CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GEORGES COSMAS

apresentadas em 16 de Maio de 2000 *

Índice

I — Introdução I-11372

II — Matéria de facto e tramitação processual I-11372

III — A necessidade de evitar decisões contraditórias dos órgãos jurisdicionais nacionais e das instituições comunitárias I-11376

A — Quando é que há risco de decisões contraditórias? I-11376

a) Observações gerais I-11376

b) No presente processo I-11377

B — A jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à eventualidade de decisões contraditórias I-11378

C — A especificidade do processo em causa I-11379

IV — O seguimento a dar às questões prejudiciais submetidas I-11380

A — Observações prévias I-11380

a) O objecto do processo principal I-11380

b) As questões prejudiciais submetidas I-11381

B — É possível, neste caso, a análise da validade da Decisão 98/531 através de uma questão prejudicial? I-11383

a) Observações introdutórias I-11384

b) A identidade das partes no processo principal constitui um obstáculo ao reenvio de uma questão prejudicial relativa à validade da Decisão 98/531 I-11385

c) Os problemas, em geral, que coloca a análise da validade, no âmbito do procedimento do artigo 177.° do Tratado, de uma decisão comunitária como a que está em causa I-11389

C — Conclusões I-11391

V — No que respeita à segunda questão prejudicial I-11392

A — O preço dos gelados e a compatibilidade dos acordos em causa com as disposições do artigo 86.° do Tratado I-11392

* Língua original: grego.

B — As cláusulas de exclusividade em litígio e o artigo 85.°, n.° 1, do Tratado .. I-11394
a) O acórdão Delimitis I-11394
b) A transposição da jurisprudência Delimitis para o presente processo I-11395
c) No que respeita à justificação objectiva das cláusulas de exclusividade em causa I-11400
C — As cláusulas de exclusividade controvertidas e o artigo 86.° do Tratado I-11403
VI — A terceira questão prejudicial I-11407
VII— Conclusões I-11409
VIII—Conclusão I-11409

I — Introdução

1. No presente processo, o Tribunal de Justiça foi convidado a pronunciar-se sobre três questões prejudiciais apresentadas pela Supreme Court (Irlanda) ao abrigo do artigo 177.° do Tratado CE (actual artigo 234.° CE). A primeira questão diz respeito às relações entre os órgãos jurisdicionais nacionais e os órgãos administrativos e jurisdicionais comunitários nos casos em que se coloca um problema *ad hoc* de interpretação e de aplicação dos artigos 85.°, n.° 1, e 86.° do Tratado CE (actuais artigos 81.°, n.° 1, CE e 82.° CE). As duas outras questões dizem respeito à compatibilidade com a regulamentação comunitária de cláusulas contratuais de exclusividade, impostas pelo produtor e distribuidor de gelados aos retalhistas, relativas à utilização das arcas congeladoras que esse distribuidor lhes fornece.

II — Matéria de facto e tramitação processual

2. O presente processo diz respeito aos acordos concluídos pela sociedade HB Ice Cream Ltd, actual sociedade Van Den Bergh Foods Ltd (a seguir «HB»), relativos à distribuição, na Irlanda, de gelados de impulso. A política da HB, no âmbito da sua actividade empresarial, consiste no fornecimento de arcas congeladoras aos estabelecimentos de venda a retalho que distribuem os seus gelados, na condição de essas arcas congeladoras serem unicamente utilizadas para os seus próprios produtos (a seguir «cláusula de exclusividade»). A HB, que faz parte do grupo Unilever desde 1974, é a sociedade de produção e distribuição de gelados mais importante na Irlanda e ocupa o primeiro lugar no mercado, nunca tendo a sua quota de mercado sido inferior a 70%.

3. A sociedade Masterfoods Ltd (a seguir «Masterfoods») é uma filial da multinacional americana Mars Inc. e estabeleceu-se no mercado de gelados irlandês em 1989. No

Verão daquele ano, vários retalhistas começaram a armazenar gelados Mars nas arcas congeladoras que lhes tinham sido fornecidas pela HB. Esta exigiu-lhes então que respeitassem fielmente a cláusula de exclusividade constante do contrato relativo às arcas congeladoras.

4. Em Março de 1990, a Masterfoods intentou na High Court (Irlanda) uma acção para que fosse declarado que a referida cláusula é contrária aos artigos 85.° e 86.° do Tratado. A HB solicitou à mesma jurisdição que impedisse a Masterfoods de incitar os retalhistas a armazenar gelados Mars nas arcas da congeladoras da HB. Em Abril de 1990, a High Court proferiu uma decisão interlocutória a favor da HB.

5. Em 28 de Maio de 1992, a High Court proferiu decisão definitiva, em que indeferiu o pedido da Masterfoods e proibiu a esta sociedade, por meio de uma medida inibitória permanente («permanent order»), de incitar os retalhistas a armazenar gelados Mars nas arcas congeladoras pertencentes à HB. Todavia, indeferiu o pedido de indemnização da HB.

6. Em 4 de Setembro de 1992, a Masterfoods interpôs recurso («appeal») da decisão da High Court para a Supreme Court. Nas alegações de recurso, pedia à Supreme Court, em primeiro lugar, a anulação da decisão e do despacho da High Court, em segundo lugar, a declaração de ilegalidade e de invalidade das cláusulas de exclusividade em causa, por serem contrárias aos artigos 85.° e 86.° do Tratado, em terceiro lugar, a título subsidiário, que ordenasse a reabertura do processo perante a High Court e, em quarto lugar, que condenasse a parte contrária no pagamento das despesas.

7. É preciso notar que, paralelamente ao processo no órgãos jurisdicionais nacionais, a Masterfoods apresentou queixa à Comissão, em 18 de Setembro de 1991, alegando que as cláusulas de exclusividade do acordo de fornecimento de arcas congeladoras, concluído entre a HB e os retalhistas, eram contrárias às regras da concorrência comunitárias. Em 29 de Julho de 1993, a Comissão chegou à conclusão provisória de que o sistema de distribuição da HB violava os artigos 85.° e 86.° do Tratado e procedeu à notificação de uma comunicação de acusações neste sentido. Deu à HB a oportunidade de propor modificações ao seu sistema de distribuição de gelados. Em 8 de Março de 1995, na sequência de uma entrevista com a Comissão, a HB apresentou propostas de alteração. Numa primeira fase, a Comissão emitiu uma declaração pela qual fez saber que, à primeira vista, as modificações poderiam eventualmente beneficiar de uma isenção. Em 15 de Agosto de 1995, anunciou a sua intenção de se mostrar favorável aos acordos de distribuição (modificados) que lhe tinham sido comunicados. Ora, posteriormente, considerando que essas modificações não davam os resultados previstos no mercado e tendo em conta a situação do mercado naquele momento, a Comissão reviu a sua posição e enviou uma nova comunicação de acusações à HB (em 22 de Janeiro de 1997). Por

fim, em 11 de Março de 1998, adoptou a Decisão 98/531/CE [1].

8. Segundo o artigo 1.° da Decisão 98/531, «a cláusula de exclusividade incluída nos acordos relativos às arcas congeladoras concluídos na Irlanda entre a Van den Bergh Foods Limited e retalhistas, no que se refere à colocação de arcas congeladoras em estabelecimentos que apenas dispõem de uma ou mais arcas congeladoras fornecidas pela Van den Bergh Foods Limited para armazenagem de unidades individuais de gelado de impulso e que não possuem uma ou mais arcas congeladoras, quer adquiridas por si próprios, quer fornecidas por outro fabricante de gelados que não a Van den Berg Foods Limited, constitui uma infracção ao n.° 1 do artigo 85.° do Tratado CE».

9. O artigo 3.° da Decisão 98/531 dispõe que «a persuasão exercida pela Van den Bergh Foods Limited, sobre os retalhistas na Irlanda que não possuem uma ou mais arcas congeladoras quer adquiridas por si próprios quer fornecidas por outro fabricante de gelado que não a Van den Bergh Foods Limited, para que concluam acordos relativos às arcas congeladoras sujeitos a uma condição de exclusividade, ao propor-lhes fornecer uma ou mais arcas congeladoras para armazenagem de unidades embaladas individualmente de gelado de impulso e assegurar a manutenção das arcas congeladoras sem qualquer encargo directo, constitui uma infracção ao artigo 86.° do Tratado CE».

1 — Decisão da Comissão, de 11 de Março de 1998, relativa a um processo de aplicação dos artigos 85.° e 86.° do Tratado (processos IV/34.073, IV/34.395 e IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited [notificada sob o número C(1998) 292] (JO L 246, p. 1).

10. Em 21 de Abril de 1998, a HB interpôs recurso para o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias e pediu a anulação da decisão da Comissão (processo T-65/98).

11. Em 16 de Junho de 1998, a Supreme Court decidiu, por despacho, suspender a instância no processo perante si pendente e colocar ao Tribunal de Justiça as seguintes questões prejudiciais:

«1) Tendo em conta a decisão e os despachos da High Court (Irlanda), de 28 de Maio de 1992, a decisão da Comissão das Comunidades Europeias de 11 de Março de 1998 e os pedidos de anulação e de suspensão da referida decisão apresentados pela Van Den Bergh Foods Ltd nos termos dos artigos 173.°, 185.° e 186.° do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia ('Tratado CE'):

a) A obrigação de cooperação leal com a Comissão, tal como é interpretada pelo Tribunal de Justiça, impõe que a Supreme Court suspenda a instância do presente processo enquanto estiver pendente no Tribunal de Primeira Instância o recurso interposto da referida decisão da Comissão, bem como qualquer eventual recurso para o Tribunal de Justiça?

b) Uma decisão da Comissão dirigida a um particular (e que é objecto de um pedido de anulação e de suspensão apresentado pelo referido particular) que declara um acordo celebrado pelo referido particular, relativo ao fornecimento de arcas congeladoras contrário ao artigo 85.°, n.° 1, e/ou ao artigo 86.° do Tratado CE, impede o referido particular de requerer uma decisão em sentido contrário, a seu favor, aos órgão jurisdicionais nacionais, sobre questões idênticas ou semelhantes nos termos dos artigos 85.° e 86.° do Tratado, quando a referida decisão do órgão jurisdicional nacional for objecto de recurso interposto para o Supremo Tribunal nacional?

As questões 2 e 3 só se colocam na hipótese de resposta negativa à questão 1, alínea a).

2) Tendo em conta o contexto jurídico e económico dos acordos relativos às arcas congeladoras em questão no mercado dos gelados de impulso embalados individualmente, o facto de um produtor e/ou distribuidor de gelados fornecer uma arca congeladora a um retalhista sem custos directos — ou de, por outra forma, levar o retalhista a aceitar a referida arca — com a condição de o retalhista aí armazenar apenas gelados fornecidos pelo referido produtor e/ou distribuidor, constitui uma infracção ao disposto no artigo 85.°, n.° 1, e/ou ao artigo 86.° do Tratado CE?

3) Os acordos de exclusividade relativos às arcas congeladoras não podem ser impugnados nos termos dos artigos 85.° e 86.° do Tratado CE, por força do disposto no artigo 222.° do Tratado CE?»

12. Além disso, no âmbito do litígio pendente no Tribunal de Primeira Instância na sequência do recurso interposto pela HB em 21 de Abril de 1998, o presidente daquele órgão jurisdicional (o Tribunal de Primeira Instância), por despacho de 7 de Julho de 1998 [2], suspendeu a execução da decisão impugnada da Comissão até à decisão definitiva do recurso naquele processo (T-65/98).

13. Por despacho de 28 de Abril de 1999, o presidente da Quinta Secção do Tribunal de Primeira Instância, em aplicação do artigo 47.°, n.° 3, do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça, suspendeu a instância no processo T-65/98 até à decisão do Tribunal de Justiça no presente processo.

2 — Processo Van den Bergh Foods/Comissão (T-65/98 R, Colect., p. II-2641).

III — A necessidade de evitar decisões contraditórias dos órgãos jurisdicionais nacionais e das instituições comunitárias

14. O problema central colocado pelo presente processo é claramente o da necessidade de evitar decisões contraditórias entre os órgãos jurisdicionais nacionais e as instituições comunitárias no âmbito da interpretação e aplicação dos artigos 85.° e 86.° do Tratado. Este risco é real porque, como observou o Tribunal de Justiça no acórdão Delimitis [3], para determinadas questões reguladas pelos artigos 85.° e 86.° do Tratado — nomeadamente a de saber se o comportamento de uma empresa deve ser considerado conforme aos artigos 85.°, n.° 1, e 86.° do Tratado —, a Comissão tem não uma competência exclusiva, mas uma competência partilhada com os órgãos jurisdicionais nacionais.

A — *Quando é que há risco de decisões contraditórias?*

a) Observações gerais

15. No que toca à questão de saber quando é que há contradição ou risco de contradição entre, por um lado, uma decisão da Comissão pela qual os artigos 85.°, n.° 1, e 86.° do Tratado são aplicados a determinado litígio e, por outro lado, uma decisão de um órgão jurisdicional nacional sobre o mesmo problema, é necessário fazer as seguintes observações prévias.

16. Para constatar a existência de tal contradição, não basta que o problema jurídico levantado perante os órgãos jurisdicionais nacionais e aquele que ocupa a Comissão sejam conexos [4]. Também não basta que haja uma semelhança do problema jurídico quando não há identidade absoluta quanto ao quadro jurídico e factual do litígio tratado pela Comissão e pelos órgãos jurisdicionais nacionais [5]. É certo que a decisão da Comissão pode fornecer indicações importantes [6] quanto à forma adequada de interpretar os artigos 85.°, n.° 1, e 86.°; não há, porém, nesta hipótese, de um ponto de vista estritamente jurídico, o risco de decisões contraditórias. Este risco só existe quando o caso julgado que se forma ou se formará sobre a decisão do órgão jurisdicional nacional seja contrário à fundamentação ou ao dispositivo da

3 — Acórdão de 28 de Fevereiro de 1991 (C-234/89, Colect., p. I-935, n.os 43 a 46). V. também os acórdãos de 6 de Fevereiro de 1973, Brasserie de Haecht (48/72, Colect., p. 19), e de 30 de Janeiro de 1974, BRT (127/73, Colect., p. 33).

4 — Por exemplo, quando os órgãos jurisdicionais nacionais apreciam a legalidade de uma cláusula de exclusividade para a utilização de arcas congeladoras para gelados, e a Comissão se pronuncia sobre um acordo de exclusividade relativo à utilização de uma rede de distribuição de jornais.

5 — Por exemplo, quando os órgãos jurisdicionais nacionais apreciam a legalidade de um acordo de exclusividade respeitante à utilização de uma arca congeladora para gelados entre uma sociedade determinada e os retalhistas 1, 2 e 3 na Irlanda, ao passo que a Comissão aprecia um acordo similar respeitante aos mesmos produtos, no mesmo mercado, entre uma outra sociedade e os retalhistas 4, 5 e 6.

6 — V. n.os 20 e 21 da comunicação da Comissão sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais nacionais no que diz respeito à aplicação dos artigos 85.° e 86.° do Tratado CEE (93/C 39/05, JO 1993, C 39, p. 6).

decisão da Comissão [7]. É necessário, portanto, examinar, em cada caso, os limites do caso julgado do órgão jurisdicional nacional e o conteúdo da decisão da Comissão.

b) No presente processo

17. Em primeiro lugar, é preciso salientar, no presente processo, que o objecto da decisão da High Court parece, à primeira vista, idêntico ao da decisão da Comissão: trata-se de apreciar a compatibilidade com os artigos 85.°, n.° 1, e 86.° do Tratado da cláusula de exclusividade contida nos acordos relativos às arcas congeladoras, concluídos entre a HB e os retalhistas de gelados na Irlanda. No entanto, isto não significa que, na medida em que estas decisões conduzem a conclusões opostas, elas sejam totalmente contraditórias.

18. Mais concretamente, a decisão da High Court, na medida em que considera que as cláusulas de exclusividade controvertidas, impostas pela HB, não eram, pelos seus efeitos sobre a concorrência, contrárias aos artigos 85.°, n.° 1, e 86.° do Tratado, baseou-se em elementos e apreciações que se situam, do ponto de vista temporal, numa altura anterior à data de tal decisão, ou seja, antes de 1992. Ora, os efeitos jurídicos que resultam da decisão da High Court estendem-se manifestamente para lá desta data. A High Court proferiu um despacho definitivo impondo, através de uma medida inibitória permanente, o respeito pelas cláusulas de exclusividade respeitantes às arcas congeladoras da HB e proibindo à sociedade Masterfoods de incitar os retalhistas a violar aquelas cláusulas de exclusividade.

