CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER

apresentadas em 13 de Novembro de 1997 *

1. O presente processo tem a sua origem no recurso interposto pela sociedade Langnese-Iglo GmbH (a seguir «Langnese-Iglo») do acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 8 de Junho de 1995, Langnese-Iglo/Comissão [1] (a seguir «acórdão recorrido»). Este acórdão negou provimento ao recurso de anulação interposto pela Langnese-Iglo da Decisão 93/406/CEE [2] (a seguir «decisão impugnada»), na qual a Comissão declarou que os contratos de compra exclusiva de gelados concluídos entre a Langnese-Iglo e os retalhistas sediados na Alemanha infringiam o n.° 1 do artigo 85.° do Tratado CE.

Os factos e o processo

2. Os factos que deram origem ao presente litígio foram expostos pelo Tribunal de Primeira Instância nos n.os 1 a 6 do acórdão recorrido.

3. A empresa alemã Schöller Lebensmittel GmbH & Co. KG (a seguir «Schöller») notificou à Comissão, em 7 de Maio de 1985, um modelo de «contrato de fornecimento» aplicado nas relações com os seus retalhistas. Em 20 de Setembro de 1985, a Direcção-Geral da Concorrência da Comissão enviou ao advogado da Schöller uma carta administrativa de arquivamento, na qual se pode ler:

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

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

Em carta de 23 de Agosto de 1985, foi claramente referido que a obrigação de compra exclusiva imposta ao cliente no contrato-tipo notificado, acompanhada da proibição de

* Língua original: espanhol.

1 — T-7/93, Colect., p. II-1533.

2 — Decisão da Comissão, de 23 de Dezembro de 1992, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.° do Tratado CEE contra a Langnese-Iglo GmbH (processo IV/34.072) (JO 1993, L 183, p. 19).

concorrência, pode ser rescindida pela primeira vez com um pré-aviso mínimo de seis meses no final do segundo ano do contrato, e em seguida com idêntico pré-aviso no final de cada ano.

Resulta dos elementos de que a Comissão tem conhecimento e que, no essencial, se baseiam no que foi referido no pedido, que a duração fixa dos contratos a celebrar no futuro não ultrapassará dois anos. A duração média da totalidade dos "acordos de fornecimento de gelados" da sua cliente estará assim bem abaixo do período de cinco anos, condição prevista no Regulamento (CEE) n.° 1984/83 [3] da Comissão, de 22 de Junho de 1983 (JO L 173 de 30.6.1983, p. 5; EE 08 F02 p. 114), para isenção por categoria dos acordos de compra exclusiva.

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

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

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

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

...»

4. Em 18 de Setembro de 1991, a Mars GmbH (a seguir «Mars») apresentou à Comissão uma queixa contra a recorrente e contra a Schöller, por infracção dos artigos 85.° e 86.° do Tratado, e solicitou a adopção de medidas provisórias a fim de evitar o prejuízo grave e irreparável que, em seu entender, resultaria do facto de a venda dos seus

3 — Regulamento relativo à aplicação do n.° 3 do artigo 85.° do Tratado a determinadas categorias de acordos de compra exclusiva (JO L 173, p. 5; EE 08 02 p. 114).

gelados ser fortemente prejudicada na Alemanha em virtude da aplicação de acordos contrários às regras de concorrência que a recorrente e a Schöller celebraram com um grande número de retalhistas.

5. A Comissão adoptou medidas provisórias por decisão de 25 de Março de 1992 [4], e decidiu o processo quanto ao mérito, adoptando duas decisões muito semelhantes, ou seja a Decisão 93/406 dirigida à Langnese-Iglo, e a Decisão 93/405/CEE [5] dirigida à Schöller.

6. A parte dispositiva da Decisão 93/406 estabelece o seguinte:

«Artigo 1.°

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

Artigo 2.°

Na medida em que os acordos referidos no artigo 1.° preenchem as condições para a isenção por categoria prevista no Regulamento (CEE) n.° 1984/83, é-lhes retirado, pela presente decisão, o benefício da aplicação desse regulamento.

Artigo 3.°

A Langnese-Iglo GmbH é obrigada a comunicar o teor dos artigos 1.° e 2.° aos revendedores com os quais tenha concluído acordos do tipo referido no artigo 1.° que ainda vigorem, no prazo de três meses a contar da notificação da presente decisão, informando-os da invalidação dos referidos acordos.

Artigo 4.°

A Langnese-Iglo GmbH fica proibida, até 31 de Dezembro de 1997, de concluir acordos do tipo referido no artigo 1.°

...»

4 — Decisão da Comissão relativa a um processo de aplicação do artigo 85.° do Tratado CEE (processo IV/34.072 — Mars/ /Langnese e Schöller — Medidas provisórias).

5 — Decisão da Comissão, de 23 de Dezembro de 1992, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.° do Tratado contra a Schöller Lebensmittel Gmb & Co. KG (processos IV/31.533 e IV/34.072) (JO 1993, L 183, p. 1).

