CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GIUSEPPE TESAURO

apresentadas em 16 de Junho de 1994 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Uma cláusula, incluída nos estatutos de uma cooperativa de compras de produtos agrícolas, nos termos da qual a sociedade pode excluir os membros que participam em organizações concorrentes da própria sociedade, será compatível com as normas da concorrência do Tratado? Esta é, no essencial, a questão central do presente processo.

Matéria de facto

2. A Dansk Landbrugs Grovvareselskab AmbA (a seguir «DLG») é uma sociedade cooperativa dinamarquesa que exerce a actividade no sector agrícola. Constituída em 1969, através da fusão de três associações de agricultores, a DLG limitou-se inicialmente à distribuição dos produtos de base para a agricultura a associações locais (elas próprias também cooperativas) que exerciam, por sua vez, actividades de venda a retalho, abastecendo os agricultores. Com o passar dos anos, a actividade da DLG foi-se diversificando gradualmente: a actividade comercial alargou-se à venda a retalho, designadamente como reacção a iniciativas análogas das sociedades concorrentes não cooperativas. Além disso, o leque das prestações da DLG fornecidas aos seus associados alargou-se pouco a pouco. Actualmente inclui, para além do fornecimento de diversos produtos de base (alimentos para animais, cereais, fertilizantes, produtos fitossanitários, sementes, etc.), também a prestação de uma ampla gama de serviços suplementares: transformação e comercialização de determinados produtos agrícolas (cereais), serviços financeiros e em matéria de seguros, actividades de investigação relativas a alimentos para animais, à qualidade e à resistência das espécies vegetais.

A DLG integra actualmente quatro categorias de associados:

— associados da categoria A: agricultores individuais (cerca de 21 000);

— associados da categoria B: associações locais de agricultores (até 1988, isto é, antes das alterações estatutárias em causa, as associações locais associadas da DLG eram 50; na sequência dos factos que são

* Língua original: italiano.

objecto do processo na causa principal, foram afastadas da DLG — como se verá a seguir com mais pormenor — 37 dessas associações);

— associados das categorias C e D: outras organizações agrícolas, com fins e natureza diversos (cooperativas de consumo, sociedades de capital, instituições e associações), diferentes das que integram a categoria B.

3. A Landsforeningen af Andels Grovvarefereninger (união nacional das sociedades cooperativas especializadas na distribuição de produtos de base para a agricultura, denominada desde 1991 «Landsforeningen af lokale andel», a seguir «LAG»), criada em 1975 por iniciativa de alguns associados da DLG da categoria B, é uma associação nacional que integra cooperativas locais de agricultores especializadas na distribuição de produtos de base para a agricultura.

4. Para melhor compreensão dos motivos que estão na origem da instituição da LAG, bem como das circunstâncias objecto do presente processo, parece útil esclarecer alguns elementos relativos à evolução estrutural do sistema cooperativo agrícola na Dinamarca. Com efeito, durante os anos 70, surgiram duas tendências diferentes. Por um lado, algumas associações locais de agricultores, já associadas à DLG na categoria B, procederam à fusão com a cooperativa através de absorção. Assim, o número de associações locais diminuiu gradualmente para cerca de metade. Além disso, a incorporação na DLG de parte das associações que exercem a actividade a nível local permitiu que a DLG iniciasse directamente a actividade de venda a retalho de produtos de base para a agricultura.

Por outro lado, verificou-se também um processo de reagrupamento entre associações locais durante o mesmo período, com a consequência de as associações locais terem, devido ao aumento da sua dimensão, de recorrer cada vez menos à intervenção da DLG para compra de produtos de base.

Daqui resultou o perigo de importante conflito de interesses no sector cooperativo agrícola na Dinamarca: por outro lado, tendência para a DLG, através da absorção directa das associações locais, de integrar completamente o processo de distribuição e, por outro, tendência de parte considerável das associações locais, já com alguma dimensão para poderem actuar de modo independente nos mercados, para quererem preservar a sua autonomia comercial, mantendo a qualidade de associados da DLG da categoria B.

A partir de 1975 (altura em que foi retirada a obrigação, imposta aos associados da DLG

da categoria B, de se abastecerem exclusivamente na DLG), as associações locais começaram a efectuar compras independentes de produtos de base a fornecedores que não a DLG. Ao mesmo tempo, também diminuiu o peso dos associados da categoria B na gestão da DLG, uma vez que o número de votos que os estatutos da DLG atribuem a esses associados (n.° 3 do artigo 16.°) é proporcional ao valor das transacções efectuadas com a sociedade.

5. Situa-se precisamente neste contexto a criação da LAG, em 1975, por várias associações locais, já membros da DLG da categoria B, que tinham recusado a integração total na DLG. Inicialmente, a LAG era uma associação profissional sem qualquer actividade de natureza comercial.

Todavia, desde meados dos anos 80, a LAG começou a efectuar compras em comum de produtos de base para a agricultura, por conta dos seus associados, designadamente de fertilizantes e produtos fitossanitários. Os associados da LAG justificaram estas compras paralelas com base em dois argumentos: os preços de venda elevados que a DLG praticava às associações locais e a concorrência, cada vez maior, exercida pela DLG ao nível do comércio de retalho (isto é, precisamente o sector em que as associações locais exercem a sua actividade).

6. As compras através da LAG efectuadas pelos associados da DLG da categoria B tiveram o efeito de enfraquecer a situação financeira e comercial da DLG. Por um lado, a diminuição do volume e do valor das transacções efectuadas pela DLG com parte dos seus associados influiu negativamente na estrutura patrimonial da sociedade. Por outro, uma vez que os preços de compra dos fertilizantes e produtos fitossanitários variam sensivelmente em função das quantidades pedidas, a diminuição do montante das compras efectuadas pela DLG levou à deterioração das condições comerciais, com desvantagem para a associação e para os outros associados.

7. Nestas circunstâncias, a DLG decidiu introduzir, em 1988, algumas alterações nos seus estatutos. Em especial, foi previsto que:

— a participação, a qualquer título, em associações, sociedades ou outras formas de cooperação organizada concorrentes com a DLG, no domínio do comércio por grosso de fertilizantes e produtos fitossanitários, é incompatível com a qualidade de associado das categorias B ou D;

— os associados que se encontrem nessa situação de incompatibilidade devem decidir, o mais tardar até 31 de Dezembro de 1988, a cessação da participação em organismos concorrentes da DLG, ou o abandono da DLG;

— os associados que se encontrem em situação de incompatibilidade, depois da entrada em vigor (em 1 de Janeiro de 1989) das referidas disposições, podem ser afastados da DLG por decisão da direcção da sociedade;

— os membros das categorias B e D mantêm a possibilidade de comprar fertilizantes e produtos fitossanitários fora da DLG, na condição, porém, de as compras serem efectuadas directamente e não através da participação em organismos concorrentes da DLG.

Ao mesmo tempo, as disposições sobre o direito ao cancelamento da inscrição também foram alteradas no sentido de o seu exercício ser permitido no termo de períodos de cinco anos em vez de dez anos.

8. As alterações estatutárias referidas foram submetidas à apreciação da Comissão e das autoridades nacionais competentes em matéria de concorrência. A Comissão não adoptou qualquer decisão quanto ao mérito, depois de ter solicitado à DLG alguns esclarecimentos sobre o alcance das novas cláusulas estatutárias (em resposta a uma pergunta do Tribunal de Justiça, a Comissão referiu que esperava pela conclusão do presente processo, para adoptar, eventualmente, uma decisão de certidão negativa).

As autoridades nacionais em matéria de concorrência — o conselho de fiscalização dos monopólios dinamarquês (Monopoltilsynet) e o conselho dos monopólios dinamarquês (Monopolråd) — não verificaram qualquer infracção à legislação nacional sobre a concorrência, apesar de notarem que as alterações dos estatutos em causa eram susceptíveis de influir na concorrência entre a DLG e outros operadores independentes como a LAG e não obstante se reservarem a possibilidade de continuarem a acompanhar a evolução dos mercados em causa. Além disso, é de salientar que, a partir de 31 de Dezembro de 1989, na sequência de alterações da legislação nacional, foi cancelado o registo da DLG como empresa em posição dominante, na acepção e para os efeitos da legislação dinamarquesa sobre monopólios.

9. Em Março de 1989, pouco tempo depois da notificação à DLG das decisões adoptadas pelas autoridades nacionais da concorrência, foram excluídas da DLG 37 associações locais (das 50) associadas da categoria B da DLG, que se recusaram a cumprir as novas disposições estatutárias e que não tinham, aliás, exercido a faculdade de que dispunham para a abandonar voluntariamente.

Todavia, nos termos de uma decisão da direcção da DLG, as sanções não foram aplicadas nas condições, mais severas (perda do direito do reembolso da quota cooperativa), previstas em matéria de exclusão, mas nas previstas para o abandono voluntário da sociedade.

Questões prejudiciais

10. A legalidade das referidas alterações aos estatutos foi impugnada judicialmente pelas associações excluídas. Além disso, as demandantes pediram a condenação da DLG no pagamento de indemnizações pelos prejuízos causados pela sua exclusão da cooperativa.

