II

(Actos cuja publicação não é una condição da sua aplicabilidade)

COMISSÃO

DECISÃO DA COMISSÃO

de 11 de Março de 1998

relativa a um processo de aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado CE

(Processos IV/34.073, IV/34.395 e IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited)

[notificada com o número C(1998) 292]

(Apenas faz fé o texto em língua inglesa)

(98/531/CE)

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Europeia,

Tendo em conta o Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado [1], com a última redacção que lhe foi dada pelo Acto de Adesão da Áustria, da Finlândia e da Suécia, e, nomeadamente, o n.º 1 do seu artigo 3.º,

Tendo em conta as denúncias apresentadas, nos termos do n.º 2 do artigo 3.º do Regulamento n.º 17, pelas empresas Master Foods Limited e Valley Ice Cream (Ireland) Limited contra a Van den Bergh Foods Limited, anteriormente HB Ice Cream Limited, em que se alegava a existência de obstáculos à venda dos gelados destas empresas na Irlanda, na sequência de uma restrição da concorrência,

Tendo em conta a decisão tomada pela Comissão, em 29 de Julho de 1993, no sentido de dar início a um processo,

Tendo em conta o pedido de certificado negativo/isenção apresentado nos termos do n.º 1 do artigo 4.º do Regulamento n.º 17 pela Van den Bergh Foods Limited, em 9 de Março de 1995, no que se refere aos seus acordos de distribuição de gelados de impulso na Irlanda,

Tendo dado à empresa interessada a oportunidade, nos termos do n.º 1 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 em articulação com o Regulamento n.º 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963, relativo às audições referidas nos n.os 1 e 2 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 do Conselho [2], de se pronunciar sobre as acusações da Comissão,

Após consulta do Comité consultivo em matéria de acordos, decisões, e práticas concertadas e de posições dominantes,

Considerando o seguinte:

I. INTRODUÇÃO

(1) A presente decisão diz respeito aos acordos concluídos pela Van den Bergh Foods Limited, anteriormente conhecida como HB Ice Cream Limited (seguidamente designada «HB») no que se refere à distribuição dos seus gelados de impulso na Irlanda. A HB prossegue uma política nos termos da qual coloca arcas congeladoras à disposição dos pontos de venda que armazenam os seus gelados, com base num contrato de exclusividade das arcas.

[1] JO 13 de 21.2.1962, p. 204/62.

[2] JO 127 de 20.8.1963, p. 2268/63.

(2) Em 18 de Setembro de 1991, a Master Foods Limited, que opera sob a designação de Mars Ireland (a seguir denominada «Mars») apresentou à Comissão uma denúncia [3] nos termos do artigo 3º do Regulamento nº 17, contra a HB, relativamente ao fornecimento por esta última empresa, a um elevado número de retalhistas, de arcas congeladoras com base num contrato de exclusividade. A Mars alega ser impedida, de forma anticoncorrencial, devido a esta prática, de aceder aos mercados retalhistas para a venda dos seus gelados de impulso na Irlanda.

(3) A Mars entrou no mercado irlandês dos gelados em 1989. Em Abril de 1990, o Tribunal da Relação Irlandês proferiu uma injunção interlocutória a favor da HB, através da qual proibia que os produtos da Mars fossem colocados nas arcas congeladoras da HB. Em Maio de 1992, o High Court [4] emitiu, a favor da HB, uma injunção permanente no sentido de impedir a Mars de pressionar os seus retalhistas a armazenarem os seus gelados nas arcas congeladoras da HB. O Tribunal considerou igualmente que a política de exclusividade em matéria de arcas da HB não era abrangida pelo âmbito da proibição estabelecida no nº 1 do artigo 85º do Tratado CE. Considerou também que o artigo 86º do Tratado CE não tinha sido infringido pelas políticas de exclusividade ou de preços da HB. Contudo, o Tribunal considerou que a HB tinha uma posição dominante no mercado irlandês dos gelados de impulso. A Mars recorreu destas decisões para o Supremo Tribunal de Justiça Irlandês.

(4) Em 22 de Julho de 1992, a Valley Ice Cream (Ireland) Limited («Valley») apresentou à Comissão uma denúncia [5] contra a HB, em termos semelhantes aos da denúncia da Mars. A Valley era um produtor de gelados na Irlanda, mas entrou em liquidação em 1997. Tinha sido, até pouco antes, um dos principais distribuidores dos gelados da Mars na Irlanda.

(5) Em 29 de Julho de 1993, a Comissão concluiu provisoriamente que o sistema de distribuição utilizado na altura pela HB constituía uma infracção aos artigos 85º e 86º do Tratado CE, tendo comunicado as suas acusações à HB. A HB contestou a opinião da Comissão relativamente à legalidade dos seus acordos de distribuição.

(6) Na sua comunicação, a Comissão, embora reconhecendo que os acordos da HB introduziam algumas melhorias na distribuição, considerou que as melhorias eram ultrapassadas pelos efeitos prejudiciais de restrição da concorrência. Contudo, ficou claro que a HB tinha a possibilidade de propor uma alteração dos seus acordos de distribuição de gelados de impulso na Irlanda, no sentido de poder beneficiar de uma isenção nos termos do nº 3 do artigo 85º do Tratado CE. Mantendo a sua posição relativamente à legalidade dos actuais acordos de distribuição, e na sequência de discussões com a Comissão, a HB viria a apresentar tais propostas. Em 8 de Março de 1995, as propostas foram comunicadas à Comissão [6], que posteriormente publicou uma comunicação [7] em que se pronunciava provisoriamente no sentido de as alterações poderem vir a ser objecto de isenção.

(7) Com base nestas propostas e à luz das expectativas expressas pela HB no que se refere aos seus efeitos no mercado, a Comissão anunciou em 15 de Agosto de 1995 [8] a sua intenção de tomar uma decisão favorável relativamente aos acordos de distribuição da HB, tal como comunicados. As alterações não tiveram, no entanto, os resultados esperados em termos de abertura de pontos de distribuição. Tendo em conta este facto e a situação actual do mercado, a Comissão viria a alterar a sua posição inicial (ver considerandos 247 e seguintes). Consequentemente, a Comissão enviou à HB, em 22 de Janeiro de 1997, uma nova comunicação de acusações, a que a HB respondeu por escrito em 24 de Abril de 1997. A HB apresentou igualmente os seus argumentos numa audição realizada em 11 de Junho de 1997.

II. OS FACTOS

1. *O produto*

i) **Os gelados em geral**

(8) As principais matérias-primas para a produção de gelado são, nomeadamente, o leite (incluindo leite magro), a gordura (animal ou vegetal) e o açúcar. Poderão ainda ser adicionados, por exemplo, agentes emulsionantes e estabilizadores, substâncias corantes e aromatizantes, nozes, chocolates e concentrados de frutos. A legislação relativa à definição do produto, rotulagem en conteúdo permitido (coeficiente de ar, etc.) difere ligeiramente consoante os Estados-membros. O conteúdo dos iogurtes congelados, sorvetes o outros gelados à

[3] Processo IV/34073.
[4] Master Foods/HB Ice Cream, [1992] 3 CMLR 830.
[5] Processo IV/34395.
[6] Processo IV/35436.
[7] Comunicado da imprensa da Comissão de 8 de Março de 1995 — IP/95/229.
[8] JO C 211 de 15.8.1995, p. 4; publicação nos termos do nº 3 do artigo 19º do Regulamento nº 17, que contém um resumo das modalidades de distribuição da HB depois de revistas, convidando terceiros interessados a apresentarem as suas observações. Foram recebidas observações da Mars.

base de água e dos gelados creme e mousses de gelado (produzidos com gordura vegetal e sem qualquer componente láctea) é substancialmente diferente do dos gelados em geral.

(9) Os gelados devem ser mantidos a baixa temperatura em todas as fases de produção e distribuição antes do consumo final. O gelado creme constitui uma excepção a esta regra porque é entregue ao retalhista sob a forma de uma mistura cremosa à temperatura ambiente (que é vendida aos retalhistas como um produto «fresco» ou «esterilizado») e apenas é transformado no produto final ao ser processado através de um equipamento de distribuição especial nas instalações do retalhista.

(10) Os gelados podem ser classificados segundo a sua forma de produção e distribuição. Normalmente é feita uma distinção entre o gelado artesanal, por um lado, que é geralmente produzido, distribuído e consumido localmente em pequena escala, e o gelado industrial, por outro lado produzido para ser distribuído em grande escala. Quase todos os gelados produzidos e vendidos na Irlanda são do tipo industrial.

(11) Os gelados podem também ser classificados segundo o local em que são consumidos. Esta classificação inclui normalmente três categorias:

— gelado de «impulso», que consiste em unidades embaladas individualmente (muitas vezes gelados com pau) e porções individuais de gelado servidas na altura, destinadas ao consumo imediato no local da sua aquisição ou na sua proximidade,

— gelado «familiar», incluindo embalagens múltiplas de porções individuais, blocos, potes, produtos para sobremesa, etc., destinado ao consumo em casa,

— gelado para restauração, vendido por grosso aos hotéis, restaurantes, cafés, etc., para consumo integrado no serviço de restauração, nesses locais.

ii) **O gelado de impulso**

(12) O gelado de impulso embalado individualmente é normalmente armazenado em arcas congeladoras de «auto-serviço», colocadas dentro do estabelecimento retalhista ou à porta. As arcas congeladoras estão normalmente numa posição de destaque. Tal como acontece com todos os produtos que dependem de decisões de aquisição impulsivas, a acessibilidade e a visibilidade no ponto de venda constituem factores importantes para a venda de gelado de impulso. Se o produto não estiver acessível ou visível, podem perder-se muitas oportunidades de venda [9] — normalmente, os consumidores de gelados de impulso não se deslocam para comprar um gelado, nem adiam uma decisão de compra. O acesso à distribuição em grande escala é particularmente importante para que os consumidores experimentem novos produtos, estimulando assim a sua procura. Os gelados de impulso embalados individualmente são quase sempre produtos de marca, apoiados por um investimento considerável em publicidade e outras actividades promocionais.

(13) O consumo de gelados de impulso é em grande parte condicionado por factores de ordem sazonal, efectuando-se a maior parte das vendas durante os meses de Verão. Por exemplo, em 1992, cerca de dois terços das vendas de gelados de impulso da HB foram efectuadas durante o período de quatro meses compreendido entre Maio e Agosto. As vendas dependem igualmente, em grande parte, de factores climatéricos.

(14) Embora as crianças constituam um importante grupo de compradores de gelados em porções individuais, a tendência das novas linhas de gelado de impulso industrial são os denominados «gelados de qualidade» ou «gelados de alta qualidade» (termos que normalmente se referem a produtos com um elevado conteúdo de gordura láctea e uma fraca proporção de ar) que se destinam prioritariamente aos consumidores adultos. Trata-se de produtos de preço mais elevado, destinados a um mercado mais amplo, que inclui os adultos e que constitui o segmento do mercado de impulso que regista mais rápido crescimento.

(15) Os gelados em porções individuais servidas na altura são entregues a granel ao retalhista, que normalmente os armazena numa arca congeladora específica e os serve num cone aos clientes. Na Irlanda, este tipo de gelado tem apenas uma importância marginal em termos de vendas.

(16) O gelado creme é entregue ao retalhista sob a forma de uma mistura cremosa a temperatura ambiente, devendo o retalhista processá-la seguidamente através da adição de outros ingredientes e utilizando um equipamento especial de distribui-

[9] A edição de Março de 1996 da revista do sector retalhista «Shelflife» cita da seguinte forma Noel McEneaney, Director de Marketing da HB: «A experiência revela que para cada três pessoas que adquirem um produto de impulso, apenas uma entrou no estabelecimento com a intenção de comprar um gelado. Tentamos maximizar este factor, garantindo que a primeira coisa que o cliente vê quando entra no estabelecimento é uma arca de gelados, quer à entrada, quer perto da caixa registadora».

ção, que a transforma num produto a baixa temperatura que é servido ao cliente. O gelado creme é normalmente servido num cone de bolacha.

(17) Do ponto de vista do produtor, um actividade em larga escala no sector dos gelados de impulso implica uma grande intensidade de capital e riscos comerciais consideráveis devido à sua dependência de condições climatéricas imprevisíveis. Exige elevados níveis de capital de exploração, com vista a financiar a produção antes da estação alta e a armazená-la, o que implica uma logística considerável, e tem grandes requisitos em termos de planeamento em todo o ciclo anual por forma a ser dada uma resposta adequada na breve «estação alta».

2. *O mercado do gelado na Comunidade*

(18) Na Comunidade, os mercados do gelado apresentam características diferentes nos diversos Estados-membros. Por exemplo, o consumo anual de gelado artesanal, varia entre seis litros *per capita* na Itália e menos de meio litro *per capita* em Espanha e ainda menos na Irlanda. A maior parte dos produtos vendidos na Europa provêm de fornecimento industrial. A produção de gelado industrial é mais elevada no Reino Unido e, por ordem decrescente, na Alemanha, Itália e França. As vendas de gelados de impulso, enquanto percentagem do mercado total do gelado, variam também consideravelmente consoante os Estados-membros.

(19) As empresas do Grupo Unilever são os maiores fornecedores de gelados na maior parte dos Estados-membros. No sector de impulso, as empresas do Grupo Unilever são líderes de mercado em todos os Estados-membros, à excepção da Espanha, da Grécia e da Finlândia. Os grupos Nestlé, Artic/Beatrice, Grand Metropolitan e Schöller vendem gelados em mais do que um Estado-membro. Alguns destes grupos de empresas, por exemplo, o grupo Unilever e o grupo Nestlé, desenvolvem a sua actividade em diversos Estados-membros sob diferentes designações.

(20) As legislações nacionais relativas ao conteúdo dos gelados não estão harmonizadas a nível comunitário. As diferenças existentes, principalmente as relativas aos tipos autorizados de gordura láctea e vegetal, poderão originar diferenças materiais nos produtos disponíveis nos diferentes Estados-membros e no que se refere ao respectivo custo. Os preços médios a retalho para gelados similares e mesmo idênticos podem também variar de forma significativa consoante os Estados-membros. Contudo, uma análise da gama de produtos oferecidos pelos fornecedores que desenvolvem a sua actividade em diversos mercados revela que os produtos similares ou idênticos são frequentemente vendidos sob designações de produto ou de marca diferentes. Existe além disso um volume considerável de comércio entre Estados-membros no que se refere aos produtos de gelado.

(21) A prática de fornecer arcas congeladoras aos retalhistas mediante uma condição de exclusividade é utilizada comummente pelos produtores de gelados e distribuidores em toda a Europa, tanto por empresas do grupo Unilever como por muitos dos seus concorrentes.

3. *O mercado irlandês do gelado*

i) **Aspectos gerais**

(22) O consumo de gelado *per capita* na Irlanda é um dos mais elevados da Comunidade. A dimensão total, em termos de volume e de valor, do gelado industrial comercializado na Irlanda é apresentada no quadro seguinte relativo a 1995 e 1996 ([10]):

	1996 (volume) (mil litros)	1996 (valor) (mil libras irlandesas)	1995 (volume) (mil litros)	1995 (valor) (mil libras irlandesas)
Impulso	11 632	46 425	12 297	56 430
Embalagens múltiplas	1 480	5 585	1 388	5 597
Familiar	14 065	28 832	15 542	31 281
Restauração	4 718	11 175	4 756	10 954
Total	31 895	96 523	33 983	104 262

Durante o Verão de 1995, as vendas (em especial de produtos de impulso) beneficiaram das excelentes condições climatéricas. Durante o Verão de 1996, as condições climatéricas comparativamente menos favoráveis explicam o declínio relativo das vendas desse ano. O valor total do mercado do gelado creme ([11]) na Irlanda eleva-se, segundo a HB, a aproximadamente [. . .] (*) de libras irlandesas por ano.

([10]) *Fonte:* AC Nielsen, uma das mais importantes empresas de estudos de mercado. Os dados em valor dizem respeito às vendas a retalho e não correspondem aos dados relativos ao valor bruto das vendas referidos noutros locais; os dados relativos ao valor bruto das vendas não incluem nem a margem do retalhista nem o IVA. Os dados acima apresentados incluem os gelados à base de água.

([11]) Segundo a HB, as informações de mercado deste sector não estão disponíveis publicamente.

(*) Segredo comercial.

ii) **HB**

(23) A HB é o principal produtor e distribuidor irlandês de gelados. A empresa deve a sua posição de principal fornecedor de gelados na Irlanda à aquisição, em 1968, das actividades de gelados do seu principal rival na altura, a Premier Dairies [12]. A partir de 1974, a HB passou a pertencer ao Grupo de empresas Unilever. A empresa foi reestruturada em 1993, passando a denominar-se Van den Bergh Foods Limited, na sequência da fusão da HB Ice Cream Limited com outras empresas do Grupo Unilever. Em 1996, realizou um volume de negócios de cerca de [...] de libras irlandesas. O volume de negócios correspondente de 1995 elevou-se a [...], em 1994 a [...] e em 1993 a [...].

(24) O grupo multinacional de empresas Unilever é um dos principais produtores mundiais de bens de consumo. As duas empresas-mãe, a Unilever NV e a Unilever plc, realizaram em 1996 um volume de negócios mundial consolidado de cerca de 33,5 mil milhões de libras esterlinas. O volume de negócios do Grupo Unilever na Irlanda para o mesmo período elevou-se a 231 milhões de libras esterlinas. As empresas pertencentes ao Grupo Unilever produzem e distribuem gelados em todos os Estados-membros, sendo na maior parte deles o líder de mercado. A política da Unilever nos diversos mercados nacionais de gelado tem consistido em adquirir empresas de gelados locais e desenvolver marcas a nível nacional. Contudo, ultimamente, desenvolveu alguns produtos a nível internacional, nomeadamente o gelado «Magnum» que obteve um enorme êxito.

(25) A HB fornece uma gama completa de gelados, incluindo uma ampla gama de produtos de impulso (nomeadamente produtos de qualidade), muitos dos quais gozam de grande popularidade junto dos consumidores. A maioria dos produtos são produzidos na Irlanda, mas alguns são produzidos por outras empresas de gelados da Unilever e importados pela HB. Os gelados são comercializados sob a marca HB, que é uma marca extremamente conhecida pelos consumidores irlandeses. A HB vende igualmente misturas cremosas à temperatura ambiente aos retalhistas, que seguidamente as transformam em gelado creme.

(26) O volume total de gelado comercializado pela HB na Irlanda é apresentado no quadro que se segue (em milhares de litros):

	1993	1994	1995	1996
Impulso	8 138	8 563	10 170	9 736
Embalagens múltiplas	648	908	1 091	2 664
Familiar	10 392	10 960	11 582	15 344
Restauração	737	1 146	1 189	1 788
Total	19 915	21 577	24 032	23 398

(27) Em 1996, o total, em termos de valor, de gelado de impulso comercializado pela HB elevou-se a [...] de libras irlandesas em valor bruto das vendas, comparativamente com um total comercializado em 1995 de cerca de [...] e em 1994 de cerca de [...].

(28) A HB conseguiu uma quota do mercado do gelado de impulso na Irlanda [13], em termos de valor, de cerca de 85 % durante o período de quatro meses compreendido entre Junho e Setembro de 1996, de 83 % para o mesmo período de 1995, de 77 % para o Verão de 1994 e de 76 % para o Verão de 1993. Em termos de volume, a quota de mercado da HB no Verão de 1996 elevou-se a cerca de 85 %, a 83 % para o período correspondente de 1995 e a 80 % em 1994 e 1993. No período Junho/Julho de 1997, a quota da HB em termos de volume elevou-se a 89 % e a sua quota em termos de valor foi também de 89 %. A HB atribui este aumento da sua quota de mercado, pelo menos em parte, às dificuldades financeiras registadas na Valley e ao termo do acordo de distribuição conjunta entre a Mars e a Valley. A HB considera que a sua quota no mercado dos gelados creme na Irlanda se mantém em cerca de [...] %.

iii) **Outros produtores**

(29) A parte restante do mercado irlandês do gelado é partilhado principalmente entre a Mars, a Valley, a Nestlé, a Leadmore (Ireland) Ltd (seguidamente designada «Leadmore»), a Dale Farm Dairy Group Ltd (seguidamente designada «Dale Farm») e a Häagen Dazs.

a) *Mars*

(30) A Mars é uma filial a 100 % da multinacional norte-americana Mars Incorporated. Enquanto tal,

[12] De um dia para o outro, a quota de mercado de gelados da HB aumentou de 42 % para 80 %. Em contrapartida, a Premier Dairies adquiriu as actividades do sector lácteo da HB.