7. Tanto a Decisão 93/406 como a Decisão 93/405 foram objecto de recursos para o Tribunal de Primeira Instância, interpostos, respectivamente, pela Langnese-Iglo e pela Schöller, tendo sido aceite a intervenção da empresa Mars em apoio da Comissão. No acórdão Schöller/Comissão [6], o Tribunal de Primeira Instância aceitou apenas o fundamento relativo à ilegalidade do artigo 4.° da Decisão 93/405, que foi anulado, e confirmou a decisão quanto ao resto. Este acórdão não foi objecto de recurso e transitou em julgado. No acórdão Langnese Iglo/Comissão, o Tribunal de Primeira Instância rejeitou, igualmente, todos os fundamentos de anulação de avançados pela recorrente, salvo o fundamento relativo à ilegalidade do artigo 4.° da decisão impugnada, que foi acolhido, conduzindo à sua anulação.

8. Por petição entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 18 de Agosto de 1995, a Langnese-Iglo interpôs o presente recurso do acórdão Langnese-Iglo/Comissão, solicitando a anulação parcial do acórdão recorrido nos pontos em que o Tribunal de Primeira Instância havia negado provimento ao seu pedido, assim como a anulação dos artigos 1.°, 2.° e 3.° da decisão impugnada.

9. Em conformidade com o artigo 93.°, n.° 3, segunda parégrafofrase, e com o artigo 118.° do Regulamento de Processo, a Langnese-Iglo pediu que certos dados que figuravam no seu recurso fossem tratados de modo confidencial. O presidente do Tribunal de Justiça acolheu este pedido, por despacho de 20 de Março de 1996, que será respeitado nas presentes conclusões.

10. Por seu lado, a Comissão, com o apoio da Mars, que já interviera no litígio perante o Tribunal de Primeira Instância, pede ao Tribunal de Justiça, na sua intervenção [7], que seja negado provimento ao recurso e anulado o acórdão recorrido na parte em que este anula o artigo 4.° da decisão impugnada.

O recurso

11. A Langnese-Iglo invoca, em apoio do seu recurso, os três fundamentos seguintes:

— violação do princípio da protecção da confiança legítima;

6 — Acórdão de 8 de Junho de 1995 (T-9/93, Colect., p. II-1611).

7 — Nota sem objecto na versão portuguesa.

— infracção do n.° 1 do artigo 85.° do Tratado CE;

— violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento.

12. A Comissão, com o apoio da Mars, considera não serem procedentes os fundamentos invocados pela Langnese-Iglo.

A — *Violação do princípio da protecção da confiança legítima*

13. A Langnese-Iglo considera que o Tribunal de Primeira Instância, no acórdão recorrido, aplicou incorrectamente o princípio da protecção da confiança legítima, ao considerar que a Comissão podia desviar-se do conteúdo da carta dirigida à Schöller em 1985 e adoptar a decisão impugnada, na qual declara incompatível com o n.° 1 do artigo 85.° a rede de acordos de compra exclusiva entre a Langnese-Iglo e os seus retalhistas. Segundo a recorrente, o princípio da protecção da confiança legítima não impedia que a Comissão, com fundamento na queixa apresentada pela Mars, verificasse novamente as condições de facto e de direito vigentes no mercado alemão dos gelados. No entanto, este princípio obsta a que a Comissão se desvie da carta e proíba os acordos de compra exclusiva da Langnese-Iglo, sem demonstrar que se tenha produzido uma modificação sensível das condições de facto e de direito do mercado de gelados da Alemanha. Na opinião da Langnese-Iglo, o Tribunal de Primeira Instância, ao confirmar a decisão impugnada sem verificar as eventuais modificações que se possam ter produzido no mercado relevante, incorreu em violação do princípio da protecção da confiança legítima.

14. Em apoio da sua tese, a recorrente rebate os argumentos utilizados pelo Tribunal de Primeira Instância para considerar que a decisão impugnada não viola o princípio da protecção da confiança legítima.

A Langnese-Iglo começa por criticar o facto de o Tribunal de Primeira Instância, no n.° 39 do acórdão recorrido, ter acolhido, sem proceder a qualquer verificação, a argumentação da Comissão segundo a qual houve modificações de facto sensíveis no mercado relevante depois de ter redigido a sua carta por dois motivos, a saber: a entrada de dois novos concorrentes no mercado, a Mars e a Jacobs Suchard, e o conhecimento, por parte da Comissão, com base na queixa apresen-

tada pela Mars, da existência de obstáculos adicionais de acesso ao mercado, principalmente no comércio da alimentação.