O órgão jurisdicional decidiu, a seguir, suspender a instância e submeter ao Tribunal de Justiça dezassete questões prejudiciais. As questões podem ser articuladas em cinco pontos, retomando o plano seguido pelo juiz-relator no relatório para audiência.

1) A derrogação ao regime geral da concorrência, prevista no artigo 2.° do Regulamento n.° 26/62 [1], aplicar-se-á aos produtos fitossanitários, uma vez que os mesmos constituem o objecto da Directiva 91/414/CEE [2]?

2) As alterações referidas introduzidas nos estatutos da DLG afectam restritivamente a concorrência, de forma sensível, ficando abrangidas pela proibição prevista no n.° 1 do artigo 85.° do Tratado, uma vez que:

a) têm por objectivo a prevenção do risco de divulgação de informações confidenciais;

b) foram aprovadas com parecer desfavorável dos associados da categoria B da cooperativa;

c) os associados da categoria B excluídos foram equiparados a associados que exerceram o direito de abandono;

d) os associados da categoria B excluídos conseguiram manter-se na actividade no sector de fertilizantes e produtos fitossanitários e, em 1990, detinham globalmente uma parte do mercado dinamarquês dos produtos de base análoga à da DLG;

e) no processo principal, as demandantes sustentaram, entre outras coisas, que tinham direito a uma parte do

1 — Regulamento n.° 26 do Conselho, de 4 de Abril de 1962, relativo à aplicação de determinadas regras de concorrência à produção e ao comércio de produtos agrícolas (JO 1962, 30, p. 993; EE 08 F1 p. 29).

2 — Directiva 91/414/CEE do Conselho, de 15 de Julho de 1991, relativa à colocação dos produtos fitofarmacêuticos no mercado (JO L 230, p. 1).

património indiviso da DLG, sem, todavia, exigirem a reintegração na DLG;

h) as alterações estatutárias em causa prevêem a possibilidade de os associados da categoria B comprarem os fertilizantes e produtos fitossanitários quer a título individual quer como agrupamento de compras constituído *ad hoc* relativamente a um lote específico de mercadorias;

i) as alterações estatutárias em causa prevêem a possibilidade de os associados da categoria B comprarem fertilizantes e produtos fitossanitários utilizando a DLG como mandatária na compra e sem que a DGL obtenha quaisquer lucros;

j) as alterações estatutárias em causa não se opõem a que as associações locais, não associadas da DLG, comprem à DLG toda a gama de produtos de base para a agricultura vendidos pela DLG nas condições normais de venda por grosso;

k) as alterações estatutárias em causa referem-se apenas aos fertilizantes e produtos fitossanitários, que representam cerca de 15% do volume de negócios total da DLG;

l) foram ou não levados ao conhecimento do órgão jurisdicional de reenvio elementos factuais relativos, designadamente, à existência e venda de produtos de substituição, bem como ao volume de negócios e partes de mercado da DLG, da LAG e de outros concorrentes?

3) As alterações estatutárias em causa serão susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-membros, na acepção dos artigos 85.°, n.° 1, e 86.°, uma vez que as compras de fertilizantes e produtos fitossanitários efectuadas pela LAG são provenientes, em parte, de países terceiros?

4) Poderá o órgão jurisdicional nacional, e em que condições, interpretar e aplicar o n.° 3 do artigo 85.°, quando o acordo em questão tenha sido notificado à Comissão para efeito da obtenção de declaração negativa ou de isenção?

5) A DLG, que é detentora de 36% do mercado de fertilizantes e de 32% do mer-

cado dos produtos fitossanitários, poderá ser considerada como ocupando uma posição dominante nesses mercados e, se assim for, terá a DLG abusado dessa posição, tendo em conta o facto de ter sido registada como empresa dominante, nos termos da legislação nacional dinamarquesa, até às alterações legislativas introduzidas em Janeiro de 1990 e de o conselho dinamarquês dos monopólios não ter verificado qualquer violação dessa legislação, depois de ter apreciado, em 1989, a compatibilidade das alterações estatutárias em causa com a legislação nacional sobre os monopólios?

11. Note-se que nem o despacho de reenvio nem as outras peças dos autos fornecem indicação precisa e exaustiva da situação dos mercados em causa. Para efeito da presente análise — e sempre sem prejuízo de verificações posteriores que ao juiz nacional incumbe efectuar — limitar-me-ei a recordar os seguintes elementos.

O comércio de fertilizantes e produtos fitossanitários representa cerca de 15% do volume de negócios total da DLG e da LAG.

Na altura das alterações estatutárias (em 1988), a DLG detinha uma parte de mercado de cerca de 36% do sector da distribuição de fertilizantes. A parte de mercado da LAG correspondia acerca de 10%. No restante, o mercado estava repartido entre operadores comerciais, de natureza não cooperativa, nas seguintes percentagens: KFK 23%, Superfos 14%, outros 17%. Parece que partes de mercado não muito diferentes eram detidas no subsector dos fertilizantes do tipo NPK (com forte teor de azoto), especialmente adaptados aos requisitos da agricultura dinamarquesa (40% do consumo total de fertilizantes).

No que se refere à distribuição de produtos fitossanitários, sabe-se apenas que a DLG dispunha, em 1988, de uma parte de mercado correspondente acerca de 32%.

Finalmente, recorda-se que a LAG tinha conseguido conquistar, em 1990, no domínio da distribuição dos produtos de base para a agricultura, uma parte de mercado sensivelmente equivalente à da DLG.

1) *Serão os fertilizantes e produtos fitossanitários abrangidos pelo âmbito da derrogação prevista no Regulamento n.° 26/62?*

12. Nos termos do artigo 42.° do Tratado, as disposições do capítulo relativo às regras da

concorrência só são aplicáveis à produção e ao comércio dos *produtos agrícolas*, na medida em que tal seja determinado pelo Conselho. O n.° 1 do artigo 38.° prevê que por *produtos agrícolas* se entendem os produtos do solo, da pecuária e da pesca, bem como os produtos da primeira transformação que estejam em relação directa com estes produtos. Além disso, o n.° 3 do artigo 38.° esclarece que os produtos abrangidos pelo disposto nos artigos 39.° a 46.°, inclusive, são enumerados na lista constante do Anexo II do Tratado.

Nos termos do artigo 42.°, o Conselho adoptou o Regulamento n.° 26/62 que, em determinadas condições, limita a aplicação do n.° 1 do artigo 85.° (e não do artigo 86.°) aos acordos relativos «à produção ou ao comércio dos produtos enumerados no Anexo II do Tratado».

A propósito do alcance da derrogação prevista no Regulamento n.° 26/62, o Tribunal de Justiça declarou que essa derrogação não se aplica a «um produto que não consta do Anexo II, ainda que constitua matéria acessória da produção de outro produto que, esse sim, consta desse anexo» [3].

Por conseguinte, o regulamento aplica-se restritivamente *apenas* aos produtos constantes do Anexo II que, evidentemente, não inclui os fertilizantes nem os produtos fitossanitários.

Quanto à circunstância — invocada pela DLG — de o Conselho ter adoptado, com base no artigo 43.° (disposição que constitui a base jurídica dos actos da política agrícola), uma directiva em matéria de produtos fitossanitários, é evidente que essa circunstância não é relevante. Com efeito, por um lado, uma directiva do Conselho não pode ter por efeito a ampliação — e para mais, implicitamente — do alcance de um regime derrogatório que é de interpretação estrita e cujos limites de aplicação estão formalmente definidos no artigo 42.° do Tratado e nas normas específicas pertinentes do Regulamento n.° 26/62. Por outro lado, nada impede que o artigo 43.° possa ter um alcance material diferente, e até mais amplo, que o artigo 42.°: enquanto o artigo 42.° é uma disposição derrogatória de interpretação estrita que prevê a possibilidade de não se aplicarem as regras comuns da concorrência à produção e ao comércio dos produtos agrícolas, o artigo 43.° é uma disposição geral que atribui ao Conselho o poder de adoptar os actos de política agrícola necessários para a realização dos objectivos previstos no artigo 39.° Por conseguinte, nada se opõe a que o Conselho, para alcançar os objectivos previstos no artigo 39.°, adopte (como já sucedeu, aliás [4]) medidas que se referem *ratione materiae* a produtos meramente auxiliares ou acessórios da produção e do comércio de produtos agrícolas referidos no Anexo II.

3 — Acórdão de 25 de Março de 1981, Coöperatieve Stremsel-en Kleurselfabriek/Comissão (61/80, Recueil, p. 851).