19. A decisão da Comissão baseia-se fundamentalmente num estudo de mercado efectuado em 1996 [8]; também leva em conta o facto de os acordos para o fornecimento das arcas congeladoras, propostos pela HB aos retalhistas, terem sido modificados depois de 1995. A decisão da Comissão é clara no seu dispositivo: as cláusulas contratuais de exclusividade relativas à utilização das arcas congeladoras fornecidas pela HB aos retalhistas são inválidas porque contrárias aos artigos 85.°, n.° 1, e 86.° do Tratado; a HB deve «pôr imediatamente termo» [9] às infracções em causa e disso informar os retalhistas, no prazo de três meses a contar da data da notificação da decisão [10].

20. Do que precede podem tirar-se duas conclusões. Em primeiro lugar, o disposi-

7 — Não negamos que, quando existe uma semelhança mais evidente entre o objecto da decisão da Comissão e o da decisão do órgão jurisdicional nacional, a adopção de soluções contraditórias por estas duas entidades não favorece a aplicação uniforme do direito comunitário. Não se trata, porém, de um caso de contradição pura entre a decisão comunitária e a decisão nacional. Uma interpretação diferente, de acordo com a qual este risco de decisões contraditórias seria amplamente delimitado, constituiria uma restrição excessiva para o juiz nacional.

8 — V. n.os 28 a 38 da Decisão 98/531.

9 — Artigo 4.° da Decisão 98/531.

10 — Artigo 5.° da Decisão 98/531.

tivo da decisão da Comissão não se funda numa apreciação do mesmo quadro factual que aquele que ocupou o juiz irlandês [11]. Teoricamente, é possível que a cláusula de exclusividade dos contratos relativos às arcas congeladoras, que existiam e eram aplicados antes de 1992, não seja contrária às regras de concorrência comunitárias — como julgou a High Court —, mas que não seja assim para os contratos posteriores a 1992, objecto da fiscalização da Comissão. Em segundo lugar, as duas decisões são manifestamente contraditórias nos seus efeitos jurídicos, pelo menos a partir da data da adopção e da notificação da decisão da Comissão. Mais precisamente, segundo a decisão da Comissão, a cláusula de exclusividade em causa cessa automaticamente de se aplicar em 11 de Março de 1998, por ser contrária às regras de concorrência comunitárias. Pelo contrário, a medida inibitória permanente da High Court, que continua a aplicar-se depois de 11 de Março de 1998, impõe o respeito pela dita cláusula de exclusividade.

21. Consequentemente, trata-se de um caso de contradição parcial entre a decisão da High Court e a decisão da Comissão [12]. Esta contradição está condicionada pela aplicação da decisão da Comissão, uma vez que, por despacho do seu presidente, o Tribunal de Primeira Instância ordenou a suspensão da execução desta decisão [13]. Acresce que há um risco de a Supreme Court proferir acórdão que contrarie a decisão da Comissão, baseando-se nos fundamentos da decisão de primeira instância da High Court, ou em novos elementos ou novas apreciações. Examinaremos esta eventualidade no ponto seguinte da nossa análise.

B — *A jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa à eventualidade de decisões contraditórias*

22. Já dissemos que, no acórdão Delimitis [14], o Tribunal de Justiça assinalou o risco de os órgãos jurisdicionais nacionais e a Comissão adoptarem decisões contraditórias no âmbito da aplicação das regras de concorrência comunitárias. Também salientou que decisões contraditórias são contrárias ao princípio geral da segurança jurídica e «devem, portanto, ser evitadas quando os órgãos jurisdicionais nacionais se pronunciem sobre acordos ou práticas que podem ainda ser objecto de uma decisão da Comissão» [15].

23. O Tribunal de Justiça, em seguida, julgou útil fornecer ao juiz nacional deter-

11 — Tê-lo-ia sido se a Comissão tivesse fundado a sua decisão na situação existente no mercado dos gelados na Irlanda durante o período 1990-1992 e na parte do mercado controlada pelas empresas envolvidas durante este mesmo período.

12 — V. também o n.º 7 do despacho já referido do presidente do Tribunal, de 7 de Julho de 1998.

13 — V. nota 2, *supra*.

14 — Acórdão já referido na nota 3.

15 — *Ibidem*, n.º 47.

minadas orientações sobre forma de tratar esta situação. Se a solução quanto à aplicação das disposições comunitárias em litígio for evidente, o juiz nacional pode prosseguir com o processo [16]. Pelo contrário, quando surja um risco de contradição entre a decisão do juiz nacional e a decisão a proferir pela Comissão no âmbito da aplicação dos artigos 85.°, n.° 1, e 86.° do Tratado, «será preferível que suspenda a instância ou tome medidas provisórias» [17]. Além disso, o Tribunal de Justiça salientou que o órgão jurisdicional nacional podia informar-se junto da Comissão sobre o andamento da fiscalização comunitária, ou pedir a sua assistência para as dificuldades encontradas na aplicação dos artigos em causa do Tratado [18]. Por fim, o órgão jurisdicional nacional pode suspender a sua instância e solicitar ao Tribunal de Justiça que se pronuncie sobre a questão prejudicial ao abrigo do artigo 177.° do Tratado [19].

24. É preciso notar que o acórdão Delimitis tinha por objecto uma situação em que um órgão jurisdicional nacional devia pronunciar-se sobre a aplicação dos artigos 85.°, n.° 1, e 86.° do Tratado numa altura em que a Comissão fora chamada a pronunciar-se sobre o mesmo problema mas não tinha sobre ele proferido qualquer decisão. Além disso, quando o Tribunal de Justiça convida a fazer uso da via processual do artigo 177.° do Tratado, fá-lo num estado do processo em que o juiz nacional não contesta a legalidade de um acto já proferido pela Comissão. Por outras palavras, o juiz nacional é convidado, pelas questões prejudiciais que submete à apreciação do Tribunal de Justiça, a suscitar um problema de interpretação de disposições comunitárias, e não, eventualmente, um problema de validade de uma decisão individual da Comissão. Este problema surge no presente processo, sobre cujas especificidades nos parece importante insistir.

C — *A especificidade do processo em causa*

25. O presente processo não está inteiramente coberto pelas conclusões a que chegou o Tribunal de Justiça no acórdão Delimitis. A sua especificidade e a sua dificuldade residem nos seguintes elementos.

Em primeiro lugar, como já dissemos, a contradição entre a decisão do órgão jurisdicional de primeira instância irlandês e a decisão já proferida da Comissão não é simplesmente eventual; é manifesta e iminente [20]. A contradição já existiria se o Tribunal de Primeira Instância não tivesse ordenado a suspensão da execução da decisão da Comissão [21]. Além disso, as decisões da Comissão e do órgão jurisdicional irlandês serão contraditórias entre si

16 — *Ibidem*, n.° 50.

17 — *Ibidem*, n.° 52.

18 — Trata-se de uma aplicação do princípio da obrigação de cooperação da Comissão com as autoridades nacionais por força do artigo 5.° do Tratado CE (actual artigo 10.° CE).

19 — Acórdão Delimitis, já referido na nota 3, n.° 54.

20 — Note-se ainda que, no presente processo, o juiz nacional considerou que as cláusulas de exclusividade em causa estão de acordo com as regras de concorrência comunitárias, enquanto a Comissão adoptou um ponto de vista exactamente inverso. As consequências da existência de pontos de vista opostos seriam menos graves para o equilíbrio da estrutura jurídica comunitária se fosse o juiz nacional a adoptar um ponto de vista desfavorável relativamente às cláusulas de exclusividade e se a Comissão as tivesse julgado conformes aos artigos 85.°, n.° 1, e 86.° do Tratado.

21 — V. *supra*, nota 12.

se, no âmbito do processo principal, a Supreme Court adoptar pontos de vista contrários aos formulados na Decisão 98/531. Isto poderá acontecer se a Supreme Court considerar que a fundamentação e o dispositivo da decisão da High Court estão correctos ou então que a fundamentação da decisão de primeira instância está errada mas que o dispositivo está correcto com base noutros elementos.

Em segundo lugar, o problema da legalidade da decisão da Comissão está pendente no Tribunal de Primeira Instância. No caso de este julgar improcedente o recurso perante si interposto e de a Supreme Court confirmar a decisão contrária da High Court, a primazia do direito comunitário será duplamente afectada pelos órgãos jurisdicionais irlandeses [22].

Em terceiro lugar, o presente processo poderia conduzir o Tribunal de Justiça a pronunciar-se sobre as relações entre as vias de recurso dos artigos 173.° do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 230.° CE) e 177.° do Tratado, bem como sobre as relações entre o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância.

Em quarto lugar, uma das partes no processo principal, a sociedade HB, que defende a decisão em primeira instância da High Court, é também a destinatária da decisão da Comissão e interpôs recurso no Tribunal de Primeira Instância contra esta. Assim, a parte contrária no processo principal, a sociedade Masterfoods, interveio perante o Tribunal de Primeira Instância no âmbito do processo iniciado pelo recurso da HB. Este facto pode eventualmente influenciar a resposta a dar à primeira questão prejudicial.

IV — O seguimento a dar às questões prejudiciais submetidas

A — *Observações prévias*

a) O objecto do processo principal

26. É necessário, em primeiro lugar, questionarmo-nos sobre o objecto do processo pendente na Supreme Court. Sem que seja necessário entrar nos pormenores do direito processual irlandês, constatamos que o órgão jurisdicional de reenvio se esforça por examinar a correcção tanto da fundamentação como do dispositivo da decisão proferida em primeira instância. A correcção das apreciações da High Court quanto à compatibilidade das cláusulas de exclusividade em litígio com os artigos 85.°, n.° 1, e 86.° do Tratado será primeiro examinada à luz dos elementos de facto e de direito sobre os quais o órgão jurisdicional irlandês de primeira instância foi convidado a pronunciar-se. A Decisão 98/531 não tem, pela natureza das coisas,

22 — Por um lado, porque os pontos de vista da autoridade administrativa comunitária competente (a Comissão) não terão sido respeitados; por outro lado, porque não terá sido respeitada a competência dos órgãos jurisdicionais comunitários — o Tribunal de Primeira Instância e, em caso de recurso da decisão deste, o Tribunal de Justiça — para se pronunciarem sobre a legalidade dos actos comunitários e impor o seu cumprimento.

qualquer influência nesta apreciação da Supreme Court.

27. Inversamente, as consequências jurídicas da decisão proferida em primeira instância pelo órgão jurisdicional irlandês, na medida em que se mantenham depois da entrada em vigor da Decisão 98/531, são-lhe frontalmente contrárias. Consequentemente, *independentemente do mérito da fundamentação da decisão proferida em primeira instância pela High Court, na altura em que o foi*, é evidente que, se esta decisão continuasse a ser aplicada depois da entrada em vigor da decisão da Comissão, teria sido contrária a esta decisão se o Tribunal de Primeira Instância não tivesse ordenado a suspensão da sua execução. A Supreme Court não pode ignorar esta realidade, na medida em que, no seu próprio acórdão, pronunciar-se-á em última instância sobre a confirmação ou a anulação do dispositivo da decisão da High Court depois de 11 de Março de 1998. Acresce que, tendo em conta que a Supreme Court foi convidada a pronunciar-se sobre uma decisão judicial proferida em primeira instância e que contém uma medida inibitória permanente, deve, tanto quanto a ordem jurídica interna lho permitir, ter em conta a situação jurídica e factual, tal como se formou até ao momento da sua própria decisão. Nesse caso, não pode ignorar a existência e o conteúdo da Decisão 98/531.

b) As questões prejudiciais submetidas

28. A primeira questão tem que ver com o facto de a Decisão 98/531, que está em contradição com o dispositivo da decisão proferida em primeira instância pelo órgão jurisdicional irlandês, já ter sido impugnada perante o Tribunal de Primeira Instância. Isto é suficiente para que o juiz nacional seja obrigado a aguardar o desfecho do processo de anulação antes de se pronunciar definitivamente sobre o litígio pendente perante si? O facto de a sociedade HB, que defende a decisão proferida em primeira instância, ser igualmente a parte que impugnou a Decisão 98/531, pela via do recurso do artigo 173.° do Tratado, tem alguma importância? As duas outras questões dizem respeito a problemas de fundo, a saber, a interpretação correcta e a aplicação dos artigos 85.°, n.° 1, 86.° e 222.° do Tratado (actual artigo 295.° CE).

29. No que diz respeito à primeira questão prejudicial, convém fazer a seguinte observação prévia. Se a solução do litígio nacional não é influenciada pela validade da Decisão 98/531, não pode, em nenhuma circunstância, depender do resultado do recurso de anulação desta decisão, pendente perante o Tribunal de Primeira Instância. Esta possibilidade é hipoteticamente concebível se, como foi observado, o dispositivo da decisão da High Court não estiver necessariamente em contradição com a decisão da Comissão, na medida em que se baseia em factos diferentes. Todavia, será possível, na prática, uma verdadeira decisão sobre o processo principal sem que nos questionemos sobre a questão de saber se a decisão da Comissão está correcta e deve ser respeitada? É necessário estabelecer uma distinção entre os dois casos seguintes.

30. *i)* Suponhamos que, com base na interpretação do Tribunal de Justiça no âmbito das segunda e terceira questões prejudiciais,

a Supreme Court é levada a concluir que, relativamente aos factos que cumpria à High Court conhecer, a sua decisão não estava correcta, devido a uma interpretação e/ou aplicação errada dos artigos 85.°, n.° 1, e 86.° do Tratado. Nesse caso, a decisão da primeira instância será anulada e deixará de produzir efeitos jurídicos, e o problema da contradição entre esta decisão e a decisão da Comissão deixará de se colocar. Se a constatação dos erros da decisão da primeira instância e a anulação da medida inibitória definitiva em litígio, a favor da HB, tiverem por efeito pôr fim ao processo principal pendente perante a Supreme Court, pensamos que o órgão jurisdicional de reenvio pode perfeitamente dar a sua apreciação por concluída sem procurar saber se a Decisão 98/531 é ou não válida e sem se expor ao risco de uma decisão contrária à decisão da Comissão.

31. *ii)* Em contrapartida, o que acontecerá se — que é o mais provável — o órgão jurisdicional de reenvio for convidado, de acordo com as normas processuais nacionais eventualmente aplicáveis, a pronunciar-se sobre a correcção da medida inibitória permanente a favor da HB, com base nos factos tal como se desenrolaram até ao momento em que ele proferirá a sua própria decisão? Há um caso semelhante: aquele em que a Supreme Court anula a medida inibitória permanente proferida em primeira instância e é convidada a pronunciar-se sobre o mérito, analisando desta vez se, no momento desta nova apreciação, as cláusulas litigiosas da HB são ou não conformes ao direito comunitário. Além disso, como reagir perante a eventualidade de, tendo também em conta as respostas às segunda e terceira questões prejudiciais, o órgão jurisdicional de reenvio confirmar a medida inibitória permanente proferida em primeira instância?

32. Em todas estas hipóteses do segundo caso, consideramos que a Supreme Court não pode ignorar a Decisão 98/531, cujo conteúdo deve respeitar. Não pode, *a fortiori*, proferir uma decisão em última instância através da qual confirme a decisão da primeira instância ou, de qualquer forma, imponha o respeito pelos acordos em causa, relativos às arcas congeladoras, uma vez que tal consistiria, da sua parte, em pôr directamente em causa a validade da decisão da Comissão e uma violação das obrigações impostas pelo artigo 5.° do Tratado ao Estado-Membro em causa [23]. Constatamos assim que o órgão jurisdicional de reenvio não está em condições de tomar uma decisão definitiva no processo principal enquanto desconhecer em que medida a Decisão 98/531 é ou não válida, questão esta que não é competente para decidir por si próprio. Tem evidentemente a possibilidade de aguardar o acórdão do Tribunal de Primeira Instância sobre o recurso interposto contra a Decisão 98/531. Todavia, se não pretende esperar pelo resultado do recurso de anulação [24], não lhe resta outra solução que levantar o problema da validade da Decisão 98/531, colocando a este respeito uma questão prejudicial ao Tribunal de Justiça [25], *desde*

23 — Aliás, a Supreme Court não deve de forma alguma submeter-se desde já à decisão da Comissão, na medida em que a sua execução foi suspensa. Se, apesar disso, o órgão jurisdicional irlandês aplicasse a decisão da Comissão em causa, esta aplicação seria errada, na medida em que ignoraria, ao arrepio das regras de contencioso comunitário em vigor, o despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância relativo à suspensão da execução da Decisão 98/531 (já referido no n.° 12).

24 — Supomos que a Supreme Court não tem intenção de aguardar o acórdão do Tribunal de Primeira Instância, a menos que a isso esteja obrigada. Se assim não fosse, não teria colocado as questões prejudiciais em causa e o Tribunal de Primeira Instância não teria suspendido o processo perante si pendente.

25 — V., a título indicativo, os acórdãos de 22 de Outubro de 1987, Foto-frost (314/85, Colect., p. 4199); de 9 de Novembro de 1995, Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e o. (C-465/93, Colect., p. I-3761); de 15 de Abril de 1997, Bakers of Nailsea (C-27/95, Colect., p. I-1847), e de 17 de Julho de 1997, Krüger (C-334/95, Colect., p. I-4517).

que tal seja possível no caso concreto[26].