Depois, a recorrente refere, tal como o fez perante o Tribunal de Primeira Instância, que a Jacobs Suchard não está presente no mercado alemão dos gelados, uma vez que esta empresa se limitou a concluir com a Schöller um contrato de licença de exploração para utilizar a marca «Lila Pause». No que respeita à Mars, a sua entrada no mercado alemão não pressupõe uma modificação sensível das condições do mercado dos gelados, porque o Tribunal de Primeira Instância não demonstrou que impedisse o acesso ao mercado por outras empresas, pelo que o mercado relevante continua aberto, tal como estava em 1985, quando a Comissão enviou a carta.

A recorrente critica, enfim, o Tribunal de Primeira Instância por ter acolhido, no n.° 38 do acórdão recorrido, o carácter provisório da análise do mercado realizada pela Comissão para redigir a carta, como um argumento a favor da legalidade da decisão impugnada. Em sua opinião, existe violação do princípio da protecção da confiança legítima se a Comissão invocar o carácter provisório da sua análise do mercado para se desviar do conteúdo da carta quando se conhecem novos elementos de facto.

15. A Comissão e a Mars expressaram sérias dúvidas sobre a compatibilidade dos argumentos avançados pela Langnese-Iglo em apoio deste fundamento de recurso com os critérios fixados pelo Tribunal de Justiça a respeito da admissibilidade dos recursos em matéria de concorrência.

16. Neste sentido, há que ter em conta a jurisprudência constante [8], segundo a qual um recurso para o Tribunal de Justiça deve indicar de maneira precisa os elementos impugnados do acórdão cuja anulação é pedida, bem como os fundamentos jurídicos que apoiam especificamente esta pretensão. Esta condição não se considera preenchida se o recurso se limitar a repetir ou a reproduzir de forma literal os fundamentos e as alegações formulados perante o Tribunal de Primeira Instância, incluindo os fundamentos baseados em factos rejeitados por este órgão jurisdicional. Um recurso com estas características constitui, na realidade, um pedido destinado a obter uma nova análise do pedido apresentado ao Tribunal de Primeira Instância, o que excede a competência do Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 49.° do seu Estatuto.

Além disso, o Tribunal de Justiça considerou que um recurso deste tipo só pode basear-se em fundamentos relativos à infracção de normas jurídicas, excluindo qualquer apreciação de facto. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça considerou que a apreciação realizada pelo Tribunal de Primeira Instância dos elementos de prova que lhe são apresentados

8 — V., entre outros, os despachos de 26 de Abril de 1993, Kupka-Floridi/CES (C-244/92 P, Colect., p. I-2041); de 26 de Setembro de 1994, X/Comissão (C-26/94 P, Colect., p. I-4379); de 17 de Outubro de 1995, Turner/Comissão (C-62/94 P, Colect., p. I-3177), e o acórdão de 24 de Outubro de 1996, Viho/Comissão (C-73/95 P, Colect., p. I-5457, n.os 25 e 26).

não constitui uma questão de direito sujeita ao controlo em sede de recurso, excepto no caso de o Tribunal de Primeira Instância ter desnaturado os elementos referidos ou de a inexactidão material das verificações do Tribunal de Primeira Instância resultar dos documentos constantes dos autos. O Tribunal de Justiça não é competente para analisar as provas que o Tribunal de Primeira Instância tenha admitido para determinar os factos, sempre que tenham sido obtidas de modo regular e tenham sido observadas as regras e os princípios gerais de direito em matéria de ónus e de apreciação da prova. Já é da competência do Tribunal de Justiça exercer um controlo sobre a qualificação jurídica dos factos e as consequências jurídicas deles deduzidas pelo Tribunal de Primeira Instância [9].

17. Em nossa opinião, este fundamento de recurso não corresponde aos critérios definidos na referida jurisprudência do Tribunal de Justiça e deve ser declarado inadmissível. Com efeito, os argumentos avançados pela Langnese-Iglo para justificar a violação do princípio da protecção da confiança legítima coincidem com os fundamentos invocados pela recorrente perante o Tribunal de Primeira Instância, incluindo aqueles que se baseiam em factos rejeitados por este órgão jurisdicional. A recorrente pretende, com este fundamento, obter uma nova análise do pedido apresentado ao Tribunal de Primeira Instância, mas não identifica com clareza o possível erro de direito cometido pelo Tribunal de Primeira Instância na aplicação do princípio da protecção da confiança legítima aos factos do litígio, tal como foram fixados pelo referido órgão jurisdicional.

Além disso, a recorrente questiona a determinação dos factos realizada pelo Tribunal de Primeira Instância no acórdão recorrido, com o objectivo de sustentar os argumentos que utiliza em apoio deste fundamento. O alcance das modificações de facto que entretanto ocorreram no mercado relevante (entrada de novos concorrentes e aparecimento de novos obstáculos de acesso ao mercado) é o resultado da apreciação dos elementos de prova apresentados ao Tribunal de Primeira Instância, que compete a este realizar e que não está sujeita a controlo em sede de recurso. Por outro lado, a recorrente não alega desnaturação dos elementos de prova pelo Tribunal de Primeira Instância nem inexactidão material resultante dos documentos juntos aos autos.