4 — V. o acórdão de 23 de Fevereiro de 1988, Reino Unido/Conselho (131/86, Colect., p. 905), em que o Tribunal de Justiça declarou que a Directiva 86/113/CEE do Conselho, que estabelece normas mínimas relativas à protecção das galinhas poedeiras em bateria (produto manifestamente não incluído no Anexo II), se inseria no âmbito das competências definidas no artigo 43.°

2) *Terão as alterações estatutárias em causa por objectivo ou efeito falsear a concorrência?*

Teses em presença e esquema de análise

13. A compatibilidade das cláusulas em questão com o n.° 1 do artigo 85.° constitui, como se referiu, a questão central do caso em apreço. Em resumo, as teses referidas podem ser descritas do seguinte modo. Segundo a DLG, a «fidelidade» do associado à cooperativa é um elemento característico desta forma de organização social e constitui a contrapartida normal das vantagens que o associado extrai da participação numa sociedade cooperativa. Por conseguinte, a previsão de um motivo específico de exclusão de um membro que efectue compras no exterior da cooperativa, através da participação em organismos concorrentes dessa cooperativa, deve ser encarada como a reacção lógica da sociedade contra actos susceptíveis de comprometer a solidez financeira e a sua eficácia comercial e, por este facto, não se reveste de qualquer relevância do ponto de vista do n.° 1 do artigo 85.°

Em contrapartida, as demandantes na causa principal sustentam que as cláusulas em questão contêm uma limitação importante e arbitrária à liberdade de acção comercial do associado. Esta restrição, claramente destinada a consolidar a já forte posição de domínio ocupada pela DLG no mercado da distribuição de produtos em causa, reduz ainda mais a concorrência entre a DLG e terceiros. Além disso, as demandantes na causa principal salientam que a jurisprudência do Tribunal de Justiça e a prática da Comissão têm constantemente reconhecido e protegido a liberdade dos membros de uma organização de compras em comum, com ou sem a forma de sociedade cooperativa, de exercerem de modo independente a sua actividade no mercado, concorrendo com a própria organização. Em especial, resulta da jurisprudência e da prática que as organizações de compras em comum são consideradas compatíveis com as regras de concorrência, no sentido de não estarem abrangidas pelo âmbito de aplicação do n.° 1 do artigo 85.°, sob condição apenas de ser garantida aos associados uma total liberdade de acção comercial [5]. Uma limitada restrição contratual desta liberdade pode, eventualmente, beneficiar da isenção com base no n.° 3 do artigo 85.° mas, em princípio, continua abrangida pelo âmbito de aplicação do n.° 1 do artigo 85.° [6]. Em contrapartida, há que considerar proibidas as previsões que eliminem a faculdade de efectuar compras independentes, tais como as cláusulas de «fidelidade» da natureza das referidas no caso em apreço [7].

5 — V., por exemplo, a decisão de 17 de Julho de 1968, SOCEMAS (JO L 201, p. 4), e a decisão de 14 de Julho de 1975, Intergroup (JO L 212, p. 23).

6 — V., designadamente, a decisão de 9 de Julho de 1980, National Sulphuric Acid Association (JO L 260, p. 24), em que a Comissão isentou um agrupamento de compras de enxofre, constituído pelos principais produtores britânicos de ácido sulfúrico (agrupamento sem fins lucrativos que os associados podiam abandonar em cada ano), depois de ter apreciado o impacto nos diferentes mercados em causa e tendo em consideração o facto de os associados do agrupamento terem assinado um compromisso de abastecimento exclusivo relativo apenas a 25% das suas necessidades.

7 — V. a decisão de 5 de Dezembro de 1979, Coöperatieve Stremsel-en Kleurselfabriek (JO 1980, L 51, p. 19), confirmada pelo Tribunal de Justiça no acórdão correspondente, já referido, e a decisão de 28 de Outubro de 1988, Hudson's Bay (JO L 316, p. 43), confirmada pelo Tribunal de Primeira Instância no acórdão de 2 de Julho de 1992, Dansk Pelsdyravlerforening/Comissão (T-61/89, Colect., p. II-1931). Ambos os processos tinham como objecto compromissos de «fidelidade» subscritos por associados de sociedades cooperativas agrícolas.

Por sua vez, a Comissão reconhece que as cláusulas em litígio se destinam a dissuadir os associados da cooperativa de participarem em organizações concorrentes e que, por conseguinte, são susceptíveis de restringir a concorrência entre a DLG e terceiros. Todavia, sustenta que esta restrição não é sensível e, por conseguinte, não é incompatível com o n.° 1 do artigo 85.° No entanto, a Comissão não refere nas observações, na verdade muito sucintas, com base em que critérios é possível chegar a esta conclusão.

Resulta dos argumentos apresentados pelas partes que, no caso em apreço, estão em conflito dois interesses opostos: por um lado, o interesse da sociedade e dos associados «fiéis» em se protegerem dos associados cuja actuação está objectivamente em contradição com os objectivos para que foi constituída a sociedade; por outro, o interesse dos associados na conservação, na medida possível, da sua autonomia e, por conseguinte, em se reservarem a possibilidade de se dirigirem ou de participarem em organizações concorrentes da cooperativa.

Refira-se, desde logo, que a prática administrativa e jurisprudencial, de que as demandantes apresentam uma síntese precisa e exaustiva, parece, pelo menos à primeira vista, dar preponderância ao segundo interesse em detrimento do primeiro. Todavia, olhando mais de perto, parece justificar-se uma conclusão diferente. Com efeito, parece-me possível afirmar que, quando a própria organização de compras em comum corresponda aos requisitos de protecção da concorrência, há também que reconhecer a esta organização a faculdade de determinar se, e de que modo, deve proteger-se contra comportamentos dos associados, que considere incompatíveis com o interesse comum, pela simples razão de que uma determinada limitação da autonomia do particular pode considerar-se *inerente* à sua própria participação em qualquer forma de entidade económica organizada. Todavia, a protecção do interesse geral não pode assumir um carácter absoluto: perante *determinadas circunstâncias* factuais e jurídicas, a protecção da autonomia dos particulares pode revelar-se indispensável para evitar que surjam situações que comprometem o bom funcionamento do mercado.

Nesta perspectiva, a presente análise abordará os seguintes pontos:

— critérios definidos pelo Tribunal de Justiça quanto à aplicação do n.° 1 do artigo 85.°;

— compatibilidade de uma cooperativa agrícola de compras, como a DLG, com os requisitos da protecção da concorrência;

— razões por que as cláusulas em questão não têm por *objecto* falsear a concorrência, na acepção do n.° 1 do artigo 85.°;

— circunstâncias em que as cláusulas em questão podem ter por *efeito* falsear a concorrência, na acepção do n.° 1 do artigo 85.°

Critérios definidos pelo Tribunal de Justiça quanto à aplicação do n.° 1 do artigo 85.°

14. O n.° 1 do artigo 85.° proíbe os acordos que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência.

15. No que se refere à *ratio* desta disposição, o Tribunal de Justiça declarou que os requisitos da protecção da concorrência, que a norma se destina a satisfazer, não podem ser definidos em termos abstractos, mas sim em função do contexto real em que se insere o comportamento de uma empresa. A concorrência não falseada referida nos artigos 3.° e 85.° do Tratado implica, efectivamente, a existência no mercado de uma concorrência eficaz (*workable competition*), isto é, uma dose de concorrência necessária para serem respeitados os requisitos fundamentais e alcançados os objectivos do Tratado, em especial a constituição de um mercado único em condições análogas às de um mercado interno. Este requisito admite que a natureza e intensidade da concorrência possam variar em função dos produtos ou serviços em causa e da estrutura dos mercados sectoriais em questão [8].

16. Além disso, segundo uma jurisprudência assente, é necessário, para apreciar se determinado acordo é abrangido pelo âmbito da proibição prevista no n.° 1 do artigo 85.°, proceder à análise em duas fases sucessivas [9].

Num primeiro momento, é necessário verificar se o acordo, pelo seu *objecto*, contém qualquer restrição à concorrência. Para este efeito, é indispensável analisar os objectivos prosseguidos pelo próprio acordo, à luz do contexto económico em que deve aplicar-se [10]. Se o acordo tiver por objecto restringir a concorrência na acepção do n.° 1 do artigo 85.°, deve ser de imediato considerado proibido, sem necessidade de analisar os seus efeitos [11].

8 — Acórdão de 25 de Outubro de 1977, Metro/Comissão (26/76, Recueil, p. 1875).

9 — Acórdãos de 30 de Junho de 1966, Technique minière (56/65, Recueil, p. 261), e de 28 de Fevereiro de 1991, Delimitis (C-234/89, Colect., p. I-935).

10 — Acórdão de 28 de Março de 1984, CRAM e Rheinzink/Comissão (29/83 e 30/83, Recueil, p. 1679).

11 — Acórdão de 27 de Janeiro de 1987, Verband der Sachversicherer/Comissão (45/85, Recueil, p. 405).

Se o objecto do acordo não falsear a concorrência, é necessário passar à segunda fase da análise, tomando em consideração os *efeitos* que o acordo é, efectivamente, susceptível de provocar na concorrência. Neste caso, o acordo será considerado proibido quando se revelar susceptível de restringir a concorrência de forma *sensível* [12]. Além disso, recorde-se que o critério geral para apreciar se uma acordo tem por objecto ou efeito restringir a concorrência consiste em avaliar qual teria sido o efeito da concorrência no âmbito do mercado considerado se não existisse o acordo em questão [13].