33. Consequentemente, pode colocar-se a seguinte pergunta no caso de a solução do litígio no processo principal pressupor uma apreciação da validade da Decisão 98/531. O órgão jurisdicional de reenvio pode, se quiser[27], submeter este problema ao Tribunal de Justiça pela via do recurso do artigo 177.° do Tratado?

26 — Cabe recordar, a este respeito, mais uma especificidade do presente litígio, que pode alterar os dados do problema jurídico em causa: a suspensão da execução da decisão da Comissão em litígio foi ordenada pelo Tribunal de Primeira Instância. Na medida em que esta suspensão impede a produção de efeitos pelo acto em causa, não dará ela, *ipso facto*, ao órgão jurisdicional de reenvio, a possibilidade de decidir o litígio pendente perante si sem pôr em causa a validade da decisão da Comissão? Propomos uma resposta negativa a esta pergunta.
Em primeiro lugar, é necessário estabelecer uma distinção entre o problema da validade e da existência de uma decisão comunitária individual, tomada pela Comissão, e o da sua execução, ou seja, dos efeitos jurídicos concretos que ela produz. A suspensão da execução não tem qualquer incidência na validade da decisão e também não põe em causa a sua legalidade. É decretada a fim de regular provisoriamente determinadas situações para evitar que elas se tornem dificilmente reversíveis em caso de ulterior anulação da decisão. Esta permanece, porém, juridicamente válida e exprime a vontade do órgão administrativo comunitário competente, e isto em relação com a aplicação de certas regras jurídicas a situações concretas.
O princípio da segurança jurídica, mas também o do primado do direito comunitário obrigam assim os órgãos jurisdicionais nacionais não evidentemente a aplicar esta decisão, mas pelo menos a respeitá-la. Devem abster-se de todo e qualquer acto que possa infringir as posições jurídicas expressas pelo acto administrativo concreto, mesmo quando a sua execução está suspensa. Tal acção poderia consistir, em nossa opinião, num acórdão da Supreme Court pelo qual esta declarasse em última instância que a decisão da High Court continuaria a aplicar-se para o futuro.
Esta solução pode surpreender. Poder-se-ia mesmo sustentar que ela contraria a própria lógica da suspensão da execução, na medida em que permite que a decisão da Comissão mantenha de certa forma carácter obrigatório, embora tenha sido, de facto, suspensa. Estas objecções dogmáticas ignoram, todavia, a especificidade do problema em exame, que não surge no âmbito de uma ordem jurídica (nacional ou comunitária) única, mas diz respeito às relações entre estas duas ordens jurídicas, e não pode ser encarado exclusivamente com base nos princípios gerais do direito público nacional.
Outro argumento a favor da tese que defendemos é-nos fornecido pela jurisprudência Delimitis. Naquele acórdão, o Tribunal de Justiça tinha imposto aos órgãos jurisdicionais nacionais que se abstivessem de proferir decisão contrária à decisão da Comissão sobre a mesma questão, ainda que num momento em que a Comissão não se tivesse sequer pronunciado, ou seja, não tivesse proferido o acto administrativo. Por outras palavras, o simples facto de a Comissão poder vir a pronunciar-se sobre uma questão limita em certa medida a liberdade do órgão jurisdicional nacional em relação ao litígio pendente perante ele, e isto em nome da segurança jurídica e do primado do direito comunitário. Daqui resulta que, quando a Comissão não só se encarregou de um processo mas também proferiu uma decisão no seu âmbito, o juiz nacional deve, *a fortiori*, abster-se de estatuir em sentido contrário, mesmo quando o acto da Comissão em causa é objecto de suspensão de execução.

B — *É possível, neste caso, a análise da validade da Decisão 98/531 através de uma questão prejudicial?*

34. Na análise que se segue, esforçar-nos-emos por responder às duas partes da

27 — Não pode deduzir-se das segunda e terceira questões prejudiciais, que dizem respeito ao mérito da causa, que o órgão jurisdicional nacional de reenvio se interroga realmente sobre a validade da decisão da Comissão em litígio. Na medida em que este problema é determinante para decidir correctamente o litígio no processo principal, e que o ponto de vista do órgão jurisdicional de reenvio é crucial a este respeito, poder-se-ia sustentar que a solução mais apropriada consiste em convidar de novo este órgão jurisdicional a declarar se pretende contestar a validade da Decisão 98/531.
O Tribunal de Justiça parece, de qualquer modo, seguir um raciocínio diferente no seu recente acórdão de 7 de Setembro de 1999, De Haan (C-61/98, Colect., p. I-5003). Apesar de o órgão jurisdicional de reenvio não ter levantado o problema da validade de uma decisão da Comissão, crucial para a solução do litígio, o Tribunal de Justiça considerou necessário examinar esta questão, de forma a «dar resposta útil à solução do litígio no processo principal» (n.° 47). Considerou ainda que «o exame da decisão da Comissão... é, ademais, conforme com o princípio de economia processual, visto que foi igualmente submetida directamente ao Tribunal de Justiça a questão da legalidade da referida decisão no processo Países Baixos/Comissão (C-157/98), que está actualmente suspenso a aguardar a prolação do presente acórdão» (n.° 49). Sob este ponto de vista, o acórdão De Haan apresenta semelhanças com o presente processo, na medida em que a Decisão em litígio 98/531 já foi impugnada perante o Tribunal de Primeira Instância, que suspendeu a instância até ser proferida a decisão do Tribunal de Justiça. É necessário, no entanto, referir algumas diferenças entre estes dois processos. No processo De Haan, o órgão jurisdicional nacional desconhecia a decisão da Comissão quando proferiu o despacho de reenvio (n.° 47); além disso, no mesmo processo, esta decisão foi «objecto de observações tanto escritas como orais das partes» (n.° 49). Pelo contrário, no presente processo, a Supreme Court conhece a decisão da Comissão, o que se pode claramente deduzir da formulação da primeira questão prejudicial. Acresce que as partes não foram directamente convidadas a pronunciar-se sobre a validade da decisão da Comissão. Embora possamos abstrair destes problemas, consideramos que a análise da validade da decisão da Comissão em litígio depara com outro obstáculo, mais importante, que irá agora ser exposto.

primeira questão prejudicial para o caso de ser necessário analisar previamente a validade da Decisão 98/531 para decidir o litígio no processo principal.

a) Observações introdutórias

35. Iniciaremos a nossa análise pelas duas seguintes observações.

36. Em primeiro lugar, convém salientar que, se o órgão jurisdicional de reenvio tivesse decidido autonomamente suspender a instância até que os órgãos jurisdicionais competentes da Comunidade se tivessem definitivamente pronunciado sobre a legalidade do acto da Comissão em litígio, esta seria a melhor solução para afastar o risco de uma decisão contrária à decisão da Comissão. Ora, não pode deduzir-se *inequivocamente* do acórdão Delimitis nem de qualquer regra de direito comunitário que um órgão jurisdicional nacional esteja obrigado a esperar que o recurso de anulação, ao abrigo do artigo 173.° do Tratado, esteja decidido antes de resolver definitivamente o litígio que lhe cabe decidir. Pelo contrário, no acórdão Delimitis, o Tribunal de Justiça refere uma possibilidade, e não uma obrigação, para o órgão jurisdicional nacional de suspender a instância nacional a fim de evitar decisões contraditórias.

37. Este processo difere consideravelmente da situação que ocupou o juiz no processo Delimitis [28]. Seja como for, pode deduzir-se deste acórdão que, se o órgão jurisdicional nacional, enfrentando o risco de proferir uma decisão que seja contrária às teses da Comissão, põe em marcha o procedimento do artigo 177.° do Tratado, satisfaz as necessidades do processo nacional, por um lado e, por outro, assegura a protecção da legalidade comunitária e da segurança jurídica [29]. Em contrapartida, a solução segundo a qual é suficiente interpor recurso de uma decisão da Comissão ao abrigo do artigo 173.° do Tratado para que fique precludido o procedimento ao abrigo do artigo 177.° e para que o órgão jurisdicional nacional seja obrigado a suspender a instância até ao final do processo de anulação, de modo a não correr o risco de proferir uma decisão contrária, parece problemática. À primeira vista, esta solução parece implicar uma limitação excessiva para o juiz nacional e não fica claro se corresponde à actual repartição de competências entre os órgãos nacionais e comunitários ou se está em conformidade com aquilo que é geralmente aceite relativamente às relações entre a ordem jurídica nacional e comunitária [30].

38. Em segundo lugar, é preciso notar que o Tribunal de Justiça já teve de se pronunciar em outros processos prejudiciais que levantavam o problema da validade de um acto comunitário já impugnado por um recurso de anulação ao abrigo do arti-

28 — V. *supra*, nota 3 e n.os 22 e segs.

29 — Também parece ser esta a opinião da Comissão, nos pontos 22 e 32 da sua comunicação sobre a cooperação entre a Comissão e os tribunais nacionais, já referida na nota 6.

30 — Seja como for, na nossa opinião, não é suficiente invocar o princípio da cooperação entre os órgãos jurisdicionais nacionais e a Comissão, que tem fundamento no artigo 5.° do Tratado CE (actual artigo 10.° CE), para que o juiz nacional esteja submetido a uma obrigação geral de suspender a instância no processo principal pelo simples facto de um recurso contra uma decisão da Comissão estar pendente no Tribunal de Primeira Instância.

go 173.° do Tratado. Nesses casos, o Tribunal de Justiça não considerou que era impossível colocar tais questões, não obstante ter sido interposto um recurso de anulação, e não exigiu aos órgãos jurisdicionais nacionais que esperassem pelo fim do processo ao abrigo do artigo 173.° do Tratado [31]. Por sua vez, os próprios órgãos jurisdicionais comunitários reagem à existência de dois processos paralelos, com o mesmo objecto, suspendendo um até ao final do outro [32].

39. Se nos limitarmos às considerações gerais *supra*, somos levados a formular um princípio geral segundo o qual, mesmo nos casos em que o juiz nacional corre o risco de tomar uma decisão contrária a uma decisão anterior da Comissão, contra a qual foi interposto um recurso de anulação ao abrigo do artigo 173.° do Tratado, este juiz não está obrigado a aguardar o final do processo de anulação, embora, para decidir o litígio no processo principal, tenha que saber se a decisão da Comissão é ou não válida. Este problema pode resolver-se colocando ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial.

40. Todavia, esforçar-nos-emos agora por demonstrar que este princípio geral não está isento de críticas. Podem ser avançados argumentos de peso a favor da solução oposta, pelo menos no que diz respeito ao presente processo, ou seja, a favor da exclusão, no caso concreto, da via processual do artigo 177.° do Tratado e do reconhecimento da obrigação, para o juiz nacional, de suspender a sua instância enquanto não for decidido o recurso de anulação pendente perante o Tribunal de Primeira Instância.

b) A identidade das partes no processo principal constitui um obstáculo ao reenvio de uma questão prejudicial relativa à validade da Decisão 98/531

41. A faculdade concedida ao juiz nacional de utilizar o processo de reenvio prejudicial não é ilimitada. O Tribunal de Justiça tem considerado até à data que não é possível pôr em causa a validade de um acto comunitário pela via processual do artigo 177.° do Tratado quando uma das partes no processo principal se enquadra na seguinte categoria: por um lado, é destinatária do acto comunitário em causa, que poderia, sem dúvida, impugnar validamente por meio do artigo 173.° do Tratado, mas foi privada deste direito processual pelo facto de ter expirado o prazo imposto pelo último número deste artigo; por outro lado, é a parte do processo principal que retirará vantagem da impugnação da validade deste acto pela via do reenvio prejudicial.

31 — Segundo uma prática constante, o Tribunal de Justiça aceita a decisão do órgão jurisdicional nacional quanto à questão de saber se deve colocar uma questão prejudicial relativa à validade do acto administrativo comunitário. O órgão jurisdicional nacional é competente para apreciar se pode esperar pelo fim do processo de anulação pendente perante o Tribunal de Justiça ou o Tribunal de Primeira Instância ou se considera necessário utilizar a via de recurso que lhe é oferecida pelo artigo 177.° do Tratado. No segundo caso, regra geral, o Tribunal de Justiça responde às questões prejudiciais que lhe são colocadas pronunciando-se sobre a legalidade do acto comunitário em causa.

32 — V. artigo 47.°, terceiro parágrafo, do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça. Nem sequer está excluído que a prioridade seja dada à via processual do artigo 177.° sobre a do artigo 173.° É também esta a solução adoptada quando o recurso foi interposto perante o Tribunal de Primeira Instância. V., a título exemplificativo, o acórdão de 17 de Julho de 1997, Affish (C-183/95, Colect., p. I-4315), e o despacho T-136/98 do Tribunal de Primeira Instância.

42. Esta jurisprudência constante [33] favorece o reforço do correcto cumprimento das regras processuais comunitárias e, consequentemente, da segurança jurídica. Mais concretamente, adoptar a solução contrária redundaria em reconhecer à parte com a categoria já referida a «faculdade de contornar o carácter definitivo que, por força do princípio da segurança jurídica, a decisão reveste após a expiração do prazo de recurso previsto no artigo 173.°» [34].

43. Os dados do presente processo diferem daqueles sobre os quais o Tribunal de Justiça se debruçou na jurisprudência já referida. A sociedade HB é a parte do processo principal que tem interesse em que a Decisão 98/531 seja declarada inválida na sequência da questão prejudicial colocada a este respeito pela Supreme Court. Ora, a mesma sociedade, enquanto destinatária da decisão comunitária, já impugnou esta decisão perante o Tribunal de Primeira Instância, pedindo a sua anulação. Convém ainda sublinhar que a parte contrária no processo principal, a sociedade Masterfoods, apresentou uma queixa, com fundamento na qual a Comissão proferiu a decisão em litígio, e interveio a favor da validade desta decisão perante o Tribunal de Primeira Instância.

44. Não parece que o Tribunal de Justiça tenha conhecido directamente deste caso excepcional. À primeira vista, porém, reconhecer a possibilidade de um reenvio prejudicial não cria, no caso em apreço, os mesmos riscos de infracção do carácter obrigatório tanto dos actos comunitários como das regras processuais comunitárias, riscos esses que existiam, sem sombra de dúvida, no caso da jurisprudência mencionada *supra*. O simples facto de a decisão da Comissão em litígio já ter sido impugnada para o Tribunal de Primeira Instância é suficiente para que a situação jurídica em causa não esteja absolutamente consolidada e para que o seu destinatário não esteja privado de toda e qualquer possibilidade de contestar a sua legalidade [35].

33 — V. as conclusões do advogado-geral W. Van Gerven no processo Banks (acórdão de 13 de Abril de 1994, C-128/92, Colect., p. I-1209) e os acórdãos de 9 de Março de 1994, TWD Textilwerke Deggendorf (C-188/92, Colect., p. I-8333); de 30 de Janeiro de 1997, Wiljo (C-178/95, Colect., p. I-585), e de 11 de Novembro de 1997, Eurotunnel e o. (C-408/95, Colect., p. I-6315).

34 — N.° 21 do acórdão Wiljo, já referido na nota 33. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça salienta a necessidade de afastar o risco de um desvio de procedimento e de uma violação das regras processuais comunitárias, embora, por este meio, restrinja a possibilidade para o juiz nacional de definir as questões prejudiciais que submete à sua apreciação. Por outras palavras, neste caso concreto, o carácter autónomo do reenvio prejudicial fica falseado.

35 — O acórdão de 21 de Maio de 1987, Rau e o. (133/85 a 136/85, Colect., p. 2289), parece igualmente militar a favor da possibilidade de contestar a legalidade da decisão em litígio da Comissão no âmbito do processo nacional e, por extensão, da possibilidade de colocar uma questão prejudicial a este respeito. Parece resultar deste acórdão que uma pessoa que tem a possibilidade de pôr em causa um acto comunitário dentro do prazo ao abrigo do artigo 173.° do Tratado pode contestar a legalidade deste acto no âmbito de um processo nacional. Formulamos algumas reservas sobre a questão de saber em que medida a solução que foi adoptada no acórdão Rau e o. é ainda válida depois do acórdão TWD Textilwerke Deggendorf (já referido na nota 33), mas também depois da criação do Tribunal de Primeira Instância. Ora, independentemente disso, as circunstâncias do acórdão Rau e o. não são idênticas às do presente processo. O caso de uma pessoa que é parte de um processo no âmbito nacional e dispõe teoricamente de um *locus standi* para pôr em causa um acto comunitário perante o Tribunal de Primeira Instância é tratado diferentemente daquele em que uma das partes no processo nacional já interpôs recurso ou já interveio num processo de anulação ao abrigo do artigo 173.° do Tratado. Como explicaremos em seguida, a participação simultânea nos dois processos é uma situação específica, que deverá ser analisada separadamente.