[13] Estes valores relativos à quota de mercado provêm da AC Nielsen que, para efeitos do seu cálculo, utiliza a mesma definição de mercado que a utilizada na presente decisão, com excepção da inclusão dos gelados à base de água. Contudo, o facto destes gelados serem incluídos não afecta de forma significativa a proporção de quotas de mercado dos diversos participantes.

faz parte de um grupo internacional com filiais na maior parte dos Estados-membros. A Mars entrou pela primeira vez no mercado do gelado ao adquirir a Dove, uma empresa de gelados norte-americana. Baseando-se no prestígio de que gozam as suas marcas de confeitaria, a Mars desenvolveu versões em gelado de algumas dessas marcas, alargando-as assim a outra categoria de produtos. A Mars produz todos os seus gelados para o mercado europeu nas suas instalações de produção em França (Doveurope SA) e utiliza as mesmas designações de produto em todos os Estados-membros. Lançou pela primeira vez gelados na Europa em 1988.

(31) A Mars iniciou em 1989 a venda de gelados na Irlanda, tanto embalados individualmente como em embalagens múltiplas. O facto de a marca gozar de grande prestígio junto dos consumidores reduziu os custos do lançamento no mercado. A gama de gelados oferecida pela Mars limita-se a um pequeno número de produtos, situando-se quase todos no segmento de mercado dos gelados de qualidade (com elevado preço) e que se destinam principalmente aos consumidores adultos.

(32) A quota de mercado da Mars, em termos de valor, no que se refere ao gelado de impulso na Irlanda durante o período compreendido entre Junho e Setembro de 1996 foi de cerca de 6 %, tendo descido dos 7 % atingidos no mesmo período em 1995, dos 10 % relativos ao Verão de 1994 e dos 14 % em 1993. As quotas de mercado da Mars, em termos de volume, são um pouco mais reduzidas, o que reflecte o facto de os produtos que oferece serem de elevada qualidade. No Verão de 1995 e de 1996 alcançou cerca de 4 %, tendo registado 6 % no Verão de 1994 e 8 % em 1993. No período Junho/Julho de 1997, a quota de mercado da Mars em termos de volume elevou-se a 4 % e em termos de valor a 5 %.

b) *Valley*

(33) Até à sua liquidação em Outubro de 1997, a Valley fornecia uma ampla gama de gelados de impulso, embora não oferecesse produtos de categoria elevada. A Valley atravessou grandes dificuldades financeiras, incluindo a sua liquidação e subsequente reconstituição em 1985. No Verão de 1996 registava uma quota de mercado (em termos de valor) de cerca de 6 %, comparativamente com uma quota de 7 % em 1994 e 1995 e de 5 % em 1993. A sua quota de mercado em termos de volume elevou-se a cerca de 8 % em 1996, face aos 9 % registados no ano anterior. No período Junho/Julho de 1997, a quota de mercado da Valley em termos de volume elevou-se a 3 % e em termos de valor foi de 2 %. Desde 1989 até inícios de 1997, a Valley foi o principal distribuidor dos gelados de impulso da Mars.

c) *Nestlé*

(34) A Nestlé é uma empresa multinacional com filiais no sector dos gelados na maior parte dos Estados-membros. A Nestlé entrou no mercado irlandês em 1994 e alcançou uma quota de mercado em termos de valor e de volume de cerca de 2 % em 1995 e 1996, face a 1 % registado em 1994. No período Junho/Julho de 1997, as quotas de mercado da Nestlé, tanto em termos de volume como de valor, elevaram-se a 2 %.

d) *Häagen-Dazs*

(35) A Häagen-Dazs (que pertence ao grupo de empresas Grand Metropolitan) entrou no mercado do gelado de impulso irlandês em 1993 com uma gama limitada de gelados «de alta qualidade» e de elevado preço. A sua quota no mercado dos gelados de impulso é muito reduzida e não é calculada separadamente pela Nielsen.

e) *Dale Farm*

(36) A Dale Farm, uma filial da empresa de produtos lácteos britânica Northern Foods, é uma empresa principalmente implantada na Irlanda do Norte, sendo a líder de mercado nessa área; distribui os seus gelados através de empresas franqueadas independentes e de agentes. No Verão de 1995 e de 1996 atingiu uma quota de mercado em termos de volume e de valor de 1 %, tendo registado apenas 0,5 % em 1994. No período Junho/Julho de 1997, a quota de mercado da Dale Farm, tanto em termos de volume como em termos de valor, elevou-se a 1,5 %. A Dale Farm distribui igualmente produtos da Mars, embora estes lhe sejam fornecidos pela filial da Mars no Reino Unido e não pela filial irlandesa desta empresa.

f) *Leadmore*

(37) A Leadmore é um produtor regional de gelados. Em Dezembro de 1994, a Leadmore Ice Cream Ltd entrou em liquidação judicial. Foi adquirida enquanto empresa em actividade pelo administrador da massa falida em Maio de 1995 e reconstituída com a denominação de Leadmore (Ireland) Ltd. A Leadmore atingiu uma quota de mercado em termos de valor de cerca de 0,5 % no Verão de 1995 e de 1996 e em Junho/Julho de 1997, face a uma quota de 3 % no Verão de 1994. A Leadmore desenvolve principalmente a sua actividade numa área geográfica limitada.

g) *Fornecedores de misturas cremosas*

(38) Para além da HB (ver *supra*) os principais fornecedores de misturas cremosas na Irlanda são a R&F Martin (que desenvolve a sua actividade sob a designação Angelito's), com uma quota de mercado estimada em 35 %, a Pritchards, com uma quota estimada em 20 % e outros fornecedores como a Leepatrick Dairies e a Dawn Dairies com quotas de mercado mais reduzidas.

4. *Canais de distribuição dos gelados de impulso na Irlanda*

i) **Aspectos gerais**

(39) Na Irlanda, o gelado de impulso industrial é distribuído aos consumidores através de uma vasta gama de retalhistas e de outros estabelecimentos que vão desde as mercearias, comércio retalhista «tradicional» (muitas vezes referido como «TCQ» — tabacarias, confeitarias e quiosques), estações de serviço, até aos pontos de venda em locais de diversão e de lazer. Os estabelecimentos mais importantes para as vendas de impulso são, de longe, o comércio retalhista tradicional, as mercearias (incluindo os grupos em regime de franquia) e as estações de serviço; os estudos da AC Nielsen relativos ao mercado dos gelados na Irlanda para o Verão de 1992 e para Abril/Maio de 1995 ([14]) ilustram bem esta situação, apresentando a seguinte discriminação (em termos de valor) dos gelados de impulso vendidos através dos diversos canais retalhistas:

	Junho/Julho de 1992	Agosto/ /Setembro de 1992	Abril/Maio de 1995
Estabelecimentos múltiplos	3 %	4 %	2 %
Mercearias	60 %	59 %	55 %
TCQ/Estações de serviço	37 %	37 %	43 %

(40) O recenseamento do comércio retalhista da AC Nielsen para 1991 e 1994 revelava a seguinte estrutura de estabelecimentos retalhistas para o comércio alimentar e de confeitaria (número de estabelecimentos):

	1991	1994
Estabelecimentos múltiplos	154	160
Grupos em regime de franquia	999	1 015
Mercearias	6 069	5 652
TCQ	1 864	1 863
Estações de serviço	1 186	979
Total	10 272	9 669

([14]) O estudo da Nielsen relativo ao gelado de impulso constitui a única fonte regular fiável de dados de mercado relativos à distribuição de gelado de impulso na Irlanda. Os estabelecimentos incluídos no denominado «universo» da Nielsen correspondem aos analisados no seu estudo relativo à confeitaria tradicional e excluem alguns pontos de venda marginais de gelados tais como cinemas, teatros e quiosques de gelados.

(41) Como se pode verificar, a estrutura sofreu poucas alterações durante este período de três anos, com excepção de um declínio no número de mercearias. A maior parte destes estabelecimentos vendem gelados de impulso. Em 1994, a percentagem era de 95 %. A HB considera que o número de estabelecimentos retalhistas que vendem gelados de impulso se eleva a 9 454, com base nos dados da AC Nielsen (1997).

(42) Os estabelecimentos múltiplos (uma categoria de estabelecimentos que inclui essencialmente supermercados) vendem principalmente gelados em embalagem familiar, incluindo embalagens múltiplas; estes gelados são frequentemente armazenados, tal como os produtos congelados, nas arcas congeladoras propriedade dos retalhistas. De notar igualmente que na Irlanda, nalgumas mercearias mais pequenas, os gelados de impulso e as embalagens familiares podem ser vendidos nos mesmos estabelecimentos em que são armazenados nas mesmas arcas congeladoras.

(43) É evidente que os estabelecimentos retalhistas normais dispõem de um espaço limitado para a colocação de arcas congeladoras. Os estabelecimentos mais importantes para a venda de gelados de impulso são normalmente de pequenas dimensões, estando consequentemente sujeitos a limitações específicas em termos de espaço. O gelado de impulso é um produto marginal para a maior parte dos retalhistas, uma vez que apenas representa uma proporção limitada do volume de negócios e dos lucros do estabelecimento, e concorre em termos de espaço de venda com um leque de outros produtos (impulso ou não impulso), muitos dos quais têm a vantagem de não variarem em termos de vendas em função das estações do ano, podendo assim proporcionar maiores vendas anualmente, por unidade de área ([15]). De acordo com as informações fornecidas pela HB, os gelados representam apenas 8,5 %, em valor, das vendas totais dos produtos «de impulso» na Irlanda (confeitaria, refrigerantes, *snacks* e gelados). Além disso, o espaço disponível num estabelecimento não tem o mesmo valor para a venda de produtos de impulso: a visibilidade do produto constitui neste caso um factor essencial (ver nota de pé-de-página 9 *supra*).

(44) O acesso à distribuição é normalmente avaliado em termos de: a) «distribuição não ponderada (numérica)», ou seja, a percentagem de estabelecimentos que oferece gelados de impulso, nos casos em que estão disponíveis produtos de um fabricante e b) «distribuição ponderada», ou seja, a percentagem de estabelecimentos que oferece gelados de impulso, nos casos em que os produtos de um determinado fabricante estão disponíveis, ponderada em termos do volume de negócios relativo

([15]) O estudo de mercado realizado pela Lansdowe no Verão de 1996, descrito pormenorizadamente *infra*, concluiu que existia apenas uma movimentação mínima de congeladores em função da variação da procura sazonal (ver considerando 97 *infra*).

aos gelados de impulso. Embora a distribuição ponderada seja normalmente considerada a melhor forma de avaliar os níveis de distribuição de uma empresa, no caso dos produtos de impulso a distribuição numérica é particularmente relevante: é o indicador mais fiável do nível de disponibilidade (e acessibilidade) do produto junto dos consumidores. A importância de níveis elevados de distribuição numérica é mais pronunciada nos casos em que os produtos de impulso estão a ser lançados no mercado pela primeira vez, aumentando assim a possibilidade de os consumidores experimentarem o produto pelo menos uma vez.

ii) **HB**

(45) Os gelados da HB estão disponíveis em todas as categorias de canais de distribuição referidas no considerando 39 *supra*. A HB vende os seus gelados de impulso a um total de [. . .] clientes. [. . .] clientes da HB ([. . .] %) realizam um volume de negócios anual com os gelados de impulso da HB inferior a 1 500 libras irlandesas.

(46) Segundo os estudos da AC Nielsen realizados na Irlanda durante os últimos anos, a HB registou cerca de 79 % de distribuição numérica e 94 % de distribuição ponderada para os seus gelados de impulso, no período compreendido entre Agosto e Setembro de 1995. Tal significa que os seus produtos foram vendidos a partir de 79 % dos estabelecimentos em termos numéricos [16] e que os produtos de impulso da HB foram vendidos a partir de estabelecimentos que representavam 94 % do total das vendas de gelados de impulso na Irlanda. Os dados são praticamente iguais para o período Junho/Julho do mesmo ano, tendo a quota ponderada sido de 95 %. Em Junho/Julho de 1994, os valores da distribuição numérica e ponderada da HB elevaram-se respectivamente a 78 % e 92 %. Em Agosto/Setembro do mesmo ano, esta percentagem foi de 79 e 93 %. No período compreendido entre Junho e Julho de 1996, a distribuição numérica da HB elevou-se a 82 % e a sua quota ponderada a 96 %; em Agosto/Setembro de 1996, os dados mantiveram-se inalterados, mas em Junho/Julho de 1997 a distribuição numérica da HB elevou-se a 85 % e a sua quota ponderada a 97 %.

iii) **Mars**

(47) Segundo a AC Nielsen, a Mars registou cerca de 35 % no que se refere à distribuição numérica e 48 % relativamente à distribuição ponderada para os seus gelados de impulso no período Agosto/ /Setembro de 1995. Os dados são os mesmos para o período Junho/Julho do mesmo ano. Em Junho/ /Julho de 1994, os valores relativos à distribuição numérica e ponderada da Mars foram respectivamente de 36 % e 56 %. Nos meses de Agosto e Setembro do mesmo ano, esses valores alcançaram 34 e 52 %. No período Junho/Julho de 1996, a distribuição numérica da Mars elevou-se a 32 % e a sua quota ponderada a 43 %; em Agosto/Setembro de 1996, a percentagem numérica foi de 31 % e a quota ponderada permaneceu inalterada. Em Junho/Julho de 1997, a distribuição numérica foi de 30 % e a quota ponderada de 40 %.

(48) A Mars considera (com base num estudo realizado pela sua força de vendas na altura) que, antes da injunção interlocutória proferido pelo Tribunal da Relação Irlandês em 1990 (que se tornou permanente após recurso — ver considerando 3 *supra*), que proíbe a Mars de induzir os retalhistas a armazenarem gelados da Mars nas arcas congeladoras da HB, havia atingido um nível de cerca de 42 % na distribuição numérico, no mercado de gelados de impulso na Irlanda. Este nível foi atingido durante os primeiros meses do lançamento dos seus produtos no mercado irlandês e foi alcançado, em larga medida, devido ao facto de a Mars ter colocado os seus produtos nas arcas congeladoras da HB. Na sequência da injunção, a Mars considera que o seu nível de distribuição caiu para menos de 20 %.

iv) **Outros produtores**

(49) A Valley atingiu um valor de distribuição numérica em Agosto/Setembro de 1995 de 29 % e uma distribuição ponderada de 36 % durante o mesmo período. Em Junho/Julho de 1995, esta percentagem era respectivamente de 30 e 37 %. Em Junho/Julho de 1994, a percentagem foi respectivamente de 28 e 39 %; em Agosto/Setembro de 1994 de 29 e 39 %, respectivamente. Em Junho/ /Julho de 1996, a distribuição numérica da Valley atingiu 26 % e a quota ponderada 31 %; em Agosto/Setembro de 1996, o valor ponderado elevou-se a 30 % e a quota numérica permaneceu inalterada. Em Junho/Julho de 1997 a distribuição numérica desceu para 20 % e a quota ponderada para 19 %.

(50) A Nestlé atingiu em Agosto/Setembro de 1995 uma distribuição numérica de 20 % e uma distribuição ponderada de 25 %. Em Junho/Julho de 1995 estas percentagens elevaram-se respectivamente a 20 e 26 %. Em Junho/Julho de 1994 foram respectivamente de 19 e 18 %; em Agosto/ /Setembro de 1994 elevaram-se a 20 e 19 %, respectivamente. Os valores atingidos na distribuição da Nestlé em 1994 deveram-se apenas às vendas de uma das suas gamas de produtos, «Fruit Pastilles». Em Junho/Julho de 1996 a distribuição numérica da Nestlé atingiu 19 % e a sua quota ponderada 24 %; em Agosto/Setembro de 1996, a

[16] Os dados reais relativos à distribuição não ponderada/ /numérica são ligeiramente superiores, uma vez que nem todos os estabelecimentos analisados armazenam gelados de impulso. Por exemplo, apenas 93 % de todos os estabelecimentos analisados durante este período de tempo vendiam gelados de impulso. Neste caso, consequentemente, é mais rigoroso ajustar o valor de 79 % para 79/93 = 85 %. Poderá ser feito um ajustamento semelhante para todos os períodos, mas tal não foi realizado para efeitos da presente decisão. Esta distorção não existe no que se refere ao valor ponderado.

distribuição numérica foi de 18 % e a quota ponderada de 25 %. Em Junho/Julho de 1997 a sua distribuição numérica elevou-se a 20 % e a sua quota ponderada desceu para 21 %.

(51) A Dale Farm registou valores de distribuição numérica, em Agosto/Setembro de 1995, de 11 % e de distribuição ponderada no mesmo período de 12 %. Em Junho/Julho de 1995 estas percentagens elevaram-se, ambas, a 11 %. Em Junho/Julho de 1994 foram respectivamente de 5 e 6 %; em Agosto/Setembro de 1994 elevaram-se a 4 e 6 %, respectivamente. No período Junho/Julho de 1996 a distribuição numérica da Dale Farm elevou-se a 9 % e a sua quota ponderada a 8 %; em Agosto/Setembro de 1996, a percentagem numérica foi de 8 % e a quota ponderada de 7 %. Em Junho/Julho de 1997, a quota numérica elevou-se a 11 % e a quota ponderada a 11 %.

(52) Antes da sua entrada em liquidação no final de 1994, a Leadmore havia registado em Junho/Julho de 1994 uma percentagem de distribuição numérica de 17 % e uma percentagem de distribuição ponderada de 15 %. No mesmo período de 1995, a sua distribuição numérica elevou-se a cerca de 10 %. No período Junho/Julho de 1996, a distribuição numérica da Leadmore foi de 7 % e a sua quota ponderada de 6 %. Em Junho/Julho de 1997 a quota numérica foi de 4 % e a quota ponderada de 7 %.

5. *Modalidades de distribuição de gelado de impulso na Irlanda, em geral*

(53) A distribuição em larga escala de gelado industrial exige, nomeadamente, uma entrega frequente, utilizando transporte refrigerado a partir da fábrica até ao estabelecimento de venda ou ao estabelecimento de restauração que, por seu turno, deverão dispor de instalações de armazenagem a frio (normalmente arcas congeladoras). Um produtor de gelados precisa, quer criar a sua própria rede de distribuição de produtos congelados, quer celebrar um acordo que lhe permita aceder a uma rede de distribuição de outro produtor de gelados ou de um grossista. O distribuidor deve assegurar entregas frequentes e uma resposta rápida às encomendas, principalmente no Verão.

(54) Na Irlanda, tradicionalmente, os fabricantes que fornecem gelados de impulso colocam arcas congeladoras à disposição do retalhista «gratuitamente» (ou seja, sem quaisquer custos directos) e no âmbito de acordos relativos às arcas congeladoras, nos termos dos quais o retalhista se compromete a utilizar exclusivamente as arcas congeladoras para armazenagem dos produtos do fornecedor (cláusula de exclusividade); esta situação é ilustrada pelo estudo de mercado apresentado *infra* (ver considerandos 90 e 91). O fornecedor presta normalmente um serviço de manutenção das arcas congeladoras também «gratuitamente» (sem encargos directos). Os produtores fornecem frequentemente a maior parte dos seus produtos directamente aos retalhistas, por vezes através de agentes, sem recorrerem a intermediários independentes; as actividades grossistas no sector dos gelados são de pequena dimensão na Irlanda.

(55) Até 1996, ano em que a HB cedeu uma parte da sua frota de arcas congeladoras (ver considerandos 72 e 73 *infra*) havia aparentemente na Irlanda um número muito reduzido de arcas congeladoras propriedade dos retalhistas para armazenagem e venda de gelados de impulso, tal como o revela o estudo de mercado a seguir descrito (considerando 85 e seguintes).

6. *Acordos de distribuição da HB no que se refere aos gelados de impulso na Irlanda*

i) **Aspectos gerais**

(56) A HB possui e fornece directamente 80 % dos pontos de vendas dos seus gelados na Irlanda. O fornecimento é feito directamente à arca, quer esta seja propriedade da HB quer não. A HB dispõe de depósitos regionais a partir dos quais é assegurada a distribuição local, através da sua própria frota de camionetas congeladoras. Os restantes 20 % dos pontos de venda são abastecidos através de oito agentes locais diferentes que procedem à distribuição em nome da HB; os acordos celebrados com estes distribuidores são já antigos e decorrem das dificuldades logísticas da HB em assegurar a cobertura geográfica de todos os pontos de venda através da distribuição directa. No mercado irlandês, apenas a HB dispõe de uma rede de distribuição integrada verticalmente em todo o país.

