

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA  
10 de Julho de 1990 \*

No processo T-51/89,

**Tetra Pak Rausing SA**, com sede em Pully-Lausanne (Suíça), representada por Michel Waelbroeck, advogado no foro de Bruxelas, e por Christopher W. Bellamy, QC, barrister da Gray's Inn, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório do advogado Ernest Arendt, 34, rue Philippe-II,

recorrente,

contra

**Comissão das Comunidades Europeias**, representada inicialmente por Luís Miguel Antunes e Adam Blomefield e posteriormente por Julian Currall e Adam Blomefield, todos membros do seu Serviço Jurídico, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de Georgios Kremlis, igualmente membro do Serviço Jurídico da Comissão, Centro Wagner, Kirchberg,

recorrida,

que visa obter a anulação da Decisão 88/501/CEE da Comissão, de 26 de Julho de 1988 (JO L 272, p. 27), relativa a um processo de aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CEE [IV/31.043 — Tetra Pak I (licença BTG)],

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA,

constituído pelos Srs. J. L. Cruz Vilaça, presidente, D. Barrington, A. Saggio, D. A. O. Edward, presidentes de secção, C. Yeraris, R. Schintgen, C. P. Briët, B. Vesterdorf, R. García-Valdecasas, J. Biancarelli e K. Lenaerts, juizes,

advogado-geral: H. Kirschner  
secretário: H. Jung

\* Língua do processo: inglês.

vistos os autos e após a realização da audiência de discussão em 14 de Dezembro de 1989,

ouvidas as conclusões do advogado-geral na audiência de 21 de Fevereiro de 1990, profere o presente

## Acórdão

### Elementos de facto e tramitação processual

- 1 Por decisão de 26 de Julho de 1988 (JO L 272, p. 27) (a seguir «a decisão»), a Comissão declarou que, ao adquirir, através da compra do grupo Liquepak, a exclusividade da licença de exploração de patente concedida em 27 de Agosto de 1981 pelo National Research and Development Council à Novus Corp, sociedade do grupo Liquepak, a Tetra Pak Rausing SA violou o artigo 86.º do Tratado CEE a partir da data da referida aquisição e até ao termo da exclusividade.
- 2 A decisão diz respeito ao sector da embalagem de produtos alimentares líquidos, especialmente leite, em embalagens de cartão. Existem dois tipos de embalagens. O leite ultrapasteurizado (UHT) é embalado por máquinas especiais em embalagens esterilizadas, as quais são imediatamente seladas pelas referidas máquinas em condições assépticas rigorosas. O acondicionamento do leite fresco pasteurizado não requer o mesmo grau de esterilização e, assim, não envolve a utilização de equipamento tão sofisticado.
- 3 A sociedade a que a decisão se dirige, a Tetra Pak Rausing SA (a seguir «Tetra Pak»), com sede social na Suíça, coordena a actividade de um grupo de empresas implantadas a nível mundial e especializado em equipamentos para o acondicionamento de leite em embalagens de cartão. A actividade da Tetra Pak desenvolve-se

no sector da embalagem de leite fresco e UHT. Consiste essencialmente no fabrico de embalagens de cartão e de máquinas para o enchimento de embalagens de cartão segundo uma tecnologia do próprio grupo. No sector da embalagem asséptica, a Tetra Pak fornece o sistema «Tetrabrik». No sector dos produtos frescos, distribui igualmente máquinas de diversos outros fabricantes.

Em 1985, o grupo, que tem filiais de fabrico e de distribuição em todos os Estados-membros da CEE, com excepção do Luxemburgo e da Grécia, realizou cerca de metade do seu volume de negócios — o qual é de aproximadamente 2 mil milhões de ecus — na Comunidade Económica Europeia. No mesmo ano, a parte do mercado comunitário detida pelo grupo foi de aproximadamente 90 % no sector da embalagem asséptica e de 50 % no da embalagem de leite fresco.

- 4 Antes de ser adquirido pela Tetra Pak, o grupo Liquipak pertencia ou era controlado pelo Grupo Allpak (Canadá) e por um particular. Dedicou-se ao desenvolvimento e fabrico de equipamento de embalagem de produtos alimentares líquidos.
- 5 O grupo Elopak, de origem norueguesa, está sobretudo implantado na Europa. Em 1987, realizou um volume de negócios de cerca de 300 milhões de ecus. Embora as suas actividades se concentrem essencialmente no sector do leite fresco, especialmente no fornecimento de embalagens de «topo em aresta», em que o seu principal concorrente é a Tetra Pak, a Elopak era igualmente a distribuidora exclusiva da Liquipak, não só das suas máquinas de acondicionamento de leite pasteurizado mas também de qualquer máquina a desenvolver no sector do leite UHT. A Elopak colaborou com a Liquipak no desenvolvimento de uma nova máquina de embalagem que utilizava o processo protegido pela licença exclusiva em questão.

Trata-se de uma licença exclusiva relativa a um novo processo de embalagem do leite UHT no qual são utilizados raios ultravioletas, o que permite o emprego de uma solução diluída de peróxido de hidrogénio associada com calor, diversamente do que acontece com os outros processos até então utilizados na Comunidade, que associam peróxido de hidrogénio concentrado e calor. Ao contrário dos processos utilizados nas máquinas de acondicionamento asséptico existentes no mercado, esta técnica, destinada a ser utilizada nas máquinas de enchimento, pode ser adaptada para as embalagens em forma de bloco e para as de topo em aresta. As máquinas actuais não permitem a utilização das embalagens de topo em aresta, nas

quais, como se afirma na decisão, a Elopak concentrou os seus esforços de desenvolvimento e para as quais dispõe de maior tecnologia.