45. Julgamos que, apesar de tudo, neste caso particular, é preferível considerar que não é possível pôr indirectamente em causa a validade do acto comunitário por meio de uma questão prejudicial. Controlar a validade de um acto comunitário no âmbito de dois processos paralelos com o fim de proteger, em última análise, os interesses das partes que participam nos dois processos, parece-nos contrário ao princípio da boa administração da justiça [36].

46. Este raciocínio baseia-se desde logo na constatação de que as situações em que as partes levantam exactamente o mesmo problema jurídico no âmbito de dois processos judiciais paralelos, totalmente independentes entre si, se devem aos defeitos de um sistema jurisdicional. Tais situações não são desejáveis, não só porque complicam a missão dos tribunais, mas também porque daí resulta um agravamento do risco de existirem decisões contraditórias ou, pelo menos, um risco de alteração das regras processuais e de utilização abusiva das vias de recurso [37].

47. No presente processo, o litígio nacional pendente na Supreme Court opõe as partes que participam também no processo de anulação perante o Tribunal de Primeira Instância. No que diz particularmente respeito à HB, que correria o risco de sofrer injustamente um prejuízo se o acto da Comissão em litígio — no caso de vir a ser declarado ilegal — fosse aplicado no processo nacional, esta parte está eficazmente protegida contra esse risco: em primeiro lugar, a HB fez uso dos direitos processuais conferidos pelo artigo 173.° do Tratado interpondo recurso perante o Tribunal de Primeira Instância; em segundo lugar, o acto da Comissão em litígio tem a sua execução suspensa, o que exclui a

36 — A solução específica que propomos, tendo em conta os factos do presente processo, de modo nenhum exclui o caso em que é reconhecida a um órgão jurisdicional nacional a possibilidade de pôr em causa a legalidade de uma decisão comunitária por meio de uma questão prejudicial, mesmo quando esta decisão já tiver sido impugnada pelo procedimento do artigo 173.° do Tratado. Mais concretamente, quando as partes no processo nacional são pessoas que não beneficiam (ou que não é certo que beneficiem) do *locus standi* para impugnar directamente o acto comunitário em litígio perante o Tribunal de Primeira Instância — caso que é também o mais frequente —, talvez fosse injusto fazer depender a protecção jurisdicional destas pessoas do andamento do processo de anulação pendente, cuja decisão não podem influenciar. Por exemplo, se o recorrente, nos termos do artigo 173.° do Tratado, não invocar os meios de anulação apropriados ou se desistir do recurso, pode acontecer que o acto posto em causa, ainda que ilegal, não seja anulado pelos órgãos jurisdicionais comunitários; esta situação pode causar prejuízo a terceiros afectados pelos efeitos desfavoráveis que o acto comunitário produz em seu detrimento sem que estes possam opor-se à sua execução. Por conseguinte, se não é permitido colocar uma questão prejudicial relativa à legalidade do acto em litígio, as partes no processo principal que não podem atacar este acto perante o Tribunal de Primeira Instância também não poderão defender-se de forma adequada contra este acto ilegal, como poderiam se persuadissem o juiz nacional a fazer uso do processo de reenvio prejudicial e apresentassem em seguida as suas observações perante o Tribunal de Justiça. Todavia, mesmo a solução da resposta a uma questão prejudicial respeitante à validade de um acto comunitário que já é objecto de um recurso de anulação, sobretudo nos casos em que as partes no processo principal não beneficiam de um *locus standi* para utilizar a via de recurso do artigo 173.° do Tratado, depara com graves problemas de ordem prática, que exporemos num ponto posterior da nossa análise (v. *infra*, n.os 49 e segs.).

37 — Razão pela qual as regras relativas à litispendência e à competência de cada sistema contencioso visam, entre outras coisas, impedir tais situações, não só estatuindo que cada litígio deve ser julgado por uma autoridade judiciária determinada, mas também impedindo que um litígio já pendente nos tribunais seja objecto de nova acção.

eventualidade da sua aplicação directa pelo juiz irlandês [38].

48. Além disso, reconhecer à HB e à Masterfoods a possibilidade de ver apreciada a validade da Decisão 98/531 por meio de uma questão prejudicial colocada pela Supreme Court ao Tribunal de Justiça criaria, em nossa opinião, um risco de desvio de procedimento. Tanto o requerente como o interveniente perante o Tribunal de Primeira Instância estariam em condições de transferir para o Tribunal de Justiça a incumbência de se pronunciar sobre a validade da decisão da Comissão em litígio, iludindo assim o processo de anulação. Não cremos que, do ponto de vista processual, possa aceitar-se tal situação, que colocaria ou seria susceptível de colocar indirectamente alguns sujeitos processuais em condições de escolher a via de recurso comunitária em que a legalidade da decisão de uma instituição comunitária fosse julgada [39]. Isto não é compatível com uma administração eficaz da justiça. Assim, pensamos que, tendo em conta as condições específicas do presente processo, é preferível excluir a possibilidade de a validade da Decisão 98/531 ser posta em causa através de uma questão prejudicial colocada pela Supreme Court [40].

38 — Este segundo reparo reveste particular importância. Se o Tribunal de Primeira Instância não tivesse ordenado a suspensão da execução da decisão da Comissão, o reenvio de uma questão prejudicial pelo juiz nacional teria eventualmente, além do interesse de levantar de novo o problema da validade desta decisão, ainda outro interesse prático; permitiria ao juiz nacional suspender ele próprio a aplicação do acto comunitário, conforme foi decidido no acórdão Atlanda Fruchthandelsgesellschaft e o., já referido na nota 25.

39 — Existe o risco de uma das partes no processo de anulação perante o Tribunal de Primeira Instância considerar que os seus interesses serão mais bem defendidos usando o reenvio prejudicial de uma questão respeitante à legalidade do acto já impugnado num recurso de anulação, de modo que esta parte privilegiará a fiscalização da legalidade ao abrigo do artigo 177.° do Tratado em relação à fiscalização de plena jurisdição ao abrigo do artigo 173.° do Tratado. Ora, neste caso, o comportamento desta parte tem carácter dilatório e abusivo e conduz ao falseamento das regras processuais comunitárias. Não estamos com isto a dizer que tal acontece neste caso concreto; todavia existe, pelo menos teoricamente, um risco de desvio de procedimento.

40 — Poder-se-ia contrapor a esta argumentação que a solução proposta conduz a um atraso no processo nacional, que é independente do processo de anulação comunitário, e que a competência do juiz nacional para determinar quando é necessário obter uma resposta a uma questão prejudicial para decidir o litígio pendente perante ele fica assim afectada.
Excluir, no caso concreto, a possibilidade de colocar uma questão prejudicial traduz-se efectivamente em obrigar o juiz nacional a esperar pelo fim do processo perante o Tribunal de Primeira Instância antes de proferir uma decisão definitiva. Não é habitual o Tribunal de Justiça imiscuir-se na questão da necessidade e da utilidade de colocar uma questão prejudicial, uma vez que esta é uma competência do juiz nacional para resolver os processos que lhe são submetidos. Seja como for, decorre da jurisprudência relativa à admissibilidade das questões prejudiciais que esta competência não é absoluta, mas sim, em casos excepcionais, limitada pelo Tribunal de Justiça. Aliás, não é em abstracto, mas com base nos factos do litígio concreto que é apreciada a necessidade de assistir o juiz nacional em matéria de direito comunitário. Consequentemente, se, como no caso concreto, deve deduzir-se destes factos que não é útil, sendo antes «perigoso» do ponto de vista processual, responder a uma questão prejudicial relativa à validade da Decisão 98/531, precisamente porque as partes do processo principal podem e devem procurar a protecção jurisdicional apropriada perante o Tribunal de Primeira Instância a que já recorreram, não podemos aceitar que, apesar disto, o juiz nacional tenha o direito de submeter a questão prejudicial em causa ao Tribunal de Justiça.
No que diz respeito ao eventual atraso que causa a exclusão da possibilidade de colocar uma questão prejudicial, conjugada com a obrigação de esperar pelo fim do processo de anulação, deve salientar-se o que se segue. Este atraso equivale não a uma denegação de justiça da parte do juiz nacional, mas a uma suspensão provisória da instância nacional. Tais dilações não servem, obviamente, a eficaz administração da justiça. Podem, todavia, ser necessárias, sobretudo quando as relações entre as duas ordens jurídicas (comunitária e nacional) bem como a relação entre os órgãos jurisdicionais nacionais e comunitários são afectadas. Aliás, o Tribunal de Justiça invocou a eventualidade de tais atrasos no processo Delimitis, já referido, quando convidou o juiz nacional a analisar em que medida é necessário suspender a instância nacional e regular provisoriamente as relações jurídicas entre as partes no processo principal durante o exame do processo no âmbito do procedimento administrativo comunitário. As mesmas observações valem também, *a fortiori*, quando a evolução paralela do processo confronta o órgão jurisdicional nacional não com a autoridade administrativa, a saber, a Comissão, mas com a autoridade judiciária competente da ordem jurídica comunitária, a saber, o Tribunal de Primeira Instância. Por fim, o atraso causado não é assim tão importante. Ainda que admitíssemos que é possível colocar uma questão prejudicial em casos como o que nos ocupa, o órgão jurisdicional deveria, de qualquer modo, suspender a instância no processo principal enquanto aquela não fosse decidida pelo Tribunal de Justiça. É evidente que, geralmente, é mais rápido dar uma resposta às questões prejudiciais do que decidir um recurso ao abrigo do artigo 173.° do Tratado. Todavia, o tempo que se ganha ao iludir o procedimento do artigo 173.° do Tratado também não justifica tal solução, e isto pelos motivos já analisados.

c) Os problemas, em geral, que coloca a análise da validade, no âmbito do procedimento do artigo 177.° do Tratado, de uma decisão comunitária como a que está em causa

49. Parece-nos indispensável tecer algumas considerações suplementares tendentes a explicar porque é que, em nossa opinião, é difícil analisar a validade de decisões, como a decisão em causa, no âmbito do reenvio prejudicial ao abrigo do artigo 177.°, quando um processo de recurso está pendente contra o mesmo acto.

50. Começaremos o nosso raciocínio pela seguinte pergunta. Uma decisão da Comissão pode ser considerada legal pelo Tribunal de Justiça, que a apreciou dentro dos limites da fiscalização que pode efectuar nos termos do artigo 177.° do Tratado, e ser anulada pelo Tribunal de Primeira Instância, que por exemplo detectou um erro de facto, no âmbito da fiscalização de plena jurisdição que este órgão jurisdicional pode exercer? Neste caso, ou seja, se o Tribunal de Primeira Instância detectar na decisão um erro que escapa à fiscalização que o Tribunal de Justiça pode exercer, o acórdão de anulação estará correcto, embora em contradição total com as respostas dadas pelo Tribunal de Justiça às questões prejudiciais. Se existe esta possibilidade, a simples eventualidade da situação acima descrita, pouco desejável, de existirem decisões contraditórias dos órgãos jurisdicionais comunitários, deverá dissuadir o Tribunal de Justiça de examinar a validade da decisão da Comissão através das respostas às questões prejudiciais em causa.

51. Este risco parece-nos real. Apenas poderia ser afastado se, quando decide examinar a validade de uma decisão da Comissão no âmbito de uma resposta a uma questão prejudicial, o Tribunal de Justiça estivesse em condições de o fazer através da mesma fiscalização jurídica que o Tribunal de Primeira Instância efectua no âmbito do artigo 173.° do Tratado. Isto não nos parece possível.

52. Referimo-nos em primeiro lugar à diferença entre o procedimento do artigo 177.° do Tratado e o do artigo 173.° No primeiro caso, o Tribunal de Justiça faz uma apreciação puramente jurídica. A sua competência é limitada à interpretação e à apreciação da regularidade dos actos regulamentares e individuais das instituições comunitárias [41]. Pelo contrário, a via processual do artigo 173.° do Tratado pode levar o órgão jurisdicional comunitário a examinar questões de fundo, tais como a constatação e a apreciação de elementos de facto [42].

41 — Sob este ponto de vista, a sua competência aproxima-se da competência para a anulação em recurso, que lhe foi igualmente conferida.

42 — Notemos ainda que a posição das partes no processo de anulação ao abrigo do artigo 173.° do Tratado difere claramente da das partes que apresentam observações no âmbito do procedimento do artigo 177.° Os fundamentos, as alegações e os argumentos que desenvolvem no processo de anulação influenciam o desfecho deste, enquanto as observações que apresentam no âmbito do procedimento do artigo 177.° do Tratado desempenham um papel nitidamente menos importante.
Podemos ainda acrescentar o seguinte reparo ao que dissemos previamente: o Tribunal de Justiça ao julgar de mérito, conforme é referido no artigo 173.° do Tratado, tem poderes acrescidos quanto à reunião dos elementos de prova com vista a definir a matéria de facto relevante; pelo contrário, quando responde a uma questão prejudicial, o Tribunal de Justiça está, em princípio, limitado aos factos descritos pelo órgão jurisdicional de reenvio no seu despacho; estes factos não são necessariamente aqueles sobre os quais se baseia o acto comunitário cuja validade é posta em causa.

53. As diferenças entre os dois procedimentos não têm grande importância prática quando a fiscalização jurisdicional recai sobre a validade de um acto regulamentar da Comunidade, como um regulamento ou uma directiva. A apreciação da legalidade destes actos limita-se fundamentalmente ao exercício de uma fiscalização de pura legalidade, sem que seja necessário examinar as questões do contencioso de plena jurisdição. Pelo contrário, no caso dos actos administrativos individuais, como o que está em causa no caso em apreço, o exercício de uma fiscalização de plena jurisdição é essencial para assegurar uma protecção jurisdicional eficaz.

54. Além disso, a decisão da Comissão que nos ocupa no presente processo apresenta outra particularidade. Diz respeito à aplicação, num caso determinado, das disposições dos artigos 85.°, n.° 1, e 86.° do Tratado. Por outras palavras, implica apreciações técnicas e económicas complexas, cuja exactidão requer um controlo exaustivo do mérito da causa por uma autoridade judiciária especializada. Foi, entre outras razões, para responder a esta necessidade que o legislador constituinte comunitário foi levado a criar o Tribunal de Primeira Instância. Deliberando de forma sistemática sobre recursos de anulação de decisões da Comissão, análogas à que está em causa no caso concreto, esta jurisdição conseguiu aprofundar e reforçar a fiscalização jurisdicional destas decisões, contribuindo assim para a melhoria do sistema comunitário de protecção jurisdicional [43].

55. Concluindo, pensamos que a acção jurisdicional é mais eficaz no âmbito do recurso de anulação, tanto perante o Tribunal de Justiça como perante o Tribunal de Primeira Instância, de actos administrativos individuais como o que está em causa no caso em apreço, do que no âmbito da resposta a questões prejudiciais colocadas ao abrigo do artigo 177.° do Tratado [44]. Aliás, não seria razoável modificar a natureza do procedimento do artigo 177.° do

43 — Como o Tribunal de Justiça salientou no recente acórdão de 17 de Dezembro de 1998, Baustahlgewebe/Comissão (C-185/95 P, Colect., p. I-8417), «a instituição do Tribunal de Primeira Instância junto do Tribunal de Justiça, e a criação de um segundo nível de jurisdição, teve por objectivo, por um lado, melhorar a protecção judicial dos particulares, designadamente no que respeita aos recursos que requerem uma análise aprofundada de matéria de facto complexa, e, por outro, manter a qualidade e a eficácia do controlo judicial na ordem jurídica comunitária...».

44 — Não queremos, com esta observação, subestimar a importância do processo de reenvio prejudicial. Como afirmou o advogado-geral Jacobs nas suas conclusões no processo Extramet Industrie/Conselho (acórdão de 16 de Maio de 1991, C-358/89, Colect., p. I-2501), há categorias de litígios jurídicos que, devido à sua natureza e às suas particularidades, é preferível submeter a uma apreciação jurisdicional assegurada pela via do recurso de anulação — e isto, evidentemente, nos casos em que tal é possível do ponto de vista processual — do que submeter ao Tribunal de Justiça, através do procedimento do artigo 177.° do Tratado (conclusões do advogado-geral Jacobs de 21 de Março de 1991), «(um) reenvio por um tribunal nacional a propósito da validade de um regulamento (que) nem sempre fornece ao Tribunal de Justiça uma ocasião tão favorável de examinar a questão como um recurso directo contra a instituição que o adoptou...» (n.° 73). Pelo menos, não é lógica e juridicamente consequente sustentar nestes casos particulares que o procedimento do artigo 177.° do Tratado pode substituir o do artigo 173.°

Tratado de forma a transformá-lo numa cópia fiel do artigo 173.º [45].