Segundo este esquema de análise, são considerados proibidos, pelo seu objecto, os acordos que, vistos em termos objectivos e abstractos, têm unicamente a função de restringir a livre concorrência entre as partes ou entre as partes e concorrentes terceiros, de uma forma considerada incompatível com o mercado comum. Refiro-me, por exemplo, a um acordo que efectua uma compartimentação dos mercados, que restringe quantitativamente a produção ou define os preços de venda, ou a uma cláusula, constante de um contrato de distribuição, que proíbe as importações ou exportações do produto contratual no mercado comum ou impõe os preços de revenda do referido produto.

Em contrapartida, acordos susceptíveis de preencher uma função mais complexa poderão ser considerados como não tendo por objecto falsear a concorrência. Isso sucede com as cláusulas que integram o conteúdo de um determinado contrato e contribuem, desta forma, para determinar o sistema e o equilíbrio das relações jurídicas entre as partes. Com efeito, segundo orientação jurisprudencial bastante bem definida, para estabelecer se uma cláusula determinada tem por objecto falsear a concorrência, na acepção do n.° 1 do artigo 85.°, é necessário analisar a sua função nas relações contratuais em que se insere. Nesta perspectiva, o Tribunal de Justiça normalmente considera que não têm por objecto falsear a concorrência as cláusulas em princípio *necessárias* para fazer com que um contrato, que por si não afecta a concorrência, possa assumir plenamente a função jurídica e económica que o caracteriza. O Tribunal de Justiça considerou, por exemplo, como compatíveis com o n.° 1 do artigo 85.° pelo seu objecto (e na condição, evidentemente, de não existirem efeitos anticoncorrenciais em função de circunstâncias específicas):

— a cláusula de não concorrência incluída num contrato de cessão de empresa (contrato que, segundo o Tribunal de Justiça, tem em si próprio o efeito de dinamizar o funcionamento do mercado), uma vez que essa cláusula, na condição de não ter duração desproporcionada, pode ser considerada necessária para garantir a efectividade da cessão [14];

12 — Acórdão Technique Minière, já referido.

13 — Acórdão Technique Minière, já referido.

14 — Acórdão de 11 de Julho de 1985, Remia/Comissão (42/84, Recueil, p. 2545).

— a cláusula de aprovisionamento exclusivo e a cláusula de não concorrência incluídas num contrato de franquia, uma vez que são indispensáveis para o contrato poder preencher totalmente a sua função típica [15];

— a cláusula de não impugnação, incluída num contrato de licença de patente (a título gratuito), uma vez que — como resulta das conclusões do advogado-geral — é determinante para «o equilíbrio de um acordo que não tem por objecto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência» [16];

— a cláusula de abastecimento exclusivo, incluída num contrato de fabrico de cerveja, uma vez que é inerente a essa forma de cooperação entre vendedor e fornecedor, baseada numa convergência de interesses para a promoção das vendas do produto que caracteriza esse tipo específico de contrato [17].

Por outro lado, como já se referiu, a circunstância de um acordo não ter por objecto falsear a concorrência não significa, tendo em conta o contexto económico específico em que se destine a operar, que não seja susceptível de ter *efeitos* incompatíveis com o funcionamento correcto da concorrência no mercado comum. Por conseguinte, nada impede que um acordo que não tem por objecto falsear a concorrência possa ser considerado, no âmbito de uma determinada situação de mercado, incompatível com o mercado comum, ao passo que o mesmo acordo, colocado no âmbito de uma situação de mercado diferente, será considerado como preenchendo os requisitos da protecção da concorrência. Para efeitos desta análise, é necessário ter, designadamente, em conta [18] o grau de concorrência, efectivo e potencial, que existe no(s) mercado(s) em causa independentemente do acordo em questão, bem como da circunstância de o referido acordo contribuir ou não de forma significativa para restringir mais a concorrência nesse(s) mercado(s).

Em resumo, a análise do objecto e do efeito distinguem-se, pois, claramente [19]. A análise do primeiro destina-se a apreciar abstractamente a função objectiva de uma determinada cláusula no contexto contratual em que se insere. Em contrapartida, a segunda pretende estabelecer efectivamente se um acordo que não tem por objectivo falsear a concorrência é susceptível, todavia, tendo em conta a situação do mercado específico em que se

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

16 — Acórdão de 27 de Setembro de 1988, Bayer (65/86, Colect., p. 5249).

17 — Acórdão Delimitis, já referido.

18 — V., principalmente, o acórdão Delimitis, já referido.

19 — Deve, de resto, notar-se que esta distinção não é, em geral, aplicada pela Comissão que, em regra, procede apenas, nas suas decisões, à apreciação global nos termos da qual se limita a afirmar que determinado acordo viola, ou não, o n.º 1 do artigo 85.º Em contrapartida, a distinção é claramente afirmada na jurisprudência, pelo menos em princípio. Todavia, a aplicação do princípio resulta menos clara. O acórdão Delimitis, já referido, fornece um exemplo claro — talvez o mais claro — da aplicação do esquema de análise baseado na distinção entre objecto e efeito.

aplica, restringir de forma sensível a concorrência no mercado comum.

Finalmente, recordo que as restrições da concorrência que eventualmente resultam de disposições que regulam as relações entre uma sociedade cooperativa e os seus associados estão sujeitas às regras previstas nos artigos 85.° e seguintes [20].

Compatibilidade de uma cooperativa agrícola de compras, como a DLG, com os requisitos da protecção da concorrência

17. Passemos à aplicação ao caso concreto do modelo de análise que se definiu. Em primeiro lugar, é preciso notar que as cláusulas estatutárias em causa fazem parte dos estatutos de uma cooperativa agrícola que tem por objecto, designadamente, comprar e distribuir aos seus associados produtos de base para a agricultura (especialmente fertilizantes e produtos fitossanitários).

Neste contexto, as cláusulas em questão prevêem uma causa específica de expulsão de determinadas categorias de associados que decidam exercer a actividade de forma organizada, procedendo a compras junto de organismos terceiros, concorrentes da cooperativa [21].

18. Dito isto, deve acrescentar-se que a constituição de uma cooperativa de compras, como a DLG, realiza uma forma de cooperação entre empresas (ou associações de empresas) que satisfaz requisitos típicos do sector agrícola e que, por essa razão, é considerada favoravelmente tanto pelo legislador nacional como pelas autoridades comunitárias. Esta forma de cooperação em matéria de compras melhora a eficácia das empresas e, por conseguinte, contribui para a existência de uma *workable competition* (concorrência

20 — V. os acórdãos Coöperatieve Stremsel-en Kleurselfabriek e Dansk Pelsdyravlerforening, já referidos.

21 — Deve salientar-se que as cláusulas em questão, que prevêem uma causa específica de exclusão dos associados que efectuem compras (de fertilizantes e produtos fitossanitários) associando-se a organismos concorrentes da cooperativa, se diferenciam das cláusulas com pactos de não concorrência ou que impõem compras exclusivas (como se referiu, até 1975 estava prevista nos estatutos da DLG uma obrigação de compra exclusiva), uma vez que, diferentemente destas, não prevêem uma *obrigação* específica de agir ou de não agir (obrigação que, em si, podia ser punida, em caso de violação, não só por uma acção declarativa da proibição, como também de responsabilidade contratual contra o associado infractor). Todavia, esta diferença tem pouco interesse prático. Nas sociedades cooperativas, a violação das obrigações que incumbem aos associados e, designadamente, as que em termos gerais se podem definir como obrigações de «fidelidade» do associado para com a cooperativa (não concorrência, exclusividade de compra e de venda), é normalmente punida (independentemente de outros meios processuais) precisamente através da exclusão do associado em causa, exclusão que, em regra, comporta consequências financeiras desfavoráveis para o mesmo. Assim, o resultado é, efectivamente, o mesmo, quer a sociedade imponha uma obrigação específica de «fidelidade» do associado, cuja violação origina a exclusão, quer, não prevendo uma obrigação dessa natureza, se reserve, porém, a faculdade de excluir os associados «infiéis». Em ambas as hipóteses, a exclusão representa a sanção para comportamentos que os estatutos definem como incompatíveis com os interesses da sociedade e dos associados em geral.
Em resposta a uma questão colocada pela Comissão, a DLG confirmou expressamente, de resto, que as cláusulas em questão tinham precisamente como objectivo dissuadir os associados (da categoria B) de participarem em organizações concorrentes da cooperativa. Por conseguinte, no plano funcional, é claro que as cláusulas em questão se destinavam a alcançar o objectivo da fidelidade que caracteriza igualmente as cláusulas de não concorrência ou de compra exclusiva.

eficaz) entre si, na acepção da jurisprudência Metro, já referida.

Com efeito, ao efectuar compras em comum de produtos de base para a agricultura, a cooperativa pode compensar, designadamente em alguns sectores, a força contratual exercida pelos produtores-fornecedores. Isso sucede especialmente em sectores como o dos fertilizantes e produtos fitossanitários, em que a produção, ao nível mundial, se concentra num número relativamente reduzido de empresas em relação aos quais se verifica que os preços de venda podem variar consideravelmente em função das quantidades pedidas. Nestas circunstâncias, a constituição de uma cooperativa de compras constitui a reacção natural à força contratual da oferta, melhorando as condições comerciais a favor da procura.