- 6 A licença exclusiva em questão foi concedida à Novus Corp, com efeitos a partir de 27 de Agosto de 1981, pelo National Research and Development Council, cujas atribuições passaram a ser asseguradas pelo British Technology Group («BTG»). A licença abrange as patentes relativas à nova técnica de esterilização da BTG e à respectiva tecnologia. Na Comunidade, foram concedidas patentes na Irlanda, em Espanha e na Bélgica. Um pedido de patente está a ser apreciado em Itália, tendo sido apresentado um pedido análogo ao abrigo da Convenção relativa à Patente Europeia, para, entre outros, o Reino Unido, a França, a República Federal da Alemanha e os Países Baixos.

A licença exclusiva acima mencionada beneficiava de uma isenção por categoria ao abrigo do Regulamento (CEE) n.º 2349/84 da Comissão, de 23 de Julho de 1984, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado CEE a certas categorias de acordos de licença de patente (JO L 219, p. 15; EE 08 F2 p. 135), sem prejuízo da aplicação do artigo 9.º do mesmo regulamento, que prevê a possibilidade de a Comissão retirar a isenção quando os requisitos do n.º 3 do artigo 85.º não estejam preenchidos.

Em 1986, a Tetra Pak adquiriu a sociedade americana Liquipak International Inc. Na mesma transacção, adquiriu igualmente as sociedades do grupo Liquipak às quais a Novus Corp cedera em 1983 a licença BTG. No momento em que a Tetra Pak adquiriu a Liquipak, a nova versão da máquina que incluía o processo BTG, desenvolvida pela Liquipak com o apoio da Elopak, não tinha ainda sido testada na prática. Na sequência do anúncio da aquisição da Liquipak pela Tetra Pak, a Elopak pôs termo à sua colaboração. A Elopak considerava que a referida máquina estava prestes a ficar operacional. A Tetra Pak entendia, pelo contrário, que seria necessária considerável e dispendiosa investigação antes de a técnica BTG poder ser explorada.

- 7 No que respeita à posição das partes no mercado, resulta da decisão que, no momento dos factos, só duas empresas — a Tetra Pak e a PKL, filial do grupo alemão Rheinmetall AG — estavam em condições de comercializar na Comunidade, em quantidades significativas, máquinas destinadas ao acondicionamento asséptico do leite. Pelas razões de ordem técnica acima referidas e porque, na prática, os fabricantes de máquinas assépticas fornecem igualmente embalagens que servem

nas suas próprias máquinas, a detenção de uma técnica de enchimento asséptico constitui a chave de acesso tanto ao mercado dos equipamentos de acondicionamento asséptico como ao das embalagens.

- 8 Em 26 de Junho de 1986, o grupo Elopak apresentou uma queixa à Comissão, nos termos 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 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22), no sentido de obter a declaração de que a Tetra Pak tinha violado os artigos 85.º e 86.º do Tratado. Após a comunicação das acusações pela Comissão em 3 de Março de 1987, e depois de ser ouvida em 25 de Julho de 1987, a Tetra Pak informou a Comissão, por carta de 26 de Novembro de 1987, de que renunciava a qualquer direito de exclusividade sobre a licença BTG. Embora a infracção tivesse cessado durante o processo administrativo, a Comissão entendeu ser útil declará-la numa decisão formal, com o objectivo, designadamente, de clarificar a sua posição sobre a questão jurídica em causa. Todavia, por considerar que o problema colocado era inédito, não aplicou qualquer coima à Tetra Pak.

Na decisão, a Comissão aborda sucessivamente a aplicação do artigo 86.º e do artigo 85.º No que respeita à segunda disposição, a instituição recorrida expõe as razões que teriam justificado a retirada da isenção, de que beneficiava a licença exclusiva, enquanto existisse infracção ao artigo 86.º

No termo das considerações relativas ao artigo 86.º, a Comissão conclui que «a Tetra abusou (da sua) posição dominante ao adquirir (a) licença exclusiva (BTG), que tinha por efeito fortalecer a sua posição já dominante, enfraquecendo ainda mais a concorrência existente e tornando mais difícil a entrada no mercado de novas concorrentes» (n.º 60 da decisão).

- 9 Foi nestas circunstâncias que, por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 11 de Novembro de 1988, a Tetra Pak pediu a anulação da decisão. A fase escrita do processo decorreu integralmente perante o Tribunal de Justiça.

O Tribunal de Justiça remeteu o processo ao Tribunal de Primeira Instância por despacho de 15 de Novembro de 1989, em aplicação do disposto no n.º 1 do artigo 3.º e no artigo 14.º da decisão do Conselho de 24 de Outubro de 1988, que instituiu o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias. Em 16 de

Novembro de 1989, o Tribunal de Primeira Instância remeteu o processo à sessão plenária. Em aplicação do artigo 2.º, n.º 3, da citada decisão do Conselho, o presidente do Tribunal de Primeira Instância designou um advogado-geral.

Com base no relatório do juiz relator, o Tribunal de Primeira Instância decidiu iniciar a fase oral do processo sem instrução prévia. As partes foram ouvidas em alegações na audiência de discussão de 14 de Dezembro de 1989 e as conclusões do advogado-geral foram apresentadas na audiência de 21 de Fevereiro de 1990.

### **Pedidos das partes**

10 A Tetra Pak, recorrente, conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão da Comissão de 26 de Julho de 1988 relativa a um processo de aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CEE [IV/31.043 — Tetra Pak I (licença BTG)];

— condenar a Comissão nas despesas do processo.