C — *Conclusões*

56. A análise que acaba de ser feita conduz às seguintes conclusões.

57. O órgão jurisdicional de reenvio não é obrigado a suspender a instância e a esperar pelo fim do processo de anulação simplesmente porque foi interposto um recurso para o Tribunal de Primeira Instância contra a Decisão 98/531. Todavia, tal obrigação passa a existir se a solução do litígio no processo principal pressupuser que o juiz nacional saiba se a decisão em causa é ou não válida, na medida em que este problema não pode ser submetido à apreciação do Tribunal de Justiça pela via do recurso do artigo 177.º do Tratado, pelas razões acima expostas. Em todo o caso, o órgão jurisdicional de reenvio ou ao qual o processo seja eventualmente remetido para a decisão de mérito deve evitar proferir acórdão que seja contrário à Decisão 98/531, a menos que esta decisão tenha sido anulada pelo órgão jurisdicional comunitário [46].

58. Posto isto, deve perguntar-se qual o seguimento a dar às segunda e terceira questões prejudiciais. Parece-nos provável que a Supreme Court não esteja em condições de decidir o litígio pendente perante

45 — No caso hipotético de o Tribunal de Justiça agir como juiz de anulação no âmbito da resposta a uma questão prejudicial, a própria existência do Tribunal de Primeira Instância seria posta em causa. Mais concretamente, na medida em que uma parte pode recorrer directamente ao Tribunal de Justiça ao abrigo do artigo 177.º do Tratado e obter uma fiscalização jurisdicional de extensão idêntica à que obteria perante o Tribunal de Primeira Instância, preferirá evidentemente evitar o procedimento do artigo 173.º do Tratado, escapando assim à eventualidade de um recurso contra o acórdão de anulação.
Não nos demoraremos mais com os argumentos acima avançados, dos quais parece, não obstante, poder deduzir-se que o Tribunal de Justiça deve analisar de forma geral a utilidade de responder a uma questão prejudicial que levante o problema da validade de uma decisão da Comissão em matéria de aplicação dos artigos 85.º, n.º 1, e 86.º do Tratado num processo determinado, quando esta mesma decisão tiver sido objecto de um recurso de anulação perante o Tribunal de Primeira Instância. Como expusemos anteriormente, apesar das eventuais insuficiências da fiscalização jurisdicional efectuada no âmbito da resposta a uma questão prejudicial, a apreciação da validade de actos administrativos comunitários por esta via processual pode constituir o único meio de protecção jurisdicional para as pessoas que não dispõem, ao abrigo do artigo 173.º do Tratado, do *locus standi* para pôr directamente em causa este acto perante o Tribunal de Primeira Instância.
Pensamos, todavia, que não é necessário resolver este complicado problema no presente processo. À sua particularidade, que se situa ao nível da pessoa das partes no processo principal, é suficiente para justificar o nosso ponto de vista, isto é, que a Supreme Court não pode levantar o problema da validade da Decisão 98/531 perante o Tribunal de Justiça.

46 — Coloca-se a seguinte questão: o órgão jurisdicional irlandês estará impossibilitado de pôr em causa a validade da Decisão 98/531 apenas no decorrer do processo de anulação perante o Tribunal de Primeira Instância ou deve aguardar o final do processo de recurso?
A este respeito, deve fazer-se a seguinte distinção. Se o acórdão do Tribunal de Primeira Instância não for impugnado pela HB ou pela Masterfoods através de recurso, não é possível contestar a correcção deste acórdão no âmbito do processo nacional. Do ponto de vista jurisdicional, não seria correcto, em aplicação da jurisprudência TWD Textilwerke Deggendorf (v. *supra*, nota 33), que uma das partes no processo perante o Tribunal de Primeira Instância, que foi privada do direito de interpor recurso, pudesse impugnar indirectamente o acórdão proferido em primeira instância perante os órgãos jurisdicionais nacionais.
Pelo contrário, se já foi interposto recurso contra o acórdão proferido em primeira instância, um reenvio prejudicial pelo juiz irlandês pondo em causa a posição do Tribunal de Primeira Instância apresenta menos problemas práticos. Explicámos anteriormente que a resposta às questões prejudiciais relativas à extensão e aos elementos da fiscalização jurisdicional apresenta semelhanças com o processo de recurso. O Tribunal de Justiça pode, em determinadas circunstâncias, decidir simultaneamente os dois processos. Todavia, pelas razões já analisadas, deve de novo perguntar-se em que medida é apropriado permitir às sociedades HB e Masterfoods, por um lado, iniciar um processo de recurso e, por outro lado, pôr em causa a correcção do acórdão do Tribunal de Primeira Instância no âmbito de uma questão prejudicial apresentada pelo juiz irlandês.
De qualquer modo, preferimos, nesta altura, não procurar resolver este problema particular, ou seja, de saber em que medida o juiz irlandês pode ou não colocar questões prejudiciais enquanto o processo de recurso está pendente.

ela antes do final do processo de anulação pendente no Tribunal de Primeira Instância, uma vez que a questão da validade da Decisão 98/531 parece ser um pressuposto da solução do litígio principal. Se for efectivamente o caso, é supérfluo responder a estas duas questões prejudiciais; na medida em que não cabe ao Tribunal de Justiça debruçar-se sobre o problema da validade da Decisão 98/531, que — pelas razões anteriormente expostas — não pode ser levantado pelo órgão jurisdicional de reenvio, esta resposta não tem utilidade para decidir o processo principal.

59. Porém, não está excluído que a Supreme Court tenha colocado as ditas questões tendo em vista apreciar a correcção da decisão proferida em primeira instância pela High Court, baseando-se unicamente no quadro factual e jurídico com base do qual foi proferida. Aliás, é esta a razão pela qual os únicos elementos de facto que foram submetidos ao Tribunal de Justiça pelo despacho de reenvio foram aqueles que tinham ficado assentes em primeira instância na High Court. Pensamos que este aspecto particular do processo pode ser examinado, no caso em apreço, no âmbito das respostas às segunda e terceira questões prejudiciais. Evidentemente, não pretendemos analisar a exactidão do conteúdo da Decisão 98/531 nem levar em conta os elementos opostos a esta decisão.

V — No que respeita à segunda questão prejudicial

60. A segunda questão levanta o problema da compatibilidade das cláusulas de exclusividade com os artigos 85.°, n.° 1, e 86.° do Tratado.

A — *O preço dos gelados e a compatibilidade dos acordos em causa com as disposições do artigo 86.° do Tratado*

61. Antes de analisar as alegações das partes que apresentaram observações no presente processo, parece-nos necessário insistir particularmente no problema seguinte, que foi levantado pelo Governo sueco.

62. Os elementos que se seguem parecem resultar dos factos constatados pelo órgão jurisdicional irlandês de primeira instância: na altura em que ocorreram os factos sobre os quais incidiu a fiscalização jurisdicional, o preço de venda dos gelados da HB aos retalhistas era um preço único, independentemente de estes retalhistas terem ou não concluído os acordos de fornecimento das arcas congeladoras em causa com a HB. Por conseguinte, era suposto o preço de venda dos gelados incluir, além do preço do gelado, o custo da arca congeladora e o custo da sua manutenção. Se o admitirmos, esta política de facturação global, conjugada com a obrigação de respeitar a cláusula de exclusividade em litígio relativa à utilização das arcas congeladoras, introduziu discriminações entre os retalhistas. Aqueles que detinham arcas congeladoras próprias estavam submetidos a um encargo

relativo a um serviço de que não beneficiavam; além disso, o custo do fornecimento, sem qualquer encargo (nem sequer um custo simbólico), das arcas congeladoras da HB aos outros retalhistas repercutia-se sobre eles.

63. Tendo em conta a posição dominante que a sociedade HB detinha no mercado [47], pensamos que este comportamento da dita sociedade — partindo do princípio de que os factos se desenrolaram da forma descrita — infringia o artigo 86.°, alínea c), do Tratado. Esta disposição qualifica como exploração abusiva de uma posição dominante o facto de «aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência» [48]. No presente caso, os retalhistas que não pretendam abastecer-se de arcas congeladoras na HB nem submeter-se às cláusulas de exclusividade em causa sofrem uma desvantagem evidente ao nível da concorrência em relação àqueles que concluem contratos de fornecimento de arcas congeladoras com a HB [49]. Aliás, a Comissão chegou igualmente a esta conclusão na comunicação de acusações que dirigiu, em 1993, à sociedade HB. A própria HB parece ter admitido indirectamente que a sua política comercial era contrária às regras de concorrência, uma vez que alterou o seu comportamento em 1995 ao introduzir um sistema de facturação diferenciado, conforme o retalhista se abastecesse ou não, para além de gelados, também de arcas congeladoras na HB [50].

64. Consequentemente, a exploração abusiva de posição dominante pela HB, descrita *supra*, é contrária ao artigo 86.° do Tratado na medida em que pode afectar o comércio entre os Estados-Membros [51]. Além disso, as cláusulas de exclusividade

47 — V. *infra*, n.os 90 e segs.

48 — O Tribunal de Justiça costuma ser confrontado com casos em que a discriminação consiste em impor um preço diferente para o mesmo produto ou o mesmo serviço. V., a título exemplificativo, o acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão (85/76, Colect., p. 217). No presente processo, acontece exactamente o contrário: o mesmo preço é imposto para situações diferentes, de forma que um grupo de parceiros comerciais fica favorecido em detrimento de outro.

49 — Por outras palavras, há um comportamento abusivo por parte da HB, que cria uma situação de concorrência desleal. Esta observação é suficiente, em nossa opinião, para que este comportamento seja considerado violador do artigo 86.° do Tratado, sem que seja necessário examinar também em que medida há violação da livre concorrência derivada do encerramento do mercado.

50 — A HB reembolsa aos retalhistas que não se abastecem em arcas congeladoras uma quantia previamente fixada, supostamente correspondente ao preço de custo ou de manutenção que não despende por não fornecer as arcas congeladoras.

51 — Convém salientar que o prejuízo do comércio intracomunitário é uma condição de aplicação do artigo 86.° do Tratado que é, regra geral, interpretado de forma lata pela doutrina e pela jurisprudência. Este prejuízo não tem que ser sensível, directo ou actual, sendo suficiente que seja indirecto ou potencial (acórdãos de 13 de Julho de 1966, Consten e Grundig/Comissão, 56/64 e 58/64, Colect. 1965-1968, p. 423, e de 6 de Março de 1974, Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents Corporation/Comissão, 6/73 e 7/73, Colect., p. 119).
No presente processo, devem fazer-se as seguintes observações: se se concluir, de acordo com o que foi dito *supra*, que a HB teve um comportamento abusivo, surge a seguinte situação no mercado: devido à posição dominante da HB, a maioria dos retalhistas irlandeses compra-lhe gelados, pouco importando se também lhe compram arcas congeladoras ou não. Estes retalhistas repartem-se em duas categorias. Por um lado, os que estão ligados por uma cláusula de exclusividade e não podem, portanto, armazenar gelados provenientes de produtores, nacionais ou estrangeiros, diferentes da HB nem abastecer-se junto deles; estes retalhistas beneficiam de uma vantagem concorrencial graças ao comportamento abusivo da HB. Por outro lado, há retalhistas que, além dos gelados da HB, poderiam também comprar produtos similares a outros produtores, nacionais ou estrangeiros; estes retalhistas sofrem uma desvantagem ao nível da concorrência relativamente aos primeiros.
Consequentemente, pelo seu comportamento, a HB obtém os seguintes resultados: em primeiro lugar, pela sua posição dominante, negoceia com a maioria dos retalhistas irlandeses. Em segundo lugar, pelo seu comportamento abusivo, consegue colocar em posição concorrencial desfavorável os retalhistas que com ela negoceiam mas que poderiam também abastecer-se em gelados junto de outros produtores, estrangeiros ou não. Impede assim os fornecedores estrangeiros de aceder ao mercado irlandês de gelados de impulso. Esta última observação é suficiente, em nossa opinião, para sustentar que a política da HB em causa que consiste, por um lado, em vender gelados a um preço único e, por outro, em impor uma cláusula de exclusividade para as arcas congeladoras que fornece, é apta a afectar o comércio intracomunitário.

em litígio, conjugadas com a política de facturação única dos gelados, violavam a disposição comunitária já referida e o seu respeito não podia ser imposto pela via judiciária.

B — *As cláusulas de exclusividade em litígio e o artigo 85.°, n.° 1, do Tratado*

65. Fomos convidados a analisar em que medida uma série de contratos de exclusividade viola o artigo 85.°, n.° 1, do Tratado [52].

52 — A especificidade do presente processo consiste no facto de a cláusula de exclusividade não dizer respeito ao fornecimento do produto em litígio (a HB não proíbe o fornecimento de gelados de outra marca aos retalhistas), mas à utilização da arca congeladora para o armazenamento dos produtos (a HB proíbe o armazenamento de produtos de outra marca nas suas arcas congeladoras). Ora, repete-se, se os acordos em causa tiverem por objecto impedir, restringir ou falsear o jogo da concorrência no mercado dos gelados e forem susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-Membros, são proibidos pelo artigo 85.°, n.° 1, do Tratado.
A existência de uma ligação entre esses acordos, relativos ao uso exclusivo das arcas congeladoras utilizadas para o armazenamento dos gelados, e as condições de concorrência existentes no próprio mercado dos gelados ressalta do acórdão Langnese-Iglo/Comissão (acórdão de 8 de Junho de 1995, T-7/93, Colect., p. II-1533). Nesse acórdão, o Tribunal de Primeira Instância analisou a legalidade de uma decisão da Comissão relativamente à compatibilidade com o artigo 85.° de contratos de fornecimento exclusivo, concluídos entre produtores de gelados e retalhistas que vendiam gelados destinados a consumo «na via pública». Ao analisar em que medida existia, para além destes contratos, outros factores importantes que contribuíssem para o encerramento do mercado, a Comissão constatou que o acesso de novos concorrentes ao mercado era dificultado pela existência de um sistema de concessão de um grande número de arcas congeladoras postas à disposição dos retalhistas, em contrapartida da qual estes se comprometiam a utilizar as arcas congeladoras exclusivamente para o armazenamento dos produtos do fornecedor. O Tribunal de Primeira Instância decidiu que «a Comissão considerou justamente que se trata de um elemento que contribui para entravar o acesso ao mercado. Efectivamente, 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...» (n.° 108).

a) O acórdão Delimitis

66. O caminho jurídico pelo qual o problema em causa será analisado foi traçado pelo acórdão Delimitis, já referido [53].

67. O Tribunal de Justiça decidiu que um acordo de exclusividade do qual tanto o fornecedor como o retalhista retiram vantagens não é, em si mesmo, contrário ao direito comunitário da concorrência; «convém, todavia, verificar se não terão por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência» [54]. Para apreciar tal acordo, é necessário ter em consideração «o contexto económico e jurídico em que este se insere e onde pode concorrer, com outros, para a produção de um efeito cumulativo no jogo da concorrência». Este efeito cumulativo não constitui senão «um elemento, de entre outros», de uma alteração eventual do jogo da concorrência e respectivas consequências para o comércio entre Estados.

68. A análise dos efeitos cumulativos de um acordo e de acordos similares requer, em primeiro lugar, uma delimitação do mercado em causa. Para apreciar se a existência de diversos contratos de exclusividade entrava o acesso ao mercado assim delimitado, é necessário examinar, em seguida, «a natureza e a importância do conjunto desses contratos». A incidência desses con-

53 — Este acórdão dizia respeito aos contratos de exclusividade para o fornecimento de cerveja, concluídos entre um fornecedor (uma fábrica de cerveja) e um revendedor (restaurante ou bar). O primeiro concedia ao segundo determinadas vantagens financeiras e económicas, tais como a concessão de crédito bonificado, a locação de espaços, o fornecimento de equipamentos; o segundo comprometia-se a abastecer-se exclusivamente no primeiro de cerveja e a não vender produtos da concorrência no seu estabelecimento.

54 — Acórdão Delimitis, já referido na nota 3, n.° 13.

tratos no acesso ao mercado depende, nomeadamente, do número de pontos de venda vinculados pelos contratos de exclusividade em relação ao número das lojas de bebidas que o não estão, da duração desses vínculos assumidos, bem como das quantidades do produto em causa comercializadas pelos «pontos de venda vinculados» relativamente às quantidades vendidas pelos distribuidores não vinculados [55]. O Tribunal de Justiça refere que «a existência de um feixe de contratos similares [trata-se de contratos de exclusividade [56]], ainda que a sua incidência sobre as possibilidades de acesso ao mercado seja importante, não pode, contudo, bastar, por si só, para se concluir que o mercado em causa é inacessível, na medida em que apenas constitui um elemento, de entre outros, do contexto económico e jurídico no âmbito do qual deve ser apreciado determinado contrato» [57].

69. O Tribunal de Justiça salienta, em seguida, que é conveniente analisar «se existem possibilidades reais e concretas para um novo concorrente de se infiltrar no feixe de contratos» [58].