Além disso, tendo em conta a sua natureza cooperativa, deve considerar-se que os ganhos de eficácia obtidos pela sociedade, na fase de compra de produtos de base, serão, em princípio, integralmente transferidos a jusante para os diferentes associados, sob a forma quer de descontos nos preços de venda, quer de distribuição de dividendos ou de verbas atribuídas a outro título, no termo do exercício anual.

Por outro lado, a cooperação em matéria de compras de produtos de base também não constitui perigo, no sector considerado, de restrição efectiva à concorrência nas relações entre os associados da cooperativa. Com efeito, o mercado de fertilizantes e produtos fitossanitários, a nível mundial, é dominado, como se referiu, por um círculo restrito de produtores perante os quais os agricultores individuais, ou até as associações locais de agricultores, se encontram numa situação de *fraqueza contratual congénita*. Daí resulta que, se não existirem cooperativas de compras de dimensão significativa, como a DLG, os agricultores, ou as associações locais, terão de *suportar* as decisões dos produtores ou dos operadores independentes. Por conseguinte, sem a intervenção da cooperativa, teriam de suportar preços de compra em média mais elevados, sem terem, pelo contrário qualquer possibilidade efectiva de fazerem operar maior concorrência no fornecimento dos produtos em questão.

Por conseguinte, pode concluir-se, quanto a este ponto, que a constituição de uma cooperativa de compras preenche os requisitos específicos do sector agrícola e contribui, no âmbito deste sector, para melhorar tanto a distribuição dos produtos de base como a própria actividade de produção agrícola sem, por outro lado, comportar o perigo de enfraquecer efectivamente a concorrência (entendida, segundo a jurisprudência Metro, já referida, como uma concorrência eficaz) entre as empresas (ou associações de empresas) que participam na cooperação em matéria de compras.

Quanto ao objecto das cláusulas em questão à luz do disposto no n.° 1 do artigo 85.°

19. A seguir, deve notar-se que a previsão de cláusulas estatutárias duma cooperativa agrícola de compras, que excluem da sociedade os associados que efectuem compras fora da cooperativa, e em concorrência com a mesma, constitui, em princípio, um *elemento coerente com a necessidade de garantir o funcionamento correcto da sociedade.*

O objectivo da cooperação em matéria de compras, que consiste na vantagem, assegurada aos associados, de beneficiarem, qualquer que seja a sua participação no capital, de preços de compra mais baixos, corre o risco de ser efectivamente comprometido pelo facto de alguns associados operarem individualmente, fora da cooperativa e em concorrência com a mesma. Em primeiro lugar, este tipo de comportamento enfraquece a estrutura financeira da sociedade, uma vez que a cooperativa efectua transacções exclusiva ou principalmente com os membros e não com terceiros, o que implica que o seu volume de negócios dependa do volume de transacções efectuadas entre os membros e a sociedade e, portanto, da maior ou menor «fidelidade» dos associados à sociedade. Por outro lado, ao pôr em causa a base comercial da sociedade, este comportamento deteriora as condições de compra de que esta pode beneficiar no mercado, o que se traduz, especialmente porque se trata de produtos cujos preços variam consideravelmente em função do volume de encomendas, pelo aumento de custos para a cooperativa e, indirectamente, para todos os membros que continuam a abastecer-se nela. Por conseguinte, existe contradição manifesta entre o estatuto de associado de uma cooperativa de compras e o facto de se participar, ao mesmo tempo, em organizações de compras concorrentes.

Por conseguinte, quanto a este aspecto, as cláusulas em questão destinam-se exclusivamente a fazer com que a sociedade possa apoiar-se na mais ampla possível base comercial para poder exercer com eficácia a função cooperativa que constitui a sua razão de ser. Nesta perspectiva, elas destinam-se meramente a impedir que um associado possa, por um lado, ser associado da cooperativa, beneficiando das prestações que considera mais úteis e, por outro, adoptar comportamentos (proceder a compras independentes) que estão em clara contradição com os próprios objectivos (proceder a compras em comum) para que foi constituída a sociedade.

Por conseguinte, há que considerar que as cláusulas em questão, ao preverem a exclusão de associados que participem em organizações em concorrência com a cooperativa, apesar de conterem uma evidente restrição à liberdade de actuação dos associados, constituem uma *forma normal de protecção estatutária relativa a situações de conflito de interesses* e, por esse facto, não têm por objectivo afectar a concorrência, na acepção do n.° 1 do artigo 85.° De resto, esta é a razão por que as cláusulas de exclusão desta natureza, ou outras previsões (cláusulas de não concorrência ou de compra exclusiva) destinadas a garantir a «fidelidade» dos associados, são normalmente incluídas nos estatutos das

sociedades (ou até, nalguns casos, previstas na lei) [22].

20. Qualquer outra solução levaria, aliás, a resultados totalmente absurdos. Com efeito, se se admitir que as cláusulas em questão têm como *objecto* falsear a concorrência, forçoso é deduzir que cada associado goza do *direito*, nos termos do n.° 1 do artigo 85.°, de não ser excluído de uma cooperativa de compras, apesar de participar, ao mesmo tempo, em organizações de compras concorrentes, o que equivale a dizer que o associado goza de um verdadeiro direito a manter o seu estatuto de associado, mesmo quando adopta comportamentos prejudiciais aos interesses da própria sociedade e dos outros membros. Por outras palavras, o n.° 1 do artigo 85.° garantiria uma protecção quase absoluta (salvo se não estivessem preenchidas as condições de isenção, nos termos do n.° 3 do artigo 85.°) da liberdade de acção comercial do associado, em detrimento do bom funcionamento da sociedade. Esta interpretação dá prevalência, como é evidente, ao interesse individual do associado sobre o interesse da sociedade e deixa esta sem defesa relativamente a comportamentos do associado que prejudiquem o equilíbrio da sociedade. Por conseguinte, trata-se de uma interpretação que se opõe abertamente ao *favor* que o sistema sempre revelou em relação ao fenómeno da cooperação (especialmente no sector agrícola).

Circunstâncias jurídicas e factuais perante as quais as cláusulas em questão podiam ter o efeito de falsear a concorrência

21. Exposto isto, também se deve analisar se as cláusulas em questão não têm *efeitos* anticoncorrenciais, incompatíveis com o mercado comum, em virtude de determinadas circunstâncias específicas jurídicas ou factuais.

22. A este propósito, é necessário verificar, antes de mais, se os associados tinham possibilidade de *abandonar* a cooperativa no termo de períodos razoáveis. Na falta dessa possibilidade, por um lado, seriam obrigados a permanecer na cooperativa por períodos muito extensos e, por outro, durante toda a relação social não podiam negociar com operadores concorrentes nem constituir organizações concorrentes. Esta dupla ligação (a duração excessiva da relação social e a obrigação de «fidelidade» à cooperativa durante a totalidade do período de associação) teria o efeito de retirar aos associados qualquer liberdade efectiva de actuação, impedindo indirectamente terceiros de exercerem uma concorrência eficaz em relação à cooperativa.

22 — De resto, esta solução parece-me estar em sintonia com as orientações que a Comissão expôs na sua recente *comunicação relativa ao tratamento das empresas comuns com carácter de cooperação à luz do artigo 85.° do Tratado CEE* (JO 1993, C 43, p. 2). Uma vez que uma empresa comum (*joint venture*) pode também, em meu entender, adoptar a forma de sociedade cooperativa, cujos membros são empresas ou associações de empresas (segundo a Comissão «a apreciação das empresas comuns com carácter de cooperação à luz dos n.os 1 e 3 do artigo 85.° do Tratado CEE não depende da forma jurídica escolhida pelos fundadores para a sua cooperação»), deve salientar-se que não se exclui, segundo a Comissão, que, pelo menos em determinadas circunstâncias (que podiam ser análogas às referidas no ponto 17 das presentes conclusões), uma empresa comum de compra entre concorrentes possa estar fora do âmbito de aplicação do n.° 1 do artigo 85.° (v., designadamente, o ponto 39 da comunicação). Nesse caso, uma cláusula da natureza da que tratamos devia ser considerada como mera «restrição acessória» (*ancillary restraint*), isto é, como uma restrição «directamente ligada à empresa comum e necessária à sua existência» (v. os pontos 65 e segs. da comunicação), que não entra como tal no âmbito de aplicação do n.° 1 do artigo 85.°

Por conseguinte, para evitar uma *rigidez* excessiva do mercado, e em conformidade com alguns elementos resultantes da prática da Comissão [23] e do Tribunal de Justiça [24], parece-me absolutamente indispensável, pelo menos quando estejam previstas cláusulas de «fidelidade» da natureza das consideradas no caso em apreço, que os associados tenham, ao mesmo tempo, a faculdade de abandonar a sociedade a intervalos razoáveis, cuja duração deve ser proporcional à intensidade da concorrência entre a sociedade em causa e terceiros.

No presente caso, parece-me significativo que, quando decidiu introduzir as cláusulas estatutárias em causa, a DLG também tenha decidido baixar a duração do período de associação de dez para cinco anos. O período de cinco anos, que coincide com a duração máxima prevista no Regulamento n.° 1984/83, no que se refere aos contratos de compra exclusiva, deve ser considerado, em condições normais de mercado, adequado para conciliar, por um lado, os requisitos da protecção da concorrência e, por outro, o requisito de a sociedade garantir uma estabilidade e uma permanência suficientes das relações com os seus associados.