A Comissão das Comunidades Europeias, recorrida, conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso interposto pela Tetra Pak;

— condenar a recorrente nas despesas do processo.

### **Delimitação do âmbito jurídico do recurso**

11 Antes de expor os argumentos que aduz em apoio dos seus pedidos, a recorrente delimita o âmbito do presente litígio. Numa parte preliminar da petição, antes de formular o único fundamento em que o seu recurso se baseia, a recorrente declara que, dado ter voluntariamente renunciado à exclusividade da utilização da licença em causa, «deixara de ser útil expender perante o Tribunal de Justiça, no presente processo, os seus argumentos pormenorizados acerca da existência de uma posição

dominante e do pouco interesse da tecnologia da Liquipak...». Consequentemente, a recorrente limita-se a impugnar a decisão da Comissão de 26 de Julho de 1988 exclusivamente no que respeita à questão jurídica da compatibilidade da aplicação do artigo 86.º com uma isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 85.º Além disso, a recorrente confirmou expressamente na audiência que o presente recurso se destina unicamente a decidir uma questão de direito e que, por conseguinte, não é necessário, tendo em conta esta delimitação do âmbito do litígio, entrar na apreciação dos factos que estão na base da declaração, na decisão, de um abuso de posição dominante pela recorrente.

- 12 A recorrida conformou-se com a delimitação do âmbito jurídico do litígio operada pela recorrente.
- 13 Nestas condições, compete ao Tribunal de Primeira Instância fiscalizar a legalidade da decisão exclusivamente à luz do fundamento invocado pela recorrente na petição. O único fundamento do recurso é a violação pela Comissão dos artigos 85.º, n.º 3, e 86.º, ao aplicar esta última disposição a um acordo que beneficiava de uma isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 85.º Por conseguinte, a análise que o Tribunal fará da decisão em questão incidirá unicamente sobre os argumentos aduzidos no fundamento jurídico invocado pela recorrente, acima exposto, não havendo que apreciar a exactidão da análise dos factos efectuada pela Comissão e que a levou a declarar a existência de uma infracção ao artigo 86.º Dado que a recorrente não invocou qualquer fundamento relativamente aos elementos materiais da fundamentação da decisão, tais elementos não serão discutidos no âmbito do presente litígio.

#### **O único fundamento do recurso: violação do artigo 85.º, n.º 3, e do artigo 86.º do Tratado**

- 14 A Tetra Pak impugna a decisão afirmando ser contrário ao n.º 3 do artigo 85.º e ao artigo 86.º que a Comissão considere proibido pelo artigo 86.º um acordo que beneficiava, no presente caso, de uma isenção por categoria ao abrigo do n.º 3 do artigo 85.º Este fundamento subdivide-se em três partes. A recorrente baseia-se, em primeiro lugar, numa análise sistemática das normas aplicáveis do Tratado e do direito derivado, antes de invocar igualmente, em apoio da sua tese, os princípios da segurança jurídica e da aplicação uniforme do direito comunitário.

a) *Análise sistemática dos artigos 85.º e 86.º do Tratado e do direito derivado*

- 15 A recorrente defende que a Comissão não pode aplicar o artigo 86.º a um comportamento isento ao abrigo do n.º 3 do artigo 85.º, dado o facto de ambos os artigos terem objectivos idênticos. Invoca, a este propósito, o acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Fevereiro de 1973, «Continental Can», nos termos do qual «os artigos 85.º e 86.º não podem ser interpretados em sentidos contraditórios, uma vez que contribuem para a realização do mesmo objectivo» (tradução provisória) (n.º 25, 6/72, Recueil, p. 215). Dado que a isenção constitui uma «acção positiva» — como a qualificou o Tribunal de Justiça no seu acórdão de 13 de Fevereiro de 1969, a propósito, é certo, das relações entre o n.º 3 do artigo 85.º e as legislações nacionais em matéria de concorrência (Walt Wilhelm, n.º 5, 14/68, Recueil, p. 1) —, um comportamento não pode ser expressamente autorizado ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, e proibido nos termos do artigo 86.º
- 16 Em apoio desta argumentação, a recorrente afirma que a acusação que lhe foi feita na decisão se reporta, basicamente, à exclusividade decorrente do contrato de concessão de licença. Daqui deduz que a Comissão baseou a aplicação do artigo 86.º numa distinção irrelevante em direito da concorrência entre, por um lado, a licença exclusiva que beneficia da isenção por categoria e, por outro lado, a aquisição da exclusividade da licença através da compra de uma sociedade concorrente (a Lquipak), sendo a referida aquisição declarada na decisão como contrária ao artigo 86.º, quando é certo que os dois actos produzem, segundo a recorrente, o mesmo efeito de restrição da concorrência.
- 17 Considerando, portanto, que o artigo 86.º é inaplicável a um acordo que beneficia de uma isenção nos termos do n.º 3 do artigo 85.º, a recorrente afirmou igualmente, na audiência, que o facto de uma empresa em posição dominante participar num acordo que beneficia de uma isenção por categoria nos termos do n.º 3 do artigo 85.º só pode constituir abuso na acepção do artigo 86.º se estiver preenchido um requisito suplementar, exterior ao acordo e imputável à empresa. Baseia-se, a este propósito, no acórdão de 11 de Abril de 1989, no qual o Tribunal de Justiça afirmou que pode ser declarado um abuso de posição dominante especialmente quando uma empresa que ocupa uma posição dominante consegue impor aos concorrentes ou aos clientes condições contratuais não equitativas (Ahmed Saeed, especialmente os n.ºs 37, 42 e 46, 66/86, Collect., p. 803).
- 18 A recorrente observa que a inaplicabilidade do artigo 86.º a um acordo que beneficia de uma isenção não prejudica a realização dos objectivos do artigo 86.º, uma