70. Se resulta desta análise que a rede de contratos em litígio provoca, como «efeito cumulativo», o encerramento do mercado a novos concorrentes, nacionais e estrangeiros, a responsabilidade deste encerramento e as proibições enunciadas pelo artigo 85.°, n.° 1, devem ser imputadas aos operadores que «para tal contribuam de modo significativo» [59]. Para analisar esta última questão, que consiste em saber em que medida determinados contratos de exclusividade contribuem para produzir um efeito cumulativo de encerramento do mercado, é necessário apreciar «a posição das partes contratuais no mercado» [60]. Esta é determinada, com base na quota de mercado do fornecedor nesse mercado, pelo número de pontos de venda que este controla em relação ao número total de pontos de venda e pela duração dos contratos em causa.

71. Resumindo, um contrato de exclusividade é proibido se se concluir, em primeiro lugar, que o conjunto dos contratos similares tem o efeito cumulativo de encerrar o mercado, tendo também em conta o contexto económico e jurídico geral no qual se aplicam e, em segundo lugar, que o contrato em causa contribui de forma significativa para esse resultado.

b) A transposição da jurisprudência Delimitis para o presente processo

72. Em primeiro lugar, somos convidados a analisar a natureza e a importância do

55 — *Ibidem*, n.° 19.

56 — Esta observação foi acrescentada por nós.

57 — Acórdão Delimitis, já referido na nota 3, n.° 20.

58 — *Ibidem*, n.° 21. O Tribunal de Justiça cita critérios como, em primeiro lugar, as regulamentações referentes à aquisição de sociedades de produção e ao estabelecimento de pontos de venda, em segundo lugar, o número mínimo de pontos de venda necessário para a exploração rentável de um sistema de distribuição, em terceiro lugar, a existência de grossistas e de redes independentes de distribuição e, em quarto lugar, as condições de concorrência do mercado em causa. No que diz respeito a este último critério, o Tribunal de Justiça considera como elementos determinantes o número e a dimensão dos produtores presentes no mercado, o grau de saturação do mercado e a fidelidade dos consumidores às marcas existentes.

59 — Acórdão Delimitis, já referido na nota 3, n.° 24.

60 — *Ibidem*, n.° 25.

conjunto dos contratos de fornecimento de arcas congeladoras que contêm uma cláusula de exclusividade, concluídos entre as sociedades que fornecem os gelados e os retalhistas [61]. Estes contratos são correntes na Irlanda. Embora não sejam, em si, contrários ao artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, são susceptíveis de restringir a concorrência, na medida em que excluem produtos concorrentes de certos pontos de venda.

73. Deve-se questionar, em primeiro lugar, quais são as características dos pontos de venda. Ressalta do que a High Court constatou na sua decisão recorrida para a Supreme Court que a maioria dos pontos de venda é constituída pelos retalhistas [62]; são também eles que asseguram a maior parte das vendas. Além disso, uma percentagem muito pequena de retalhistas dispõe das suas próprias arcas congeladoras, quer dizer, de arcas congeladoras onde podem armazenar gelados de diferentes marcas [63]. A grande maioria dos retalhistas apenas dispõe de uma ou duas arcas congeladoras destinadas ao uso exclusivo de um fornecedor. A limitação do número de arcas congeladoras parece ser uma consequência da falta de espaço nos estabelecimentos dos retalhistas e da ausência de interesse comercial por parte destes retalhistas; estes não esperam nenhum aumento substancial dos seus lucros graças à aquisição de mais uma arca congeladora, embora tal não seja impossível na prática [64]. No que diz respeito à sociedade HB, segundo os dados fornecidos pelo órgão jurisdicional de reenvio, ela controla cerca de 12 000 arcas congeladoras das 18 000 que existem no mercado em causa. O órgão jurisdicional irlandês de primeira instância calculou que cerca de 80% das arcas congeladoras dos pequenos estabelecimentos de retalho são controlados pela HB.

74. Pensamos que os contratos de fornecimento das arcas congeladoras aos retalhistas afectam sensivelmente as possibilidades de acesso de um novo concorrente ao mercado. Uma vez que não é provável, ou é pouco provável, que o retalhista seja convencido a substituir uma arca congeladora existente ou a instalar mais uma arca (de que seja proprietário ou de outra marca), conclui-se que os pontos de venda controlados por um fornecedor através de cláusulas de exclusividade estão, de facto, vinculados a ele. Uma vez que os pontos de venda relativamente aos quais foram concluídos acordos respeitantes a arcas congeladoras que contêm uma cláusula de exclusividade são muito mais numerosos do que aqueles que dispõem de «arcas congeladoras livres», é evidente que a maior parte dos pontos de venda na Irlanda estão, de facto, vinculados a um fornecedor.

61 — A primeira preocupação de quem aplica o direito consiste em delimitar o mercado do produto e o mercado geográfico. Resulta da formulação da segunda questão prejudicial que o órgão jurisdicional de reenvio parece considerar que o mercado em causa é o dos gelados de impulso em embalagem individual na Irlanda.

62 — Trata-se, sobretudo, das mercearias, dos quiosques e das estações de serviço. Estes representam cerca de 9 000 pontos de venda num total de 10 279 (estudo de mercado efectuado em 1990).

63 — A principal razão pela qual o número de proprietários de arcas congeladoras é baixo é o seu custo de aquisição e de manutenção, bem como a facilidade de adquirir uma arca congeladora a um fabricante de gelados, mesmo que esta aquisição implique a aceitação da cláusula de exclusividade.

64 — Acerca deste ponto, convém ainda analisar em que medida o mercado em causa está saturado de arcas congeladoras. Por outras palavras, se o número de arcas congeladoras já instaladas atingiu praticamente o seu máximo, não pode esperar-se que estes retalhistas tenham interesse em instalar outras arcas congeladoras nos seus estabelecimentos.

75. Concretamente, no que diz respeito à HB, esta beneficia ainda de uma vantagem acrescida, devido ao lugar que ocupa no mercado. É o produtor de gelados que tem a maior gama de produtos e que tem mais popularidade. Consequentemente, os retalhistas — que, como já foi dito, não possuem habitualmente arcas congeladoras próprias — têm todo o interesse, quando decidem vender gelados, em dirigir-se à HB; esta assegura-lhes, em virtude da sua posição no mercado, um volume de negócios potencial mais elevado. Acresce que os retalhistas não têm, praticamente, forma de renunciar às arcas congeladoras da HB para as substituir por arcas congeladoras de uso exclusivo de outra marca. Por fim, não é de prever que a aquisição de mais uma arca congeladora para vender gelados de outra marca aumente sensivelmente os lucros dos retalhistas; os gelados da HB continuarão a representar o grosso das vendas do estabelecimento. Tudo isto foi também confirmado pelo órgão jurisdicional irlandês de primeira instância.

76. No que diz respeito às possibilidades, para novos concorrentes, de aceder à rede de distribuição existente e, assim, ao mercado em causa, a HB expõe uma série de argumentos para demonstrar que os acordos em causa não têm o efeito cumulativo de encerrar o mercado a novos concorrentes. Sustenta que, para aplicar correctamente o artigo 85.°, n.° 1, ao presente processo, deve ser determinado o «limiar mínimo de acesso ao mercado» a deixar aos novos concorrentes. Se este acesso mínimo for assegurado no presente caso, as cláusulas de exclusividade em litígio não serão contrárias às regras de concorrência comunitárias.

77. Não discordamos deste raciocínio. Todavia, o grande número de pontos de venda que estão, de facto, vinculados, em virtude das cláusulas de exclusividade relativas à utilização de arcas congeladoras, constitui um indício importante — que o órgão jurisdicional de reenvio é convidado a verificar — de que a restrição da concorrência, devida ao conjunto de acordos, é tão grave que o limiar (mínimo) necessário de acesso ao mercado não existe. Esta constatação não é infirmada pelo facto de determinados concorrentes, como a Mars, conseguirem conquistar uma pequena parcela de mercado apesar destas restrições. Além disso, não pode sustentar-se validamente — como tenta a HB — que, para aceder ao mercado de fornecimento de gelados na Irlanda, o novo fornecedor de gelados deve diligenciar no sentido de criar a sua própria «frota de arcas congeladoras», de forma a assegurar o controlo de certos pontos de venda. Esta abordagem parece constituir uma justificação para as restrições acrescidas impostas ao mercado, apresentando-as como uma condição da sua liberalização. Ora, há que salientar que o mercado em causa é o do fornecimento de gelados de impulso e não um mercado único de fornecimento de gelados e de arcas congeladoras [65]. Por fim, a HB assinala, com razão, que não se considera que os acordos de exclusividade contribuem para o encerramento do mercado, de forma contrária às regras de concorrência comunitária, se os novos fornecedores de gelados tiverem a possibilidade de recorrer a outros

65 — O funcionamento correcto das regras da concorrência não permite forçar os fabricantes de gelados a fornecer arcas congeladoras para poderem operar no mercado dos gelados. A concorrência entre as marcas não deve ser substituída pela concorrência no acesso aos estabelecimentos de retalho.

métodos para consolidar a sua posição no mercado. Não é evidente que tal possibilidade exista no mercado de gelados irlandês [66], mas, de qualquer forma, a apreciação desta questão é da competência do órgão jurisdicional de reenvio [67].

78. Resulta desta análise que — partindo do princípio de que os elementos factuais e jurídicos, apreciados *supra*, são exactos — o conjunto dos contratos relativos a arcas congeladoras que comportam uma cláusula de exclusividade, concluídos entre fornecedores de gelados e retalhistas na Irlanda, têm como efeito cumulativo a alteração das sãs condições de concorrência no mercado em causa e o seu encerramento. O sistema das cláusulas de exclusividade, tal como funciona no caso concreto, parece dar uma vantagem excessiva ao fornecedor que detém a maior parte do mercado, tornar praticamente impossível o acesso de novos fornecedores (em particular dos pequenos e médios fornecedores, quer dizer, os que não têm uma vasta gama de produtos e não estão em condições de assumir o custo da criação de uma rede de arcas congeladoras) e prejudicar, em última análise, o consumidor, por não favorecer a concorrência pela qualidade e preço dos produtos. Não contestamos que este sistema possa, de certa forma, servir os interesses das partes nos acordos em litígio relativos às arcas congeladoras, nem que possa ter um impacto positivo no mercado [68]; todavia, embora o admitamos, isso não anula as consequências negativas e destruidoras para a livre concorrência, equivalendo a um encerramento do mercado.

79. Resta analisar em que medida a cláusula *de minimis*, enunciada no acórdão Delimitis, tem aplicação, ou seja, se os acordos relativos, concretamente, às arcas congeladoras da HB «contribuem de forma significativa» [69] para a produção no mercado dos efeitos negativos já mencionados. Pensamos que deve responder-se afirmativamente a esta pergunta, pelo menos com base nos elementos expostos pela decisão proferida em primeira instância pelo órgão jurisdicional irlandês. A HB é parte na grande maioria destes contratos. Esta sociedade apresenta-se como o fornecedor mais importante estabelecido no mercado, tendo consolidado há muito tempo esta posição, dispõe da mais importante rede de arcas congeladoras e, por este meio, vende os

66 — Nos termos do acórdão Delimitis, poder-se-iam considerar como outros meios de acesso ao mercado a incorporação de novos pontos de venda, a criação de uma rede de distribuição rentável ou a utilização de um sistema existente de intermediários independentes. Seja como for, não resulta do processo que exista na Irlanda um comércio grossista independente para os gelados de impulso susceptível de permitir a novos fornecedores aceder à distribuição. Além disso, se o mercado em causa está efectivamente saturado pelo número de pontos de venda e o número total de arcas congeladoras instaladas, é evidente que as soluções alternativas oferecidas aos novos operadores (em particular aos pequenos e médios operadores), são particularmente limitadas. Não pensamos que a solução proposta pela HB, a saber, a compra de outras empresas que disponham de uma rede de distribuição e estejam já instaladas, possa ser considerada uma solução alternativa; mesmo supondo que esta possibilidade existe, o custo do acesso ao mercado seria muito provavelmente dissuasivo para os operadores interessados. Por outro lado, não poderia considerar-se conforme às regras da concorrência comunitárias permitir aos operadores já instalados vedar o mercado de tal forma que a única perspectiva de acesso de um novo concorrente consistisse na aquisição de um dos concorrentes existentes; deixaria então de haver livre concorrência.
Deve ainda analisar-se se a posição de força ocupada pelos fornecedores de gelados existentes e a sua reputação junto dos consumidores constituem um obstáculo intransponível para os novos concorrentes.

67 — A jurisdição de reenvio analisará este problema à luz do n.º 21 do acórdão Delimitis, já referido na nota 3.

68 — V. *infra*, n.ºs 85 e segs.

69 — Acórdão Delimitis, já referido na nota 3, n.º 24.

seus produtos na maioria dos pontos de venda. Repetimos que, de acordo com as avaliações feitas pelo órgão jurisdicional de primeira instância irlandês, dois terços das arcas congeladoras existentes nos pontos de venda da Irlanda foram fornecidos pela HB com base nos acordos de exclusividade e que 80% dos estabelecimentos de retalho estão, de facto, vinculados à HB.

80. Estas observações não são infirmadas pelas objecções da HB.

81. Esta sociedade começa por remeter para o critério da duração das cláusulas de exclusividade, que o Tribunal de Justiça utiliza no acórdão Delimitis. Pretende que, contrariamente aos factos em causa no acórdão Langnese-Iglo/Comissão [70], os acordos controvertidos de utilização exclusiva de arcas congeladoras são livremente concluídos pelos retalhistas e podem ser por si denunciados quando lhes aprouver, não lhes sendo feitas quaisquer outras imposições. Este é — segundo a HB — um argumento a favor da conformidade destes acordos com o artigo 85.°, n.° 1, do Tratado.

82. Discordamos deste ponto de vista. De qualquer forma, é útil analisar a real duração destes acordos. Se a sua duração média for longa e for detectada uma reticência, por parte dos retalhistas, em denunciá-los a curto prazo, não pode sustentar-se que a possibilidade de os «denunciar quando lhes aprouver», tal como se encontra prevista, basta para que se possa considerar que estes acordos não conduzem a um encerramento do mercado contrário ao artigo 85.°, n.° 1.

83. A HB defende ainda que, para determinar correctamente de que modo os seus contratos contribuem para o encerramento do mercado, é necessário fazer a seguinte distinção. Não devem incluir-se no conjunto de pontos de venda que escapam à livre concorrência por estarem, de facto, vinculados à HB os retalhistas que, embora apenas disponham de uma ou mais arcas congeladoras da HB, não estão interessados na venda de gelados de outra marca, por razões puramente comerciais, concretamente por causa da baixa procura, por parte dos consumidores, de outros gelados que não os da HB.

84. Este raciocínio, no qual, ao que parece, se baseou fundamentalmente a High Court, não recolhe a nossa concordância. Os efeitos de um contrato que restringe a concorrência devem ser apreciados objectivamente, independentemente das razões pelas quais os contraentes o concluem nesses termos. A circunstância de os terceiros serem, em larga medida, excluídos do mercado, pode, em princípio, constituir

70 — Já referido na nota 52.

uma violação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado CE, mesmo que o retalhista que aceita a cláusula de exclusividade declare, em dado momento, que não está interessado num aumento do número do seus fornecedores. Consequentemente, para determinar correctamente os efeitos restritivos dos contratos controvertidos, relativos às arcas congeladoras, sobre a concorrência, tendo em conta a análise a que procedemos *supra*, devem considerar-se dependentes, de facto, da HB, todos os pontos de venda que dispõem apenas de arcas congeladoras da HB e, portanto, não vendem gelados de outra marca.

c) No que respeita à justificação objectiva das cláusulas de exclusividade em causa

85. A HB defende que as cláusulas controvertidas limitam a concorrência de forma negligenciável e perfeitamente legal porque esta limitação é objectivamente justificada. Invoca, para tanto, o acórdão Pronuptia [71] e a doutrina da justificação objectiva de determinados comportamentos contratuais que, por esta razão, estão fora do âmbito de aplicação o artigo 85.°, n.° 1, do Tratado CE.

86. Concretamente, a HB alega que os acordos através dos quais concede a utilização das arcas congeladoras e assume os encargos da sua manutenção, sem qualquer custo directo, trazem benefícios tanto a ela própria como aos retalhistas que com ela contratam. Por exemplo, permitem reduzir o custo global da venda dos gelados [72], melhorar a distribuição dos produtos [73] e aumentar o número de pontos de venda dos produtos [74].

87. Além disso, a HB sustenta que a cláusula de exclusividade inserida nos contratos já referidos é necessária ao bom funcionamento do sistema e apenas comporta restrições negligenciáveis e legais à concorrência. Salienta que, sem esta cláusula, a correcta organização do mercado dos gelados de impulso e a distribuição adequada destes produtos ficaria comprometida. Os fornecedores garantem, com estas cláusulas, um melhor acesso aos seus produtos, têm uma maior margem de manobra para assumir o custo das arcas congeladoras porque têm maior volume de negócios, controlam melhor as condições de higiene e de conservação dos gelados, asseguram mais facilmente a publicidade e a promoção em geral dos seus produtos e ficam protegidos contra um comportamento abusivo dos seus concorrentes [75], salvaguardando os seus direitos de proprie-

71 — Acórdão de 28 de Janeiro de 1986 (161/84, Colect., p. 353).