18. Em todo o caso, entendemos que o Tribunal de Primeira Instância concluiu correctamente, no acórdão recorrido, que não houve violação do princípio da protecção da confiança legítima, porque existem vários argumentos que justificam a solução do Tribunal de Primeira Instância.

Em primeiro lugar, a carta redigida pela Comissão em 1985 e dirigida à Schöller referia-se à notificação dos «acordos de fornecimento de gelados desta». A protecção da confiança legítima só poderá ser invocada pela empresa destinatária da carta de arquivamento [10] que lhe é enviada pela Comissão no âmbito de um procedimento administrativo.

9 — Acórdãos de 2 de Março de 1994, Hilti/Comissão (C-53/92 P, Colect., p. I-667, n.º 42), e de 6 de Abril de 1995, RTE e ITP/Comissão (C-241/91 P e C-242/91 P, Colect., p. I-743, n.º 67), e despacho de 17 de Setembro de 1996, San Marco/Comissão (C-19/95 P, Colect., p. I-4435, n.ºs 39 e 40).

10 — No acórdão Schöller/Comissão, que transitou em julgado, o Tribunal de Primeira Instância considerou que a Comissão não violou o princípio da protecção da confiança legítima com a adopção da Decisão 93/405, que declarava contrária ao n.º 1 do artigo 85.º a rede de contratos de compra exclusiva estabelecida pela Schöller com os seus retalhistas.

Cartas deste tipo não produzem quaisquer efeitos em relação a terceiros nem vinculam os órgãos jurisdicionais nacionais [11], pelo que, logicamente, também não podem ser invocadas por terceiros, neste caso a Langnese-Iglo, como fundamento para as suas pretensões.

19. À luz das considerações precedentes, entendemos que este fundamento deve ser declarado inadmissível ou, caso contrário, deve ser rejeitado.

B — Violação do n.° 1 do artigo 85.° do Tratado CE

Em segundo lugar, a Comissão pode reabrir o processo e afastar-se da análise feita numa carta de arquivamento se tiver conhecimento de novas restrições à concorrência ou se se produzirem modificações na estrutura do mercado relevante. A Comissão tinha previsto expressamente esta possibilidade, mediante a cláusula *rebus sic stantibus*, na carta dirigida à Schöller. Se a Comissão não está vinculada por uma decisão anterior de declaração negativa [12], nem por uma decisão de aplicação do n.° 3 do artigo 85.° [13], em caso de alteração substancial do mercado relevante, tem, *a fortiori*, a possibilidade de se afastar da apreciação realizada na carta de arquivamento.

20. A Langnese-Iglo considera que a conclusão a que chega o Tribunal de Primeira Instância nos n.^{os} 94 a 114 do acórdão recorrido em relação ao efeito dos contratos de compra exclusiva no jogo da concorrência é incompatível com o n.° 1 do artigo 85.° O Tribunal de Primeira Instância considerou que a rede de contratos de compra exclusiva existente entre a Langnese-Iglo e os seus retalhistas restringia sensivelmente a concorrência no mercado relevante e era, por conseguinte, incompatível com o n.° 1 do artigo 85.°, tal como a Comissão entendeu na decisão impugnada.

21. Segundo a recorrente, esta conclusão do Tribunal de Primeira Instância baseia-se na verificação de vários elementos que não resultam dos documentos juntos aos autos e fundamenta-se numa apreciação jurídica errónea da situação de facto. A Langnese-Iglo afirma, em primeiro lugar, que a existência de um grau de dependência acumulado superior a 30%, que o Tribunal de Primeira Instância considerou provado no n.° 105 do

11 — V., entre outros, o acórdão de 11 de Dezembro de 1980, L'Oréal (31/80, Colect., p. 3775, n.° 12).

12 — Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 13 de Dezembro de 1990, Prodifarma e outros/Comissão (T-116/89, Colect., p. II-843, n.° 70).

13 — N.° 3 do artigo 8.° do Regulamento n.° 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de aplicação dos artigos 85.° e 86 do Tratado (JO 1962 3, p. 204; EE 08 F1 p. 22).

acórdão recorrido, não resulta dos documentos juntos aos autos, dos quais se deduz um grau de dependência inferior a 30%, que constitui o limite considerado aceitável pela Comissão na carta enviada à Schöller em 1985.

A recorrente põe em questão, em segundo lugar, outros elementos de facto do mercado relevante, determinados pelo Tribunal de Primeira Instância nos n.os 107 e 109 do acórdão recorrido. Trata-se do sistema de empréstimo de um elevado número de câmaras frigoríficas postas à disposição dos retalhistas pela Langnese-Iglo, na condição de as utilizarem apenas para os seus produtos e da concessão de descontos para garantir uma percentagem das vendas de gelados em doses individuais. Estes elementos de facto não se deduzem dos autos, antes correspondem a afirmações da Comissão, contestadas pela recorrente no Tribunal de Primeira Instância.