23 — V. a alínea d) do artigo 3.° do Regulamento (CEE) n.° 1984/83 da Comissão, de 22 de Junho de 1983, relativo à aplicação do n.° 3 do artigo 85.° do Tratado a certas categorias de acordos de compra exclusiva (JO L 173, p. 5; EE 08 F2 p. 114).

24 — V., designadamente, o n.° 26 do acórdão Delimitis, já referido, em que, no âmbito da análise dos *efeitos* de um contrato de fornecimento de cerveja, o Tribunal de Justiça afirma:

«A contribuição dos contratos individuais celebrados por uma fábrica de cerveja para o bloqueio desse mercado depende, além disso, da sua duração. Sendo essa duração manifestamente excessiva em relação à duração média dos contratos de fornecimento de cerveja que são normalmente celebrados no mercado em causa, o contrato individual está abrangido pela proibição do n.° 1 do artigo 85.° Uma fábrica de cerveja que disponha de uma parte do mercado relativamente pouco importante mas que vincule os seus pontos de venda durante muitos anos, pode, com efeito, contribuir para fechar o mercado de modo tão significativo como uma fábrica de cerveja com uma posição relativamente forte no mercado mas que periodicamente desvincula os seus pontos de venda a intervalos frequentes.»

Por razões análogas, deve, portanto, considerar-se incompatível com o n.° 1 do artigo 85.° uma cláusula dos estatutos que preveja sanções manifestamente excessivas e desproporcionadas em caso de exclusão de um associado de uma cooperativa com base em violação das suas obrigações de fidelidade. No caso em apreço, a exclusão da DLG foi feita, de resto, em conformidade com as normas de direito comum. Além disso, a DLG renunciou, como já referi, à aplicação dessas sanções aos associados da categoria B excluídos, equiparando-os a associados que tivessem exercido o seu direito de abandonar a cooperativa.

23. Em segundo lugar, também se deve verificar se as relações de concorrência (efectivas e potenciais) entre a cooperativa e terceiros não são, por outro lado, excessivamente raras. As cláusulas em questão limitam, como já referi, a liberdade de actuação dos associados, dissuadindo-os de se dirigirem a ou de participarem em organizações concorrentes. Ora, numa situação em que a concorrência seja, por outras razões, muito restringida, essas previsões, que se destinam a garantir a «fidelidade» do associado à cooperativa, podem ter como efeito secundário proibir terceiros de acederem ao mercado ou, de qualquer modo, de exercerem uma concorrência eficaz.

24. Isso podia suceder se a cooperativa tivesse uma parte de mercado muito elevada, claramente superior à dos outros concorrentes, e se, em virtude da existência de obstáculos consideráveis à entrada da concorrência (em especial a necessidade de possuir capacidade financeira, tecnológica ou económica muito elevada, ou um alto grau de fidelidade

da clientela relativamente aos operadores económicos já estabelecidos), o acesso de novos operadores ao mercado em causa se tornasse difícil. Em tais circunstâncias, reforçar ainda mais a ligação existente entre a cooperativa e os associados (que são também os seus *parceiros* comerciais) pode privar os concorrentes (efectivos ou potenciais) da possibilidade de encontrarem escoamento comercial suficiente. Por conseguinte, na hipótese de a concorrência (efectiva ou potencial) entre a cooperativa e terceiros ser excessivamente reduzida, pode parecer indispensável reconhecer aos associados da cooperativa a faculdade de se abastecerem junto de concorrentes terceiros, ou de instituir organizações de compra concorrentes, sem com isso correrem o risco de exclusão da sociedade. Por outro lado, quando a sociedade goza de forte posição concorrencial, também tem menor necessidade de protecção em relação às compras autónomas dos associados. Pelo contrário, a possibilidade de os associados exercerem a actividade em concorrência com a sociedade anima o mercado e evita as faltas de eficácia ou os lucros desproporcionados.

De resto, parece-me ser essa, precisamente, a *ratio decidendi* dos acórdãos em que o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância consideraram incompatíveis com o n.º 1 do artigo 85.º determinadas cláusulas, constantes dos estatutos de cooperativas agrícolas, que também se destinavam, apesar das formas diferentes utilizadas, a garantir a total «fidelidade» dos associados à cooperativa [25]. Com efeito, em ambos os acórdãos é atribuída uma importância decisiva à circunstância de a cooperativa em causa ocupar uma posição muito forte no mercado e, por conseguinte, de as disposições controvertidas levarem, neste contexto, à manutenção dessa posição de domínio, impedindo o acesso de concorrentes terceiros ao mercado [26].

25 — Trata-se dos acórdãos Coöperatieve Stremsel-en Kleurselfabriek e Dansk Pelsdyravlerforening, já referidos.

26 — Em especial, no acórdão Coöperatieve Stremsel-en Kleurselfabriek, o Tribunal de Justiça salienta que:
«As disposições dos estatutos da cooperativa que obrigam os seus membros a comprar a totalidade dos fermentos e corantes de queijo de que necessitam à própria cooperativa e que reforçam essa obrigação prevendo o pagamento de um montante não despiciendo quando haja demissão ou exclusão, destinam-se claramente a impedir que os associados se abasteçam noutros fornecedores de fermentos ou corantes ou que eles próprios os produzam, na hipótese de essas alternativas apresentarem vantagens do ponto de vista da qualidade ou dos preços. *Como, segundo informações não contestadas, os associados detêm actualmente mais de 90% da produção neerlandesa de queijo, essas disposições contribuem também para manter a situação actual em que a cooperativa é praticamente o único fornecedor de fermentos no mercado neerlandês*» (sublinhado meu).
Quanto ao acórdão Dansk Pelsdyravlerforening, observe-se que o Tribunal salienta, designadamente, que a cláusula em questão torna muito difícil o acesso de terceiros concorrentes ao mercado, «tendo em conta a fortíssima posição da demandante no mercado» (n.º 78). É certo que o acórdão do Tribunal contém igualmente afirmações mais peremptórias, donde resulta que as cláusulas de «fidelidade» são em si, e pelo seu próprio objecto, incompatíveis com o n.º 1 do artigo 85.º (v., designadamente, os n.ºs 98 a 110, onde o Tribunal de Primeira Instância considera que a exclusividade de venda a favor de uma cooperativa tem não apenas efeitos como também o objectivo de falsear a concorrência). Todavia, considero que as afirmações do Tribunal devem forçosamente ser «relativizadas», isto é, devem ser entendidas essencialmente à luz da situação de mercado específica que caracteriza o caso concreto. Com efeito, qualquer outra solução teria consequências excessivas e dificilmente justificáveis. Se partirmos da ideia de que as cláusulas de exclusividade, ou outras cláusulas de «fidelidade», contidas nos estatutos de uma cooperativa agrícola, são, em princípio, pelo seu próprio objecto, incompatíveis com o n.º 1 do artigo 85.º, resulta, também em princípio, que uma cooperativa agrícola não tem qualquer possibilidade de proteger-se relativamente a situações em que os associados exerçam a actividade nos mercados, em contradição manifesta com os interesses da sociedade e dos outros associados. Pelo contrário, parece-nos que a análise correcta deve ser em sentido oposto. Uma vez que a constituição da cooperativa é, como tal, compatível com a protecção da concorrência e com os outros valores reconhecidos pela ordem jurídica, a sociedade também deve ter a liberdade de adoptar as medidas que lhe pareçam úteis para a protecção dos seus próprios interesses essenciais. Por conseguinte, o n.º 1 do artigo 85.º não pode ser interpretado no sentido de comportar uma protecção absoluta da liberdade de acção comercial dos associados em detrimento dos interesses da cooperativa e dos outros associados. Uma interpretação diferente colocaria em causa o próprio equilíbrio da sociedade e, por conseguinte, levaria a contestar o favorecimento que, designadamente do ponto de vista da protecção da concorrência, a ordem jurídica exprimiu, especialmente no sector agrícola, em relação a certas formas de cooperação entre empresas. Por conseguinte, os *efeitos* específicos resultantes de cláusulas de «fidelidade» só podem ser objecto de análise, nos termos do n.º 1 do artigo 85.º, quando a cooperativa se encontre em situações de mercado que apresentem risco importante de alteração da concorrência ou em que a liberdade do associado esteja excessivamente restringida por outras cláusulas (duração excessiva da relação social, sanções desproporcionadas em caso de exclusão).

Conclusão análoga deve naturalmente impor-se quando a situação de mercado seja de molde a atribuir à cooperativa uma *posição dominante,* na acepção do artigo 86.° Nesse caso, é necessário pura e simplesmente considerar, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, que a cláusula de «fidelidade» é, em princípio, incompatível com as disposições desse artigo [27].