72 — Os retalhistas evitam a despesa substancial que implica para eles a compra e a manutenção de uma arca congeladora. Como filial da Unilever, a HB compra as arcas congeladoras aos fabricantes a preços significativamente mais baixos do que aqueles que obteriam compradores isolados. Além disso, a ausência de facturação distinta para as arcas congeladoras e os gelados simplifica as transacções.

73 — A HB controla melhor as condições de distribuição e de conservação dos seus produtos e obtém uma melhor cobertura geográfica do mercado.

74 — Numerosos retalhistas recusariam assumir o risco comercial inerente à compra ou ao aluguer e à manutenção de arcas congeladoras para gelados por causa do carácter marginal desta actividade. A HB defende que o fornecimento e a manutenção gratuita das arcas congeladoras constitui, em numerosos casos, a única forma de conseguir que determinados pontos de venda comercializem gelados.

75 — Estes últimos beneficiariam de uma vantagem concorrencial indevida se pudessem vender os seus gelados utilizando as arcas congeladoras da HB.

dade sobre as arcas congeladoras. Tudo isto, segundo as alegações da HB, sem provocar uma restrição excessiva da concorrência.

88. Sobre esta argumentação, observaremos o que se segue.

Em primeiro lugar, constatamos que o critério da justificação objectiva é difícil de interpretar e de aplicar na prática; pode mesmo perguntar-se em que medida constitui um critério apto a captar o sentido das disposições comunitárias em matéria de concorrência [76]. Todavia, este critério não é totalmente ignorado pela jurisprudência do Tribunal de Justiça [77].

Em segundo lugar, contrariamente à situação sobre a qual o Tribunal de Justiça se debruçou no processo Pronuptia, a cláusula de exclusividade, no presente processo, não parece constituir uma condição objectivamente necessária para o funcionamento de um sistema cuja manutenção é, por si só, totalmente justificada. Por um lado, admitimos que os contratos de fornecimento de arcas congeladoras aos retalhistas têm vantagens para as partes e para os consumidores; no entanto, isto não significa que a existência e o funcionamento correcto do mercado dos gelados de impulso, na Irlanda, dependa destas cláusulas [78]. Por outro lado, e é este o factor mais importante, a cláusula de exclusividade que acompanha o fornecimento de uma arca congeladora não é condição *sine qua non* da conclusão de contratos relativos a arcas congeladoras. Não obstante as alegações em sentido contrário da HB, nada prova que a constituição, pelos fornecedores, de uma rede de distribuição que comporta o fornecimento de arcas congeladoras aos retalhistas não pudesse existir sem o fornecimento gratuito de uma arca congeladora, juntamente com uma cláusula de exclusividade quanto à sua utilização [79].

76 — Nas nossas conclusões de 15 de Julho de 1997, no processo Montecatini/Comissão (acórdão de 8 de Julho de 1999, C-235/92 P, Colect., p. I-4539) (n.º 45), tínhamos mostrado as nossas reservas relativamente à possibilidade de transpor este princípio, de origem americana, da «rule of reason», para a ordem jurídica comunitária, particularmente no que toca à aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.

77 — Além do acórdão Pronuptia, já referido na nota 71, remetemos para as nossas conclusões no processo França/Ladbroke Racing e Comissão (acórdão de 16 de Maio de 2000, C-83/98 P, Colect., p. I-3271), em que fizemos referência ao critério da justificação objectiva do controlo dos auxílios de Estado. V. igualmente os acórdãos de 8 de Junho de 1982, Nungesser/Comissão (258/78, Recueil, p. 2015), e de 6 de Outubro de 1982, Coditel e o. (II) (262/81, Recueil, p. 3381).

78 — O que é igualmente demonstrado pelo facto de a HB estar em condições de distribuir igualmente os seus produtos com sucesso nos pontos de venda onde não há arcas congeladoras suas.

79 — Nada prova que a prática actual seja necessária para que a rede de distribuição de gelados funcione na Irlanda. Não pode, de modo algum, deduzir-se das alegações da HB que a supressão da exclusividade para a utilização das arcas congeladoras subverta os dados a tal ponto que, por um lado, deixe de ser possível concluir acordos respeitantes a arcas congeladoras com os retalhistas e, por outro, o mercado seja afectado de forma irreversível devido ao desmoronamento do sistema de distribuição e à perda dos pontos de venda. O nexo de causalidade entre a supressão da exclusividade e a desagregação do sistema não está suficientemente provado.
No que diz respeito à protecção do direito de propriedade da HB sobre as arcas congeladoras, notemos que a atribuição de uma arca congeladora sem qualquer contrapartida, conjugada com a obrigação de aceitar a cláusula de exclusividade, não constitui o único meio de atingir este objectivo, mas deriva de uma escolha feita pela HB por motivos comerciais. Em vez de incorporar o custo das arcas congeladoras no preço dos gelados, poder-se-iam imaginar outros métodos que permitissem amortizar o investimento nas arcas congeladoras; fazer recair sobre os retalhistas uma renda específica pela utilização das arcas congeladoras é uma das soluções possíveis (v. *infra*, n.ºs 105 e segs.).
Esta solução poderia conduzir a que um certo número de retalhistas renunciasse à venda de gelados. A extensão da perda de alguns pontos de venda não é, de qualquer forma, uma certeza. Os retalhistas suportariam, além disso, o custo da locação da arca congeladora, mas comprariam gelados a um preço inferior (uma vez que o custo da arca já não estaria incluído no preço do gelado) e poderiam desenvolver a sua actividade comercial utilizando também a arca congeladora para o armazenamento e a conservação de outros produtos. Independentemente disto, a perda de pontos de venda não torna legítimas, por si só, as restrições que comportam as cláusulas de exclusividade controvertidas para a concorrência.

Em terceiro lugar, pensamos que, mesmo que se admita que certas restrições à concorrência se poderiam justificar pela manutenção de um mecanismo que funciona no interesse do mercado e dos operadores, estas restrições não podem ultrapassar determinado limite, limite este definido em aplicação do princípio da proporcionalidade [80]. Consequentemente, na medida em que, segundo a análise a que procedemos *supra*, constatamos, baseando-nos na apreciação global do quadro factual e jurídico no qual os contratos litigiosos da HB se inserem, que eles contribuem largamente, com outros contratos similares, para o efeito negativo cumulativo sobre a concorrência, de modo a fechar o mercado, estes acordos são, não obstante os seus elementos positivos realçados pela HB, contrários ao artigo 85.°, n.° 1, do Tratado. Em primeiro lugar, pela gravidade das consequências negativas para a concorrência, as restrições em causa excedem o limite para além do qual deixam de poder considerar-se justificadas [81]. Em segundo lugar, como já dissemos, não está provado que as restrições em causa, provocadas pelos contratos de exclusividade em litígio, sejam indispensáveis para atingir o objectivo que se propõem, ainda que legítimo [82].

89. Concluindo, deve responder-se como se segue à primeira parte da segunda questão prejudicial: tendo em conta os elementos jurídicos e factuais do mercado em causa, um acordo ou uma prática como os que estão em causa no processo principal são contrários ao artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, desde que estejam reunidas três condições: primeiro, que em conjugação com os acordos ou práticas similares no mesmo mercado, impeçam, de facto, o acesso de outros concorrentes a uma parte significativa dos pontos de venda existentes, provocando assim o encerramento do mercado; segundo, que contribuam sensi-

80 — Defende-se frequentemente que a jurisprudência Pronuptia permite considerar um acordo ou uma prática conforme ao artigo 85.°, n.° 1, do Tratado sem que seja necessário apreciar em que medida ele restringe a concorrência, e isto pelo único motivo de constituir uma condição necessária de funcionamento de um sistema que não é, em si mesmo, contrário ao artigo 85.°, n.° 1. Não estamos de acordo com esta abordagem. Se as restrições à concorrência em causa são particularmente graves, não podem ser qualificadas de «complementares» ou «menores». A jurisprudência Pronuptia tem por objectivo aperfeiçoar a aplicação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado CE, e não oferecer uma escapatória para se subtrair à aplicação destas disposições. Consequentemente, é necessário encontrar um ponto de equilíbrio entre o bem jurídico da livre concorrência, afectado pelo acordo ou prática em litígio, e o bem jurídico que este visa proteger. A intenção de concretizar objectivos legítimos não pode justificar sempre a distorção das condições de concorrência, sobretudo quando este distorção é grave. Além disso, deve perguntar-se, aplicando os critérios do princípio da proporcionalidade (carácter adequado, necessário e proporcional em sentido estrito), se o acordo ou a prática em questão não afecta a concorrência de forma excessiva.

81 — Nas nossas conclusões no processo Montecatini/Comissão, já referido na nota 76, sustentámos já uma tese conexa quanto à impossibilidade de justificar as restrições particularmente graves à concorrência através da «rule of reason», que parece ser adoptada tanto pelo juiz comunitário como pelo juiz americano da concorrência. No mesmo acórdão, o Tribunal de Justiça declarou o seguinte: «A este respeito, basta observar que, mesmo admitindo que a 'rule of reason' tenha o seu lugar no âmbito do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, não pode de forma alguma obstar à aplicação dessa disposição no caso de um acordo que implica para os produtores que detinham a quase totalidade do mercado comunitário e que respeita a objectivos de preços, a limitação da produção e a repartição do mercado. Assim, o Tribunal de Primeira Instância não cometeu qualquer erro de direito ao considerar que o carácter óbvio da infracção se opunha, de qualquer modo, à aplicação da 'rule of reason'» (n.° 133).

82 — É evidente que, se os elementos de facto e de direito do mercado fossem diferentes, as alegações da HB quanto à utilidade das cláusulas de exclusividade teriam mais peso e poderiam justificar esta utilidade relativamente ao artigo 85.°, n.° 1, do Tratado.

velmente para este encerramento; terceiro, que esta restrição da concorrência seja de natureza a afectar o comércio entre os Estados-Membros [83].

C — *As cláusulas de exclusividade controvertidas e o artigo 86.° do Tratado*

90. A posição de uma empresa no mercado pode ser qualificada de «dominante» quando permite a essa empresa impedir uma concorrência efectiva e comportar-se de forma independente em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e aos consumidores [84]. Importantes quotas de mercado constituem, em princípio e salvo circunstâncias excepcionais, a prova de uma posição dominante [85].

91. A quota da HB no mercado irlandês dos gelados de impulso embalados individualmente flutua há vários anos à volta dos 70%, e mais. Este elemento, conjugado com outros parâmetros [86], conduz forçosamente à conclusão de que a HB tem uma posição dominante no mercado [87].

92. A exploração abusiva de uma posição dominante, proibida pelo artigo 86.°, é «uma noção objectiva que abrange os comportamentos de uma empresa... susceptíveis de influenciar a estrutura de um mercado no qual, precisamente na sequência da presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido e que têm como consequência impedir, através de meios diferentes daqueles que regem uma concorrência normal... a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado...» [88]. Uma empresa que detém uma posição dominante no mercado não pode «(eliminar) um concorrente e (reforçar) desse modo a sua posição recorrendo a outros meios que não os que resultam de uma concorrência de méritos» [89]. No que diz respeito à correcta aplicação do artigo 86.°, o Tribunal de Justiça considera que «o âmbito de aplicação material da responsabilidade particular que impende sobre uma empresa em posição dominante deve ser apreciado tendo em conta as circunstâncias específicas de cada caso, que demonstrem um enfraquecimento da concorrência» [90]. No que diz respeito aos contratos de exclusividade, existe uma

83 — Na medida em que foi constatado um encerramento do mercado a tal ponto que novos fornecedores de gelados não podem aceder aos pontos de venda, seja qual for a situação geográfica e a proveniência dos produtos desses fornecedores, parece-nos provável que o comércio entre Estados-Membros seja afectado. A referida restrição da concorrência torna mais difícil o acesso de concorrentes estrangeiros ao mercado irlandês.

84 — V. acórdãos de 14 de Fevereiro de 1978, United Brands/Comissão (27/76, Colect., p. 77) e Hoffmann-La Roche/Comissão, já referido na nota 48.

85 — V. acórdão Hoffmann-La Roche/Comissão, já referido na nota 48, n.° 41, bem como os acórdãos de 3 de Julho de 1991, AKZO/Comissão (C-62/86, Colect., p. I-3359, n.° 60), e de 2 de Março de 1994, Hilti/Comissão (C-53/92 P, Colect., p. I-667).

86 — Inexistência de um concorrente da mesma dimensão, aceitação pelos consumidores, controlo de uma grande parte dos pontos de venda, acesso ao «know-how» e outras vantagens decorrentes da sua participação no grupo multinacional Unilever.

87 — A jurisdição irlandesa de primeira instância chegou igualmente a esta conclusão.

88 — V. acórdão Hoffmann-La Roche/Comissão, já referido na nota 48 (n.° 91).

89 — V. acórdão AZKO/Comissão, já referido na nota 85 (n.° 70).

90 — V. acórdão de 14 de Novembro de 1996, Tetra Pak/Comissão (C-333/94 P, Colect., p. I-5951, n.° 24).

jurisprudência constante de acordo com a qual «para uma empresa que se encontre em posição dominante num mercado, o facto de vincular compradores — ainda que a pedido destes — a uma obrigação ou promessa de abastecimento da totalidade ou de uma parte considerável das suas necessidades, exclusivamente nessa empresa, constitui uma exploração abusiva de uma posição dominante» [91].

93. A sociedade HB propõe aos retalhistas o seguinte acordo: oferece-lhes (sem qualquer contrapartida directa) arcas congeladoras para o que assume ela própria os custos de aquisição e de manutenção; no entanto, impõe como condição a utilização exclusiva destas arcas congeladoras para armazenamento dos seus próprios produtos. A HB incita assim os retalhistas que não têm arcas, próprias ou de outros fornecedores, a concluir com ela contratos de fornecimento que comportam uma cláusula de exclusividade. Já explicámos que os retalhistas que concluem tais contratos não aceitam, normalmente, substituir as suas arcas HB por arcas de outro fornecedor ou por arcas que lhes pertençam e também não estão dispostos a instalar arcas congeladoras adicionais [92]. Consequentemente, os pontos de venda visados pelos contratos controvertidos tornam-se, de facto, pontos de venda exclusiva dos produtos da HB. Decorre desta análise que a percentagem destes pontos de venda é particularmente elevada e que parece atingir 80% dos pequenos estabelecimentos [93].

94. Isto reforça a posição dominante da HB e enfraquece ainda mais uma concorrência que é já fraca devido à posição dominante da HB. De uma forma geral, a política da HB não é conforme às condições de uma sã concorrência no fornecimento de produtos de consumo: em primeiro lugar, torna-se difícil para os outros fornecedores, concorrentes da HB, aceder ao mercado e aí consolidar a sua posição; em segundo lugar, a liberdade dos retalhistas de escolher os seus fornecedores com base nas vantagens que oferecem fica afectada; em terceiro lugar, a liberdade dos consumidores para escolher os produtos em causa com base na sua qualidade e no seu preço fica também afectada. Por outras palavras, em nenhum nível do mercado a concorrência entre os gelados de impulso em embalagens individuais depende das características deste produto, mas antes dos pontos de venda em causa estarem ou não vinculados, de facto, à HB. Concluindo, pensamos que este comportamento da HB constitui um abuso de posição dominante.

95. A exactidão desta conclusão não é infirmada pelas alegações da HB.

91 — V. acórdãos Hoffmann-La Roche/Comissão, já referido na nota 48 (n.° 89), e AZKO/Comissão, já referido na nota 85 (n.° 149). No seu acórdão de 1 de Abril de 1993, BPB Industries e British Gypsum/Comissão (T-65/89, Colect., p. II-389, n.° 68), o Tribunal de Primeira Instância considerou que, «quando, como no presente caso, um operador dispõe de uma posição forte no mercado, a celebração de contratos de fornecimento exclusivo respeitantes a uma proporção importante das compras constitui um entrave inaceitável à entrada no mercado».

92 — V. *supra*, n.os 74 e 75.

93 — V. *supra*, n.° 73.

96. A HB defende, em primeiro lugar, que a celebração de contratos relativos às arcas congeladoras que comportam uma cláusula de exclusividade constitui uma prática generalizada dos fornecedores no mercado em causa que não se afasta de uma sã concorrência mas que, pelo contrário, tem um efeito positivo nas condições da concorrência. Aliás, uma eventual proibição destes contratos por serem contrários ao artigo 86.° do Tratado obrigaria a HB a prejudicar os seus próprios interesses, o que não é possível [94]. A HB invoca igualmente o acórdão Bronner [95], do qual deduz que uma empresa que detém uma posição dominante não está obrigada a abrir o sistema de distribuição dos seus produtos à concorrência, mesmo em troca de uma retribuição razoável, uma vez que, em primeiro lugar, a recusa de acesso não tem como efeito impedir a concorrência da empresa que pretende aceder ao mercado, que, em segundo lugar, esta recusa de acesso pode ser objectivamente justificada e que, em terceiro lugar, há uma solução alternativa, actual ou potencial. Por fim, a HB defende, por um lado, que os acordos em causa não prejudicam as condições da concorrência porque apenas lhe asseguram exclusividade numa percentagem negligenciável dos pontos de venda e, por outro lado, que o seu comportamento, de qualquer modo, é objectivamente justificado.