Por último, a Langnese-Iglo entende que o Tribunal de Primeira Instância concluiu erradamente, no n.° 113 do acórdão recorrido, que a sua rede de contratos de compra exclusiva e a da Schöller restringiam sensivelmente o jogo da concorrência no mercado relevante porque um grau de dependência acumulado superior a 30% não dificulta o acesso a um mercado nem o transforma num mercado fechado, principalmente se este se encontrar em expansão, como acontecia com o mercado dos gelados na Alemanha.

22. Este fundamento do recurso não é admissível porque a recorrente limita-se pura e simplesmente a questionar a determinação de vários elementos de facto fixados de forma definitiva pelo Tribunal de Primeira Instância no acórdão recorrido, após uma apreciação dos elementos de prova regularmente efectuada e respeitando as normas e os princípios gerais de direito em matéria de ónus e de apreciação da prova. O Tribunal de Justiça não tem competência, no âmbito deste recurso, para fiscalizar a apreciação dos elementos de prova realizada pelo Tribunal de Primeira Instância em devida forma.

23. Portanto, este fundamento deve ser declarado inadmissível.

C — *Violação dos princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento*

Princípio da proporcionalidade

24. A recorrente ataca o acórdão recorrido com este fundamento porque considera que o Tribunal de Primeira Instância não aplicou devidamente o princípio da proporcionalidade, em virtude do qual as medidas adoptadas pela Comissão não deverão ir além do que é necessário e adequado para alcançar o

objectivo prosseguido [14]. Em sua opinião, o Tribunal de Primeira Instância violou o princípio da proporcionalidade ao considerar válida a actuação da Comissão que retirou o benefício da isenção por categoria, estabelecida no Regulamento n.° 1984/83, ao conjunto dos seus contratos de compra exclusiva e os considerou, na sua totalidade, contrários ao n.° 1 do artigo 85.°, sem indicar previamente à recorrente a forma de adaptar a sua rede de contratos às exigências da referida disposição.

25. O Tribunal de Primeira Instância aprovou, por um lado, a recusa do benefício de isenção por categoria e a proibição de toda a rede de contratos da Langnese-Iglo. Por outro lado, o Tribunal de Primeira Instância afirma, nos n.os 207 e 208 do acórdão recorrido, que o artigo 85.°, n.° 1, não se opõe, regra geral, à celebração de contratos de compra exclusiva, sempre que não contribuam para uma compartimentação do mercado, e que a Comissão não pode restringir ou limitar, através de uma decisão individual, os efeitos jurídicos de um acto normativo tal como o Regulamento n.° 1984/83, excepto se este lhe conferir expressamente uma base jurídica para esse efeito. A recorrente é de opinião de que ambas as conclusões do Tribunal de Primeira Instância são claramente contraditórias.

26. A Langnese-Iglo alega que a Comissão não precisava de recusar o benefício da isenção por categoria e proibir a totalidade dos seus contratos de compra exclusiva para alcançar o seu objectivo, que era o de pôr fim à violação do n.° 1 do artigo 85.° Este objectivo podia ser atingido pela Comissão com medidas menos drásticas, como a redução do número de contratos de compra exclusiva ou a diminuição do grau de dependência para um nível compatível com o Regulamento n.° 1984/83, que não teriam conduzido à proibição de toda a rede de contratos da recorrente.

O Tribunal de Primeira Instância não aceitou esta possibilidade, porque considerou, nos n.os 129 e 193 do acórdão recorrido, que seria arbitrário distinguir, dentro da rede de acordos da Langnese-Iglo, aqueles cuja contribuição era irrelevante para o eventual efeito cumulativo produzido no mercado por contratos similares.

27. A argumentação utilizada pela recorrente em apoio deste fundamento contém uma importante confusão, como referiram a Mars e a Comissão. Com efeito, a recorrente refere-se indistintamente às afirmações do Tribunal de Primeira Instância a respeito da rede de acordos de compra exclusiva existente (n.os 188 a 196) e as relativas à proibição de celebrar, no futuro, contratos de compra exclusiva, contida no artigo 4.° da decisão impugnada (n.os 197 a 210). O Tribunal de Primeira Instância distingue claramente entre a aplicação do n.° 1 do artigo 85.° aos acordos existentes e o alcance do artigo 3.° do Regulamento n.° 17 a respeito dos acordos futuros que a Langnese-Iglo

14 — Acórdãos de 17 de Maio de 1984, Denkavit Nederland (15/83, Recueil, p. 2171), e RTP e ITP/Comissão, já referido, n.° 93.

pudesse vir a concluir. Por isso, a alegada contradição nos raciocínios do Tribunal de Primeira Instância não existe, uma vez que os argumentos do Tribunal de Primeira Instância mencionados pela recorrente são diferentes porque se referem a hipóteses distintas.

