos do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, implica necessariamente apreciações complexas em matéria económica. O controlo judicial dessas apreciações deve respeitar este carácter limitando-se à análise dos factos materiais e das qualificações jurídicas que a Comissão deles deduz. O controlo jurisdicional exerce-se, por isso, em primeiro lugar, sobre a fundamentação das decisões que, face às referidas apreciações, deve esclarecer os factos e as considerações em que se baseiam (v. acórdão *Consten e Grundig/Comissão*, já referido). É à luz destes princípios, desenvolvidos pela jurisprudência, que há que analisar se a decisão se baseia em factos materiais inexactos, se não está viciada por erros de direito ou de apreciação manifestos (v. acórdão *Matra Hachette/Comissão*, já referido, n.º 104).

141 Resulta, além disso, da jurisprudência bem assente que, caso seja pretendida uma isenção nos termos do artigo 85.º, n.º 3, compete, em primeiro lugar, às empresas interessadas apresentarem à Comissão os elementos de prova susceptíveis de mostrar que o acordo preenche as condições impostas pelo artigo 85.º, n.º 3, do Tratado (v., por exemplo, os acórdãos do Tribunal de Justiça de 11 de Julho de 1985, *Remia e o./Comissão*, 42/84, *Recueil*, p. 2545, e de 17 de Janeiro de 1984, *VBVB e VBVB/Comissão*, 43/82 e 63/82, *Recueil*, p. 19).

- 142 Quanto à análise da primeira das quatro condições referidas no artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, o Tribunal de Primeira Instância lembra que, nos termos desta disposição, os acordos susceptíveis de ser isentos são aqueles que «contribuam para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico». A este respeito, deve salientar-se que resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que a melhoria não pode ser identificada com todos os benefícios que os participantes retiram do acordo no que diz respeito à respectiva actividade de produção ou distribuição. Esta melhoria deve, designadamente, apresentar vantagens objectivas sensíveis, de modo a compensar os inconvenientes que o acordo implica no plano da concorrência (v. acórdão Consten e Grundig/Comissão, já referido).
- 143 O Tribunal de Primeira Instância salienta que, no caso presente, a análise desta primeira condição é objecto dos pontos 115 a 121 da decisão. Embora resulte do quinto considerando do Regulamento n.º 1984/83 que os acordos de compra exclusiva conduzem, em geral, a uma melhoria da distribuição, dado que permitem ao fornecedor planificar a venda dos seus produtos de maneira mais exacta e com maior antecedência e, dessa forma, assegurar ao revendedor um abastecimento regular durante o período de vigência do acordo, e mesmo supondo que a recorrente, por razões de custo, seja obrigada a terminar com o abastecimento de determinados pequenos pontos de venda se for obrigada a renunciar ao seu abastecimento exclusivo, a Comissão considera, apesar disso, que os contratos litigiosos não geram benefícios objectivos e concretos para o interesse geral susceptíveis de compensar os inconvenientes inerentes para a concorrência.
- 144 Em apoio desta afirmação, a Comissão realça, por um lado, que, tendo em conta a forte posição da recorrente no mercado de referência, e ao contrário da expectativa expressa no sexto considerando do Regulamento n.º 1984/83, os acordos litigiosos não têm como efeito intensificar a concorrência entre produtos de marcas diferentes. Efectivamente, a Comissão considerou, com razão, que a rede de acordos em causa constitui um obstáculo importante ao acesso ao mercado, que tem como efeito restringir a concorrência.

- 145 Por outro lado, decorre do ponto 120 da decisão que a Comissão considerou que o abastecimento dos pequenos pontos de venda eventualmente abandonados pela recorrente por razões de custos seria garantido quer por outros fornecedores, por exemplo os pequenos produtores locais, quer por intermediários independentes que comercializem vários tipos de oferta. Além disso, a Comissão lembra que a própria recorrente reconheceu que continua a abastecer mesmo pontos de venda muito pequenos cujo volume de vendas anual oscila à volta de 300 DM, se a respectiva localização geográfica for favorável.
- 146 Neste contexto, é de lembrar que a interveniente Mars salientou ser absolutamente excepcional que os produtos designados «de impulso» sejam distribuídos por um sistema de transporte próprio dos produtores. De facto, as partes estão de acordo em que só na Alemanha, na Dinamarca e na Itália empresas do grupo Unilever incluindo a Langnese celebraram contratos de exclusividade relativos aos pontos de venda.
- 147 Embora a recorrente alegue que, por razões de custos, será obrigada a deixar de abastecer determinado número de pontos de venda caso tenha de renunciar aos seus acordos de compra exclusiva, o Tribunal de Primeira Instância considera que, apesar disso, a recorrente não adiantou elementos capazes de demonstrar que essa situação seria susceptível de pôr em perigo o abastecimento regular de gelados em embalagem individual em todo o território e, em especial, que os pequenos pontos de venda abrangidos não seriam, em consequência, abastecidos por outros fornecedores ou pelos grossistas, como mera consequência da livre concorrência que então vigoraria. A recorrente também não demonstrou de modo convincente quais as condições particulares na Alemanha que implicaram a necessidade de criar um sistema de distribuição de gelados próprio dos produtores. O Tribunal de Primeira Instância considera, por isso, que a recorrente não demonstrou que a Comissão cometeu um erro manifesto de apreciação ao considerar que os acordos litigiosos não preenchem a primeira condição constante do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado. Considerando-se suficientemente elucidado pelos documentos do processo, o