(57) A HB concede descontos, em função do volume de negócios, para a compra dos seus gelados (não aplicável ao gelado creme). Estes descontos são concedidos de acordo com uma escala gradual que varia entre um desconto de 2 % para aquisições de 1 350 libras irlandesas a 2 750 libras irlandesas, até um desconto de 11 % para aquisições iguais ou superiores a 26 601 libras irlandesas (1997). Os descontos são concedidos a todos os retalhistas de gelados da HB, independentemente da propriedade das arcas congeladoras.

ii) **Fornecimento de arcas congeladoras**

a) *Arcas congeladoras exclusivas da HB*

(58) Há muitos anos que a HB fornece aos retalhistas arcas congeladoras para armazenar e expor os gelados de impulso no ponto de venda [17]. As arcas congeladoras são quer emprestadas ao retalhista sem qualquer encargo directo (ver conside-

[17] É também permitida a armazenagem de gelados da HB em embalagens familiares.

randos 76 a 79) quer alugadas mediante uma renda anual nominal (1 libra irlandesa), que não é cobrada. A manutenção e reparação das arcas é também assegurada pela HB. A HB não fornece aos retalhistas o equipamento de distribuição necessário para o processamento de gelado creme.

(59) As arcas congeladoras são fornecidas no âmbito de um contrato-tipo celebrado entre a HB por um lado e o retalhista por outro. As principais disposições do acordo relativo às arcas congeladoras são:

— a HB aceita colocar uma arca congeladora à disposição do retalhista, embora continue a ser a sua proprietária; a HB compromete-se a assegurar a sua manutenção (salvo quando os danos forem provocados por má utilização da arca congeladora ou por negligência por parte do retalhista),

— a arca congeladora deverá ser exclusivamente utilizada para armazenar produtos fornecidos pela HB e destinados à venda; assim, nenhum produto produzido ou fornecido por um terceiro deverá ser vendido ou posto à venda na arca congeladora ou aí armazenado,

— o acordo é passível de rescisão a qualquer momento, por qualquer das partes, mediante um pré-aviso de dois meses [18],

— o retalhista compromete-se a colocar a arca congeladora numa posição de destaque nas suas instalações. Apenas o material publicitário da HB poderá ser afixado no cimo ou nos lados da arca congeladora.

(60) O número de retalhistas com os quais a HB concluiu este tipo de acordos (ou seja, os que contêm uma condição de exclusividade) eleva-se a 7 907 (1997). A HB forneceu uma discriminação dos seus acordos relativos às arcas congeladoras:

	1995	1996 [1]	1997
Mercearias	10 224	8 420	8 315
TCQ	1 749	1 440	1 410
Estações de serviço	1 170	951	925
Outros pontos de venda	323	487	500
Total	13 453	11 298	11 150

[1] Estes dados reflectem a situação em Setembro de 1996 e tomam em consideração as arcas congeladoras cedidas pela HB em 1995 e 1996 (ver considerandos 72 e 73).

(61) A HB dispõe presentemente de [. . .] arcas congeladoras instaladas em estabelecimentos na Irlanda, na parte da frente da loja [19] (1997). Em 1995, a HB realizou um volume de negócios de [. . .] de libras irlandesas em pontos de venda com que tinha celebrado acordos relativos às arcas congeladoras, o que representa cerca de [mais que 95 %] do total dos gelados de impulso comercializados pela HB na Irlanda nesse ano (ver considerando 27 *supra*). Em 1994, a HB realizou um volume de negócios de [. . .] de libras irlandesas em pontos de venda com os quais tinha celebrado acordos relativos às arcas congeladoras, o que também representou cerca de [mais que 95 %] do total de gelados de impulso comercializados pela HB na Irlanda nesse ano.

(62) Não tem sido política da HB fornecer uma arca congeladora a qualquer ponto de venda que se proponha armazenar os seus gelados. Com efeito, a empresa baseia-se em critérios financeiros e comerciais [20]. Os critérios financeiros baseiam-se na ponderação dos custos marginais para a HB, decorrentes da aceitação de um novo ponto de venda, e numa rendibilidade aceitável desse investimento. Por conseguinte, é necessário proceder a uma avaliação a) do custo líquido da arca congeladora para a HB e b) da sua margem variável sobre as vendas de gelados proprocionadas pela existência da arca nesse estabelecimento. Os critérios comerciais são expressos sob a forma de um objectivo anual de vendas, baseado num volume de negócios mínimo previsto para o ponto de venda em questão.

(63) A HB, ao contrário dos retalhistas individuais e mesmo dos grandes grupos de compras, suporta o custo da aquisição e da manutenção das arcas congeladoras, o que lhe permite realizar economias globais significativas. Uma vez que faz parte do grupo Unilever (que adquire um elevado número de arcas congeladoras por ano), a HB obtém descontos significativos relativamente a estas aquisições em larga escala. A título ilustrativo, os custos de instalação (incluindo a entrega, a armazenagem, a manipulação, etc.) em que incorre um retalhista ao adquirir uma arca congeladora normal de 1 metro, seriam muito mais elevados do que os custos de instalação que a HB suporta para fornecer a mesma arca. A HB dispõe de pessoal especializado próprio para a manutenção e reparação das arcas congeladoras, recorrendo igualmente a empresas especializadas locais. Em 1994, 1995 e 1996 as despesas da HB relativas às arcas congeladoras (incluindo aquisição, instalação, manutenção, controlo e amortização) elevaram-se, respectivamente, a [. . .] %, [. . .] % e [. . .] % do volume de negócios que realizou com os gelados de impulso.

[18] Contudo, a HB referiu que, na prática, não aplica a exigência de pré-aviso de dois meses aos retalhistas que desejem pôr termo ao acordo com um pré-aviso inferior ou mesmo sem pré-aviso.

[19] Algumas arcas congeladoras poderão estar instaladas na retaguarda do estabelecimento, para fins de armazenagem.

[20] Contudo, a HB referiu que, na prática, nem sempre exige um cumprimento estrito destes critérios como condição para receber uma arca congeladora da HB.

(64) A importância que o Grupo Unilever atribui à política de fornecimento de arcas congeladoras em regime de exclusividade foi evidenciada de forma clara na sequência da entrada a Mars no mercado europeu no final dos anos 80. Os extractos que se seguem (considerandos 65 a 68), retirados de documentos da empresa, revelam quanto era fundamental para a Unilever a manutenção da exclusividade das arcas congeladoras nessa altura.

(65) Num documento do Grupo Unilever datado de 3 de Setembro de 1990 e intitulado «Mars position in Europe and the FPC [21] response», sob o título «Abordagem estratégica», um dos pontos abordados realçava a necessidade de «... tudo fazer para manter a exclusividade das arcas congeladoras».

(66) Num outro documento FPC com data de Abril de 1989 e com o título «European Ice Cream Marketing Strategy», é feita referência à importância da exclusividade das arcas congeladoras, mantendo a sua propriedade: «Devemos manter *a propriedade da arca congeladora*, nomeadamente quando a distribuição é efectuada por terceiros, com vista a conservar, tanto quanto possível através de *contratos de exclusividade*, o monopólio de utilização das arcas e, consequentemente, o monopólio das vendas de gelados nesse ponto de venda.».

(67) A acta da reunião dos directores de *marketing* realizada em Roterdão (um documento FPC) em Novembro de 1989, contém a seguinte informação: «A HB conseguiu que a Mars passasse a utilizar apenas 400 pontos de vendas da HB (4,2 %), relativamente ao pico registado em Agosto, de 1 920 arcas (29,7 %), criando para o efeito um grupo de trabalho especial. Nalguns casos, a HB "pagou" a saída da Mars desses pontos de venda. Foi também utilizada a transferência para outras instalações de refrigeração no estabelecimento e procedeu-se a retiradas muito selectivas de arcas congeladoras ...»; sob o título «Mars, e agora?» afirma-se o seguinte: «Para realizar economias de escala na produção, a Mars precisa de conseguir aumentos de volume significativos. Precisa de ultrapassar a barreira da distribuição ... negar à Mars o acesso à distribuição constitui o melhor meio de impedir a sua penetração no mercado ...».

(68) Num documento sobre estratégia interna da Unilever intitulado «Frozen products Coordination, Sales Directors Conference, June 1990, Vienna, Highlights and Follow-up Action», é salientada a importância da exclusividade das arcas congeladoras. No ponto intitulado «Exclusividade» foi afirmado: «Estamos todos conscientes de que, em muitos países, uma das razões do nosso êxito — a EXCLUSIVIDADE — se encontra agora ameaçada:

— exclusividade a nível do concessionário e do distribuidor,

— exclusividade nos pontos de venda e relativamente às arcas congeladoras.».

b) *Revisão de política em matéria de arcas congeladoras*

(69) À luz da comunicação de acusações da Comissão de 29 de Julho de 1993 (ver considerando 5), e na sequência de discussões realizadas com a Comissão, a HB reviu os seus acordos de distribuição. Os novos acordos foram comunicados à Comissão, no âmbito de um pedido de certificado negativo ou, subsidiariamente, de uma isenção (ver considerando 6). Os acordos revistos incluem um contrato-tipo nos termos do qual a HB continua, mediante pedido, a fornecer aos retalhistas, arcas congeladoras em regime de exclusividade, tal como acima descrito (considerandos 58 e 59), e também as condições-tipo da HB no que se refere às vendas e às tabelas de descontos (ver considerando 57); estas condições incluem agora um novo regime de preços no que se refere aos gelados (ver considerandos 76-79) e a introdução de um regime de locação-venda (ver considerandos 70 e 71) destinado a facilitar a aquisição de arcas congeladoras por parte dos retalhistas.

(70) A HB introduziu no âmbito de um contrato-tipo, e como alternativa à aceitação de uma arca congeladora da sua propriedade, um regime de locação-venda destinado a permitir que os retalhistas adquiram a sua própria arca congeladora. As arcas são propostas ao preço grossista, a que a HB as adquiriu, o que é comprovado através de uma factura do fornecedor independente das arcas. Nos termos deste regime, é oferecida aos retalhistas uma arca com um metro, de topo transparente, podendo cada ponto de venda dispor de uma arca em qualquer altura. As condições do regime estão publicadas nas listagens de preços da HB e no material de promoção relevante. O pagamento é efectuado durante um período máximo de cinco anos; as condições de pagamento antecipado sem penalização são claramente expostas aos retalhistas. A taxa de juro é a taxa de juro em vigor para a locação-venda na Irlanda [22]. A arca deverá ser

[21] Frozen Products Coordination.

[22] Deverá ser determinada de acordo com critérios objectivos — por exemplo, a taxa de empréstimo do Banco da Irlanda aplicada às pequenas empresas.

exclusivamente utilizada para armazenagem de produtos da HB apenas durante o período de pagamento. A manutenção é assegurada pela Unilever durante o período de pagamento, e durante este período os adquirentes poderão solicitar o montante fixo ao abrigo do sistema diferenciado de preços (ver considerandos 76-79), deduzidos os custos de manutenção ([23]).

(71) A Unilever informou a Comissão que estava convicta de que o regime iria «ser interessante para os retalhistas e incentivá-los a adquirirem as suas próprias arcas congeladoras». Desde a introdução do regime de locação-venda na Irlanda no início de 1995, nenhum retalhista aproveitou a oferta.

(72) A fim de que um número significativo de pontos de venda pudesse ser desvinculado a curto prazo, das suas obrigações, a Unilever comprometeu-se junto da Comissão a garantir a venda de uma arca congeladora *in situ* na frente do estabelecimento, com um período de vida suficiente, a um número significativo de retalhistas (cerca de 20 %) que na altura (Dezembro de 1994) dispunham de uma arca congeladora; no total, deveriam ser vendidas 1 750 arcas. Ora, na realidade, não foram vendidas mais de 400 arcas aos estabelecimentos com um volume de negócios anual de gelados de impulso da HB inferir a 650 libras irlandesas, e não foi vendida qualquer arca a estabelecimentos com um volume de negócios anual, referente a estes produtos, inferior a 400 libras irlandesas. A partir do momento da venda, o retalhista seria elegível para um montante fixo anual ao abrigo do sistema diferenciado de preços (ver considerandos 76-79). A venda deveria ser efectuada a retalhistas que na altura apenas possuíssem uma única arca da HB. O preço deveria ser fixado a um nível que assegurasse a realização deste objectivo. As vendas deveriam ser efectuadas de uma vez só, em 1995 e 1996, devendo ser repartidas de forma semelhante entre os dois anos, e devendo ser assegurada uma cobertura geográfica razoável. A venda das arcas deveria constituir o arranque de um processo no termo do qual todos os retalhistas passariam a ser proprietários das suas arcas. A Unilever afirmou que o efeito da medida seria «possibilitar, para a época de 1995, uma alteração visível e material no mercado relevante. Esta situação constituirá o ponto de partida do processo acima referido, cuja evolução futura deverá ser garantida pela dupla estrutura de preços e pelo regime de locação-venda».

([23]) Em 1995, calculou-se que o custo de manutenção se elevava a [. . .] libras irlandesas e, desta forma, o montante pago aos adquirentes foi de [. . .] libras irlandesas por ano. A HB deverá ser flexível no que se refere ao pagamento do bónus aos adquirentes que optarem pela locação-venda durante 1995.

(73) Nos termos deste compromisso, a HB cedeu [. . .] arcas em [. . .] pontos de venda desde o início de 1995; quase todas estas cessões foram efectuadas durante o primeiro semestre de 1996 ([24]) e, na maior parte dos casos, as arcas foram cedidas aos retalhistas [. . .]. Segundo a HB, 1 750 das arcas cedidas foram-no de acordo com as condições referidas no considerando 72. Quase todas as arcas cedidas eram modelos/tipos que a HB não tinha instalado, nos novos pontos de venda, pelo menos durante os últimos [. . .] anos. A idade média das arcas cedidas é um pouco inferior a [. . .] anos ([25]). Nem todas as arcas vendidas haviam sido instaladas em pontos de venda retalhistas; algumas ([. . .] de acordo com a HB) estavam instaladas em escolas, cantinas de pessoal, piscinas e locais semelhantes. Mais de [. . .] clientes adquiriram mais de que uma arca no âmbito deste regime. A HB concentrou as suas cessões no que descreve como o sector dos pequenos estabelecimentos. Segundo a HB, o volume de negócios total, relativo ao gelado de impulso, de todos os estabelecimentos que adquiriram arcas desta forma, eleva-se a aproximadamente [. . .] de libras irlandesas.

c) *Instalações recentes de arcas congeladoras e proliferação de produtos*

(74) Em 1994, a HB intensificou a modernização da sua frota de arcas congeladoras, substituindo muitos dos antigos modelos de arcas ([26]). Em 1993, foram instaladas em pontos de venda [. . .] novas arcas; em 1994, [. . .]; em 1995, [. . .]; em 1996, até Agosto, [. . .]. Na generalidade, as novas arcas necessitam de mais espaço nos pontos de venda dos retalhistas (embora sejam, nalguns casos, de menor volume), não só por terem uma área superior, mas também porque muitas delas são arcas tipo «ilha» que não podem estar juntas a outras instalações do estabelecimento ou encostadas às paredes. A HB, refere-se à evolução das características da sua frota de arcas, justificando-a devido à «popularidade crescente do modelo de arca tipo ilha, em larga medida em detrimento dos modelos

([24]) Em 1995 foram apenas vendidas [. . .] arcas, a maior parte das quais na última parte do ano.

([25]) A vida média de uma arca, segundo a HB, é de dez anos; a HB amortiza as arcas ao fim de oito anos.

([26]) A HB afirma que «realizou um programa destinado a manter a imagem da marca HB e a visibilidade de toda a gama dos seus produtos, nomeadamente ao substituir as arcas congeladoras mais antigas por unidades mais modernas»; a Mars afirma que «a Unilever realizou um programa excepcional de colocação de arcas congeladoras em 1994 e 1995; uma comparação entre os dois estudos da Rosslyn revela que a taxa de substituição em 1994/1995 foi superior em mais de 230 % à taxa verificada em 1990/1991». A Mars prossegue referindo que «as novas arcas congeladoras da Unilever são todas de maiores dimensões do que as anteriores (com excepção de um tipo que não tem sido muito utilizado)».

Visitop e de tampa fechada», a «um aumento gradual na percentagem de arcas com uma largura superior a um metro» e a «uma redução gradual na dimensão global das arcas tomando em consideração a largura, o comprimento e a altura». Segundo a HB, estas características são explicadas por «dois factores fundamentais»: «i) a redução da proporção de TCQ e pequenas mercearias independentes relativamente ao total de estabelecimentos significa que a proporção das arcas congeladoras Visitop, características de tais estabelecimentos, relativamente à frota total de arcas, tem tendência a diminuir de modo equivalente; e ii) a introdução, pelos fabricantes, de novas arcas que são mais conviviais para o cliente em auto-serviço, ou seja, mais compridas e menos profundas».

(75) A Mars refere que «a proliferação geral de produtos da Unilever e a expansão da gama tem por objectivo encher estas arcas congeladoras. . . a fim de convencer os retalhistas de que dispõem de um "leque completo" de gelados, não tendo consequentemente necessidade de vender produtos de produtores concorrentes».

d) *Disposições em matéria de preços*

(76) Até Março de 1995, a HB fornecia os seus gelados e as suas arcas congeladoras a um preço denominado «global». Este preço incluía as despesas de instalação da arca congeladora, as despesas de manutenção e o valor do gelado. Era cobrado o mesmo preço a todos os retalhistas, independentemente de serem ou não eles os proprietários das arcas congeladoras em que os produtos eram armazenados. Por conseguinte, um ponto de venda que dispunha da sua própria arca congeladora pagava o mesmo preço pelos gelados HB que um retalhista que aceitasse receber uma arca congeladora da HB. Na comunicação de acusações de 1993 (ver considerando 5), a Comissão chegou à conclusão provisória de que esta política de fixação de preços constituía uma infracção ao artigo 86.º do Tratado CE, uma vez que era discriminatória para os retalhistas que não tinham aceite uma arca congeladora HB mas que, apesar disso, adquiriam gelado HB. A Comissão concluiu provisoriamente que esta política de preços global não só favorecia a concessão de exclusividade, em detrimento de fornecedores concorrentes de gelado de impulso, mas dava também origem a uma discriminação entre parceiros comerciais, ao tratar situações diferentes de forma semelhante. Com efeito, os retalhistas proprietários de arcas congeladoras pagavam um serviço que não recebiam e, ao fazê-lo, eram forçados a subvencionar o fornecimento de arcas congeladoras aos retalhistas que as aceitavam; assim, os primeiros retalhistas estavam colocados numa situação de desvantagem concorrencial face aos últimos.

(77) Tendo em conta as objecções da Comissão, a HB abandonou a política de «preços globais» em 1995, e introduziu um regime de preços «diferenciais» ou «duplos». Este regime permite o pagamento de um montante fixo aos retalhistas que armazenam gelados da HB mas que não dispõem de uma arca congeladora da HB, desde que tal retalhista atinja um volume de negócios anual mínimo, relativo aos gelados da HB (vendas no estabelecimento), de 650 libras irlandesas em termos de valor bruto das vendas. Este montante fixo está actualmente estabelecido em 78 libras irlandesas por ano e reflecte as economias de custos realizadas pela HB em termos de aquisição e manutenção, devido ao facto de não fornecer ao retalhista e de não prestar assistência a uma arca congeladora-tipo com um metro. O limiar do volume de negócios retalhista foi fixado aum nível que, segundo a HB, lhe permite garantir um rendimento mínimo na venda de gelados aos retalhistas.

(78) A Unilever afirmou que o novo regime se «destinava a suprimir qualquer incentivo económico, para o retalhista, no sentido de aceitar as arcas da HB». A Unilever prosseguiu, afirmando que o regime teria «um efeito significativo sobre o alegado encerramento do mercado, à medida que os retalhistas forem tomando consciência de que este bónus poderá financiar a aquisição de uma arca congeladora própria».

(79) Este regime entrou em vigor no início de 1995 e as suas condições estão publicadas nas listagens de preços da HB; para 1995, os retalhistas que dispunham de arcas congeladoras próprias durante uma parte do ano deveriam receber uma parte proporcional do bónus. O montante fixo pode ser ajustado periodicamente por forma a reflectir quaisquer alterações a nível dos custos da HB. Da mesma forma, o limiar de volume de negócios poderá também variar ocasionalmente. Estas alterações deverão ser introduzidas de forma transparente. Em Março/Abril de 1996, [. . .] retalhistas solicitaram e receberam o bónus relativo ao diferencial de preços referente às aquisições, em 1995, de gelados de impulso à HB. Em 1997, [. . .] retalhistas solicitaram e receberam o bónus relativo ao diferencial de preços referente às aquisições, em 1996, de gelados de impulso à HB.

7. ***Acordos de distribuição de outros produtores no que se refere ao gelado de impulso na Irlanda***

i) **Mars e Valley**

(80) Em 1989, a Mars designou a Valley como distribuidora da sua nova gama de produtos de gelados.