28. Abstraindo desta confusão, consideramos que este fundamento deve ser rejeitado, porque o Tribunal de Primeira Instância aplicou correctamente o princípio da proporcionalidade no acórdão recorrido.

29. A recorrente não contesta a competência da Comissão para retirar o benefício da isenção por categoria, em virtude do artigo 14.° do Regulamento n.° 1984/83, que tem a sua base jurídica no artigo 7.° do Regulamento n.° 19/65/CEE [15]. Também não questiona a aplicação pelo Tribunal de Primeira Instância da teoria do efeito cumulativo, desenvolvida pelo Tribunal de Justiça nos acórdãos Brasserie de Haecht e Delimitis [16], para determinar a compatibilidade com o artigo 85.° da rede de contratos de compra exclusiva da Langnese-Iglo.

A recorrente considera apenas que a consequência da revogação da isenção por categoria para a sua rede de acordos não pode ser a proibição na totalidade dos mesmos. Trata-se, em sua opinião, de uma consequência desproporcionada, porque o disposto no artigo 85.° poderia ter sido respeitado se a Comissão tivesse concedido uma isenção individual aos acordos da rede com escassa incidência na concorrência e tivesse proibido os restantes.

30. Em nossa opinião, quando se aplica a teoria do efeito cumulativo para realizar uma análise global de um conjunto de acordos de compra exclusiva, a sanção terá que se revestir também de um carácter global [17] e não é possível fazer distinções entre os diferentes acordos que integram a rede de modo a não aplicar o n.° 1 do artigo 85.° a alguns deles e a que a Comissão lhes conceda uma isenção individual. A distinção entre os diversos tipos de acordos dentro da rede estabelecida pela Langnese-Iglo conduziria, como realçou o Tribunal de Primeira Instância, a situações arbitrárias. Para determinar a existência de violação do artigo 85.°, tendo em conta a rede de acordos, não se podem distinguir dentro da rede diferentes tipos de contratos, para efeitos de sanção ou de uma possível isenção individual, que devem afectar, também, toda a rede [18].

15 — Regulamento do Conselho, de 2 de Março de 1965, relativo à aplicação do n.° 3 do artigo 85.° do Tratado a certas categorias de acordos e práticas concertadas (JO 1965, 36, p. 533; EE 08 F1 p. 85).

16 — Acórdãos de 12 de Dezembro de 1967, Brasserie de Haecht (23/67, Colect. 1965-1968, p. 703), e de 28 de Fevereiro de 1991, Delimitis (C-234/89, Colect., p. I-935).

17 — V. Idot, L., e Momège, C.: «L'affaire des barres glacées Mars: une vague de froid sur les contrats d'exclusivité», *La Semaine juridique — édition entreprise*, Suplemento n.° 6, p. 7.

18 — No acórdão Brasserie de Haecht, já referido, p. 706, o Tribunal de Justiça afirmou, em relação aos acordos de fornecimento exclusivo de cerveja «que seria vão, com efeito, proibir um acordo, uma decisão ou uma prática devido aos seus efeitos, se estes devessem ser analisados separados do feixe de efeitos, convergente ou não, no seio dos quais se produzem».

Princípio da igualdade de tratamento

31. A recorrente considera que a proibição da totalidade dos seus acordos de compra exclusiva infringe o princípio de igualdade de tratamento, reconhecido como princípio geral do direito comunitário. No n.° 209 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância entende que o artigo 4.° da decisão impugnada viola o referido princípio, porque não lhe permite beneficiar da isenção por categoria do Regulamento n.° 1984/83 para os seus futuros acordos de compra exclusiva. Segundo a Langnese-Iglo, a proibição de todos os seus acordos existentes discrimina-a, também, relativamente aos seus concorrentes, que não têm que desfazer os seus acordos com os vendedores.

32. Em nossa opinião, esta parte do fundamento deve ser rejeitada por três razões. Em primeiro lugar, a recorrente quer aplicar novamente aos acordos existentes o raciocínio do Tribunal de Primeira Instância relativo a contratos futuros. Em segundo lugar, a Decisão 93/405, confirmada em grande parte pelo Tribunal de Primeira Instância no acórdão Schöller/Comissão, proibiu também a totalidade da rede de acordos de compra exclusiva que a Schöller tinha celebrado com os seus retalhistas. Em terceiro lugar, ficou demonstrado, segundo o n.° 39 do acórdão recorrido, que a Mars só oferecia uma gama limitada de produtos e que a sua estratégia comercial era diferente da aplicada pela Schöller e pela Langnese-Iglo. Além disso, a recorrente não referiu no Tribunal de Primeira Instância que os sistemas de distribuição dos seus concorrentes eram semelhantes ao seu, pelo que não é possível invocar este novo elemento de facto no âmbito do recurso para o Tribunal de Justiça, porque isso implicaria uma modificação do objecto do litígio, incompatível com o n.° 2 do artigo 113.° do Regulamento de Processo.