Tribunal de Primeira Instância entende que não há que proceder à audição das testemunhas no que toca à vontade e capacidade dos grossistas para abastecer os retalhistas no comércio tradicional ou quanto às restrições à concorrência que os contratos de exclusividade implicam, designadamente quanto à possibilidade de um novo concorrente se estabelecer e se tornar conhecido no comércio tradicional, conforme sugeriu a interveniente.

148 Dado que os acordos litigiosos não preenchem a primeira das condições referidas no artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, deve, assim, ser negado provimento à terceira parte do fundamento, sem que seja necessário apreciar se a Comissão cometeu um erro manifesto no que respeita à apreciação das outras condições previstas na mesma disposição, uma vez que basta que falte uma das quatro condições para que a isenção deva ser recusada.

149 Do que antecede resulta que deve ser negado provimento, no seu conjunto, ao fundamento que consiste em violação do artigo 85, n.º 3, do Tratado.

Quanto ao fundamento que consiste na violação do artigo 3.º do Regulamento n.º 17

Resumo da argumentação das partes

150 Em apoio deste fundamento, a recorrente alega desde logo que o artigo 3.º do Regulamento n.º 17 não confere à Comissão o direito de a obrigar a comunicar o texto

dos artigos 1.º e 2.º da decisão aos revendedores com os quais celebrou acordos de exclusividade. No entender da recorrente, só a ela compete escolher um modo de dar cumprimento à decisão da Comissão que proíbe esses acordos.

- 151 No que toca ao artigo 4.º da parte dispositiva da decisão, a recorrente alega que, nos termos do artigo 3.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17, a Comissão apenas a pode obrigar a «pôr termo a essa infracção». Não há base jurídica para a proibição da celebração de novos acordos que, no entender da Comissão, sejam contrários ao artigo 85.º, n.º 1, do Tratado e não preencham as condições do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado. Do mesmo modo, a Comissão não pode proibir a celebração de novos acordos que beneficiem da isenção prevista do Regulamento n.º 1984/83, sem revo-gar previamente o benefício dessa isenção nos termos do artigo 14.º do referido regulamento.
- 152 Em qualquer caso, a recorrente considera que o artigo 4.º da decisão não pode proibir a celebração de novos acordos de compra exclusiva que sejam alterados, no que diz respeito à duração, de modo a que, mesmo adoptando o ponto de vista da Comissão, não haja qualquer dúvida de que se enquadram no âmbito de aplicação do Regulamento n.º 1984/83.
- 153 No ponto 154 da decisão, a Comissão esclareceu que a proibição, que consta do artigo 4.º da parte dispositiva, de a recorrente, até 31 de Dezembro de 1997, celebrar novos acordos de fornecimento semelhantes aos existentes, declarados incompatíveis com o artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, se justifica pelo facto de que «... a decisão de pôr termo seria inútil se a SLG (a recorrente) fosse autorizada a substituir imediatamente os ‘contratos de fornecimento’ actuais por outros».
- 154 A Comissão contesta que o artigo 3.º do Regulamento n.º 17 não constitua base jurídica válida. O poder que este artigo confere à Comissão deve, em seu entender,

ser exercido da maneira mais eficaz e mais apropriada às circunstâncias de cada situação (v. despacho do Tribunal de Justiça de 17 de Janeiro de 1980, Camera Care/Comissão, 792/79 R Recueil, p. 119).

- 155 No entender da Comissão, este poder inclui o direito de dirigir às empresas determinadas injunções, de fazer ou não fazer, com a finalidade de pôr termo à infracção. As obrigações especiais assim impostas devem, no entendimento da Comissão, ser definidas em função das exigências do restabelecimento da legalidade. Por outro lado, a Comissão afirma que o artigo 3.º do Regulamento n.º 17 lhe confere poderes para adoptar todas as medidas que se revelem necessárias para pôr termo à infracção verificada, e que estas podem consistir tanto em medidas positivas como em medidas negativas (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1993, Ahlström Osakeyhtiö e o./Comissão, dito «pasta de papel», C-89/85, C-104/85, C-114/85, C-116/85, C-117/85 e C-125/85 a C-129/85, Colect., p. I-1307).