Antes de o Tribunal da Relação irlandês ter proferido, em 1991, uma injunção contra a Mars (ver considerando 3), os produtos da Mars eram armazenados, por alguns retalhistas, nas arcas congeladoras propriedade da HB. Inicialmente, a Mars fornecia à Valley que, por sua vez, fornecia os produtos da Mars para serem armazenados nas arcas congeladoras da Valley ou da Mars, e também em arcas congeladoras adquiridas em conjunto pela Mars e pela Valley. Contudo, a partir de 1993 a Mars passou também a efectuar distribuição directa. Na sequência da sentença do Tribunal da Relação de 1992, que tornou permanente a injunção contra a Mars, esta empresa e a Valley alteraram os seus acordos relativos às arcas congeladoras, a fim de garantir a sua exclusividade para cada fornecedor. A Mars afirma que «as despesas totais em arcas congeladoras em 1994 elevaram-se a 22 % do seu volume de negócios relativo ao gelado de impulso» nesse ano. Em Março de 1997, a Mars pôs termo ao seu acordo de distribuição com a Valley.

ii) **Nestlé**

(81) Desde a sua entrada no mercado de gelados de impulso irlandês, em 1994, a Nestlé tem vindo a instalar arcas congeladoras em pontos de venda a retalho, em regime de exclusividade. A Nestlé distribui os seus gelados na Irlanda apenas através de distribuidores. Ao entrar no mercado dos gelados em 1994, a Nestlé concluiu um acordo de cooperação com a Leadmore no que se refere à distribuição; este acordo só esteve em vigor durante a primeira época de consumo de gelados.

iii) **Dale Farm**

(82) A Dale Farm fornece gratuitamente arcas congeladoras aos estabelecimentos retalhistas, para a armazenagem exclusiva de gelados Dale Farm, de gelados Mars e de outros produtos congelados Northern Foods.

iv) **Häagen-Dazs**

(83) A Häagen-Dazs instala arcas congeladoras nos estabelecimentos retalhistas para a armazenagem dos seus gelados de impulso e de outros tipos; as arcas congeladoras são normalmente de pequenas dimensões e estão sujeitas a uma condição de exclusividade. Todos os gelados são vendidos através de distribuidores.

v) **Leadmore**

(84) A Leadmore fornece arcas congeladoras aos estabelecimentos retalhistas mediante uma condição de exclusividade.

8. ***Estudos de mercado e quantificação do grau de encerramento do mercado***

(85) Em primeiro lugar, deverá ser feita uma observação de carácter geral no que se refere aos estudos de mercado: existe sempre uma certa margem de erro quando os dados são obtidos através da análise de uma mera amostra do mercado total em questão, mesmo que escolhida cuidadosamente, tendo em conta a sua representatividade. Contudo, é o único meio eficaz e possível de obter muitos tipos de informação de mercado. A fiabilidade destes dados poderá, além disso, ser melhorada de forma significativa quando mais do que um estudo de um determinado mercado confirmam, de forma substancial, as conclusões dos outros, tal como acontece relativamente aos três estudos de mercado a seguir descritos.

(86) Embora a HB reconheça existir uma grande correlação entre os resultados dos estudos da Lansdowe e da B&A, critica a representatividade do estudo da Rosslyn por ser «baseado numa nova visita a estabelecimentos estudados cinco anos atrás» num estudo semelhante, sendo este estudo inicial alegadamente «baseado numa amostragem aleatória sem qualquer tentativa de estratificação», segundo o tipo/dimensão do estabelecimento. De acordo com a HB, o estudo da Rosslyn é «desproporcionadamente centrado nos TCQ, em detrimento das mercearias independentes», ao contrário do que acontece com os estudos da Lansdowe e da B&A, que são estratificados de acordo com o denominado universo Nielsen de estabelecimentos. É também o único dos três estudos que foi elaborado antes da cessão, pela HB, de algumas das suas arcas congeladoras, no âmbito do regime já referido. A Comissão tomou devidamente em consideração estas críticas sempre que se baseou neste estudo. A Comissão registou igualmente que o estudo da B&A está muito mais centrado nos grandes estabelecimentos do que os dois outros estudos.

i) **O estudo da Lansdowe**

(87) O estudo foi efectuado em nome da Comissão pela Lansdowe Market Research Limited em Julho/Agosto de 1996, no pico da época de consumo de gelados. Foi escolhida uma amostra aleatória de 501 estabelecimentos, tendo sido confirmado que tal seria representativo do comércio

retalhista relevante [27]. Foi garantida uma certa cobertura geográfica, incluindo uma clara distinção entre as zonas urbanas e rurais. Os dados foram obtidos a partir de entrevistas pessoais com proprietários/gestores de todos os estabelecimentos. As principais conclusões do estudo são apresentadas seguidamente.

(88) 84 % das arcas congeladoras nos estabelecimentos analisados eram propriedade de um produtor/ /fornecedor de gelados: 61 % das arcas fornecidas pelo fornecedor eram propriedade da HB [28]; 11 % deste tipo de arcas eram propriedade da Mars; 9 % propriedade da Valley; 8 % propriedade da Nestlé; 4 % propriedade da Dale Farm [29]; 2 % propriedade da Leadmore; 1 % propriedade da Häagen-Dazs.

(89) 12 % das arcas eram propriedade do retalhista; 2 % tinham sido fornecidas por um produtor de gelados em regime de locação-venda; 1 % era propriedade de um grupo de retalhistas. 38 % das arcas propriedade de retalhistas tinham sido adquiridas junto da HB ou de agentes da HB.

(90) A percentagem de estabelecimentos que tinham apenas uma arca congeladora para gelados de impulso elevava-se a 58 %; a percentagem de estabelecimentos com duas arcas congeladoras era de 35 %; a percentagem com três ou mais arcas congeladoras era de 7 %. O número médio de arcas congeladoras por estabelecimento elevava-se a 1,50.

(91) 85 % dos estabelecimentos que vendiam gelados de impulso tinham pelo menos uma arca fornecida pelo fornecedor; 72 % [30] tinham pelo menos uma arca congeladora da HB; 14 % tinham pelo menos uma arca congeladora da Mars; 10 % da Nestlé; 10 % da Valley; 5 % [31] da Dale Farm; 2 % da Leadmdore; 1 % da Häagen-Dazs; 5 % de outros fornecedores. 17 % dos estabelecimentos tinham pelo menos uma arca congeladora propriedade do próprio retalhista.

(92) 56 % dos estabelecimentos tinham uma ou mais arcas de apenas um produtor/fornecedor (e, consequentemente, apenas podem vender os produtos de gelados desse produtor/fornecedor); 27 % tinham arcas propriedade de mais do que um produtor/fornecedor (não tendo qualquer arca propriedade do retalhista). Consequentemente, 83 % dos pontos de venda tinham apenas arcas fornecidas pelo produtor/fornecedor; 17 % dos estabelecimentos tinham pelo menos uma arca propriedade do próprio retalhista — estes 17 % são compostos de 12 % de estabelecimentos que apenas têm uma ou mais arcas propriedade do retalhista e 5 % de estabelecimentos que têm uma ou mais arcas propriedade do retalhista, bem como uma ou mais arcas propriedade do produtor ou fornecedor.

(93) Esta informação foi também discriminada segundo o volume de negócios de cada estabelecimento analisado no que se refere ao gelado de impulso. Existem três categorias: i) estabelecimentos com um volume de negócios inferior a 1 000 libras irlandesas (22 % dos estabelecimentos), ii) estabelecimentos com um volume de negócios entre 1 000 e 2 000 libras irlandesas (23 % dos estabelecimentos) e iii) estabelecimentos com um volume de negócios igual ou superior a 2 000 libras irlandesas (40 % dos estabelecimentos) [32]. 28 % dos estabelecimentos na categoria i) tinham, pelo menos, uma arca congeladora propriedade do próprio retalhista (22 % tinham uma ou mais arcas congeladoras propriedade do retalhista, 6 % tinham uma ou mais arcas congeladoras propriedade do retalhista, bem com uma ou mais arcas congeladoras propriedade do produtor/fornecedor); 19 % dos estabelecimentos na categoria ii) tinham pelo menos uma arca congeladora propriedade do próprio retalhista (15 % tinham apenas uma ou mais arcas congeladoras propriedade do retalhista, 4 % tinham uma ou mais arcas congeladoras propriedade do retalhista, bem como uma ou mais arcas congeladoras propriedade do produtor/fornecedor); contudo, apenas 10 % dos estabelecimentos na categoria iii) tinham pelo menos uma arca congeladora propriedade do próprio retalhista (4 % apenas tinham uma ou mais arcas congeladoras propriedade do retalhista, 6 % tinham uma ou mais arcas congeladoras propriedade do retalhista, bem como uma ou mais arcas congeladoras propriedade do produtor/fornecedor). 58 % dos estabelecimentos nas categorias i) e ii) tinham uma ou mais arcas congeladoras propriedade de apenas um produtor/fornecedor (e consequentemente apenas podiam vender gelados desse fornecedor/produtor); 53 % dos estabelecimentos na categoria iii) apenas podiam vender gelados desse produtor/fornecedor.

[27] 68 % dos estabelecimentos incluídos na amostra eram mercearias/lojas de conveniência, 21 % eram TCQ, 11 % estações de serviço. Os estabelecimentos múltiplos não foram incluídos. 92 % dos estabelecimentos da amostra eram independentes; 6 % pertenciam a uma cadeia (lojas em regime de franquia).

[28] Inclui as arcas propriedade dos agentes da HB.

[29] Inclui as arcas propriedade dos agentes da Dale Farm.

[30] Inclui 2 % (de todos os pontos de venda) onde as arcas são propriedade de agentes da HB.

[31] Inclui 1 % (de todos os pontos de venda) onde as arcas são propriedade de agentes da Dale Farm.

[32] 15 % dos estabelecimentos recusaram-se a divulgar o seu volume de negócios.

(94) 95 % das arcas congeladoras da HB estão colocadas em estabelecimentos que apenas têm arcas congeladoras fornecidas pelo produtor; 58 % das arcas congeladoras da HB estão colocadas em estabelecimentos onde apenas existem arcas congeladoras da HB. O nível de vendas de gelados de impulso nos estabelecimentos desta última categoria é idêntico ao de qualquer outro estabelecimento com arcas da HB.

(95) 47 % dos estabelecimentos apenas podem vender gelados de um único produtor/fornecedor, tendo apenas uma única arca congeladora em cada ponto de venda; 8 % apenas podem vender os gelados de um único produtor/fornecedor tendo apenas duas arcas congeladoras. 41 % dos estabelecimentos apenas podem vender os gelados da HB — 35 % dos estabelecimentos apenas podem vender os gelados da HB, tendo apenas uma arca congeladora da HB, 6 % tendo apenas duas ou mais arcas congeladoras da HB. 15 % dos estabelecimentos apenas podem vender os gelados de um único produtor/fornecedor que não a HB. Nenhuma destas outras marcas é significativa em termos do número de estabelecimentos que apenas podem vender os seus produtos.

(96) A idade média das arcas congeladoras objecto do estudo é de 3,02 anos; no que se refere às arcas congeladoras propriedade dos retalhistas, a idade média é de 4,59 anos; quanto às arcas congeladoras da HB, é de 2,92 anos; para as arcas congeladoras da Mars, 2,06 anos; para as arcas congeladoras da Valley, 3,53 anos; para as da Nestlé, 1,65 anos. Os retalhistas não puderam determinar a idade de uma em cada seis das arcas congeladoras analisadas.

(97) Inquiridos sobre a existência de uma «opção viável» para afectarem mais espaço à instalação de uma outra arca congeladora para gelado de impulso, 87 % dos estabelecimentos retalhistas afirmaram ser impossível; 11 % afirmaram ser possível. 53 % dos estabelecimentos consideraram que uma arca congeladora seria o número ideal de arcas congeladoras para o seu estabelecimento durante a época de Verão (para os gelados); 36 % afirmaram que duas arcas seria o ideal; 8 % referiram três; 1 % quatro ou mais. O número ideal médio situou-se, assim, em 1,57. A Lansdowe comentou que «é evidente que o número de arcas congeladoras para gelados actualmente colocadas nos estabelecimentos retalhistas no país é considerado como próximo do máximo viável».

(98) 97 % das arcas congeladoras objecto do estudo estavam permanentemente no estabelecimentos (ou seja, não tinham apenas sido instaladas para a época do Verão). 87 % dos estabelecimentos afirmaram nunca ter colocado arcas congeladoras adicionais no estabelecimento, por forma a dar resposta ao aumento da procura durante o Verão; 6 % afirmaram que o faziam por vezes; outros 6 % afirmaram que o faziam sempre.

(99) 90 % das arcas congeladoras objecto do estudo eram exclusivamente utilizadas para a armazenagem de gelados (50 % eram apenas utilizadas para armazenagem de produtos de impulso, 40 % tanto para produtos de impulso como para produtos não de impulso); 94 % de todas as arcas congeladoras objecto do estudo, propriedade do produtor, eram exclusivamente utilizadas para a armazenagem de gelados (54 % eram apenas utilizadas para a armazenagem de produtos de impulso, 40 % tanto para a armazenagem de produtos de impulso como de produtos não de impulso); contudo, apenas 67 % das arcas congeladoras objecto do estudo, propriedade dos retalhistas, eram exclusivamente utilizadas para a armazenagem de gelados (26 % eram apenas utilizadas para a armazenagem de produtos de impulso, 41 % para a armazenagem tanto de produtos de impulso como de produtos não de impulso, 34 % para armazenar tanto gelados como outros produtos).

(100) Foi perguntado aos retalhistas que não possuíam uma ou mais arcas congeladoras por que motivo tal acontecia. 54 % referiram que não fazia sentido em termos comerciais; 25 % afirmaram que o custo era proibitivo; 9 % referiram que a procura apenas incidia numa marca de gelado; 4 % afirmaram que não era prático.

(101) Foi perguntado a todos os retalhistas que não eram proprietários de arcas congeladoras ou que não dispunham, actualmente, de uma arca congeladora da HB em regime de locação-venda, se o sistema de locação-venda da HB os interessava. 8 % afirmaram que sim, enquanto 78 % não se revelaram interessados. 54 % afirmaram não estar de todo interessados; 24 % disseram não estar muito interessados; 5 % afirmaram ser-lhes indiferente; 6 % manifestaram um interesse razoável; 2 % um grande interesse. A razão quase sempre citada para este desinteresse foi o contentamento com os actuais acordos relativos às arcas congeladoras.

(102) Foi perguntado a todos os estabelecimentos que apenas podiam vender gelados da HB se existia procura para outras marcas: 54 % responderam não existir qualquer outra procura; 40 % afirmaram que essa procura existia (31 % afirmaram ser reduzida, 9 % afirmaram ser substancial). Foi também perguntado à mesma categoria de pontos de

venda se estavam interessados em armazenar outras marcas para além da HB: 62 % ([33]) afirmaram não estar interessados [32 % ([34]) não estavam de todo interessados, 30 % ([35]) não estavam muito interessados], 9 % referiram ser-lhes indiferente; 25 % ([36]) afirmaram estar interessados [17 % ([37]) bastante interessados, 8 % ([38]) muito interessados].

(103) De todos os interessados em armazenar outras marcas para além da HB (25 % de 41 % de todos os estabelecimentos — ou seja, 10 % de todos os estabelecimentos), 53 % afirmaram não pretender instalar uma outra arca congeladora para a armazenagem de tais marcas; 40 % afirmaram estar dispostos a fazê-lo. Quase todos os que afirmaram não pretender uma nova arca referiram limitações em termos de espaço como razão principal. Uma maioria dos estabelecimentos dispostos a instalar uma nova arca expressou a sua preferência por uma arca com exclusividade do fornecedor.

(104) Foi também perguntado aos estabelecimentos interessados em armazenar outras marcas para além da HB se estariam dispostos a substituir/trocar uma das suas arcas HB existentes por uma arca de um outro fornecedor de gelados: 82 % disseram não estar dispostos a fazê-lo; 11 % afirmaram estar dispostos. As principais razões que citaram para não estarem dispostos a substituir as arcas congeladoras da HB foram a popularidade e a posição líder da HB e o contentamento com o actual acordo. Foi ainda perguntado ao mesmo grupo se estariam dispostos a substituir/trocar uma das suas arcas congeladoras HB existentes, por uma arca congeladora alugada ou adquirida pelo próprio retalhista: 76 % afirmaram não estar dispostos a fazê-lo; 18 % afirmaram estar dispostos. O facto de os estabelecimentos não estarem dispostos a substituir ou trocar as suas arcas congeladoras deve-se principalmente à sua satisfação com os actuais acordos e a considerações de custos. Por último, foi inquirido ao mesmo grupo se estariam dispostos a trocar uma arca congeladora da HB por duas arcas congeladoras mais pequenas, uma não propriedade da HB: 49 % responderam pela negativa; 44 % pela afirmativa.

([33]) Na comunicação de acusações este número foi indicado por erro no texto como sendo 65 % (um valor das conclusões do estudo preliminar); o estudo foi anexado na íntegra à comunicação de acusações.
([34]) *Idem;* indicado por erro na comunicação de acusações como sendo 37 %.
([35]) *Idem;* indicado por erro na comunicação de acusações como sendo 28 %.
([36]) *Idem;* indicado por erro na comunicação de acusações como sendo 22 %.
([37]) *Idem;* indicado por erro na comunicação de acusações como sendo 16 %.
([38]) *Idem;* indicado por erro na comunicação de acusações como sendo 6 %.

ii) **O estudo Rosslyn**

(105) A Mars encomendou igualmente um estudo sobre o mercado irlandês de gelados de impulso. O estudo foi efectuado pela firma de Londres Rosslyn Research Ltd ([39]) (embora o trabalho de campo tenha sido efectuado pela empresa estabelecida no local, a Irish Marketing Surveys). O estudo da Rosslyn engloba 408 estabelecimentos espalhados em termos geográficos por toda a Irlanda, com uma vasta gama de dimensões e tipos. Algumas das principais conclusões do estudo da Rosslyn são seguidamente sublinhadas, juntamente com alguns dados comparativos retirados do estudo da Rosslyn de 1991. Com base nos resultados deste estudo, a Mars encomendou ainda uma análise económica que será também apresentada seguidamente.

(106) A percentagem de estabelecimentos com uma arca congeladora para gelados de impulso instalada na parte da frente do estabelecimento elevava-se a 64 % ([40]); a percentagem de estabelecimentos com duas arcas congeladoras deste tipo elevava-se a 31 % ([41]); a percentagem com três ou mais arcas era de 4 % ([42]). O número médio de arcas congeladoras por estabelecimento era de 1,42 % ([43]).

(107) 92 % ([44]) das arcas congeladoras eram propriedade do fabricante do produto nelas armazenado. 6 % ([45]) das arcas congeladoras eram propriedade do próprio retalhista. 64 % ([46]) das arcas congeladoras eram propriedade da HB ([47]), 14 % ([48]) da Mars, 4 % da Valley, 2 % da Dale Farm e 1 % da Leadmore.

(108) 50 % dos estabelecimentos apenas tinham uma arca congeladora da HB; 5 % apenas tinham duas arcas congeladoras da HB; 2 % tinham apenas uma arca congeladora da Mars; 1 % dos estabelecimentos tinham apenas uma arca congeladora, respectivamente da Valley, da Dale Farm e da Leadmore; 14 % tinham uma arca congeladora da

([39]) Foi efectuado para a Mars um estudo quase idêntico, pela mesma empresa, em Dezembro de 1991/Janeiro de 1992 cujos resultados foram citados na comunicação de acusações da Comissão de 29 de Julho de 1993. À excepção de 40, todos os estabelecimentos correspondem aos entrevistados em 1991.
([40]) 79 % em 1991.
([41]) 20 % em 1991.
([42]) 1 % em 1991.
([43]) 1,22 em 1991.
([44]) 89 % em 1991.
([45]) 11 % em 1991.
([46]) 71 % em 1991.
([47]) 68 % de arcas congeladoras na retaguarda dos estabelecimentos.
([48]) 1 % em 1991.

HB e outra da Mars; 7 % tinham uma arca congeladora da HB e outra de outro produtor que não a Mars.

(109) 97 % das arcas congeladoras fornecidas pelo produtor foram-no a título de empréstimo; 99 % foram fornecidas gratuitamente; 88 % estavam sujeitas a uma condição de exclusividade [49]; 27 % [50] dos retalhistas que dispunham de arcas congeladoras fornecidas pelo produtor afirmaram que gostariam de armazenar produtos de outros produtores nessas arcas [68 % [51] referiram não estar interessados].