33. As considerações precedentes indicam que este fundamento também deve ser rejeitado.

O recurso subordinado: violação do artigo 3.° do Regulamento n.° 17

34. A Comissão, apoiada pela Mars, solicitou, na sua intervenção no recurso, a anulação do acórdão recorrido, na medida em que anula o artigo 4.° da decisão impugnada. Segundo a Comissão, o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao considerar, no n.° 205 do referido acórdão, que o artigo 3.° do Regulamento n.° 17 «... apenas confere à Comissão competência para proibir contratos de exclusividade existentes incompatíveis com as regras de concorrência».

35. O conteúdo literal do artigo 4.° da decisão impugnada é o seguinte: «A Langnese-Iglo GmbH fica proibida, até 31 de Dezembro de 1997, de concluir acordos do tipo referido no artigo 1.°» Perante o Tribunal de Primeira Instância, a Comissão defendeu uma interpretação ampla desta disposição, referindo que a mesma impedia a Langnese-Iglo de concluir qualquer tipo de acordo de compra exclusiva durante um período de cinco anos, independentemente de ser, ou não, semelhante aos acordos que integram a rede declarada incompatível com o n.° 1 do artigo 85.° pelo artigo 1.° da decisão impugnada. O referido artigo 4.° impedia a recorrente de celebrar novos acordos de compra exclusiva, susceptíveis de beneficiar da isenção por categoria do Regulamento n.° 1984/83, durante o período de tempo que a Comissão considerou necessário para que se modificassem substancialmente as relações e a estrutura do mercado relevante. Desta forma, impedia-se, segundo a Comissão, que a recorrente eludisse a proibição do artigo 1.° da decisão impugnada através da organização de uma nova rede de acordos de compra exclusiva.

36. O Tribunal de Primeira Instância rejeitou a argumentação da Comissão e acolheu o pedido da Langnese-Iglo, declarando a nulidade do referido artigo 4.°, porque extravasa os poderes punitivos que o artigo 3.° do Regulamento n.° 17 confere à Comissão. Nos n.^{os} 205 a 210 do acórdão recorrido, o Tribunal de Primeira Instância alega três razões em apoio desta conclusão, a saber:

— Segundo o acórdão Delimitis, apenas são contrários ao n.° 1 do artigo 85.° os acordos de compra exclusiva cuja contribuição para o efeito cumulativo de uma rede de acordos seja significativa.

— O Regulamento n.° 1984/83 não fornece uma base jurídica para retirar o benefício da isenção por categoria a acordos futuros e a Comissão não pode fazê-lo através de uma decisão individual, porque isso atenta contra o princípio da hierarquia normativa.

— O princípio da igualdade de tratamento é violado se uma empresa for impedida de concluir contratos de compra exclusiva e as empresas suas concorrentes o puderem fazer.

37. Em nossa opinião, a solução adoptada pelo Tribunal de Primeira Instância a respeito do artigo 4.° da decisão impugnada, tal como foi interpretado pela própria Comissão na primeira instância, parece-nos perfeitamente válida e compatível com a jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre o alcance

do poder repressivo da Comissão em processos de concorrência [19]. Nas observações complementares da Comissão no presente recurso, esta acolhe também os argumentos do Tribunal de Primeira Instância no sentido de anular o referido artigo, interpretado extensivamente.

38. No recurso subordinado, a Comissão abandona explicitamente a interpretação ampla do artigo 4.°, mantida na primeira instância, e faz uma interpretação restritiva do alcance desta disposição da decisão impugnada para justificar a anulação do acórdão recorrido.

A Comissão considera agora que o artigo 4.° tem como único objectivo impedir que a Langnese-Iglo reconstrua a mesma rede de contratos de compra exclusiva com os seus retalhistas, mas que não a impede, de maneira nenhuma, de celebrar novos acordos de compra exclusiva com outros retalhistas. A proibição do artigo 4.° constitui, assim, uma garantia destinada a assegurar o cumprimento dos artigos 1.° e 2.° da decisão impugnada, que vem a juntar-se à prevista no artigo 3.°, em virtude do qual a Langnese-Iglo deve comunicar esta decisão aos retalhistas, informando-os da nulidade dos seus contratos de compra exclusiva.

39. Em nossa opinião, a procedência do recurso subordinado depende da interpretação que for dada ao artigo 4.° da decisão impugnada. Se se optar por uma interpretação restritiva do alcance desta disposição, é possível dar provimento ao pedido da Comissão, apoiada pela Mars. Com efeito, se se considerar que esta disposição proíbe apenas a reconstituição da mesma rede de acordos de compra exclusiva anteriormente criada pela Langnese-Iglo, não há inconveniente em admitir a sua compatibilidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a competência da Comissão para fazer cessar as infracções às regras da concorrência, que lhe é reconhecida pelo artigo 3.° do Regulamento n.° 17 [20]. Uma proibição deste tipo garante o efeito útil da decisão impugnada, uma vez que impede o prosseguimento de uma prática restritiva da concorrência que foi objecto de punição e torna desnecessário que a Comissão inicie um novo processo com um objecto semelhante. A inclusão de uma disposição deste tipo nas decisões da Comissão pode ser útil, mas não imprescindível, em nossa opinião, para impedir a reprodução futura da prática que foi objecto de punição, porque a necessidade de garantir o efeito útil basta para que os órgãos jurisdicionais nacionais anulem os acordos futuros idênticos aos proibidos pela decisão.