vez que a Comissão dispõe, em qualquer circunstância, de um poder discricionário para retirar a isenção. Em apoio da ideia de que a aplicação do artigo 86.º está sujeita à retirada prévia da isenção, a Tetra Pak invoca o disposto no artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento (CEE) n.º 3976/87 do Conselho, de 14 de Dezembro de 1987, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos e de práticas concertadas no sector dos transportes aéros (JO L 374, p. 9) e no artigo 8.º, n.º 2, do Regulamento (CEE) n.º 4056/86 do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, que determina as regras de aplicação aos transportes marítimos dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (JO L 378, p. 4), segundo os quais quando um acordo que beneficia de uma isenção por categoria produz, apesar disso, efeitos proibidos pelo artigo 86.º, a Comissão pode retirar a isenção e tomar todas as medidas adequadas para fazer cessar a infracção ao artigo 86.º

- 19 A recorrente «admite que não há isenção expressa no que respeita à proibição constante do artigo 86.º» (réplica, n.º III). Mas sugere, em apoio da sua tese de que o artigo 86.º não é aplicável a um acto isento nos termos do n.º 3 do artigo 85.º, uma interpretação dos requisitos de aplicação do artigo 86.º inspirada na economia do artigo 85.º, interpretação essa que conduz, na realidade, a admitir a existência de uma isenção implícita em situações de abuso de posição dominante. Para determinar se um comportamento é abusivo há que, nas palavras da recorrente, «aplicar tacitamente o processo em duas etapas claramente exposto no artigo 85.º, ou seja, averiguar se o comportamento em questão tem como objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no mercado comum e, em caso afirmativo, se tal comportamento não terá, apesar disso, um efeito genérico que favorece a concorrência pelo facto de contribuir para promover o progresso técnico ou económico».
- 20 A Comissão opõe a esta análise sistemática da Tetra Pak uma tese assente numa interpretação diferente dos artigos 85.º e 86.º Reportando-se às conclusões do advogado-geral no processo Ahmed Saeed, a Comissão afirma que, uma vez que o abuso não é susceptível de autorização numa comunidade de direito, a proibição do abuso de posição dominante não pode ser derogada (primeiras conclusões apresentadas em 28 de Abril de 1988, n.º 41, Colect., p. 818). A Comissão recorda que, no referido processo, o Tribunal de Justiça declarou expressamente que o abuso de posição dominante não é susceptível de beneficiar de qualquer isenção (acórdão citado, 66/86, n.º 32). Daqui conclui que a tese da recorrente, segundo a qual o artigo 86.º é inaplicável a um acordo isento ao abrigo do n.º 3 do artigo 85.º enquanto a Comissão não retirar a isenção, não pode ser acolhida, uma vez

que se traduziria, devido ao efeito *ex nunc* da retirada de uma isenção, em admitir que existe uma isenção para os abusos de posição dominante.

- 21 O Tribunal de Primeira Instância verifica, em primeiro lugar, que a questão da compatibilidade da aplicação do artigo 86.º com a existência de uma isenção por categoria, que está no centro do presente recurso e que surgiu devido à necessidade de uma coerência lógica na aplicação dos artigos 85.º e 86.º, não foi, até ao presente, expressamente decidida pelo juiz comunitário. Convém, todavia, recordar que as relações entre os artigos 85.º e 86.º foram parcialmente clarificadas pelo Tribunal de Justiça, que reconheceu expressamente que a aplicabilidade do artigo 85.º a um acordo não exclui a aplicação do artigo 86.º O Tribunal de Justiça indicou que, numa hipótese deste tipo, a Comissão pode aplicar uma ou outra destas duas disposições ao acto em questão: «A circunstância de acordos... podem caber igualmente na previsão do artigo 85.º, e designadamente do seu n.º 3, não tem, no entanto, como efeito, excluir a aplicação do artigo 86.º... de modo que, nesses casos, a Comissão, tendo designadamente em conta a natureza dos compromissos recíprocos assumidos e a posição concorrencial dos diversos contraentes no mercado ou mercados a que pertencem, tem legitimidade para prosseguir o processo com base no artigo 85.º ou no artigo 86.º» (tradução provisória) (acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche, n.º 116, 85/76, Recueil, p. 461). O Tribunal de Justiça confirmou esta posição ao declarar, no acórdão Ahmed Saeed, que, em determinadas hipóteses, «a aplicabilidade simultânea dos artigos 85.º e 86.º não deve ser afastada» (acórdão citado, n.º 37, 66/86). Mas o problema suscitado neste último processo no que respeita às relações entre os artigos 85.º e 86.º tinha a ver com a questão de saber se a execução de um acordo susceptível de cair sob a alçada da proibição do artigo 85.º, n.º 1, pode, em princípio, constituir um abuso de posição dominante (n.º 34). Por conseguinte, não estavam em causa as relações entre a isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 85.º e a aplicabilidade do artigo 86.º
- 22 Deste modo, importa sublinhar, a título prévio, que a questão da compatibilidade da aplicação do artigo 86.º com a isenção deve ser resolvida à luz do sistema de protecção da concorrência decorrente, designadamente, dos artigos 85.º e 86.º, bem como dos regulamentos destinados a dar-lhes execução. Os artigos 85.º e 86.º são complementares na medida em que prosseguem um objectivo geral comum definido no artigo 3.º, alínea f), do Tratado, nos termos do qual a acção da Comunidade comporta «o estabelecimento de um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado comum». Todavia, estes artigos não deixam de constituir, no sistema do Tratado, dois instrumentos jurídicos independentes, aplicáveis a situações distintas. Foi o que o Tribunal de Justiça sublinhou, entre outros, no acórdão Continental Can, ao declarar que, «em planos diferentes, os