(110) 87 % dos retalhistas com arcas congeladoras exclusivas do produtor teriam de instalar outra arca congeladora se desejassem vender outra marca de gelado; destes, 67 % afirmaram que não «tinham espaço» para o fazer. Dos que disseram não ter espaço, 15 % afirmaram ter optado por não instalar uma nova arca porque «não seria rentável em termos de custos de exploração» e 13 % porque «tinham uma melhor utilização para esse espaço»; 43 % dos que dispunham de espaço afirmaram estar dispostos a instalar outra arca congeladora (caso existisse uma elevada procura de outro produto)».

(111) Das arcas congeladoras substituídas (devolvidas, trocadas ou substituídas), por outra arca congeladora do mesmo ou de um outro produtor de gelados nos cinco anos anteriores, 78 % pertenciam à HB; 55 % das arcas congeladoras foram devolvidas, trocadas ou substituídas para obter uma arca congeladora mais moderna; 25 % foram devolvidas, trocadas ou substituídas para obter uma arca congeladora de maiores dimensões; 74 % das novas arcas eram propriedade da HB; as arcas devolvidas, trocadas ou substituídas foram, na sua quase totalidade, substituídas por arcas do mesmo produtor — 214 das 234 arcas substituídas eram arcas HB que substituíam arcas HB.

(112) 72 % dos estabelecimentos afirmaram não estar dispostos a instalar uma arca congeladora de substituição ou adicional; daqueles que se manifestaram dispostos a fazê-lo (26 % da amostra total), 82 % não estavam dispostos a adquirir eles próprios uma arca congeladora; 94 % não estavam dispostos a aceitar uma arca congeladora sujeita a exclusividade através de um empréstimo que reflectisse os custos de fornecimento da arca; 80 % declararam não estar dispostos a alugar uma arca congeladora não exclusiva; 84 % estariam contudo dispostos a aceitar uma arca congeladora emprestada a título gratuito mediante condições de exclusividade do fornecedor. Quando se perguntou junto dos mesmos 26 % da amostra se instalariam uma outra arca congeladora (para além de uma outra arca exclusiva do fornecedor), 77 % afirmaram não o poderem fazer; destes 51 % citaram a falta de espaço e o facto de poderem utilizar melhor o espaço disponível, enquanto outros 22 % afirmaram que não seria rentável em termos de custos de exploração. Dos que disseram poder fazê-lo (20 % da amostra total de 26 %), apenas 17 % estavam dispostos a fazê-lo.

(113) O estudo foi realizado em meados de Abril de 1996. Apenas 5 % dos retalhistas tinham recebido uma proposta de aquisição de arcas ao abrigo do novo regime (ver considerandos 72 e 73). Apenas 13 % dos retalhistas tinham conhecimento da existência do regime de locação-venda da HB.

(114) A análise económica foi efectuada pela empresa de economistas Case Associates e tem o título «Estimating foreclosure levels in the Irish ice cream market». Esta análise retirou diversas conclusões do estudo. A análise propunha-se, nomeadamente, calcular a percentagem de estabelecimentos «encerrados», uma vez que teria de ser instalada uma nova arca para que um novo participante no mercado pudesse vender nesse local os seus gelados. Conclui, através de um determinado metodo de cálculo, que pelo menos 89 % [52] de todos os estabelecimentos que vendem gelados de impulso estão desta forma «encerrados». Utilizando um outro metodo de cálculo, a análise chega a um nível de encerramento (na acepção acima descrita) de 84 % [53]. Um terceiro método de cálculo chega

[49] Uma vez que não existem aparentemente fornecedores que forneçam arcas congeladoras em condições não exclusivas, é muito provável que os 12 % restantes estejam também sujeitos a uma condição de exclusividade da qual o retalhista não tem conhecimento.

[50] 52 % em 1991.

[51] 44 % em 1991.

[52] Este cálculo baseia-se no facto de, nos 408 estabelecimentos da amostra, apenas 45 arcas não serem fornecidas pelo fornecedor (eram propriedade do retalhista, de outros proprietários ou de proprietário desconhecido) — se qualquer estabelecimento tivesse mais do que uma arca deste tipo, o grau de encerramento do mercado seria ainda mais elevado.

[53] 234 pontos de venda apenas tinham uma arca congeladora fornecida pelo fornecedor, 87 tinham uma arca congeladora da HB e uma arca fornecida por um outro fornecedor, 23 estabelecimentos tinham duas arcas da HB: estes 344 estabelecimentos representam 84 % da amostra total.

a um grau de encerramento ainda mais elevado de 93 % ([54]).

iii) **Os estudos B&A**

(115) A HB encomendou igualmente um estudo de mercado, que foi elaborado em Agosto/Setembro de 1996 pela Behaviour & Attitudes Ltd, uma empresa especializada em estudos de mercado. Os resultados deste estudo fazem parte da resposta escrita da HB à comunicação de acusações. A amostra do estudo incluía 507 estabelecimentos retalhistas, espalhados geograficamente por toda a Irlanda com uma grande diversidade de tipos e dimensões ([55]). As principais conclusões do estudo são seguidamente apresentadas.

(116) [. . .] % dos estabelecimentos analisados tinham uma arca congeladora na parte da frente do estabelecimento, [. . .] % duas arcas e [. . .] % três ou mais. Os produtos da HB eram vendidos em [. . .] % dos estabelecimentos analisados, os da Mars em [. . .] %, os da Valleay em [. . .] %, os da Nestlé em [. . .] % e os da Häagen-Dazs em [. . .] %. Em [. . .] % do total de estabelecimentos objecto do estudo, os gelados da HB não eram armazenados juntamente com os gelados de outros produtores. A HB enfrentava uma concorrência directa de outras marcas de gelado em [. . .] % dos estabelecimentos analisados, ou seja menos de [. . .] % dos estabelecimentos em que os seus produtos eram vendidos.

(117) Nos estabelecimentos que dispõem apenas de uma arca congeladora, [. . .] % destas arcas são propriedade da HB, [. . .] % da Mars, [. . .] % da Valley, [. . .] % da Nestlé e [. . .] % dos retalhistas. Dos estabelecimentos com duas ou mais arcas congeladoras, [. . .] % tinham pelo menos uma arca da HB, [. . .] % uma arca da Mars, [. . .] % uma arca da Valley, [. . .] % uma arca da Nestlé, [. . .] % uma arca da Häagen-Dazs e [. . .] % uma arca do retalhista. [. . .] % dos estabelecimentos objecto do estudo tinham apenas uma arca congeladora da HB na parte da frente do estabelecimento.

(118) A B&A perguntou aos retalhistas com que frequência lhes eram solicitadas marcas que não armazenavam. [. . .] % responderam que nunca lhes eram solicitadas tais marcas, [. . .] % afirmaram raramente, [. . .] % ocasionalmente e [. . .] % frequentemente. De entre os retalhistas a quem foram solicitadas marcas que não armazenavam, [. . .] % nada fizeram, [. . .] % «acrescentaram um produtor» e nenhum «mudou de produtor». O estudo concluiu que, durante os últimos sete anos, [. . .] % dos estabelecimentos tinham armazenado novas marcas de gelado e que [. . .] % dos estabelecimentos tinham deixado de armazenar certas marcas de gelado; as principais razões citadas para deixarem de armazenar foram a falta de procura por parte dos clientes ([. . .] %), fracos níveis de entrega ([. . .] %) e uma manutenção insuficiente das arcas ([. . .] %).

(119) Foi perguntado aos retalhistas que dispunham apenas de uma arca congeladora no seu estabelecimento se estariam dispostos a instalar uma segunda arca — [. . .] % responderam pela negativa, [. . .] % responderam pela afirmativa e os restantes não tinham opinião. A principal razão apontada para a resposta negativa foi a falta de espaço. Foi também indagado junto dos mesmos estabelecimentos se estavam dispostos a substituir as arcas existentes — [. . .] % responderam negativamente, [. . .] % afirmativamente e os restantes não tinham opinião. A principal razão dada para a resposta negativa foi a satisfação com o leque de produtos e a arca congeladora do actual fornecedor. Foi perguntado aos mesmos retalhistas se estariam dispostos a substituir a arca congeladora existente por duas arcas mais pequenas — [. . .] % responderam negativamente, [. . .] % afirmativamente e os restantes não tinham opinião.

(120) Foi perguntado aos retalhistas se, caso os produtores deixassem de impor a exclusividade das arcas congeladoras e, em vez disso, cobrassem um encargo distinto pela arca, passariam a armazenar um leque de produtos mais amplo — [. . .] % afirmaram que passariam a armazenar uma gama mais ampla; [. . .] % disseram que não o fariam; [. . .] % afirmaram que continuariam a armazenar a mesma gama; [. . .] % disseram que deixariam pura e simplesmente de armazenar. Foi seguidamente perguntado aos [. . .] % que passariam a armazenar uma gama mais ampla de produtos se prefeririam um regime de locação-venda em vez de pagar um encargo pela arca — [. . .] % responderam afirmativamente, [. . .] % negativamente. Por último, o estudo da B&A registou elevados níveis de satisfação dos retalhistas relativamente à gama de produtos, às modalidades de fornecimento e ao

([54]) Este foi o método de cálculo usado por William Bishop, economista que analisou os níveis de encerramento com base no estudo da Rosslyn de 1991: o método implica a divisão do número total de estabelecimentos da amostra pelo número médio de arcas congeladoras colocadas nesses estabelecimentos, multiplicado seguidamente pelo número de arcas congeladoras propriedade dos retalhistas e de outros proprietários. Este método parte do pressuposto de que as arcas congeladoras propriedade dos retalhistas estão provavelmente repartidas pelos estabelecimentos na mesma proporção que as restantes arcas.

([55]) 20 % eram TCQ; 63 % mercearias, das quais 10 % em regime de franquia; 10 % eram estações de serviço, representando os outros tipos de estabelecimento 7 %. Os estabelecimentos múltiplos foram excluídos do estudo.

serviço de manutenção de todos os fornecedores de gelado nos estabelecimentos objecto do estudo.

(121) A HB apresentou igualmente juntamente com a sua resposta à comunicação de acusações, um outro estudo da B&A efectuado em 1994 com o título «New HB Cabinets: the Views of Retailers». Este estudo foi elaborado com o objectivo de obter as opiniões dos retalhistas e dos consumidores relativamente às arcas da HB recentemente instaladas. Consequentemente, o estudo centrou-se em estabelecimentos de maiores dimensões e, como tal, a sua utilidade para efeitos da presente decisão é algo limitada. O estudo concluiu, nomeadamente, que os retalhistas preferiram a HB relativamente aos outros fornecedores de gelados devido à sua actuação a diversos níveis. Concluiu igualmente que a ideia de aceitar a instalação de duas arcas congeladoras da HB num mesmo estabelecimento não agradava muito aos retalhistas, principalmente devido à falta de espaço e aos custos.

(122) Além disso, a HB apresentou, juntamente com a sua resposta à comunicação de acusações, um estudo qualitativo initulado «Retailors' Stocking Policy» elaborado pela B&A para a HB em Março/Abril de 1997 com base em 25 entrevistas. O objectivo deste estudo era «obter uma visão qualitativa relativamente ao modo como os retalhistas gerem os seus estabelecimentos», apesar de se reconhecer que as conclusões apenas poderiam ser consideradas como «indicadores gerais». Algumas destas conclusões são seguidamente apresentadas.

(123) A maior parte dos retalhistas entrevistados «não calculam os lucros por metro quadrado mas avaliam antes estes dados de forma instintiva». Os retalhistas referiram também certos problemas relacionados com o facto de não ser poder armazenar outros produtos sobre as arcas congeladoras de gelados o que significa que «normalmente são colocadas no meio do estabelecimento» o que «provoca obviamente algumas preocupações acerca da subutilização do espaço». Os retalhistas indicaram igualmente que «era preferível reabastecer mais frequentemente a arca, por forma a maximizar as vendas durante os meses de Verão, em vez de colocar arcas congeladoras adicionais para dar resposta à procura de gelados no pico do Verão». O estudo concluiu igualmente que «a reafectação de espaço» a fim de dar resposta à variação da procura dos consumidores não era corrente porque os estabelecimentos eram, na generalidade, relativamente pequenos.

iv) **Outras fontes**

(124) A HB considera que [. . .] estabelecimentos dispõem apenas de uma arca congeladora da HB na parte da frente do estabelecimento, que cerca de [. . .] estabelecimentos dispõem de mais do que uma destas arcas congeladoras e que, num total de [. . .], cerca de [. . .] armazenam exclusivamente produtos de impulso da HB. Com base na estimativa da HB relativa a um número total de [. . .] estabelecimentos (ver considerando 41), [mais que 40 %] dos estabelecimentos retalhistas na Irlanda apenas podem vender gelado de impulso da HB.

(125) Num documento intitulado «Selas of cabinets *in situ*» apresentado pela HB à Comissão em 29 de Novembro de 1994, a HB afirmava que «dispõe de [. . .] estabelecimentos, incluindo estabelecimentos de agentes. Destes, [. . .] (ou [. . .] %) são partilhados com outros fornecedores. O universo total (Nielsen) é de 9 669 estabelecimentos». Nesta base, [. . .] estabelecimentos (ou [. . .] % dos pontos de venda da HB) apenas vendiam produtos da HB na altura; os [. . .] estabelecimentos exclusivos da HB correspondem a [mais que 60 %] de todos os estabelecimentos (com base no universo da Nielsen).

9. *O mercado do gelado na Irlanda do Norte*

(126) A estrutura da indústria de gelado na Irlanda no Norte é substancialmente diferente da da Irlanda. Enquanto a HB é o único produtor de gelados propriedade da Unilever que desenvolve a sua actividade na Irlanda, na Irlanda do Norte tanto a HB como a filial britânica de gelados da Unilever, a Walls Ice cream Ltd, desenvolvem actividades de fornecimento de gelados. A Walls desenvolve a sua actividade junto dos estabelecimentos múltiplos, enquanto os estabelecimentos tradicionais estão agora principalmente a cargo da HB. A Dale Farm era até há pouco o fornecedor líder de gelados na Irlanda do Norte [56] mas, desde 1996, é a HB/ /Walls que ocupa esta posição. Contudo, a preferência dos consumidores pelas marcas varia consideravelmente entre a Irlanda e a Irlanda do Norte, tal como o revela o facto de a Dale Farm continuar a ter uma quota de mercado de cerca de 40 % em termos de valor (que contrasta com a sua reduzida quota no mercado irlandês — ver considerando 36 *supra*); os preços para produtos semelhantes apresentam igualmente algumas variações.

[56] A Dale Farm é o distribuidor da Mars na Irlanda do Norte.

(127) Enquanto na Irlanda, a HB distribui normalmente os seus gelados directamente aos retalhistas, na Irlanda do Norte toda a sua distribuição é assegurada por agentes. No que se refere aos acordos relativos às arcas congeladoras na Irlanda do Norte, a HB cobra aos retalhistas um encargo anual relativo ao empréstimo das suas arcas congeladoras, e aplica uma redução de preços aos produtos que fornece aos retalhistas que têm arcas próprias.

(128) A regulamentação em matéria de conteúdo dos gelados é diferente na Irlanda e na Irlanda do Norte. Na Irlanda, o gelado tem de ter um conteúdo mínimo de matéria gorda butírica de 5 %, enquanto a legislação britânica não prevê tais exigências. A taxa do IVA é também ligeiramente diferente.

III. APRECIAÇÃO JURÍDICA

(129) O objecto da presente apreciação jurídica consiste em determinar a compatibilidade, com os artigos 85.º e 86.º do Tratado CE, dos acordos celebrados pela HB com vista à distribuição dos seus gelados de impulso na Irlanda, que se traduzem numa política ao abrigo da qual coloca à disposição dos pontos de venda arcas congeladoras para armazenar os seus produtos, em regime de exclusividade. A apreciação da compatibilidade dos acordos de exclusividade em causa com o artigo 85.º do Tratado CE é efectuada no contexto jurídico e económico desses acordos [57].

A. N.º 1 DO ARTIGO 85.º DO TRATADO CE

1. *O mercado relevante*

i) O mercado do produto relevante

(130) O mercado do produto relevante engloba, em princípio, todos os produtos que o consumidor considera como razoavelmente permutáveis entre si, com base nas suas características, no seu nível de preço ou na utilização a que se destinam [58]. Utilizando estes critérios, deverá ser estabelecida em primeiro lugar uma distinção, segundo a forma como o gelado é produzido e distribuído, entre gelados industriais e artesanais (ver considerando 10 *supra*); na Irlanda só o gelado industrial é significativo. Em segundo lugar, deverá ser feita uma distinção entre as três seguintes categorias [59] de gelado [60], segundo o local de consumo: gelado de impulso, gelado em embalagem familiar e gelado para restauração (ver considerando 11 *supra*).

(131) O gelado oferecido ao consumidor integrado em serviços de restauração constitui um mercado de produto distinto [61]. Este mercado é essencialmente [62] constituído por gelado industrial destinado a clientes que o adquirem por grosso e que o podem, por exemplo, servir como sobremesa; por vezes o restaurante melhora o produto servido.

(132) A natureza específica do produto faz com que o local de consumo seja essencial para a determinação do mercado relevante. Devido à necessidade de o gelado ser mantido a baixa temperatura, um consumidor que adquira o produto num estabelecimento retalhista tem, fundamentalmente, duas opções de consumo: o gelado pode quer ser consumido imediatamente no local da venda ou perto dele por forma a satisfazer o impulso, ou ser armazenado logo que possível numa arca congeladora, provavelmente na residência do consumidor, para ser consumido mais tarde. Esta distinção, com base no objectivo do consumidor ao adquirir o gelado, determina, por seu turno, as diferenças de características e de preço entre os gelados de impulso e as embalagens familiares. Os produtos em embalagens familiares são normalmente blocos ou bolos de gelado, ou também embalagens múltiplas de unidades individuais, enquanto os produtos de impulso são sempre oferecidos em unidades individuais. Assim, é evidente que o gelado de impulso e o gelado em embalagem familiar constituem mercados de produto inteiramente distintos [63].

---

[57] Ver processo 23/67, Haecht I, Colectânea 1967, p. 407 e 415.

[58] Processo 27/76, United Brands, Colectânea 1978, p. 207, ponto 12.

[59] Considera-se normalmente que os produtos que não são gelados não integram o mesmo mercado de produto que os gelados. Ver acórdão do Irish High Court, nota de pé-de-página 4.

[60] Devido às quantidades insignificantes de gelado artesanal vendidas na Irlanda, não é necessário efectuar uma distinção entre este tipo de gelado e o gelado industrial para efeitos da presente apreciação. Todos os gelados referidos na presente decisão são gelados industriais.

[61] Processo C-234/89, Delimitis, Colectânea 1991, p. I-935, ponto 17; processo T-7/93, Langnese, Colectânea 1995, p. II-1533, fundamento 63; processo T-9/93, Schöller, Colectânea 1995, p. II-1611, fundamento 42.

[62] Os gelados embalados individualmente podem também ser utilizados na restauração.

[63] Processos T-7 e 9/93, Langnese e Schöller, pontos 64-65 e 43-44, respectivamente.

(133) Do ponto de vista do consumidor, as embalagens individuais são consideradas como razoavelmente permutáveis com as porções individuais de gelado servido na altura e com o gelado creme. No caso do gelado creme, este ponto poderá ser controverso uma vez que não contém produtos lácteos. Contudo, o ponto de vista do consumidor não constitui, em todos os casos, o único critério para determinar o mercado do produto. Uma análise que se limite apenas às características ojectivas dos produtos em questão não é também suficiente. Devem igualmente tomar-se em consideração as condições de concorrência e a estrutura da oferta e da procura no mercado ([64]). No caso do gelado de impulso é por conseguinte necessário estabelecer uma distinção suplementar devido às diferentes condições que se aplicam à produção e distribuição das categorias de gelado de impulso. Devido à importância marginal na Irlanda, do gelado servido na altura, a sua inclusão no mercado do produto relevante não necessita ser tomada em consideração. Em contrapartida, o consumo do gelado creme é bastante generalizado na Irlanda.

(134) Os gelados embalados individualmente são adquiridos pelo comércio retalhista na forma em que são vendidos ao consumidor. São concebidos especificamente para o auto-serviço (ver considerando 12 *supra*). No caso do gelado creme, o retalhista acrescenta valor porque tem de processar a mistura cremosa de gelado antes de o produto final poder ser servido ao consumidor. O valor acrescentado assim gerado pelo retalhista traduz-se normalmente em margens de comercialização mais elevadas do que no caso dos gelados embalados individualmente. Além disso, o gelado creme exige instalações diferentes das arcas congeladoras em que são armazenados os gelados embalados individualmente. Para o gelado creme, é necessário instalar no estabelecimento máquinas de processamento especiais para a transformação e distribuição do produto. É necessário igualmente afectar pessoal específico (para o serviço do cliente e para a manutenção) e recursos em termos de espaço.