- 156 A proibição constante do artigo 4.º da decisão justifica-se, no caso presente, pela necessidade de impedir a tentativa de contornar a proibição do artigo 1.º da decisão. Efectivamente, por meio do Regulamento n.º 1984/83, a recorrente, em qualquer momento, poderia requer o benefício da isenção por categoria relativamente a novos contratos de exclusividade se o artigo 4.º da decisão não tivesse sido adoptado. A este respeito, a Comissão acrescenta que a proibição é acessória e visa apenas evitar uma repetição inútil do processo administrativo que levou ao indeferimento da isenção individual. O artigo 4.º da decisão não vai para além do que é necessário ao restabelecimento de uma situação conforme com o Tratado.

- 157 Por último, a Comissão alega que o artigo 3.º da decisão extrai as consequências necessárias da proibição dos acordos de fornecimento. A comunicação adicional que a recorrente deve fazer aos seus parceiros contratuais confere utilidade à renúncia acrescentando a necessária clareza.

Apreciação do Tribunal

- 158 Deve, desde logo, analisar-se a afirmação da recorrente de que o artigo 3.º do Regulamento n.º 17 não constitui base jurídica para a Comissão adoptar o artigo 3.º da decisão, nos termos da qual a recorrente «... é obrigada a comunicar o teor dos artigos 1.º e 2.º aos revendedores com os quais tenha concluído acordos do tipo referido no artigo 1.º, que ainda vigorem, no prazo de três meses a contar da notificação da presente decisão, informando-os da conseqüente não produção de efeitos dos referidos acordos». A este respeito, deve lembrar-se que resulta da redacção do artigo 3.º do Regulamento n.º 17 que, «se a Comissão verificar... uma infracção ao disposto no artigo 85.º ou ao artigo 86.º do Tratado, pode, através de decisão, obrigar as empresas e associações de empresas em causa a pôr termo a essa infracção». O Tribunal de Primeira Instância entende que este artigo confere também à Comissão poderes para exigir uma comunicação como a imposta no artigo 3.º da decisão, com a finalidade de garantir uma aplicação eficaz da decisão. Por outro lado, tendo em consideração que se trata de uma disposição conforme com a prática administrativa da Comissão sobre a matéria, deve, por isso, rejeitar-se a acusação da recorrente relativa à validade do artigo 3.º da decisão.
- 159 Ainda no que diz respeito à questão de saber se o artigo 4.º da decisão, em cujos termos a recorrente é proibida de celebrar acordos semelhantes aos referidos no artigo 1.º da decisão, por serem contrários ao artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, carece de base jurídica, o Tribunal de Primeira Instância entende que o artigo 3.º do Regulamento n.º 17, referido no n.º 158, apenas confere à Comissão poderes para proibir contratos de exclusividade existentes incompatíveis com as regras de concorrência.
- 160 Quanto ao restabelecimento de uma rede de contratos de compra exclusiva, deve salientar-se que resulta da jurisprudência relativa à aplicação do artigo 85.º, n.º 1, que, mesmo no caso de a análise do conjunto dos contratos semelhantes celebrados

no mercado de referência e dos outros elementos do contexto económico e jurídico demonstrar que o mercado em causa é dificilmente acessível, os contratos de compra exclusiva de um fornecedor cuja contribuição para o efeito cumulativo seja insignificante não caem no âmbito da proibição do n.º 1 do artigo 85.º (v. acórdão Delimitis, já referido, n.ºs 23 e 24).

161 Daqui decorre que, regra geral, o artigo 85.º, n.º 1, não se opõe à celebração de contratos de compra exclusiva, desde que isso não contribua de maneira significativa para a compartimentação do mercado. Neste contexto, deve ser rejeitado o argumento da Comissão de que a proibição de celebração de qualquer contrato futuro se justifica pela necessidade de impedir a tentativa de, através do Regulamento n.º 1984/83, contornar a proibição dos contratos existentes, constante do artigo 1.º da decisão recorrida.

162 Com efeito, o Regulamento n.º 1984/83, enquanto acto normativo de alcance geral, permite que as empresas beneficiem de isenção por categoria relativamente a certos contratos de exclusividade que, em princípio, obedeçam às condições referidas no artigo 85.º, n.º 3. De acordo com a hierarquia das normas, a Comissão não tem competência para, através de uma decisão individual, restringir ou limitar os efeitos jurídicos desse acto normativo, a menos que o mesmo forneça expressamente base legal para esse efeito. Embora o artigo 14.º do Regulamento n.º 1984/83 confira à Comissão poder para retirar o benefício da aplicação do mesmo regulamento se, num caso determinado, a Comissão concluir que um acordo isento tem, apesar disso, determinados efeitos incompatíveis com as condições previstas no artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, o artigo 14.º não prevê, porém, qualquer base legal que permita retirar o benefício de isenção por categoria a acordos futuros.