25. Aliás, sem prejuízo das verificações que compete ao órgão jurisdicional nacional efectuar, pode com segurança excluir-se, no caso em apreço, o risco de enfraquecimento excessivo da concorrência, uma vez que:

— na altura das alterações estatutárias em causa, as partes do mercado dos diferentes operadores concorrentes estavam globalmente equilibradas entre si;

— o acesso de novos operadores ao mercado em causa não enfrentava obstáculos insuperáveis, porque a capacidade financeira, tecnológica e económica exigida para acesso ao mercado nacional de comércio por grosso não são, de qualquer modo, desmedidas, quer porque, neste caso, o novo operador (a LAG) mais não era do que uma nova forma de organização cooperativa, a nível nacional, realizada por associações locais que já estavam presentes no mercado, que já exerciam uma actividade de intermediário em relação aos produtos em causa e que, por esse facto, dispunham já de boa parte das infra-estruturas e capacidade necessárias à criação de uma actividade concorrente.

26. Em terceiro lugar, impõe-se a análise de uma posterior objecção suscitada pelas demandantes na causa principal. Segundo estas, e uma vez que a DLG tem um carácter de conglomerado, por oferecer aos associados um vasto leque de bens e serviços, o facto de abandonar a cooperativa, voluntariamente ou por exclusão, equivale, de facto, à perda de uma fonte de abastecimento diversificada e vantajosa. Por conseguinte, nestas circunstâncias, era especialmente difícil (senão impossível) exercer actividade fora da cooperativa: os associados seriam *ipso facto* fortemente dissuadidos de abandonarem a cooperativa ou de se colocarem em condições de provocar o seu afastamento. Por conseguinte, nestas situações, era necessário garantir aos associados, a fim de evitar rigidez excessiva do mercado, a faculdade de se abastecerem de alguns produtos fora da cooperativa, sem com isso correrem o risco de exclusão da sociedade.

Não me parece que esta objecção tenha fundamento. Em primeiro lugar, deve observar-se que é normal que a saída de uma

27 — Acórdãos do Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão (85/76, Recueil, p. 461), e de 3 de Julho de 1991, AKZO/Comissão (C-62/86, Colect., p. I-3359), bem como o acórdão de 1 de Abril de 1993, BPB Industries e British Gypsum/Comissão (T-65/89, Colect., p. II-389).

cooperativa, qualquer que seja a causa, origine perda de vantagens (mais ou menos importantes) inerentes ao estatuto de associado. Este género de situação, totalmente normal, não é, por nenhuma razão, contrário ao disposto do n.° 1 do artigo 85.° Com efeito, esta disposição não pode ser interpretada, como já se referiu, no sentido de conferir aos associados de uma cooperativa o direito de conservarem o estatuto de associado e beneficiarem das vantagens correspondentes, ao mesmo tempo que actuam contra os interesses da sociedade e dos outros associados. Por conseguinte, compete ao associado escolher, com base na livre avaliação dos seus interesses, entre abandonar a sociedade (ou actuar de forma a provocar a sua exclusão) ou, antes, nela permanecer, cumprindo os estatutos. Todavia, depois de ter feito esta opção, o associado não pode lamentar-se dos eventuais inconvenientes resultantes da decisão por si tomada.

27. A situação seria diferente se a cooperativa beneficiasse, em relação aos associados, de posição dominante na acepção do artigo 86.° do Tratado. Isso podia suceder se a cooperativa detivesse uma posição dominante num ou vários mercados de bens ou serviços ou se fosse especialmente oneroso para os associados obter de forma independente, junto de outros concorrentes, *todos* os bens e serviços que a cooperativa pode globalmente oferecer-lhes (nesse caso, a posição dominante resultaria do facto de a empresa ter condições para oferecer uma gama completa de bens/serviços complementares em condições gerais que os concorrentes não estavam em condições de contrariar). Na hipótese de a cooperativa deter essa posição dominante, o artigo 86.° permitia dupla forma de protecção: i) a cláusula de exclusão (ou outra qualquer cláusula de «fidelidade») devia ser considerada proibida, e nula, pelas razões expressas no ponto 24 das presentes conclusões; ii) as eventuais medidas de boicote ou de discriminação adoptadas pela cooperativa contra os associados (recusa de fornecimento de bens ou serviços aos membros excluídos ou imposição de preços excessivos relativamente ao valor dos bens ou serviços fornecidos) podiam constituir casos distintos e autónomos de abuso, na acepção do artigo 86.°

Por outro lado, deve salientar-se que o próprio pressuposto do raciocínio, isto é, a existência de posição dominante por parte da DLG, se mostra, no caso em apreço, destituído de fundamento. Com efeito, não se verifica que a DLG disponha de posição dominante num ou vários dos diferentes mercados de bens ou serviços em que exerce a actividade, nem que ocupe tal posição em virtude da presença global no conjunto dos mercados em causa. Além disso, refira-se que a DLG exerce a actividade como intermediário no fornecimento de bens e serviços e que não devia ser difícil para os operadores económicos como as associações locais (que também são intermediários, embora a nível inferior) encontrar no mercado, ou eventualmente constituir, outros intermediários, que não a DLG, para fornecimento dos bens e serviços em causa.

Finalmente, ainda nesta perspectiva, é necessário também notar que a DLG se compro-

meteu formalmente ao fornecimento aos não associados dos bens e serviços oferecidos pela sociedade, ainda que proceda, com razão, a esse fornecimento nas condições normais do mercado e não nas reservadas aos associados, evidentemente mais favoráveis.

28. Em conclusão, pode afirmar-se que resulta dos elementos constantes dos autos que os associados da DLG gozam, sem prejuízo de verificações que compete ao órgão jurisdicional nacional efectuar, da faculdade de deixarem a sociedade a intervalos razoáveis, que a estrutura e características do mercado não provam que a introdução das cláusulas em questão origine um risco efectivo de restrições à concorrência, efectiva e potencial, entre a DLG e terceiros e, por conseguinte, que as referidas cláusulas não contêm efeitos restritivos da concorrência, na acepção do n.° 1 do artigo 85.°

Esta conclusão é confirmada pela evolução do mercado, subsequente à exclusão dos associados da categoria B decidida pela cooperativa, nos termos das cláusulas em questão. Com efeito, não obstante a exclusão, a LAG não só prosseguiu as suas actividades como até aumentou rapidamente a sua parte de mercado para alcançar, em 1990, um nível análogo ao da DLG. Isso demonstra que os associados excluídos tinham efectivamente a possibilidade de desenvolver a actividade fora da DLG, constituindo uma organização capaz de executar as tarefas de intermediário análogas e em condições de concorrer plenamente com a DLG [28].

29. Além disso, deve salientar-se, para ser exaustivo, que algumas das circunstâncias apontadas pelo órgão jurisdicional nacional nas questões prejudiciais indicam também que a DLG restringiu o alcance das cláusulas em questão — e, por conseguinte, o alcance da obrigação de «fidelidade» correspondente — ao *estritamente indispensável* para garantir a protecção da cooperativa contra as situações de efectivo conflito de interesses. A este propósito, as circunstâncias relevantes são, em resumo, as seguintes:

— as cláusulas em questão referem-se exclusivamente aos fertilizantes e produtos fitossanitários (e não aos outros bens/serviços oferecidos pela DLG), isto é, apenas aos produtos em que a redução das encomendas efectuadas pela cooperativa, devida às compras independentes

28 — Do ponto de vista metodológico, parece-me totalmente correcto ter também em consideração, na apreciação da incidência de algumas cláusulas na concorrência, a evolução verificada no mercado em causa depois da entrada em vigor das referidas cláusulas. É certo que a evolução verificada no mercado não pode ser o *único* elemento de apreciação. É até evidente que, na apreciação da compatibilidade de um acordo, não podemos basear-nos exclusivamente nas consequências resultantes desse acordo. De outro modo, chegar-se-ia à situação absurda de ser necessário esperar alguns anos para verificar se o acordo violava o artigo 85.° e para analisar os resultados (e os danos!) provocados e, por conseguinte, para decidir se, e de que forma, havia que intervir. Todavia, apesar de a análise *a posteriori* não poder em nenhum caso prevalecer sobre a análise *a priori* (baseada no exame do objecto e dos efeitos previsíveis do acordo), isso não significa que tenham de se considerar totalmente despiciendos os resultados efectivos do acordo, quando disponíveis. Há que encará-los como indício a tomar em consideração, na medida em que permitem confirmar ou infirmar as conclusões extraídas da apreciação jurídica e económica do objecto e dos efeitos previsíveis do acordo. V., no mesmo sentido, por exemplo, a decisão SOCEMAS (ponto II, sexto considerando) e a decisão Intergroup (ponto 6), já referidas na nota 3.

efectuadas pela LAG, era susceptível, tendo em conta a elasticidade dos preços, de agravar consideravelmente as condições de transacção;

— as cláusulas em questão respeitam exclusivamente às compras efectuadas pelos associados das categorias B e D (e não às dos outros associados), isto é, apenas os associados que, pelo seu peso comercial, podem prejudicar os interesses da cooperativa caso exerçam a actividade em concorrência com a mesma;

— as cláusulas em questão referem-se exclusivamente a compras efectuadas pelos associados das categorias B e D de uma forma organizada, isto é, através da participação permanente em associações ou outros organismos concorrentes, e não a compras efectuadas fora da cooperativa, quer individualmente por associados das categorias B ou D, quer por consórcios de associados das categorias B ou D constituídos *ad hoc* para a realização de uma única operação de compra; também neste aspecto, é evidente que a cooperativa entendeu prevenir-se unicamente contra situações que possam ser especialmente prejudiciais para ela;

— as cláusulas em questão permitem expressamente que os associados que considerem demasiado elevados os preços de venda praticados pela DLG a ela recorram como mero agente para a compra de determinados lotes de mercadorias; nesse caso, a DLG renuncia à remuneração da sua actividade de intermediário e os associados que a ela se dirijam perdem o direito do reembolso no fim do exercício, com base nessas operações.