(135) Como consequência das diferenças acima referidas as condições de distribuição de gelado creme e de gelados embalados individualmente, as condições de concorrência em que são oferecidos ao comércio retalhista são distintas. No que se refere à produção, as diferentes características dos produtos (mistura cremosa por oposição ao gelado) e, consequentemente, a tecnologia utilizada na sua produção, constituem um obstáculo suplementar à substituibilidade do lado da oferta. Estas diferenças no lado da oferta são confirmadas pelo facto de os produtores das duas categorias de gelados serem diferentes (ver considerando 38 *supra*): apenas a HB produz os dois tipos de gelados e, mesmo nesta situação, a sua quota de mercado de gelado creme é muito inferior à sua quota dos gelados embalados individualmente (ver considerandos 27 e 38 *supra*). Constituem, consequentemente, mercados de produto distintos.

(136) Mesmo se se considerasse que as duas categorias acima descritas integram um único mercado de produto, este facto não iria afectar, de forma significativa, a presente apreciação. Tal acontece porque o gelado creme tem uma importância relativamente reduzida comparativamente com o valor do mercado do gelado de impulso na globalidade. Consequentemente, as posições dos diversos produtores no mercado não seriam significativamente afectadas. De facto, de entre os produtores de gelados embalados individualmente, a HB seria a empresa menos afectada se se adicionasse a quota que tem no mercado do gelado creme (ver considerando 38 *supra*).

(137) As condições de concorrência nos canais não retalhistas (por exemplo, escolas, cantinas de empresas, instalações desportivas e de lazer) têm por vezes características distintas das dos estabelecimentos retalhistas normais, principalmente pelo facto de os produtos não serem, normalmente, vendidos ao grande público mas apenas a grupos específicos de consumidores. Considerações como a gestão do espaço podem ser muitas vezes diferentes nessas instalações, e os níveis de preços podem também variar. As vendas de impulso através destas instalações não retalhistas são contudo relativamente insignificantes, não sendo consequentemente necessário decidir se o gelado vendido através destes pontos de venda deve ser excluído do mercado relevante. Por exemplo, apenas 4 % dos acordos relativos a arcas congeladoras da HB dizem respeito a arcas instaladas em pontos de venda não retalhistas deste tipo (ver considerando 60 *supra*).

(138) O mercado do produto relevante no presente processo inclui, consequentemente, os gelados de impulso embalados individualmente. Seguidamente, todas as referências a «gelado de impulso» incluirão apenas estas embalagens individuais.

ii) **O mercado geográfico relevante**

(139) As condições de concorrência objectivas da oferta e da procura de gelado de impulso variam consideravelmente nas diferentes regiões da Comunidade.

([64]) Processo 322/81, Michelin, Colectânea 1983, p. 3461, fundamento 37.

Embora a produção de gelado industrial tenha vindo a revelar uma tendência clara no sentido da internacionalização, a distribuição continua a ser organizada, em larga medida, a nível nacional. Os acordos de distribuição, incluindo os acordos relativos às arcas congeladoras e contratos análogos de exclusividade, são celebrados a nível nacional; é o que acontece na Irlanda. As especificidades nacionais reflectem-se nas diversas estruturas de mercado, gamas de produtos e preços. A preferência do consumidor relativamente a determinados tipos e marcas de produtos é também variável, o que se deve, em parte, ao facto de os produtores de gelado que desenvolvem a sua actividade em diversos Estados-membros adoptarem a política de utilizar marcas diferentes nos diversos países (ver considerando 20 *supra*), o que confirma claramente o carácter nacional dos mercados. Além disso, a regulamentação em matéria de fabrico de gelados não se encontra harmonizada a nível europeu.

(140) Em especial, o mercado de gelado de impulso da Irlanda é diferente do da Irlanda do Norte em diversos aspectos relevantes, tal como descrito nos considerandos 126, 127 e 128. As condições de concorrência não são, assim, suficientemente homogéneas para que os produtores e fornecedores considerem a Irlanda e a Irlanda do Norte como um único mercado. Consequentemente, o mercado geográfico relevante é a Irlanda [65].

iii) **A posição da HB no mercado relevante**

(141) A posição da HB no mercado das embalagens individuais de gelado de impulso na Irlanda é extremamente forte, tal como o demonstra, nomeadamente, a sua quota de mercado ao longo de muitos anos (ver considerando 28 *supra* e considerando 255 e seguintes). Esta posição de força é ainda confirmada pelo nível de distribuição, tanto numérica como ponderada que os produtos de impulso da HB registam (ver considerando 46 *supra*), bem como pela força da marca e amplitude e popularidade da sua gama de produtos (ver considerandos 24 e 25 *supra*). A posição da HB no mercado de impulso é também reforçada pela forte posição da Unilever, não só nos restantes mercados de gelados da Irlanda (embalagens familiares e restauração), mas também nos mercados internacionais do gelado e nos mercados de alimentos congelados e produtos de consumo de carácter geral.

2. ***Restrição da concorrência***

(142) A HB fornece arcas congeladoras a retalhistas no âmbito de um acordo-tipo relativo às arcas congeladoras que inclui disposições através das quais o uso das arcas é exclusivamente reservado à armazenagem de produtos fornecidos pela HB (ver considerando 56 *supra*); desta forma, nenhum produto produzido ou fornecido por terceiros poderá ser vendido ou colocado à venda nestas arcas congeladoras, ou nelas armazenado. Estes contratos entre a HB e os retalhistas individuais constituem acordos entre empresas, para efeitos do nº 1 do artigo 85º do Tratado CE. A HB constituiu uma rede destes acordos relativos às arcas congeladoras, relativamente a arcas instaladas em pontos de venda em todo o mercado geográfico relevante.

(143) Estas disposições contratuais têm por efeito restringir a possibilidade de os retalhistas contratantes armazenarem e colocarem à venda nos seus estabelecimentos produtos de impulso de fornecedores concorrentes, quando a ou as arcas congeladoras para a armazenagem de gelado de impulso existentes no estabelecimento tiverem sido fornecidas apenas pela HB, quando for pouco provável que a/as arcas congeladoras sejam substituídas por uma arca congeladora propriedade do retalhista ou de um concorrente e quando não for economicamente viável afectar espaço à instalação de uma outra arca congeladora. Esta restrição tem por consequência que os fornecedores concorrentes são impedidos de vender os seus produtos a esses estabelecimentos, constituindo assim uma restrição à concorrência entre fornecedores no mercado relevante.

(144) Após identificar a origem da restrição da concorrência causada pela rede de acordos relativos às arcas congeladoras da HB (considerando 142) e as circunstâncias em que produz efeitos restritivos nos retalhistas e fornecedores no mercado relevante, nos termos do nº 1 do artigo 85º do Tratado CE (considerando 143), deverá ser demonstrada a existência destas circunstâncias. Ao fazê-lo, não foi tomado em consideração o efeito restritivo de cada acordo individual relativo às arcas congeladoras, mas sim o efeito produzido pela categoria de acordos que preenchem as condições referidas e que constituem uma parte identificável da rede global de acordos relativos às arcas congeladoras da HB [66], a avaliação do efeito restritivo dessa parte da rede da HB aplica-se

[65] Ver processo Delimitis, fundamento 18, relativamente ao mercado alemão da cerveja; processo T-9/93, Schöller, fundamento 54, no âmbito do qual o Tribunal de Primeira Instância aceitou que a Alemanha era efectivamente o mercado geográfico para o gelado de impulso.

[66] Processo C-234/89, Delimitis, pontos 19-24, processos T-7 e 9/93, Langnese e Schöller, fundamentos 129-131 e 95-99, respectivamente.

assim, da mesma forma, a cada um dos acordos que integram essa parte [67].

(145) A apreciação deste efeito restritivo foi efectuada no contexto do efeito de redes semelhantes de acordos relativos a arcas congeladoras celebrados por outros fornecedores de gelados no mercado relevante, bem como tomando em consideração quaisquer outras condições de mercado relevantes. Além disso, o efeito restritivo foi quantificado por forma a demonstrar a sua importância.

3. *Características dos estabelecimentos*

(146) Ao determinar o âmbito preciso de aplicação do n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CE aos acordos relativos às arcas congeladoras da HB, é necessário em primeiro lugar analisar as características dos estabelecimentos, por forma a identificar aqueles em que apenas se encontram uma ou mais arcas congeladoras da HB.

(147) As redes de acordos relativos às arcas congeladoras com exclusividade do fornecedor (ou seja, acordos segundo os quais uma arca é fornecida por um fornecedor mediante a condição de apenas os produtos por ele fornecidos serem armazenados na arca) têm claramente por efeito restringir a possibilidade de os retalhistas armazenarem e venderem os gelados de impulso de outros fornecedores concorrentes. Esta restrição é consequência das inevitáveis limitações de espaço registadas nos estabelecimentos retalhistas (ver considerando 43 *supra*). O número médio de arcas congeladoras existentes nos estabelecimentos foi calculado em 1,5 pelo estudo Lansdowne e em 1,42 pelo estudo Rosslyn, o que ilustra claramente estas limitações (ver considerandos 89 e 105). Além disso, os retalhistas estão conscientes dessas limitações, tal como o revela o número de arcas congeladoras que consideram ideal ter o seu estabelecimento no pico da epoca: 1,57 (ver considerando 97 *supra*).

(148) Apenas uma pequena proporção de estabelecimentos retalhistas na Irlanda dispõem de arcas congeladoras não exclusivas [68]: estes estabelecimentos poderão ser denominados «abertos», uma vez que os retalhistas têm a liberdade de armazenar os gelados de impulso de qualquer fornecedor. O estudo da Lansdowne, realizado em Julho de 1996 [69], concluiu (ver considerando 92 *supra*) que apenas 17 % dos estabelecimentos tinham arcas congeladoras propriedade do retalhista e podiam, assim, ser denominados «abertos» e que os restantes 83 % apenas tinham arcas congeladoras fornecidas pelo fornecedor. Em Abril de 1996 [70], o estudo da Rosslyn concluía (ver considerando 114 *supra*) que apenas 11 % dos estabelecimentos poderiam ter pelo menos uma arca congeladora que não fosse exclusiva do fornecedor; apenas 6 % das arcas congeladoras nos estabelecimentos objecto do estudo eram propriedade dos retalhistas. Trata-se dos únicos estabelecimentos a que os fornecedores de gelado de impulso podem ter acesso directo, sem oferecer ao retalhista uma arca congeladora para armazenagem dos seus produtos e sem ter de persuadir o retalhista a aceitar tal oferta.

(149) Os restantes estabelecimentos, que não possuem arcas congeladoras não exclusivas, possuem uma ou mais arcas congeladoras exclusivas do fornecedor. O estudo da Lansdowne concluiu que 83 % dos estabelecimentos no mercado relevante integravam esta categoria (ver considerando 92 *supra*). O estudo da Rosslyn conclui (ver considerandos 108 e 114 *supra*) que um total de 84 % dos estabelecimentos que propõem gelado de impulso dispõem apenas de arcas congeladoras exclusivas dos fornecedores. Trata-se dos estabelecimentos a que os fornecedores que não possuem arcas congeladoras no local não podem ter acesso directo para a venda dos seus produtos sem, em primeiro lugar, ultrapassarem as significativas barreiras à entrada a seguir descritas. Desta forma, estes candidatos são excluídos do estabelecimento. Embora esta exclusão não seja absoluta, uma vez que o retalhista não está impedido contratualmente de vender produtos de outros fornecedores, pode afirmar-se que o estabelecimento está «encerrado», uma vez que a entrada nesse estabelecimento por parte de fornecedores concorrentes é extremamente difícil.

(150) É também evidente que a maior parte das vendas de gelado de impulso é efectuada através de pontos de venda que apenas têm arcas congeladoras exclusivas dos fornecedores. Tal é demonstrado, não só pela simples superioridade numérica destes estabelecimentos no mercado relevante, mas também pela proporção muito mais reduzida de estabelecimentos com um volume de negócios elevado (relativo ao gelado de impulso) que são «abertos», tal como descrito no considerando 148 *supra*:

[67] O Tribunal de Primeira Instância afirmou nos pontos 129 e 95 do processo Langnese & Schöller que «perante uma rede de acordos semelhantes celebrados por um único produtor, a apreciação efectuada quanto aos efeitos dessa rede sobre a concorrência se aplica a todos os contratos individuais que constituem a rede».

[68] Na prática, dado que todos os fornecedores no mercado relevante impõem a exclusividade das arcas, trata-se de arcas congeladoras propriedade do próprio retalhista ou emprestadas por uma fonte que não seja um fornecedor de gelados.

[69] Ou seja, na sequência da cessão, pela HB, de uma parte da sua frota de arcas congeladoras (ver considerandos 72 e 73 *supra*).

[70] Ou seja, antes da cessão, pela HB, de uma parte da sua frota de arcas congeladoras (ver considerandos 72 e 73 *supra*).

apenas 10 % da categoria de estabelecimentos com um volume de negócios elevado são estabelecimentos «abertos» nesta acepção, comparativamente com 28 % da categoria de estabelecimentos com um volume de negócios inferior (ver considerando 93 *supra*).

(151) Além disso, a maioria destes estabelecimentos «encerrados» apenas podem vender os gelados de um único fornecedor, uma vez que apenas têm uma ou mais arcas congeladoras exclusivas fornecidas por um fornecedor de gelados: segundo a Lansdowne, 56 % dos estabelecimentos estão nesta situação (ver considerando 92 *supra*).

(152) A maioria das arcas congeladoras dos fornecedores no mercado relevante foi fornecida pela HB: 61 % dessas arcas congeladoras, segundo a Lansdowne (ver considerando 88); 64 % de todas as arcas congeladoras segundo a Rosslyn (ver considerando 107). De acordo com a Lansdowne, 72 % dos estabelecimentos têm pelo menos uma arca congeladora da HB (76 % segundo a Rosslyn — ver considerando 108). A estimativa da própria HB (ver considerando 124 *supra*) é de que 75 % de todos os estabelecimentos retalhistas no mercado relevante têm pelo menos uma arca congeladora da HB.

(153) O estudo da Lansdowne concluiu igualmente que 41 % de todos os estabelecimentos apenas podem vender os gelados da HB, uma vez que apenas dispõem de uma ou mais arcas congeladoras fornecidas pela HB, 35 % dos estabelecimentos apenas têm uma única arca congeladora da HB e outros 6 % têm mais do que uma. Segundo a Rosslyn, em 50 % (ver considerando 108 *supra*) de todos os estabelecimentos, a única arca congeladora existente no estabelecimento é uma arca congeladora da HB; em mais 5 % de todos os estabelecimentos, existe mais do que uma arca congeladora da HB, que são as únicas existentes no estabelecimento: tal significa que 55 % da amostra de estabelecimentos apenas podem vender os gelados de impulso da HB (armazenistas exclusivos da HB), tal como acima descrito. Segundo a B&A, em [. . .] % ([. . .] % de [. . .] % — ver considerandos 116 e 117 *supra*) dos estabelecimentos, a única arca congeladora existente no estabelecimento é uma arca congeladora da HB; [. . .] % da amostra de estabelecimentos eram armazenistas exclusivos da HB, tal como acima descrito (ver considerando 116 *supra*). [mais que 40 %] dos estabelecimentos, segundo a estimativa da própria HB, são armazenistas exclusivos da HB, nesta acepção (confrontar a estimativa da HB, em Novembro de 1994, de [mais que 60 %] — ver considerando 125 *supra*).

(154) Quase todas as vendas de gelado de impulso da HB são efectuadas através de estabelecimentos que apenas têm arcas congeladoras exclusivas dos fornecedores. Esta situação é demonstrada pelo facto de [mais que 95 %] das vendas de gelado da HB serem efectuadas através de estabelecimentos onde existem arcas congeladoras da HB (ver considerando 61 *supra*). Uma vez que apenas 5 % dos estabelecimentos são «abertos» e têm também uma ou mais arcas congeladoras exclusivas dos fornecedores (ver considerando 92 *supra*) e que 95 % das arcas congeladoras da HB estão colocadas em estabelecimentos que apenas têm estas arcas congeladoras exclusivas dos fornecedores (ver considerando 94 *supra*), é inevitável chegar-se à conclusão de que quase todas as vendas da HB são feitas através destes estabelecimentos [71].

(155) O estudo da Lansdowne revela que o nível das vendas da HB através de estabelecimentos que apenas possuem uma ou mais arcas da HB, ou seja os que são armazenistas exclusivos da HB, na acepção acima descrita, é praticamente idêntico ao nível das vendas de gelado de impulso efectuadas através de outros estabelecimentos em que a HB forneceu uma arca congeladora (ver considerando 94 *supra*). Além disso, os níveis da distribuição numérica e ponderada da HB confirmam que o nível de vendas nos estabelecimentos em que a empresa está presente é normalmente mais elevado do que naqueles em que o não está (ver considerando 46 *supra*). O nível das vendas da HB através de estabelecimentos que apenas possuem uma ou mais arcas congeladoras da HB é assim, pelo menos, correspondente ao efectuado através de todos os outros estabelecimentos no mercado relevante.

(156) Poderá assim concluir-se que em cerca de 40 % [72] de todos os estabelecimentos no mercado relevante, as únicas arcas congeladoras destinadas à armazenagem de gelado de impulso existentes no estabelecimento foram fornecidas pela HB (ver considerando 153). A HB afirmou expressamente na sua resposta à comunicação de acusações que não contesta esta conclusão. Foi também demonstrado que cerca de 40 % de todas as vendas de gelados de impulso no mercado relevante são efectuadas através desta categoria de estabelecimentos (ver considerando 155). Estes estabelecimentos são armazenistas exclusivos da HB na acepção acima descrita. Os acordos relativos às arcas congeladoras instaladas nesta categoria de estabelecimentos constituem uma parte identificável da rede de acordos relativos às arcas congeladoras da HB.

[71] A cessão de arcas congeladoras *in situ*, efectuada pela HB durante o primeiro semestre de 1996 não afecta significativamente esta apreciação; para além do facto de as arcas congeladoras cedidas terem uma média de idade de nove anos (ou seja, estão pelo menos a aproximar-se do termo do tempo normal de vida de uma arca congeladora), as cessões foram efectuadas principalmente em estabelecimentos com baixo volume de negócios (ver considerando 73).

[72] Decorre do atrás referido que se trata de uma estimativa prudente.

4. ***Condições necessárias para concluir que a parte identificada da rede de acordos relativos às arcas congeladoras da HB produz um efeito restritivo no mercado relevante***

(157) Um fornecedor que pretenda vender os seus gelados de impulso num estabelecimento retalhista (ou seja, um candidato a esse estabelecimento), que disponha, pelo menos, de uma arca congeladora exclusiva do fornecedor, apenas o poderá fazer se esse estabelecimento possuir uma ou mais arcas congeladoras não exclusivas (ou seja, se se tratar de um estabelecimento «aberto» na acepção descrita no considerando 148 *supra*) ou se conseguir persuadir o retalhista quer a substituir uma arca congeladora exclusiva do fornecedor *in situ,* quer a instalar uma nova arca congeladora juntamente com as arcas congeladoras exclusivas do fornecedor *in situ*. Estas duas alternativas são abordadas nos pontos i) e ii) *infra,* relativamente à categoria de estabelecimentos identificados no considerando 156 *supra*.

i) **Probabilidade de persuadir um retalhista a substituir uma arca congeladora da HB**

(158) Caso um fornecedor concorrente pretenda vender os seus produtos num estabelecimento em que as únicas arcas congeladoras existentes no estabelecimento para armazenagem de gelado de impulso tenham sido fornecidas pela HB, poderá ter de persuadir o retalhista a substituir uma das arcas congeladoras da HB, quer por uma arca congeladora adquirida ou alugada pelo próprio retalhista a uma fonte que não o fornecedor de gelado, quer por uma arca congeladora fornecida pelo fornecedor concorrente (o candidato ao estabelecimento).

a) *Substituição por uma arca propriedade do retalhista*

(159) Um retalhista que deseje substituir uma arca congeladora exclusiva do fornecedor apenas o fará se previr um aumento dos seus lucros. Ao fazer estes cálculos, deverá tomar em consideração a força do ou dos fornecedores já estabelecidos no mercado relevante. Assim, um retalhista que deseje substituir uma arca congeladora da HB deverá, consequentemente, tomar em consideração a posição extremamente forte da HB no mercado relevante (ver considerando 141 *supra*). Tal acontece especialmente nos casos em que a arca congeladora da HB é a única no estabelecimento: quando o retalhista deseja substituir esta arca congeladora da HB por uma arca congeladora própria, é provável que os produtos de gelado armazenados na arca congeladora propriedade do retalhista reflictam, na generalidade, as quotas de mercado respectivas dos diferentes fabricantes de gelado no mercado relevante. Dada a forte posição da HB, o leque de produtos oferecidos no estabelecimento, na sequência da substituição, não irá provavelmente ser muito alterado. Não é assim provável que o retalhista considere que obterá um grande aumento dos seus lucros através da possibilidade de oferecer uma combinação de produtos de diversos fabricantes.