artigos 85.º e 86.º têm o mesmo objectivo, ou seja, a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado comum» (tradução provisória). Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça recordara que «o artigo 85.º é aplicável aos acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas, ao passo que o artigo 86.º visa a acção unilateral de uma ou mais empresas» (tradução provisória) (acórdão citado, n.º 25, 6/72).

- 23 No que respeita à especificidade das práticas cuja compatibilidade com o artigo 86.º é considerada na decisão impugnada, o Tribunal de Primeira Instância assinala que a simples aquisição de uma licença exclusiva por uma empresa em posição dominante não constitui, em si, um abuso na acepção do artigo 86.º Efectivamente, para efeitos da aplicação desta disposição, devem ser tomadas em consideração as circunstâncias que rodearam tal aquisição, especialmente os seus efeitos na estrutura da concorrência no mercado em causa. Esta interpretação é confirmada pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, que definiu o abuso como «um conceito objectivo que visa os comportamentos de uma empresa em posição dominante susceptíveis de influenciar as estruturas de um mercado, no qual, precisamente em consequência da presença da empresa em questão, o grau de concorrência é afectado e que têm como efeito, através do recurso a mecanismos diferentes dos que regulam a concorrência normal entre produtos e serviços com base nas prestações dos operadores económicos, criar obstáculos à manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou ao desenvolvimento dessa concorrência» (tradução provisória) (acórdão Hoffmann-La Roche, atrás citado, n.º 91, 85/76). Nestas condições, foi com inteira razão que a Comissão não pôs em causa a licença exclusiva enquanto tal, mas censurou especificamente, ao abrigo do artigo 86.º, o efeito anticoncorrencial da sua aquisição pela recorrente. Resulta claramente da fundamentação e das conclusões da decisão que a violação do artigo 86.º declarada pela Comissão decorreu precisamente da aquisição pela Tetra Pak da licença exclusiva «nas circunstâncias específicas deste processo». O contexto específico a que a Comissão faz expressamente referência caracteriza-se pelo facto de que a aquisição da exclusividade não só «fortalece a já considerável posição da Tetra, como tem por efeito evitar, ou pelo menos atrasar consideravelmente, a entrada de um novo concorrente no mercado em que se regista um pequeno grau de concorrência ou mesmo nenhuma» (n.º 45 da decisão; ver igualmente n.º 60). O elemento decisivo na declaração do carácter abusivo da aquisição da licença exclusiva residia, assim, especificamente na posição da sociedade recorrente no mercado em causa e sobretudo, como resulta da decisão (n.º 27), na circunstância de, no momento dos factos, só a detenção do processo protegido pela licença BTG ser susceptível de dar a uma empresa os meios de competir eficazmente com a recorrente no domínio do acondicionamento asséptico do leite. A aquisição da sociedade Liquipak apenas constituiu o meio — a que a Comissão não deu especial

importância para efeitos da aplicação do artigo 86.º — através do qual a recorrente adquiriu a exclusividade da licença BTG, exclusividade essa que teve por efeito retirar às outras empresas os meios de competir com a recorrente.

- 24 Na mesma ordem de ideias, o argumento da recorrente relativo à exigência de um requisito suplementar, externo ao acordo, não pode ser acolhido. A este propósito, recorde-se que no acórdão Ahmed Saeed, invocado pela recorrente, o Tribunal decidiu que «a aplicação de tarifas a voos regulares, resultante de convenções bilaterais ou multilaterais, pode, em certas circunstâncias, constituir um abuso de posição dominante no mercado em causa, especialmente quando uma empresa em posição dominante conseguir impor a outras empresas de transporte a aplicação, na mesma linha, de tarifas excessivamente elevadas ou reduzidas, ou ainda a aplicação exclusiva de uma única tarifa» (acórdão citado, n.º 46, 66/86). É certo que o Tribunal de Justiça justificou a aplicabilidade simultânea dos artigos 85.º e 86.º aos acordos de tarifas em questão invocando a presença de um elemento suplementar que, no referido caso, consistiu numa pressão exercida pela empresa em causa sobre os seus concorrentes. Todavia, no presente litígio, a decisão impugnada faz referência ao elemento suplementar constitutivo de um abuso na acepção do artigo 86.º e que justifica a aplicabilidade desse artigo. Tal elemento reside no contexto específico do processo, ou seja, na circunstância de a aquisição da licença exclusiva pela Tetra Pak ter por efeito excluir na prática toda e qualquer concorrência no mercado em causa. Este elemento foi salientado na decisão impugnada e não foi contestado pela recorrente.
- 25 Nestas condições, o Tribunal de Primeira Instância entende que, no sistema de protecção da concorrência criado pelo Tratado, a concessão de uma isenção, individual ou por categoria, ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, não pode, em nenhum caso, equivaler igualmente a uma derrogação da proibição enunciada no artigo 86.º Este princípio resulta da redacção do n.º 3 do artigo 85.º, que apenas permite a derrogação, através de uma declaração de inaplicabilidade, da proibição de acordos, decisões e práticas concertadas constante do n.º 1 do artigo 85.º, e também da economia dos artigos 85.º e 86.º, que constituem, como acima se disse, disposições autónomas e complementares destinadas em princípio a regular situações distintas sob diferentes regimes. Efectivamente, enquanto a aplicação do artigo 85.º resulta de um processo em duas etapas, ou seja, a declaração da existência de uma infracção ao n.º 1 do artigo 85.º e, em seguida, eventualmente, a isenção da proibição se o acordo corresponder às exigências enunciadas no n.º 3, o artigo 86.º exclui, devido à própria natureza do seu objecto — os abusos —, qualquer possibilidade de excepção à proibição (acórdão Ahmed Saeed, atrás ci-