Em contrapartida, as outras circunstâncias salientadas pelo órgão jurisdicional nacional parecem-me despiciendas, ou seja:

— o facto de as cláusulas em questão também terem sido introduzidas com o fim de evitar a presença nos órgãos da direcção da DLG de associados da categoria B ou D que participem em organizações concorrentes, uma vez que a protecção do segredo dos negócios da DLG podia, em qualquer caso, ser conseguida definindo razões específicas de incompatibilidade destinadas a impedir a participação nos órgãos da direcção da sociedade de qualquer associado em situação de conflito de interesses com a sociedade;

— a circunstância de as cláusulas em questão não terem sido adoptadas por unanimidade, mas contra o parecer dos (ou, pelo menos, de alguns) associados da categoria B, uma vez que para efeito da aplicação do n.° 1 do artigo 85.°, é irrelevante, de qualquer modo, que uma determinada cláusula incluída nos estatutos de uma sociedade tenha sido validamente adoptada, em conformidade com as normas internas das sociedades; enquanto não for formalmente suprimida pelas partes ou

pelas autoridades competentes, a cláusula continua abrangida pelo disposto no n.° 1 do artigo 85.°, se as condições de aplicação estiverem preenchidas;

— a circunstância de os associados excluídos serem equiparados a associados que exerceram o direito de abandonar a sociedade, uma vez que nada se opõe, uma vez verificado que a cláusula de exclusão não viola o n.° 1 do artigo 85.°, a que a sociedade aplique não as normas mais favoráveis previstas para a hipótese de abandono, mas as normas habituais previstas para os casos de exclusão dos associados, incluindo as eventuais sanções, com a única restrição (como se referiu no ponto 21) que consiste na obrigação de não aplicar sanções manifestamente excessivas ou desproporcionadas;

— a circunstância de, na causa principal, as demandantes terem sustentado, designadamente, que tinham direito a uma parte do património indiviso da DLG, sem pedirem, porém, a sua reintegração na DLG, uma vez que as demandantes, independentemente da formulação do *petitum* perante o órgão jurisdicional nacional, tinham contestado a compatibilidade com o n.° 1 do artigo 85.° das cláusulas estatutárias em causa; do mesmo modo, se o Tribunal de Justiça considerar fundada esta incompatibilidade, incumbe ao órgão jurisdicional nacional a declaração da nulidade dessas cláusulas, nos termos do n.° 2 do artigo 85.°, e, em conformidade com o disposto na ordem jurídica interna, deduzir os efeitos jurídicos resultantes dessa nulidade.

3) *Serão as cláusulas estatutárias em questão susceptíveis de afectar o comércio entre Estados-membros?*

30. Tendo em conta o exposto, seria supérfluo analisar se as cláusulas em causa podem afectar o comércio entre Estados-membros. Para ser exaustivo, observe-se, aliás, que há que partir do pressuposto de que os produtos em causa constituem, no caso em apreço, objecto de trocas comerciais intracomunitárias e, designadamente, que tanto a DLG como a LAG efectuaram, e ainda efectuam, essas trocas comerciais. Nestas circunstâncias, não há dúvida que pode ser considerada preenchida, no caso em apreço, a condição relativa ao prejuízo no comércio intracomunitário.

4) *Será o juiz nacional competente para aplicar o n.° 1 do artigo 85.° do Tratado quando o acordo tenha sido notificado à Comissão para se obter uma declaração negativa ou uma isenção?*

31. Basta recordar, a este propósito, que a Comissão tem competência exclusiva, nos termos do n.° 1 do artigo 9.° do Regula-

mento n.° 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85.° e 86.° do Tratado [29], para tomar decisões de isenção individual, na acepção do n.° 3 do artigo 85.° [30]. Em contrapartida, no que se refere à aplicação dos artigos 85.°, n.os 1 e 2, e 86.°, a Comissão é titular de competências que partilha com os órgãos jurisdicionais nacionais. No caso em apreço, as cláusulas em questão não são incompatíveis, como resulta do anteriormente exposto, com o disposto no n.° 1 do artigo 85.° Por conseguinte, não se coloca a questão de uma eventual isenção com base no n.° 3 do artigo 85.° Em consequência, compete ao órgão jurisdicional nacional declarar que as cláusulas em questão não violam o n.° 1 do artigo 85.°

5) *Constituem as cláusulas em questão um abuso de posição dominante na acepção do artigo 86.° do Tratado?*

32. Segundo jurisprudência assente [31], a posição dominante prevista no artigo 86.° do Tratado consiste numa situação de domínio económico detido por uma empresa, donde resulta poder esta criar obstáculos à concorrência efectiva no mercado em causa, fornecendo-lhe a possibilidade de ter, em medida significativa, comportamentos independentes em relação aos concorrentes, clientes e consumidores. A existência dessa posição pode resultar de vários factores que podem, considerados isoladamente, não ser forçosamente determinantes. Entre esses factores, um elemento particularmente significativo é a existência de partes de mercado de grande amplitude (tais como partes superiores a 50%); uma parte de cerca de 40% ou de valores claramente inferiores não pode por si só permitir concluir pela existência de um controlo do mercado [32]. Além disso, há que ter em conta factores como a relação entre a parte de mercado detida pela empresa considerada e a dos concorrentes, as eventuais vantagens que a empresa possui relativamente aos concorrentes no plano da estrutura financeira e económica, da organização comercial e dos conhecimentos tecnológicos, bem como da existência de uma concorrência potencial mais ou menos intensa [33]. Finalmente, a estabilidade ou a alteração num período de tempo das partes de mercado constituem um índice suplementar a tomar em consideração na apreciação da existência de posição dominante [34].

Compete ao órgão jurisdicional nacional aplicar estes critérios no processo submetido ao seu julgamento. Além disso, impõe-se salientar, no caso em apreço, que os elementos dos autos, designadamente,

— a reduzida parte de mercado detida pela DLG, na altura dos factos controvertidos,

29 — JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22.

30 — V. também o acórdão Delimitis, já referido, n.os 43 e segs.

31 — V. o recente acórdão de 12 de Dezembro de 1991, Hilti (T-30/89, Colect., p. II-1439).

32 — V. o acórdão de 14 de Fevereiro de 1978, United Brands/Comissão (27/76, Recueil, p. 207).

33 — Acórdãos Hoffmann-La Roche e United Brands, já referidos.

34 — Acórdão Hoffmann-La Roche, já referido.

— o equilíbrio substancial entre as partes de mercado da DLG e dos seus concorrentes,

— a notável capacidade concorrencial revelada pela LAG, juntamente com existência de uma importante concorrência potencial resultante da ausência de barreiras significativas à entrada, e

— a evolução, já referida, das partes de mercado respectivas da DLG e da LAG,

indicam que a DLG não ocupava uma posição dominante na acepção do artigo 86.° Apesar de não ser determinante, existe um elemento posterior que aponta neste sentido, resultante da circunstância de, a partir de 1990, ter sido cancelada a inscrição da DLG no registo das empresas dominantes previsto pela legislação nacional dinamarquesa.

Conclusão

33. À luz da exposição anterior, considero que deve responder-se o seguinte ao órgão jurisdicional nacional:

«1) A derrogação prevista no Regulamento n.° 26/62 não se aplica aos produtos não enumerados no Anexo II do Tratado, tais como os fertilizantes e os produtos fitossanitários.

2) Com ressalva da matéria que ao órgão jurisdicional compete dar como provada, de acordo com os critérios definidos nas presentes conclusões, a cláusula contida nos estatutos de uma sociedade cooperativa agrícola, que adquire em grupo produtos de base para a agricultura, nos termos da qual podem ser excluídos da sociedade os membros que façam parte, de modo duradouro, de organizações concorrentes da cooperativa para compra dos referidos produtos, não tem por objecto ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência, na acepção do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado.

3) A condição que implica que seja afectado o comércio entre Estados-membros, na acepção do artigo 85.°, n.° 1, mostra-se verificada num caso como o do processo principal, em que está assente que os produtos em causa são objecto de trocas intracomunitárias e as empresas em causa podem participar, e participam, nessas trocas.

4) A Comissão tem competência exclusiva para adoptar decisões de isenção nos termos do artigo 85.°, n.° 3. Pelo contrário, o tribunal nacional tem competência para aplicar as disposições referidas nos artigos 85.°, n.^{os} 1 e 2, e 86.° do Tratado.

5) Com ressalva da matéria que ao órgão jurisdicional nacional compete dar como provada, de acordo com os critérios enunciados nas presentes conclusões, não existe no processo qualquer elemento que permita considerar que a sociedade cooperativa DLG ocupa posição dominante, na acepção do artigo 86.° do Tratado.»