(160) O receio que os retalhistas têm de correr riscos, deverá também ser considerado como um factor que torna improvável que o retalhista opte por adquirir a sua própria arca: a incerteza acerca dos lucros futuros, bem como as desvantagens gerais da aquisição e manutenção da sua própria arca congeladora, são desincentivos significativos, principalmente para os pequenos retalhistas. Deverá ser tomado em consideração que a incerteza relativa aos lucros futuros é susceptível de desencorajar principalmente os pequenos retalhistas, para os quais o risco inerente a tal investimento (ver *infra*) poderá ter sérias consequências, sendo portanto menos atraente.

(161) O investimento necessário para a aquisição de uma arca congeladora própria pelo retalhista, bem como o custo da sua manutenção, constituem um desincentivo para os retalhistas que se privariam assim do fornecimento de uma arca congeladora em condições de empréstimo gratuito, com a manutenção assegurada pelo fornecedor, a HB: embora o retalhista pague indirectamente pelo serviço (ver considerandos 76 a 79), as economias de escala na aquisição, instalação e manutenção de arcas congeladoras, que são possíveis para os grandes fornecedores de gelado como a HB, não estão disponíveis para os pequenos retalhistas e constituem, desta forma, um incentivo para aceitar o fornecimento por parte do fornecedor. Antes da introdução do diferencial de preços em 1995, a política de preço global seguida pela HB (ver *supra*) tornava este desincentivo ainda mais notório. Devido à inclusão deste elemento no preço do gelado praticado no balcão, um retalhista que dispusesse da sua própria arca congeladora estava indirectamente a financiar a frota de arcas congeladoras da HB, sem beneficiar do fornecimento de uma arca. Além disso, este investimento constituía um custo «irrecuperável» para o retalhista, caso não conseguisse facilmente revender a arca congeladora. Estas considerações em matéria de custos são particularmente relevantes no que se refere a retalhistas com limitações financeiras ou de crédito e são, assim, particularmente importantes para os pequenos estabelecimentos. O estudo da Lansdowne concluiu que estas preocupações comerciais e em matéria de custos dos retalhistas constituíam, sem dúvida, desincentivos para que adquirissem

arcas congeladoras: ver considerandos 100 e 104 *supra*.

(162) A necessidade de romper as relações com o fornecedor que fornece a arca congeladora a substituir constitui um outro impedimento, nomeadamente nos casos em que tal fornecedor tem uma posição de mercado tão forte como a da HB. O simples facto de o número de retalhistas que optaram por adquirir ou alugar arcas congeladoras para a armazenagem de gelado de impulso na Irlanda ser tão reduzido, vem confirmar esta análise. Antes da cessão de arcas congeladoras pela HB em 1996, era muito reduzido o número de retalhistas que na Irlanda tinha optado por adquirir as suas próprias arcas congeladoras (ver estudo da Rosslyn no considerando 107, realizado em Abril de 1996, antes da cessão). Em 1996, a maior parte das arcas congeladoras cedidas pela HB aos retalhistas, foram-no [. . .], e representam uma ampla percentagem das arcas congeladoras propriedade dos retalhistas no mercado relevante. O sistema de locação-venda de arcas congeladoras da HB, introduzido em 1995, não suscitou o interesse dos retalhistas (ver considerandos 70 e 71 *supra*) apesar de a HB ter expressado a sua convicção de que as condições que oferecia eram muito interessantes; apenas 11 % dos retalhistas entrevistados pela Lansdowne, que não eram já proprietários de uma arca congeladora ou que não dispunham de uma arca em regime de locação-venda, expressaram interesse pelo regime da HB. O estudo de mercado realizado pela Rosslyn concluiu que, dos 26 % dos estabelecimentos entrevistados que afirmaram estar dispostos a instalar uma arca congeladora de substituição ou adicional, 82 % não estavam dispostos a adquirir eles próprios uma arca congeladora e 80 % não aceitariam uma arca congeladora não exclusiva mediante o pagamento de um encargo.

(163) A HB alegou que nos estabelecimentos com mais do que uma arca congeladora da HB, é mais provável que o retalhista substitua uma delas por uma arca própria, mantendo a outra ou outras. Deverá ser referido que a maior parte dos estabelecimentos na categoria relevante (ou seja aqueles em que apenas existem arcas congeladoras da HB) apenas dispõem de uma única arca congeladora da HB para a venda de gelado de impulso (ver considerando 153); na maioria dos restantes estabelecimentos existem apenas duas arcas congeladoras. Nos estabelecimentos com duas ou mais arcas congeladoras da HB, o retalhista só substituirá uma ou mais dessas arcas se puder prever que a arca congeladora a instalar irá gerar pelo menos o mesmo volume de negócios relativo ao gelado de impulso que o alcançado pelas arcas substituídas. Embora tal possa acontecer, a experiência revela que os retalhistas só muito raramente optam por esta solução (ver *infra*); embora a forte implantação de mercado da HB seja a principal razão para esta relutância em substituir as arcas congeladoras da HB, é provável, pelo menos em parte, que decorra também dos desincentivos à aquisição de arcas congeladoras acima descritos.

(164) O estudo de mercado utilizado pela Comissão confirma que é extremamente inabitual a substituição de arcas congeladoras fornecidas pelo fornecedor, quer por arcas congeladoras propriedade do retalhista, quer por arcas congeladoras propriedade de fornecedores concorrentes do fornecedor estabelecido (ver considerando 111 *supra*), sendo particularmente marcada a falta de disponibilidade do retalhista para agir neste sentido (considerandos 104, 112 e 119). Além disso, o estudo de mercado indica que a substituição de arcas congeladoras fornecidas pela HB por arcas congeladoras não fornecidas pela HB é extremamente rara: durante os cinco últimos anos, 78 % das arcas congeladoras substituídas nos estabelecimentos eram arcas congeladoras da HB e 74 % das arcas congeladoras que foram colocadas em sua substituição eram também arcas congeladoras da HB (ver considerando 111 *supra*), na maior parte dos casos, de maiores dimensões (ver considerando 74 *supra*).

(165) Os estudos realizados revelam igualmente que, na generalidade, os retalhistas não estão interessados por esta possibilidade de substituição. O estudo da Lansdowne colocou especificamente algumas questões aos retalhistas que apenas tinham uma ou mais arcas congeladoras da HB e que, consequentemente, apenas podiam vender gelados de impulso da HB. Foi-lhes também perguntado se estavam interessados em armazenar outras marcas para além da HB. Apenas 25 % responderam afirmativamente. 76 % destes retalhistas (os que apenas tinham arcas congeladoras da HB e revelavam interesse em armazenar outras marcas) afirmaram não estar dispostos a substituir a arca congeladora da HB (ou uma delas) por uma arca congeladora alugada ou adquirida por eles próprios (ver considerandos 102-104 *supra*).

b) *Substituição por uma arca congeladora fornecida por um fornecedor*

(166) Um retalhista que considere a hipótese de substituir uma arca congeladora fornecida por um fornecedor por uma arca congeladora fornecida por um outro fornecedor de gelados apenas o fará se previr que através dessa substituição obterá um aumento dos seus lucros [73]: na generalidade, deve

[73] Deverá realçar-se que quando uma arca congeladora exclusiva do fornecedor estabelecido é substituída por uma arca congeladora exclusiva de um concorrente desse fornecedor estabelecido, o estabelecimento passa a estar «encerrado» para o primeiro fornecedor (estabelecido) se só dispusesse de uma arca nesse estabelecimento, e permanece «encerrado» a quaisquer fornecedores terceiros que não estivessem já presentes nesse estabelecimento.

estar convicto de que existe uma maior procura dos produtos do fornecedor candidato e que a arca congeladora desse novo fornecedor irá, consequentemente, gerar mais lucros do que a arca congeladora do fornecedor estabelecido. Se o candidato ao estabelecimento for um produtor de gelados menos conhecido do que o fornecedor estabelecido, e se possuir uma gama de produtos menos ampla ou menos popular, se a arca congeladora fornecida for de menores dimensões ou as condições de fornecimento menos atraentes, o retalhista não terá qualquer incentivo para proceder à substituição. Nos casos em que a arca congeladora exclusiva do fornecedor é a única existente no estabelecimento, estes retalhistas teriam de abandonar totalmente a opção de oferecer gelados de impulso do fornecedor substituído, uma vez que, na sua quase totalidade, os produtores fornecem arcas congeladoras mediante uma condição de exclusividade.

(167) No que se refere aos retalhistas que consideram a hipótese de substituir a arca congeladora da HB por uma arca fornecida por um outro fornecedor de gelados, a forte posição da HB no mercado relevante constitui um desincentivo ainda maior do que no caso da substituição por uma arca congeladora propriedade do retalhista. Tal acontece sobretudo quando a arca congeladora da HB é a única no estabelecimento: com efeito, estes retalhistas teriam de abandonar totalmente a opção de oferecer gelados de impulso da HB [74]. O retalhista só seguiria esta opção se previsse lucros mais elevados na sequência da substituição e não o fará certamente quando a única arca que dispuser no seu estabelecimento for uma arca da HB. Nenhum dos produtos dos concorrentes da HB é tão bem conhecido ou dispõe de uma gama tão ampla. Assim, não constituem, na generalidade, uma alternativa satisfatória para os produtos da HB, do ponto de vista do retalhista.

(168) O facto de muitos retalhistas recearem correr riscos, os inconvenientes já referidos e as relações já estabelecidas com os fornecedores actuais constituem igualmente factores que tornam menos provável que o retalhista opte por substituir uma arca congeladora de um fornecedor por uma arca congeladora de um outro. Quando uma arca congeladora de um fornecedor é substituída, não por uma arca do próprio retalhista mas por uma arca de um outro fornecedor, esta situação corresponde quase sempre a uma recusa efectiva de continuar a negociar com o fornecedor estabelecido. Estas considerações são particularmente relevantes no que se refere à substituição de uma arca congeladora da HB, dada a forte posição da empresa no mercado. Mesmo quando o estabelecimento possui duas ou mais arcas congeladoras apenas da HB (ou seja, quando se trata de um armazenista exclusivo da HB), a substituição de uma ou mais destas arcas congeladoras da HB é pouco provável, dada a forte posição de mercado da HB: a probabilidade de substituição depende das expectativas do retalhista quanto à obtenção de lucros mais elevados com a nova arca. O estudo de mercado acima descrito confirma a improbabilidade de tal substituição.

(169) A questão de saber se uma arca congeladora da HB poderá ser substituída por uma arca congeladora fornecida por um concorrente foi também considerada do ponto de vista do outro fornecedor. Tal como referido acima, esse fornecedor só procederá ao investimento necessário se puder prever um rendimento satisfatório desse investimento sob a forma de um aumento das vendas. Dada a forte posição da HB no mercado relevante, os restantes fornecedores de gelados obterão provavelmente um rendimento inferior de tal investimento. Esta desvantagem concorrencial face ao fornecedor líder no mercado torna, nalguns casos, menos provável que esses concorrentes proponham uma arca frigorífica aos retalhistas.

(170) Deverá ser recordado que os elementos de prova empíricos, sob a forma de estudos de mercado, utilizados pela Comissão, indicam que a substituição das arcas congeladoras fornecidas pelos fornecedores, de forma geral, e das arcas congeladoras da HB em particular, resultam quase sempre na instalação de novas arcas congeladoras provenientes do mesmo fornecedor (ver considerando 111 *supra*). 82 % dos retalhistas objecto do estudo da Lansdowne que apenas tinham uma ou mais arcas congeladoras da HB e que expressaram interesse em armazenar outras marcas, afirmaram não tencionar substituir a arca congeladora da HB (ou uma delas) por uma arca congeladora fornecida por outro fornecedor de gelados (ver considerando 104 *supra*), tendo muitos retalhistas citado como principais razões para esta opção a posição de liderança e a popularidade dos produtos da HB.

(171) Os acordos da HB relativos às arcas congeladoras são concluídos por um período de tempo indeterminado. Estes acordos continuam em vigor até a HB ou o retalhista expressar a sua intenção de a eles pôr termo mediante um pré-aviso escrito de dois meses [75]. Apesar do facto de normalmente os

[74] A devolução da arca congeladora da HB poderia também fazer com que o retalhista deixasse de armazenar gelados da HB em embalagem familiar, dado que, por vezes, esses produtos são armazenados nas mesmas arcas congeladoras que os produtos de impulso (ver considerando 42 *supra*); este efeito adicional torna ainda menos atraente a opção de substituir a arca congeladora da HB por uma arca de outro fornecedor.

[75] O facto de, aparentemente, a HB não exigir o respeito desta condição (ver *supra*), apenas poderá em parte ser considerado como um factor atenuante neste contexto, devido ao facto de ser possível que o retalhista ignore ou não esteja seguro desta prática.

retalhistas terem conhecimento de que os acordos podem ser rescindidos a curto prazo, a sua duração indeterminada constitui, todavia, um outro elemento que poderá tornar os retalhistas relutantes em tomar a iniciativa de lhes pôr termo, com o objectivo de substituir uma arca congeladora da HB quer por uma arca congeladora própria, quer por uma arca congeladora de um outro fornecedor.

ii) **Probabilidade de persuadir um retalhista a instalar uma arca congeladora adicional**

(172) Um fornecedor concorrente que deseje vender os seus produtos a um estabelecimento onde apenas exista uma ou mais arcas congeladoras para armazenagem de gelado de impulso fornecidas pela HB, poderá também tentar persuadir o retalhista a instalar, juntamente com a ou as arcas congeladoras *in situ* da HB, quer uma arca congeladora adicional adquirida ou alugada pelo próprio retalhista e proveniente de outra fonte que não um fornecedor de gelados, quer uma arca congeladora fornecida pelo fornecedor concorrente (o candidato ao estabelecimento).

(173) Ao decidir se deverá ou não instalar uma arca congeladora adicional no seu estabelecimento, o retalhista deverá tomar em consideração as limitações em termos de espaço inerentes a qualquer estabelecimento e, principalmente, aos estabelecimentos do mercado relevante (ver considerando 43 *supra*). O retalhista deve estar convicto da viabilidade económica de tal decisão. Na generalidade, o retalhista afecta espaço de venda de acordo com o que considera ser a rendibilidade potencial de tal espaço [76]. Em especial, tomará em consideração diversos factores, alguns dos quais são seguidamente descritos. O estudo da Lansdowne concluiu que 87 % dos estabelecimentos analisados não consideraram que a atribuição de espaço adicional para a instalação de uma nova arca congeladora constituía uma «opção viável» (ver considerando 96 *supra*). Além disso, o estudo de mercado revela a extrema relutância da maior parte dos retalhistas em permitirem a instalação de arcas congeladoras adicionais (ver estudo da Lansdowne, considerandos 97-100 e 103; estudo da Rosslyn considerando 112; estudo da B&A considerando 119). O estudo da Lansdowne concluiu, por exemplo, que apenas 40 % dos 25 % de retalhistas que só podiam oferecer gelado da HB, e que expressaram interesse em armazenar outras marcas, estavam dispostos a aceitar a instalação de uma arca congeladora adicional; o estudo da B&A concluiu que apenas [. . .] % dos retalhistas que só possuíam uma arca congeladora no seu estabelecimento estavam dispostos a considerar a hipótese de instalar uma arca congeladora adicional.

(174) Na venda de gelado de impulso, a acessibilidade e visibilidade da arca congeladora são essenciais. Consequentemente, nem todo o espaço de venda de um estabelecimento é adequado [77] (ver considerandos 10 e 43 *supra*). Simultaneamente, o espaço que é adequado tem igualmente de estar disponível para a apresentação de outros produtos, em especial produtos de impulso. As vendas destes outros produtos não variam normalmente em termos sazonais, e poderão gerar uma rendibilidade anual superior do espaço utilizado. A afectação de espaço retalhista às arcas congeladoras para a venda de gelado de impulso estará, em geral, directamente relacionada com a sua contribuição para as vendas.

(175) A instalação de uma arca congeladora adicional propriedade do retalhista ou de uma arca congeladora fornecida por um outro fabricante que não a HB, tem por efeito imediato a disponibilidade de um leque mais amplo de produtos. Contudo, esta extensão da gama de produtos não gera automaticamente, para esse estabelecimento, um volume de negócios mais elevado no gelado de impulso. Com efeito, apesar das vendas totais de gelado de impulso desse estabelecimento poderem aumentar, não irão necessariamente aumentar para o nível que o retalhista esperava ao atribuir espaço adicional. Não só a nova arca congeladora não gerará, provavelmente, o mesmo nível de vendas que as geradas pela ou pelas arcas congeladoras do fornecedor estabelecido até à nova instalação, mas também a arca ou arcas congeladoras do fornecedor estabelecido não irão, provavelmente, continuar a gerar o mesmo nível de vendas que antes da nova instalação. Só numa situação em que todas as vendas resultantes da nova arca congeladora fossem inteiramente atribuíveis a uma procura específica dos produtos do novo participante, excluindo a procura de quaisquer outros gelados de impulso disponíveis no estabelecimento, é que as vendas da arca congeladora do fabricante estabelecido não seriam prejudicadas na sequência da nova instalação. Do ponto de vista do retalhista, a

[76] A conclusão da B&A no seu «Qualitative Study» de que os retalhistas normalmente agem instintivamente e não com base em métodos mais precisos de cálculo da rendibilidade potencial (ver considerandos 122 e 123 *supra*) não prejudica a validade desta conclusão: os seus cálculos feitos instintivamente tomarão em consideração os mesmos elementos de base.

[77] Ver Decisão 78/172/CEE da Comissão, Liebig, JO L 53 de 24.2.1978, p. 20, ponto 9.

instalação adicional apenas será viável se puder prever que a procura adicional criada pela nova arca irá compensar a perda de oportunidades de utilizar, de outra forma, o espaço no seu estabelecimento. O nível significativo de eliminação de marcas revelado no estudo da B&A (ver considerando 118 *supra*), vem confirmar estas considerações em termos de viabilidade de espaço — os retalhistas em questão poderão ter considerado que as vendas de um determinado fornecedor de gelado não justificariam a utilização do espaço que a arca congeladora desse fornecedor exigiria.

(176) A forte posição da HB no mercado relevante significa que é, consequentemente, muito improvável que um retalhista instale uma arca congeladora adicional da sua propriedade num estabelecimento que já disponha de uma ou mais arcas congeladoras da rede da HB. Devido à gama e popularidade dos produtos da HB, é reduzido o lucro adicional que poderia ser gerado através da instalação de uma arca congeladora propriedade do retalhista, juntamente com a arca congeladora da HB. As eventuais perdas de eficácia descritas de forma mais geral *supra*, serão, consequentemente, ainda mais pronunciadas neste caso.

(177) Além disso, a forma mais eficaz de aumentar a capacidade do retalhista a fim de satisfazer o aumento da procura dos consumidores, será através de um aumento da frequência das entregas para um número mínimo de arcas congeladoras e não através da instalação de arcas congeladoras adicionais [78]. O facto de ter de instalar arcas congeladoras adicionais por forma a dispor dos produtos de cada fornecedor, implica obviamente uma perda de eficácia para o retalhista.

(178) Um outro elemento que torna a instalação de uma arca congeladora adicional ainda mais improvável consiste no aumento de espaço exigido pelas novas arcas congeladoras da HB (ver considerando 74 *supra*). Esta situação vem ainda reduzir mais a hipótese de um retalhista afectar espaço suplementar à venda de gelado de impulso.

(179) A possibilidade de substituir uma arca congeladora da HB por duas (ou mais) arcas congeladoras de menores dimensões deverá também ser considerada. Embora esta opção possa não produzir o efeito de aumentar o espaço retalhista afectado à armazenagem de gelado de impulso, e embora pareça agradar a alguns retalhistas (ver estudo da Lansdowne — considerando 104 *supra*), é limitada pelo facto de os fornecedores fornecerem, aparentemente, arcas congeladoras concebidas para acondicionar toda a sua gama de produtos: a área destas arcas tende a ser maior para os fornecedores com uma gama completa de produtos, em especial a HB (ver considerandos 74 e 75 no que se refere às arcas congeladoras da HB). De qualquer forma, não será normalmente possível um retalhista obter, dos fornecedores, arcas congeladoras perfeitamente adaptadas à gama e volume de produtos que pretende pôr à venda. A instalação de um número elevado de arcas congeladoras mais pequenas poderá além disso dificultar a tentativa do retalhista oferecer aos seus clientes uma gama completa de todos os tipos de gelado de impulso. Do ponto de vista do fornecedor, as arcas congeladoras de dimensões muito pequenas têm a desvantagem de limitar as oportunidades de expansão no mercado relevante. Além disso, deverá realçar-se que os custos de aquisição, instalação, manutenção e de exploração de duas arcas congeladoras são consideravelmente superiores aos de uma arca congeladora com o dobro da dimensão.