tado, n.º 32, 66/86). Exigir à Comissão que, em todas as situações, tomasse a decisão de retirar a isenção antes de aplicar o artigo 86.º equivaleria, tendo em conta o carácter não retroactivo da retirada da isenção, a admitir que a isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 85.º significa igualmente isenção da proibição do abuso de posição dominante. Pelas razões expostas, isso não é compatível com a própria natureza da infracção punida pelo artigo 86.º De resto, à luz dos princípios que regulam a hierarquia das normas, a concessão de uma isenção num diploma de direito derivado não poderia, na falta de qualquer disposição do Tratado que o autorizasse, derrogar uma disposição do Tratado, neste caso o artigo 86.º

- 26 Assente que, em princípio, a concessão de uma isenção não pode excluir a aplicação do artigo 86.º, impõe-se, além disso, verificar se, em concreto, as constatações efectuadas com vista à concessão da isenção ao abrigo do artigo 85.º obstam à aplicação do artigo 86.º
- 27 Nos termos do n.º 3 do artigo 85.º, a proibição constante do n.º 1 pode ser declarada inaplicável a acordos, decisões ou práticas concertadas ou a categorias dos mesmos que preencham os requisitos enunciados no n.º 3. Esta disposição prevê, designadamente, que o acordo, decisão ou prática concertada não deve dar a empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.
- 28 A este propósito, note-se que a questão da isenção se coloca em termos que podem diferir na prática consoante se trate de uma isenção individual ou por categoria. A concessão de uma isenção individual pressupõe que a Comissão tenha declarado previamente que determinado acordo preenche os requisitos enunciados no n.º 3 do artigo 85.º A adopção de uma decisão de isenção individual permite dar como assentes determinadas características do acordo, decisão ou prática concertada susceptíveis de entrar igualmente em linha de conta, sendo caso disso, para efeitos da aplicação do artigo 86.º Consequentemente, a Comissão deve, ao aplicar o artigo 86.º, tomar em consideração, a menos que as circunstâncias de facto e de direito se tenham alterado, as anteriores constatações efectuadas no momento da concessão da isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 85.º

- 29 É certo que os regulamentos de isenção por categoria e as decisões de isenção individuais apenas são aplicáveis aos acordos que preencham, em princípio, os requisitos previstos no n.º 3 do artigo 85.º Mas, ao contrário do que acontece relativamente à isenção individual, a isenção por categoria não está sujeita, por definição, à verificação caso a caso de que os requisitos de isenção constantes do Tratado estão efectivamente preenchidos. Para beneficiar de uma isenção por categoria, basta que um acordo, decisão ou prática concertada corresponda aos critérios definidos para esse efeito no regulamento de isenção por categoria em causa. O acordo não é sujeito a qualquer apreciação concreta acerca do preenchimento dos requisitos do n.º 3 do artigo 85.º Consequentemente, não se pode afirmar que uma isenção por categoria produz, genericamente, efeitos semelhantes aos de um certificado negativo no respeitante ao artigo 86.º Daqui resulta que, sempre que acordos em que sejam partes empresas em posição dominante se incluam no âmbito de aplicação de um regulamento de isenção por categoria, ou seja, quando esse regulamento não tenha um limite de exclusão, os efeitos da isenção por categoria na aplicabilidade do artigo 86.º devem ser exclusivamente apreciados no contexto do artigo 86.º
- 30 Finalmente, a possibilidade de aplicar o artigo 86.º a um acordo que beneficia de uma isenção por categoria é confirmada pela análise sistemática dos regulamentos de isenção por categoria. Em primeiro lugar, esses regulamentos não excluem, em princípio, as empresas que ocupam uma posição dominante da possibilidade de beneficiarem da isenção, não tomando, assim, em consideração, a posição das empresas partes num acordo, decisão ou prática concertada nos mercados em causa. É o que acontece, designadamente, com o Regulamento de isenção n.º 2349/84, em matéria de acordos de licença de patente, aplicável no presente processo. Em segundo lugar, a possibilidade de aplicar simultaneamente o n.º 3 do artigo 85.º e o artigo 86.º é expressamente confirmada por alguns regulamentos de isenção por categoria cujas disposições prevêm que o benefício da isenção não exclui a aplicabilidade do artigo 86.º É o que acontece, nomeadamente, com os três regulamentos de isenção por categoria adoptados pela Comissão em 26 de Julho de 1988 no domínio dos transportes aéreos, que esclarecem expressamente nos seus considerandos que o benefício da isenção por categoria não exclui a aplicação do artigo 86.º Trata-se do Regulamento (CEE) n.º 2671/88, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado CEE a certas categorias de acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas que têm por objecto o planeamento e coordenação conjuntos da capacidade, a partilha das receitas, as consultas tarifárias nos serviços aéreos regulares e a atribuição das faixas horárias nos aeroportos, do Regulamento (CEE) n.º 2672/88, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado CEE a certas categorias de acordos entre empresas respeitantes aos sistemas informatizados de reserva para serviços de transporte

aéreo, e, finalmente, do Regulamento (CEE) n.º 2673/88, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado CEE a certas categorias de acordos entre empresas, decisões de associações de empresas e práticas concertadas respeitantes aos serviços de assistência em escala (JO L 239, respectivamente p. 9, 13 e 17]. Do mesmo modo, o Regulamento n.º 4056/86 do Conselho, atrás citado, indica expressamente, no n.º 1 do seu artigo 8.º, que a exploração abusiva de uma posição dominante na acepção do artigo 86.º é proibida, não sendo exigida nenhuma decisão prévia para tal efeito.