97. Não contestamos que os acordos relativos às arcas congeladoras constituam uma prática comercial generalizada no mercado em causa nem que, sob um certo ponto de vista, eles sejam vantajosos para os contraentes. No entanto, esta observação não é suficiente para que os contratos da HB em causa não sejam considerados contrários ao artigo 86.° do Tratado; poder-se-ia eventualmente aceitar a sua existência em mercados caracterizados por condições de concorrência normais, mas não em casos como este, em que a concorrência está já enfraquecida, precisamente por causa da posição dominante da HB. Aliás, as alegações da HB não infirmam as conclusões a que chegámos na análise efectuada *supra*, particularmente a de que os contratos relativos às arcas congeladoras da HB não permitem que a concorrência funcione naturalmente, como se impõe no caso de fornecimento de bens de consumo.

98. Além disso, se é verdade que a aplicação proposta do artigo 86.° do Tratado pode privar a HB da possibilidade de beneficiar de todas as vantagens que retira da sua posição no mercado, não a obriga, porém, a agir contra os seus interesses. É perfeitamente legítimo que a margem de que uma sociedade dispõe para as suas opções estratégicas seja limitada por força do artigo 86.°, na medida em que uma empresa detentora de uma posição dominante tem sempre uma responsabilidade acrescida, que lhe impõe que não comprometa, pelo seu comportamento, a existência de uma verdadeira concorrência, não falseada, no mercado comum.

94 — A HB invoca as conclusões do juiz Kirschner do Tribunal de Primeira Instância, que exerceu as funções de advogado-geral no processo Tetra Pak/Comissão (já referido na nota 90, n.° 63). Nas suas conclusões, defende que nenhuma sociedade, mesmo em posição dominante, pode ser coagida a prejudicar os seus próprios interesses.

95 — Acórdão de 26 de Novembro de 1998 (C-7/97, Colect., p. I-7791).

99. Acresce que as conclusões a que chegou o Tribunal de Justiça no acórdão Bronner [96] e o princípio dos «instrumentos essenciais» não se aplicam ao presente processo. O acórdão Bronner dizia respeito ao direito de acesso de um concorrente a uma rede de distribuição de outro concorrente, que detém uma posição dominante, quando a participação nesta rede é apresentada como um «instrumento essencial» desta actividade e para a existência de concorrência. O problema central que nos ocupa é diferente; diz respeito à alteração das condições de concorrência por uma cláusula de exclusividade, imposta aos retalhistas, para o fornecimento de produtos, como condição de atribuição de arcas congeladoras sem qualquer custo directo. O problema dos «instrumentos essenciais» não se põe no presente processo [97].

100. No que diz respeito à argumentação da HB de que a percentagem dos retalhistas vinculados por cláusulas de exclusividade não é significativa, note-se que os critérios com base nos quais a HB faz os seus cálculos e chega a esta conclusão não estão correctos. A HB não inclui na sua análise os retalhistas que apenas possuem arcas congeladoras da HB mas que afirmam que, por razões puramente pessoais e comerciais, não estão, de qualquer forma, interessados na venda de gelados de outra marca. Como explicámos no âmbito da análise do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, devem-se ter em conta todos os pontos de venda em que apenas há arcas congeladoras da HB como estando, de facto, vinculados à HB devido aos acordos relativos às arcas [98]. Recordamos que, com base nos dados fornecidos pelo órgão jurisdicional de reenvio, 80% dos pequenos estabelecimentos irlandesas vendem exclusivamente gelados da HB e que, mesmo que queiram, não podem alargar a sua gama de produtos, uma vez que estão equipados com arcas congeladoras da HB.

101. No que respeita ao argumento relativo à «justificação objectiva» do comportamento da HB, salientamos desde já que a jurisprudência não parece utilizar expressamente este conceito quando interpreta o artigo 86.° do Tratado. Apesar disso, estamos de acordo em considerar que dificilmente se poderia admitir que um comportamento comercial objectivamente justificado é também um comportamento abusivo [99]. O carácter justificado ou não justificado do comportamento é apreciado com base no princípio da proporcionalidade [100]. Uma sociedade que detém uma posição dominante não tem o direito de

96 — Já referido na nota 95.

97 — Mais concretamente, no acórdão Bronner, já referido na nota 95, a sociedade editorial que detinha uma posição dominante criou uma rede de distribuição que não impedia um concorrente de criar a sua própria rede de distribuição. Além disso, essa rede não impedia os retalhistas de adquirir e de vender outros jornais. Pelo contrário, a rede de distribuição criada pela HB e que comporta as cláusulas de exclusividade em causa, por um lado, impede os concorrentes de criar a sua própria rede e, por outro lado, acaba por impedir os retalhistas de se abastecerem de produtos similares de outra marca.

98 — V. *supra*, n.° 84.

99 — Sob este ponto de vista, o conceito de justificação objectiva é um elemento a levar em consideração para determinar se o comportamento de empresas que detêm uma posição dominante tem ou não carácter abusivo.

100 — No que respeita ao princípio da proporcionalidade no âmbito do artigo 86.°, v. a análise feita, nas suas conclusões, pelo juiz Kirschner do Tribunal de Primeira Instância, que exerceu as funções de advogado-geral no processo Tetra Pak/Comissão (já referido na nota 90, n.os 67 a 74); estas conclusões contêm referências jurisprudenciais e doutrinais particularmente úteis.

submeter a livre concorrência a restrições desproporcionadas, mesmo que os objectivos visados sejam perfeitamente legítimos. No que se refere aos acordos em litígio relativos às arcas congeladoras, consideramos que as repercussões negativas sobre o funcionamento do mercado, que já foram classificadas de graves, a extensão das restrições à concorrência e a impossibilidade que daí resulta de assegurar as condições de uma concorrência saudável e normal permitem que se considere o comportamento da HB, à partida, injustificável [101]. Ora, mesmo que não admitíssemos esta «presunção de abuso», o comportamento em causa da HB não é objectivamente justificado, uma vez que introduz obstáculos e distorções à livre concorrência que excedem o objectivo visado e não são necessários para o atingir [102].

102. Chegamos, portanto, à seguinte conclusão: uma empresa que fornece gelados de impulso em embalagens individuais, que detém uma posição dominante no mercado em causa e que, incitando os retalhistas a concluir com ela contratos para o fornecimento de arcas congeladoras, sem qualquer encargo directo mas com a condição de essas arcas serem exclusivamente utilizadas para armazenar produtos provenientes desta sociedade, consegue, tendo em conta as características do mercado, vincular-se, de facto, a um grande número de pontos de venda e, além disso, restringir uma concorrência já enfraquecida, impedindo as condições de uma sã concorrência no mercado, viola as obrigações decorrentes do artigo 86.° do Tratado.

VI — A terceira questão prejudicial

103. O órgão jurisdicional de reenvio pergunta em que medida a protecção da propriedade, assegurada pelo artigo 222.° do Tratado, impede que sejam postos em causa os contratos em litígio relativos às arcas congeladoras da HB com base nos artigos 85.° e 86.° do Tratado.

104. Há que responder a esta pergunta pela negativa.

105. Recorde-se que o direito de propriedade é assegurado de acordo com os

101 — Saliente-se que as consequências negativas para a concorrência estão sujeitas a um limite que, quando transposto por uma sociedade que detém uma posição dominante, tem como efeito a presunção de que o seu comportamento é abusivo e injustificado.

102 — A este respeito, a HB adianta uma série de argumentos que já examinámos no âmbito da análise relativa ao artigo 85.°, n.° 1, do Tratado. Concretamente, a HB considera que os contratos em litígio garantem uma melhor promoção e disponibilidade dos produtos, reduzem os custos da distribuição, ampliam a cobertura geográfica dos produtos, permitem um funcionamento mais eficaz do sistema de distribuição, colocam à disposição dos retalhistas arcas congeladoras que, de outra forma, eles não estariam em condições de adquirir, simplificam e facilitam as transacções, na medida em que o custo da arca congeladora e dos produtos está incluído no preço global do gelado e salvaguardam os direitos de propriedade da HB sobre as arcas congeladoras.
Quanto a estes argumentos, saliente-se que não é facto assente que o fornecimento de uma arca congeladora, sem qualquer custo directo mas com reserva da exclusividade, constitua meio único e necessário para atingir tais objectivos. A supressão da exclusividade pode modificar o conjunto do sistema dos acordos relativos às arcas congeladoras e constituir, de um ponto de vista unicamente comercial, uma solução menos atraente mas que evita o grave prejuízo das condições de concorrência que resulta dos contratos em litígio. Consequentemente, estes contratos são contrários ao artigo 86.° do Tratado.

princípios enunciados pelas Constituições dos Estados-Membros; estas regras nacionais fundamentais estabelecem uma distinção entre o núcleo essencial do direito, que não é permitido, em princípio, restringir, e o exercício desse direito, que pode ser limitado por razões de interesse público na medida em que tal seja necessário [103]. Não contestamos que os artigos 85.° e 86.° do Tratado ocupam um lugar importante na economia da ordem jurídica comunitária e servem o interesse público que consiste em assegurar uma concorrência não falseada [104]. Consequentemente, é perfeitamente compreensível que o direito de propriedade seja submetido a restrições por força dos artigos 85.° e 86.° do Tratado, na medida em que sejam necessárias para salvaguardar a concorrência. O artigo 222.° do Tratado não pode, em caso algum, ser usado pelos operadores como uma protecção para escapar à aplicação dos artigos 85.° e 86.°

106. No caso concreto, os artigos 85.° e 86.° do Tratado, na interpretação que lhes foi dada *supra*, não prejudicam o núcleo essencial do direito de propriedade da HB sobre as arcas congeladoras [105], apenas limitam as cláusulas contratuais da HB no que diz respeito à forma de utilização das arcas congeladoras fornecidas aos retalhistas, sendo estas limitações necessárias para salvaguardar as condições de concorrência no mercado visado. Esta sociedade pode procurar outra forma de proteger o seu património [106] sem impor cláusulas de exclusividade; ora, não pode invocar-se o artigo 222.° do Tratado para evitar a sujeição às imposições decorrentes de uma correcta interpretação e aplicação dos artigo 85.° e 86.°

103 — V. acórdão de 13 de Dezembro de 1979, Hauer (44/79, Recueil, p. 3727, n.° 18).

104 — O artigo 3.°, alínea g), do Tratado CE [que passou, após alteração, a artigo 3.°, n.° 1, alínea g), CE], prevê que, para alcançar os fins da Comunidade, a sua acção implica «um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado interno». Parece-nos evidente que esta acção — na qual se inscreve igualmente a aplicação dos artigos 85.° e 86.° — constitui um dos aspectos do interesse público comunitário.

105 — Tal seria o caso se estes artigos obrigassem a HB a tolerar que as suas arcas fossem utilizadas pelos fornecedores concorrentes sem contrapartida alguma. Esta eventualidade não existe no caso; a HB não está privada do direito de proteger o seu património, o que não pode é fazê-lo por meio de contratos contrários aos artigos 85.° e 86.°

106 — Pode, por exemplo, vender ou alugar as arcas congeladoras aos retalhistas. Já anteriormente salientámos (v. *supra*, n.° 79) que a decisão da HB de atribuir as arcas congeladoras, sem qualquer custo directo, com a cláusula de exclusividade em causa, não constitui o único meio de garantir os seus direitos decorrentes da propriedade sobre as arcas congeladoras, mas uma operação de estratégia comercial. Outros métodos podem ser concebidos para amortizar o custo do investimento nas arcas, sem que seja convencionada qualquer cláusula de exclusividade.
No entanto, a HB afirma que a solução da locação não é realista, tendo em conta os factores do mercado, uma vez que a revenda das arcas lhe causaria prejuízo. Mesmo admitindo que esta afirmação seja verdadeira, isso não infirma a conclusão a que a nossa análise nos conduziu. Por um lado, não é porque um operador não pode utilizar os seus bens como lhe aprouver que fica privado do seu património ou que o núcleo essencial do seu direito de propriedade fica afectado. Por outro lado, o facto de ficar eventualmente sujeito a um prejuízo comercial ao nível da utilização do seu património não é suficiente para que interpretemos de maneira diferente os artigos 85.° e 86.° do Tratado CE; a responsabilidade por este prejuízo é exclusivamente sua bem como a sua opção de praticar uma política comercial contrária às regras da concorrência.

VII — Conclusões

107. Concluindo, pelas razões previamente expostas, a nossa análise das segunda e terceira questões prejudiciais permite responder aos problemas de direito comunitário que foram colocados sem analisar o problema da legalidade e da validade da Decisão 98/531. De qualquer modo, na nossa opinião, o Tribunal de Justiça pode perfeitamente abster-se de responder a estas questões se considerar que não é possível decidir o litígio no processo principal antes de ter analisado a validade da Decisão 98/531, uma vez que o Tribunal de Primeira Instância o fará, como expusemos quando nos referimos à especificidade do processo, no âmbito do processo de anulação que lhe cabe apreciar. Todavia, se o Tribunal de Justiça considerar que é necessário responder às segunda e terceira questões prejudiciais, conhecendo igualmente da validade da Decisão 98/531, limitar-nos-emos, a título subsidiário, a salientar que esta decisão, analisada na perspectiva da fiscalização da legalidade que pode ser feita no quadro do processo do artigo 177.° do Tratado, está correcta e que os acordos em litígio relativos às arcas congeladoras, concluídos entre a HB e os retalhistas irlandeses, são contrários aos artigos 85.° e 86.° do Tratado.

VIII — Conclusão

108. Tendo em conta o que precede, propomos ao Tribunal de Justiça que responda nos seguintes termos à primeira questão prejudicial:

«O órgão jurisdicional de reenvio não é obrigado a suspender a instância e a esperar pelo fim do processo de anulação simplesmente porque foi interposto um recurso para o Tribunal de Primeira Instância contra a Decisão 98/531/CE da Comissão, de 11 de Março de 1998, relativa a um processo de aplicação dos

artigos 85.° e 86.° do Tratado (processos IV/34.073, IV/34.395 e IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited) [notificada sob o número C(1998) 292]. Todavia, tal obrigação passa a existir se a solução do litígio no processo principal pressupuser que o juiz nacional saiba se a decisão em causa é ou não válida, na medida em que este problema não pode ser submetido à apreciação do Tribunal de Justiça pela via do recurso do artigo 177.° do Tratado CE (actual artigo 234.° CE), mas será examinado pelo Tribunal de Primeira Instância no âmbito do processo de anulação que lhe cabe apreciar. Tendo isto em conta, o órgão jurisdicional de reenvio deve evitar proferir acórdão que seja contrário à Decisão 98/531, a menos que esta decisão tenha sido anulada pelo órgão jurisdicional comunitário.»

Se o Tribunal de Justiça entender que cabe analisar as segunda e terceira questões prejudiciais, propomos que responda como se segue:

«Tendo em conta os elementos jurídicos e factuais do mercado em causa, um acordo ou uma prática como os que estão em causa no processo principal são contrários ao artigo 85.°, n.° 1, do Tratado CE (actual artigo 81.°, n.° 1, CE) desde que estejam reunidas três condições: primeiro, que em conjugação com os acordos ou práticas similares no mesmo mercado, impeçam, de facto, o acesso de outros concorrentes a uma parte significativa dos pontos de venda existentes, provocando assim o encerramento do mercado; segundo, que contribuam sensivelmente para este encerramento; terceiro, que esta restrição da concorrência seja de natureza a afectar o comércio entre os Estados-Membros.

Uma empresa que fornece gelados de impulso em embalagens individuais, que detém uma posição dominante no mercado em causa e que, incitando os retalhistas a concluir com ela contratos para o fornecimento de arcas congeladoras, sem qualquer encargo directo, mas com a condição de essas arcas serem exclusivamente utilizadas para armazenar produtos provenientes desta sociedade, consegue, tendo em conta as características do mercado, vincular-se, de facto, a um grande número de pontos de venda e, além disso, restringir uma

concorrência já enfraquecida, impedindo as condições de uma sã concorrência no mercado, viola as obrigações decorrentes do artigo 86.° do Tratado (actual artigo 82.° CE).

A protecção da propriedade, tal como é assegurada pelo artigo 222.° do Tratado (actual artigo 295.° CE), não se opõe a que os contratos de exclusividade, como os que o órgão jurisdicional de reenvio deve apreciar, sejam considerados contrários aos artigos 85.°, n.° 1, e 86.° do Tratado.»