Pelo contrário, se se considerar que o artigo 4.° proíbe a Langnese-Iglo de celebrar qualquer tipo de acordos futuros de compra

19 — V., entre outros, os acórdãos de 6 de Março de 1974, Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents Corporation/Comissão (6/73 e 7/73, Colect., p. 119, n.° 45); RTP e ITP/Comissão, já referido, n.° 90, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Setembro de 1992, Automec/Comissão (T-24/90, Colect., p. II-2223, n.os 50 a 54).

20 — V. Waelbroeck, M., e Frignani, A.: *Concurrence. Commentaire J. Mégret. Le droit de la CEE*, vol. 4, Éditions de l'Université de Bruxelles, Bruxelas, 1997, pp. 410 a 412.

exclusiva até 31 de Dezembro de 1997, sejam ou não semelhantes aos proibidos pela decisão impugnada e formem ou não parte de uma rede semelhante à que existiu, deve ser negado provimento ao recurso subordinado, como a própria Comissão reconhece, pelos motivos expostos pelo Tribunal de Primeira Instância no acórdão recorrido.

40. Em nosso entender, o artigo 4.° da decisão impugnada só pode ser interpretado como o fez o Tribunal de Primeira Instância no acórdão recorrido, ou seja, considerando que impede a Langnese-Iglo de concluir qualquer tipo de novo acordo de compra exclusiva com os retalhistas até 31 de Dezembro de 1997. Existem várias razões que justificam esta conclusão.

Em primeiro lugar, a própria letra do artigo 4.°, que proíbe a Langnese-Iglo de forma genérica de celebrar «acordos do tipo referido no artigo 1.°». Esta disposição, ao contrário do que acontece noutras decisões da Comissão, não impõe a obrigação às empresas sancionadas de se absterem, no futuro, de celebrar acordos com um objecto ou um efeito idêntico ou semelhante aos acordos proibidos pela decisão [21]. O artigo 4.° proíbe a recorrente de celebrar qualquer novo contrato de compra exclusiva, independentemente do seu conteúdo e das características e efeito cumulativo da nova rede de contratos deste tipo na concorrência no mercado relevante em que se insere.

Em segundo lugar, a Comissão afirma no n.° 154 da decisão impugnada que «... a decisão seria inútil se a L-I fosse autorizada a substituir imediatamente os "contratos de fornecimento" actuais por outros. Assim, é necessário proibir que a L-I conclua novos contratos desse tipo durante um período que permita uma alteração fundamental das relações no interior do mercado». Este parágrafo da decisão impugnada, que constitui a fundamentação do artigo 4.°, demonstra que esta norma proíbe absolutamente a recorrente de celebrar novos acordos de compra exclusiva.

Por último, seria ilógico concluir que o artigo 4.° proíbe apenas a reconstituição da antiga rede de contratos de compra exclusiva da Langnese-Iglo, porque esta proibição se aplicaria até 31 de Dezembro de 1997, e, a

21 — V., entre outros, o artigo 3.° da Decisão 92/157/CEE da Comissão, de 17 de Fevereiro de 1992, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.° do Tratado CEE (IV/31.370 e 31.446 — UK Agricultural Tractor Registration Exchange) (JO L 68, p. 19), e o artigo 4.° da Decisão 94/980/CE da Comissão, de 19 de Outubro de 1994, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.° do Tratado CE (IV/34.446 — Trans Atlantic Agreement) (JO L 376, p. 1).

partir desta data, a Comissão admitiria tacitamente que a referida reconstituição não violaria o n.º 1 do artigo 85.º e seria justificada pela isenção por categoria do Regulamento n.º 1984/83.

41. Por conseguinte, considero que deve ser negado provimento ao recurso subordinado da Comissão.

Quanto às despesas

42. Por força do n.º 2 do artigo 69.º do Regulamento de Processo, aplicável em matéria de recurso nos termos do artigo 118.º, havendo várias partes vencidas, o Tribunal decidirá a repartição das despesas. Assim, se for negado provimento, como propomos, aos pedidos da recorrente e ao recurso subordinado da Comissão, com o apoio da Mars, consideramos que cada parte deve ser condenada nas suas próprias despesas.

Conclusão

43. À luz das considerações precedentes, propomos que o Tribunal de Justiça se digne:

«1) Julgar parcialmente inadmissível o recurso e negar provimento aos pedidos admissíveis.

2) Negar provimento ao recurso subordinado da Comissão.»