- 31 Resulta das considerações que precedem que a primeira parte do único fundamento, assente na análise sistemática do n.º 3 do artigo 85.º e do artigo 86.º, não é procedente.

b) *Princípio da segurança jurídica*

- 32 Em apoio da sua análise das relações entre os artigos 85.º, n.º 3, e 86.º, segundo a qual a aplicação do artigo 86.º a um acordo que beneficia de uma isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 85.º não é, em princípio, concebível, a recorrente invoca o princípio da segurança jurídica. Alega que uma interpretação dos artigos 85.º e 86.º à luz do princípio da segurança jurídica implica que, se um comportamento é considerado isento nos termos do n.º 3 do artigo 85.º, não pode ser proibido pelo artigo 86.º Nesta perspectiva, o equilíbrio entre a garantia da segurança jurídica das empresas e a manutenção de uma concorrência eficaz seria assegurado pelo poder da Comissão de retirar a isenção.
- 33 A sociedade recorrente sublinha, a este propósito, que a concessão de uma isenção conjugada com o poder da Comissão de a retirar cria nas empresas uma expectativa legítima de escapar a toda e qualquer declaração de infracção nos termos dos artigos 85.º e 86.º enquanto a Comissão não decidir retirar a isenção.
- 34 A recorrente considera, contrariamente à Comissão, que a segurança jurídica não pode assentar na apresentação de um pedido de certificado negativo por parte da empresa. A necessidade de apresentar tal pedido prejudicaria a eficácia da isenção colectiva, que tem como uma das principais funções permitir às empresas celebrar e

aplicar acordos sem consultar a Comissão. O facto de o processo de certificação negativa não fornecer o mesmo grau de certeza que a isenção é demonstrado, no entender da recorrente, pela inclusão, entre os acordos isentos nos termos do Regulamento n.º 2349/84, atrás citado, de certos acordos que, em princípio, não são abrangidos pelo artigo 85.º, n.º 1. A Comissão justificou tal solução pela necessidade de garantir a segurança das empresas (n.º 18 do preâmbulo e artigo 2.º do regulamento). A recorrente assinala, mais concretamente, que um pedido de certificado negativo não obsta a que seja aplicada uma coima por factos posteriores ao pedido e anteriores à decisão que constata a infracção [decisão da Comissão de 14 de Dezembro de 1984, John Deere (JO 1985, L 35, p. 58, n.º 38)]. Além disso, prossegue a recorrente, pode acontecer que não se possa invocar o acordo perante os órgãos jurisdicionais nacionais enquanto durar o inquérito da Comissão. Finalmente, afirma que o certificado negativo não vincula as instâncias nacionais.

- 35 A Comissão defende, pelo contrário, que o sistema dos regulamentos de isenção por categoria, incluindo as regras inspiradas pela preocupação de garantir a protecção da segurança jurídica das empresas, só diz respeito à aplicação do artigo 85.º O artigo 86.º contém uma proibição aplicável a partir do momento em que a infracção foi cometida, podendo a segurança jurídica no que respeita à aplicação deste artigo ser obtida pela apresentação de um pedido de certificado negativo nos termos do artigo 2.º do Regulamento n.º 17, atrás citado, como decidiu o Tribunal de Justiça no acórdão Hoffmann-La Roche (acórdão atrás citado, n.º 134, 85/76).
- 36 O Tribunal de Justiça consagrou, em jurisprudência uniforme, os princípios da segurança jurídica e da confiança legítima, nos termos dos quais a legislação comunitária deve ser clara e previsível para aqueles que a ela estão sujeitos (acórdão de 12 de Novembro de 1981, Salumi, n.º 10, 212/80 a 217/80, Recueil, p. 2735; especialmente em direito da concorrência, ver, entre outros, os acórdãos de 6 de Abril de 1962, Bosch, 13/61, Recueil, p. 90, 104; de 30 de Abril de 1986, conhecido por «Nouvelles Frontières», n.º 64, 209/84 a 213/84, Colect., p. 1425).
- 37 Por conseguinte, há que apurar se a aplicabilidade do artigo 86.º deixa de ser previsível quando um acordo preenche os requisitos para beneficiar de uma isenção por categoria. A este propósito, este Tribunal considera que a isenção por categoria tem como objectivo, designadamente, além de preocupações de simplificação administrativa, garantir a segurança jurídica das empresas partes num acordo no que respeita à validade desse acordo precisamente à luz do artigo 85.º, enquanto a

Comissão não retirar o benefício da isenção por categoria. Ela não dispensa as empresas em posição dominante da obrigação de respeitarem o artigo 86.º Pelo contrário, o Tribunal de Justiça sublinhou, no seu acórdão de 9 de Novembro de 1983, que qualquer empresa em posição dominante tem a «responsabilidade especial de não prejudicar, pelo seu comportamento, uma concorrência efectiva e não falseada no mercado comum» (tradução provisória) (Michelin, n.º 57, 322/81, Recueil, p. 3461). Nestas condições, uma empresa não pode invocar o carácter pretensamente imprevisível da aplicação do artigo 86.º para escapar à proibição contida nessa disposição.