163 Por outro lado, o Tribunal de Primeira Instância considera que é contrário ao princípio da igualdade de tratamento, um dos princípios fundamentais do direito

comunitário, excluir para determinadas empresas o benefício, para o futuro, de um regulamento de isenção por categoria, enquanto outras empresas como, no caso presente, a interveniente, poderiam continuar a celebrar contratos de compra exclusiva do mesmo tipo dos proibidos pela decisão. Essa proibição seria, por isso, susceptível de prejudicar a liberdade económica de determinadas empresas e criar distorções de concorrência no mercado contrárias aos objectivos do Tratado.

164 Por todos estes motivos, o Tribunal de Primeira Instância considera procedente o fundamento invocado. Assim, deve ser anulado o artigo 4.º da decisão.

165 Das considerações antecedentes decorre que deve ser negado provimento ao recurso, salvo no que diz respeito à anulação do artigo 4.º da decisão.

Quanto às despesas

166 Nos termos do artigo 87.º, n.º 3, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo, o Tribunal de Primeira Instância pode determinar que as despesas sejam repartidas ou decidir que cada uma das partes suporte as suas próprias despesas, caso as partes sejam vencidas, respectivamente, quanto a um ou vários pontos. No caso presente, tendo a recorrente sido vencida quanto ao essencial dos seus fundamentos, deve ser condenada a suportar, para além das suas próprias despesas, a totalidade das despesas do processo, incluindo as relativas ao processo de medidas provisórias e as da interveniente, com excepção de um quarto das despesas da recorrida. Esta suportará assim um quarto das suas próprias despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Segunda Secção Alargada)

decide:

- 1) **É anulado o artigo 4.º da Decisão 93/405/CEE da Comissão, de 23 de Dezembro de 1992, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE contra a Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG (IV/31.533 e IV/34.072).**
- 2) **É negado provimento ao recurso quanto ao restante.**
- 3) **A recorrente suportará a totalidade das despesas do processo, incluindo as relativas ao processo de medidas provisórias bem como as da interveniente, com excepção de um quarto das despesas da recorrida.**
- 4) **A recorrida suportará um quarto das suas próprias despesas.**

Vesterdorf

Barrington

Saggio

Kirschner

Kalogeropoulos

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 8 de Junho de 1995.

O secretário

H. Jung

II - 1672

O presidente em exercício

D. P. M. Barrington

Índice

Matéria de facto na origem do recurso	II - 1617
Tramitação	II - 1621
Pedidos das partes	II - 1624
Quanto ao fundamento que consiste na violação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado	II - 1625
Quanto à primeira parte do fundamento, relativa à delimitação do mercado	II - 1625
Mercado do produto	II - 1625
Resumo da argumentação das partes	II - 1626
Apreciação do Tribunal	II - 1630
Mercado geográfico	II - 1635
Resumo da argumentação das partes	II - 1635
Apreciação do Tribunal	II - 1636
Quanto à segunda parte do fundamento, relativa ao efeito dos contratos de compra exclusiva sobre a concorrência	II - 1637
Resumo da argumentação das partes	II - 1637
Apreciação do Tribunal	II - 1641
Quanto à terceira parte do fundamento, relativa à pretensa obrigação da Comissão de separar os contratos individuais de modo a que uma parte deles não seja abrangida pela proibição do artigo 85.º, n.º 1 do Tratado	II - 1647
Resumo da argumentação das partes	II - 1647
Apreciação do Tribunal	II - 1648
Quanto ao fundamento que consiste na violação do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado	II - 1650
Quanto à primeira parte do fundamento, que consiste na pretensa obrigação da Comissão de se não afastar da apreciação feita na carta administrativa	II - 1650
Resumo da argumentação das partes	II - 1650
Apreciação do Tribunal	II - 1653
Quanto à segunda parte do fundamento, relativa à alegação de que os acordos litigiosos são susceptíveis de beneficiar duma isenção por categoria	II - 1656
Resumo da argumentação das partes	II - 1656
Apreciação do Tribunal	II - 1657
	II - 1673

Quanto à terceira parte do fundamento, relativa à questão de saber se os acordos de fornecimento preenchem as condições do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado	II - 1658
Resumo da argumentação das partes	II - 1658
Apreciação do Tribunal	II - 1662
Quanto ao fundamento que consiste na violação do artigo 3.º do Regulamento n.º 17	II - 1666
Resumo da argumentação das partes	II - 1666
Apreciação do Tribunal	II - 1669
Quanto às despesas	II - 1671