38 Seja como for, no que respeita ao presente processo, embora as exigências que a segurança jurídica das empresas comporta não pudessem obstar a que o artigo 86.º fosse aplicado à aquisição pela recorrente da licença exclusiva em questão, elas levaram, no entanto, a Comissão a atenuar as consequências da infracção para a recorrente, uma vez que a instituição recorrida tomou em consideração o facto de as violações «serem relativamente novas» para não lhe aplicar uma coima (ponto 62, n.º 2, da decisão).

39 Por estas razões, a segunda parte do fundamento não é procedente.

c) *Princípio da aplicação uniforme do direito comunitário*

40 Em terceiro lugar, a recorrente invoca o princípio da aplicação uniforme do direito comunitário. Observa que, se o artigo 86.º fosse aplicável a um comportamento que beneficia de uma isenção por categoria, os órgãos jurisdicionais nacionais seriam competentes, em aplicação do princípio do efeito directo do artigo 86.º consagrado pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão de 30 de Janeiro de 1974, BRT/SABAM (127/73, Recueil, p. 51), para proibir, nos termos desta disposição, um comportamento isento pela Comissão. Tal situação ofenderia, segundo a recorrente, o princípio da aplicação uniforme do direito comunitário, cuja importância foi sublinhada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Walt Wilhelm, atrás citado (n.º 9, 14/68). A recorrente conclui deste facto que a única interpretação das relações entre o n.º 3 do artigo 85.º e o artigo 86.º que está em conformidade com o princípio da aplicação uniforme do direito comunitário é a que reconhece a incompatibilidade da aplicação do artigo 86.º com a isenção.

- 41 A Comissão declara que o argumento relativo à uniformidade do direito comunitário radica, de facto, na tese principal da Tetra Pak quanto à inaplicabilidade do artigo 86.º a um comportamento que beneficia de uma isenção, pelo que as premissas do raciocínio da recorrente são, no entender da Comissão, incorrectas. Por outro lado, a questão da aplicação do direito comunitário pelas instâncias nacionais é subsidiária e puramente hipotética no caso em apreço. Em qualquer circunstância, a aplicação uniforme do direito comunitário poderia ser garantida, no caso específico de uma isenção por categoria, graças à aplicação do artigo 177.º do Tratado.
- 42 A este propósito, o Tribunal de Primeira Instância declara, acompanhando a jurisprudência assente, que «as proibições do artigo 86.º têm efeito directo e criam, para os particulares, direitos que os órgãos jurisdicionais devem salvaguardar» (tradução provisória) (acórdão de 30 de Abril de 1974, Sacchi, n.º 18, 155/73, Recueil, p. 409; ver igualmente os acórdãos BRT/SABAM, atrás citado, n.º 16, 127/73, e Ahmed Saeed, também atrás citado, n.º 32, *in fine*, 66/86). Consequentemente, dado que o direito comunitário admite a aplicabilidade do artigo 86.º a um acordo que beneficia de uma isenção nos termos do n.º 3 do artigo 85.º, nada justifica a limitação da competência do juiz nacional quanto à aplicação do artigo 86.º pelo facto de a prática em causa beneficiar de uma isenção ao abrigo do n.º 3 do artigo 85.º De facto, e ao contrário do processo Walt Wilhelm invocado pela recorrente, a aplicação do artigo 86.º a um acto que beneficia de uma isenção nos termos do n.º 3 do artigo 85.º não põe em causa os princípios do primado e da uniformidade do direito comunitário. Pelo contrário, ao aplicar o artigo 86.º a um comportamento isento nos termos do n.º 3 do artigo 85.º, o juiz nacional actua na qualidade de juiz comunitário de direito comum. Limita-se, na realidade, a aplicar, como é sua obrigação por força do primado e do efeito directo das regras comunitárias da concorrência, os princípios que, em direito comunitário, regulam as relações entre o n.º 3 do artigo 85.º e o artigo 86.º Deste modo, a aplicação uniforme do direito comunitário — neste caso, o n.º 3 do artigo 85.º, as disposições tomadas em sua execução e o artigo 86.º — fica plenamente assegurada com a aplicação pelo juiz nacional do artigo 86.º a um acto que beneficie de uma isenção nos termos do n.º 3 do artigo 85.º, através do processo do reenvio prejudicial de interpretação em conformidade com o artigo 177.º do Tratado.
- 43 Consequentemente, a terceira parte do fundamento não é procedente.
- 44 Do conjunto das considerações que precedem resulta que deve ser negado provimento ao recurso.

**Quanto às despesas**

- 45 Nos termos do artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento Processual do Tribunal de Justiça, aplicável *mutatis mutandis* ao processo no Tribunal de Primeira Instância por força do artigo 11.º, terceiro parágrafo, da decisão do Conselho de 24 de Outubro de 1988, atrás citada, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a recorrente sido vencida, há que condená-la nas despesas.

Pelos fundamentos expostos,

**O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA**

decide:

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

Cruz Vilaça      Barrington      Saggio      Edward      Yeraris  
Schintgen      Briët      Vesterdorf      García-Valdecasas      Biancarelli      Lenaerts

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, a 10 de Julho de 1990.

O secretário  
H. Jung

O presidente  
J. L. Cruz Vilaça