(180) A HB alegou que o número médio de arcas congeladoras por estabelecimento poderá continuar a aumentar, tal como parece ter acontecido nos últimos cinco anos: o estudo da Rosslyn revelou um aumento no número médio de arcas congeladoras de 1,22 em 1991 para 1,42 em 1996; o estudo da Lansdowne chegou a um número médio de 1,50. É óbvio, todavia, que deverá existir um número máximo de arcas congeladoras que um estabelecimento pode instalar para a venda de gelado de impulso. Esta conclusão é confirmada, não só pela proporção muito reduzida de estabelecimentos com mais de duas arcas congeladoras [79], mas também pela relutância que os retalhistas manifestaram quando lhes foi perguntado se estavam dispostos a aceitar outras arcas congeladoras: o estudo da Lansdowne apresenta dados pormenorizados relativos à atitude a este propósito (ver considerandos 97-100 e 103 *supra*). Deverá para além disso salientar-se que os retalhistas consideraram que uma média de 1,57 seria o número ideal de arcas congeladoras de que deveriam dispor no pico da época, indicando (com base nos dados relativos ao número médio de arcas congeladoras existentes nos estabelecimentos) que o mercado está praticamente saturado em termos de arcas congeladoras, sendo muito pouco provável que venham a ocorrer novas entradas ou uma expansão no futuro.

[78] Esta afirmação é confirmada pelo «Qualitative Study» da B&A, que concluiu que os retalhistas preferem um reabastecimento frequente das arcas à instalação de uma arca congeladora adicional (ver considerando 123 *supra*).

[79] 7 % segundo a Lansdowne; 4 % segundo a Rosslyn; [. . .] % segundo a B&A, estudo que se centrava sobretudo nos estabelecimentos de grandes dimensões (ver considerando 86 *supra*).

(181) Para além das considerações gerais acima referidas no que se refere à probabilidade de um retalhista instalar uma outra arca congeladora para além da arca ou arcas da HB já presentes no seu estabelecimento, deverão ser realçados os pontos seguintes no que se refere às opções específicas mencionadas no considerando 172 *supra*.

a) *Instalação de uma arca congeladora propriedade do retalhista juntamente com uma ou mais arcas congeladoras da HB*

(182) A maior parte dos desincentivos descritos no ponto i), alínea a), *supra*, em relação à aquisição, pelos retalhistas, de arcas congeladoras próprias, ocorre igualmente neste cenário. Um retalhista será dissuadido devido ao risco inerente ao investimento a efectuar (provavelmente um investimento irrecuperável). Os inconvenientes resultantes da aquisição e manutenção de uma arca congeladora constituem igualmente um factor impeditivo importante para os retalhistas.

b) *Instalação de uma arca congeladora exclusiva do fornecedor juntamente com uma ou mais arcas congeladoras da HB*

(183) Do ponto de vista do fornecedor, os factores mencionados no considerando 169 *supra* (que serão seguidamente apresentados) aplicam-se, pelo menos, de igual forma. Quando um fornecedor fornece uma arca congeladora adicional, por oposição a uma de substituição, os seus lucros serão limitados pela concorrência do fornecedor estabelecido, enquanto não estará sujeito a esta concorrência em caso de substituição, porque o fornecedor estabelecido será afastado. Nos casos em que a HB é o fornecedor estabelecido, a sua forte posição no mercado relevante torna ainda menos provável que um retalhista instale uma arca congeladora adicional exclusiva do fornecedor, num estabelecimento que já dispõe de uma ou mais arcas congeladoras da rede da HB. Devido à maior gama e à maior popularidade dos produtos da HB, relativamente a qualquer dos seus concorrentes, os lucros adicionais que serão provavelmente gerados pela instalação de uma arca congeladora de um outro fornecedor, juntamente com a arca congeladora da HB, serão reduzidos ([80]).

([80]) Deverá realçar-se que quando é instalada uma arca congeladora adicional exclusiva do fornecedor, o estabelecimento continua «encerrado» a quaisquer fornecedores terceiros que não estejam ainda presentes no estabelecimento.

iii) **Conclusão**

(184) Do atrás exposto pode concluir-se que os acordos relativos às arcas congeladoras da HB, celebrados relativamente a arcas congeladoras instaladas em estabelecimentos onde as únicas arcas congeladoras existentes são fornecidas pela HB, preenchem as condições estabelecidas no considerando 143 *supra*, tendo consequentemene por efeito uma restrição da concorrência no mercado relevante. À luz desta conclusão, pode afirmar-se que a categoria de estabelecimentos em questão está de facto vinculada exclusivamente à venda de gelado de impulso da HB. Assim, os fornecedores concorrentes não podem ter acesso a esses estabelecimentos.

5. ***Outras condições do mercado relevante***

i) **Exclusividade das arcas congeladoras enquanto importante barreira logística e de custos à entrada e expansão de fornecedores concorrentes**

(185) O fornecimento geral de arcas congeladoras exclusivas do fornecedor aos retalhistas, por parte de fornecedores de gelado, dificulta o acesso ao mercado relevante e a expansão nesse mercado (ver considerandos 147-156 *supra*) — a maioria dos estabelecimentos apenas está em condições de oferecer gelado de impulso de um fornecedor. Consequentemente, trata-se de uma limitação significativa da concorrência entre fornecedores.

(186) É óbvio que o fornecimento de arcas congeladoras exclusivas do fornecedor constitui uma barreira logística para os candidatos ao mercado e para a expansão nesse mercado por parte dos fornecedores de gelado existentes. No considerando 4 *supra*, ficou demonstrado que, nos estabelecimentos que apenas dispõem de arcas congeladoras da HB, é difícil persuadir os retalhistas a substituírem-nas e a instalarem arcas congeladoras adicionais para a venda de gelados de impulso. O considerando 4 demonstra também claramente que, na generalidade, tal acontece não só para as arcas congeladoras da HB nos estabelecimentos que apenas dispõem de arcas congeladoras da HB, mas também, de forma geral, no que se refere às arcas congeladoras exclusivas do fornecedor em todos os estabelecimentos retalhistas. Embora outros fornecedores não detenham a forte posição de mercado da HB, fornecem contudo arcas congeladoras aos retalhistas em condições muito semelhantes e estas arcas estão instaladas em estabelecimentos com as mesmas limitações em termos de espaço. Os inconvenientes para os retalhistas, a sua aversão

ao risco e a sua relutância em romperem as relações com os fornecedores estabelecidos constituem elementos que contribuem para esta barreira logística em detrimento dos fornecedores concorrentes.

(187) O estudo de mercado utilizado pela Comissão ilustra a existência desta barreira logística geral. Os três estudos de mercado demonstram que normalmente os retalhistas não substituem as arcas congeladoras existentes exclusivas dos fornecedores por arcas congeladoras que não sejam do mesmo fornecedor e que, na generalidade, os retalhistas revelam relutância em afectar expaço à instalação de outras arcas congeladoras (ver considerandos 164, 165 e 173 *supra*).

(188) O fornecimento de arcas congeladoras exclusivas do fornecedor constitui igualmente uma barreira em termos de custos à entrada ou expansão no mercado relevante. Quando um fornecedor de gelado de impulso no mercado relevante, quer seja um participante no mercado já estabelecido quer um candidato a esse mercado, pretende que os seus produtos sejam oferecidos num estabelecimento onde existe uma ou mais arcas congeladoras exclusivas do fornecedor (ou seja, a maior parte dos estabelecimentos no mercado relevante — ver considerando 149 *supra*), e quando não consegue persuadir o retalhista a adquirir a sua própria arca congeladora não exclusiva, a única possibilidade de que dispõe é colocar à disposição do retalhista uma arca congeladora para a armazenagem dos seus produtos (ou seja os produtos do candidato ao estabelecimento). Para além da dificuldade de persuadir o retalhista a aceitar a oferta (acima explicada) o custo decorrente da prestação deste serviço é muito significativo para o fornecedor.

(189) Os encargos inerentes à aquisição de uma frota de arcas congeladoras para instalação nos estabelecimentos que possa garantir que os produtos do fornecedor atingem níveis viáveis de distribuição, torna extremamente difícil que as empresas de pequena e mesmo de média dimensão entrem no mercado relevante e aí se mantenham. Há ainda a considerar os custos de manutenção das arcas congeladoras, que apenas são sustentáveis quando existe um número mínimo de arcas congeladoras do fornecedor numa área geográfica razoavelmente concentrada. As duas pequenas empresas de gelado de impulso que têm desenvolvido as suas actividades na Irlanda, a Valley (agora em liquidação) e a Leadmore, têm registado ultimamente graves dificuldades financeiras, e optaram ambas por uma cooperação, a nível da distribuição, com os novos participantes no mercado (a Valley com a Mars e a Leadmore com a Nestlé). A HB, a Mars, a Nestlé, a Dale Farm e a Häagen Dazs pertencem, sem excepção, a grandes grupos multinacionais. Apesar do risco que representa para estas empresas o financiamento de um investimento desta natureza, os grandes grupos podem obter economias de escala tanto na aquisição como na manutenção de arcas congeladoras; tal não é possível para as pequenas empresas, o que aumenta o custo da sua entrada no mercado.

(190) A amplitude da gama de produtos que o fornecedor oferece deverá também ser considerada. Quanto mais pequeno for o leque de produtos, mais difícil se torna justificar o investimento. Se um fornecedor apenas propõe um ou dois produtos, não irá, quase de certeza, propor uma arca congeladora ao retalhista, sendo assim impedido de entrar nesse estabelecimento. Este facto prejudica principalmente os fornecedores de nichos de gelado de impulso, limitando as suas oportunidades de acederem a uma distribuição em mais larga escala.

(191) Os fornecedores estabelecidos, com arcas congeladoras num número significativo de estabelecimentos, estão protegidos da entrada de concorrentes nos estabelecimentos em que estão presentes por esta barreira em termos de custos: a presença de diversas redes de arcas congeladoras exclusivas do fornecedor estabelecido, que abrangem quase todos os estabelecimentos do mercado relevante, aumenta os custos de entrada no mercado relevante dos concorrentes não estabelecidos e a expansão, nesse mercado, de todos os outros fornecedores. É pouco provável que os retalhistas aceitem arcas congeladoras de fornecedores que não proponham condições que sejam, pelo menos, tão favoráveis quanto as oferecidas pelos fornecedores que já dispõem de arcas congeladoras no estabelecimento ou quanto as oferecidas pelos fornecedores no mercado em geral. No contexto do mercado relevante, tal significa que o fornecedor deve poder oferecer uma arca congeladora moderna, a título gratuito (ou seja, sem encargos directos), assegurando ele próprio a manutenção. Além disso, um candidato ao mercado não poderá, normalmente, esperar obter o mesmo rendimento que o fornecedor estabelecido da instalação de uma arca congeladora, pelo menos até estar bem posicionado no mercado. Esta vantagem dos fabricantes estabelecidos garantiu-lhes que a entrada no mercado relevante nos últimos tempos se limitou aos candidatos que dispunham de grandes recursos financeiros: a Mars, a Häagen Dazs e a Nestlé. O custo da entrada da Mars é ilustrado pelo investimento que efectuou em arcas congeladoras em 1994, enquanto percentagem do seu volume de negócios relativo ao gelado no mesmo ano (ver considerando 80 *supra*). Este avultado investimento relativo ao fornecimento de arcas congeladoras é feito em detrimento de outros investimentos necessários do fornecedor de gela-

dos, principalmente durante o período que se segue à entrada no mercado, altura em que o fornecedor ainda não recuperou do retalhista o custo do seu investimento nas arcas congeladoras.

(192) A HB é de longe o mais importante fornecedor estabelecido no mercado relevante. A forte posição que ocupa há muito nesse mercado foi já descrita pormenorizadamente. A sua rede de arcas congeladoras é a maior no mercado relevante, cerca de três vezes superior à do seu concorrente mais próximo, existindo arcas congeladoras da HB na maior parte dos estabelecimentos. Estas arcas congeladoras são também normalmente de maiores dimensões do que as instaladas pelos seus concorrentes e a frota foi muito modernizada nos últimos anos.

(193) A HB expressou a opinião, neste contexto, de que um sistema de distribuição no âmbito do qual as arcas congeladoras são colocadas à disposição dos retalhistas mediante uma condição de exclusividade não constitui, em todas as circunstâncias do mercado relevante, uma restrição da concorrência nos termos do n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CE. A HB afirmou que «a concorrência do tipo considerado no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CE em articulação com a alínea g) do artigo 3.º é suficientemente ampla para abranger um sistema em que os fornecedores de gelados concorrem, *inter alia*, através do fornecimento de arcas congeladoras nos pontos de venda». Esta argumentação baseia-se essencialmente no facto de o sistema constituir uma prática comercial estabelecida no mercado relevante e fora dele e de a concorrência no mercado relevante incluir concorrência a nível do fornecimento, aos retalhistas, de arcas congeladoras em regime de exclusividade. Esta concorrência no fornecimento de arcas congeladoras aplica-se tanto aos operadores estabelecidos como aos novos participantes no mercado.

(194) Poderá retorquir-se a esta argumentação que a concorrência no mercado relevante não deveria obrigar os produtores de gelados a fornecerem arcas congeladoras como requisito prévio inevitável para exercerem actividades no mercado do fornecimento de gelado de impulso aos retalhistas. Na maioria dos casos em que os fornecedores pretendem vender os seus produtos a um estabelecimento que não possui qualquer arca congeladora «aberta», esta obrigatoriedade existe de facto. Além disso, a concorrência entre as marcas a nível do consumidor não pode ser substituída pela concorrência a nível do acesso ao estádio retalhista. Tal acontece principalmente no caso dos produtos de impulso em que a concorrência parece exercer-se, em larga medida, no interior de um estabelecimento e não tanto entre estabelecimentos (ver considerandos 195 e seguintes). No caso em apreço, a necessidade de concorrer a nível do fornecimento de arcas congeladoras tem por efeito restringir de forma significativa a concorrência no mercado do gelado de impulso. Não será necessário referir que a concorrência entre fornecedores de gelado, a nível do fornecimento de arcas congeladoras a retalhistas, não é em si indesejável; é apenas quando este fornecimento é feito em condições de exclusividade por todos os fornecedores de gelado que os benefícios económicos resultantes desta prática são superados pelos seus efeitos negativos sobre a concorrência no mercado relevante.

ii) **Outras consequências anticoncorrenciais da barreira à entrada e à expansão acima referida**

(195) Existem pelo menos dois outros factores que tornam a entrada no mercado relevante mais difícil: em primeiro lugar, o facto de a actividade independente de grossista estar relativamente pouco desenvolvida no mercado do gelado de impulso na Irlanda significa que o acesso à distribuição através destes intermediários independentes é dificultado; em segundo lugar, a força das marcas existentes no mercado relevante e a fidelidade do cliente a essas marcas constitui um obstáculo extremamente significativo para os novos participantes. É um facto que o reconhecimento da marca no sector do gelado, tal como na maior parte dos produtos de grande consumo, é de importância fundamental. Neste contexto, deverá salientar-se que a Mars e a Nestlé beneficiaram significativamente da força das suas marcas respectivas no sector da confeitaria, utilizando frequentemente a mesma marca para os seus gelados. O outro participante recente, a Häagen Dazs, beneficia de uma marca com grande reputação internacional e investiu recursos consideráveis em publicidade; a sua quota de mercado continua, de qualquer forma, muito reduzida. A posição particularmente forte da marca HB no mercado relevante e a ampla gama de produtos que oferece sob esta marca, constituem obstáculos que tornam ainda mais difícil fazer-lhe concorrência.

(196) Na sequência das barreiras à entrada acima descritas, os novos participantes são excluídos, na prática, de muitos estabelecimentos retalhistas para a venda dos seus produtos. Quando a entrada é possível, apenas é conseguida com grandes custos, o que constitui consequentemente um obstáculo particular à entrada de pequenas e médias empresas. Existe uma restrição semelhante, para os fornecedores existentes, no que se refere à sua margem de expansão no mercado. Os dados relativos da distribuição numérica e ponderada registados pelos diversos fornecedores de gelado demonstram claramente a dificuldade em conseguir uma ampla

distribuição (ver considerandos 46-52 *supra*): em especial, não existe qualquer fornecedor que se aproxime dos níveis de distribuição da HB. A Mars, por exemplo, conseguiu um nível mais elevado de penetração do mercado no ano após a sua entrada (ano em que os retalhistas colocavam os seus produtos nas arcas congeladoras da HB), do que aquele que conseguiu obter no período superior a cinco anos que se seguiu (ver considerandos 47 e 48 *supra*). A Nestlé, que entrou no mercado em 1994, tem registado níveis de distribuição numérica que não evoluíram desde então, verificando-se apenas um ligeiro aumento no nível ponderado (ver considerando 50 *supra*). A eficácia destas barreiras é reconhecida pelos fornecedores que exploram a prática do fornecimento de arcas congeladoras mediante uma condição de exclusividade. Esta situação é claramente ilustrada pelas diversas reacções da HB à entrada no mercado da Mars em 1989 (ver considerandos 64-68 *supra*): é evidente, a partir da documentação da empresa, que a insistência da HB em manter a exclusividade das arcas congeladoras não se justificava apenas por uma preocupação de eventual «piratagem» da sua propriedade, mas pelo facto de a exclusividade constituir um meio extremamente eficaz de controlar a entrada efectiva e a expansão do novo concorrente.

(197) Tal como foi referido acima, o avultado investimento indispensável ao fornecimento de arcas congeladoras significa que os restantes investimentos necessários são preteridos, e que a subsequente afectação de recursos pelos fornecedores poderá conduzir a uma distorção das forças concorrenciais no mercado relevante. Os concorrentes obrigados a investir tão significativamente para conseguirem uma distribuição física, particularmente ao entrarem no mercado, poderão ver-se obrigados a negligenciar outros aspectos da comercialização dos seus produtos. Esta comercialização (publicidade, promoções, etc.) é particularmente fundamental na fase de entrada no mercado, altura em que o investimento em arcas congeladoras é também mais significativo. Os novos participantes ou os fornecedores que pretendem expandir-se no mercado vêem assim também limitada a sua capacidade de inovar e desenvolver novos produtos, não só em seu detrimento mas também em detrimento dos consumidores, devido ao custo da obtenção ou do aumento dos níveis de distribuição.

(198) Tal como foi demonstrado *supra*, as redes de arcas congeladoras exclusivas do fornecedor têm por efeito uma restrição significativa do número de produtos de concorrentes que podem ser oferecidos num estabelecimento. Uma vez que a concorrência nos produtos de impulso se exerce, em larga medida, no interior do próprio estabelecimento devido à natureza espontânea da procura criada pelo impulso de compra (ver considerando 12 *supra*), esta situação tem por consequência uma grave restrição da concorrência intermarca (concorrência entre fornecedores) no mercado relevante. Quando um estabelecimento apenas pode oferecer produtos de um único fornecedor, esta concorrência a nível do consumidor é completamente excluída: só existe concorrência entre os diversos produtos oferecidos pelo mesmo fornecedor. Tal acontece em mais de metade dos estabelecimentos retalhistas no mercado relevante, onde apenas existem uma ou mais arcas congeladoras exclusivas do fornecedor [81]. Nestas circunstâncias, a concorrência em matéria de preços entre fornecedores é susceptível de ser reduzida [82]. Consequentemente, os clientes são prejudicados tanto porque dispõem de uma escolha mais reduzida de produtos concorrentes, como devido aos efeitos de uma concorrência mais fraca a nível dos preços.

(199) Os efeitos negativos a nível dos retalhistas, produzidos pela rede de arcas congeladoras exclusivas do fornecedor, consistem numa restrição da sua capacidade de oferecer produtos de fornecedores concorrentes, limitando as suas possibilidades de seleccionar entre as gamas de produtos desses fornecedores, de acordo com a procura ou com a sua concepção da procura. Devido a esta restrição, o retalhista poderá perder oportunidades em termos de eficácia, e consequentemente de lucros adicionais, decorrentes da escolha dos produtos que oferece: o retalhista poderá muitas vezes armazenar produtos em arcas congeladoras exclusivas do fornecedor que, caso não existisse uma condição de exclusividade, não escolheria necessariamente para colocar à venda. As redes exclusivas são também susceptíveis de provocar uma afectação não eficaz do espaço do estabelecimento (tal como referido *supra*); quanto mais um retalhista tentar compensar a sua incapacidade de armazenar todos os produtos que deseja vender aos consumidores aceitando a instalação de mais arcas congeladoras, mais graves serão estas ineficácias em termos de espaço.

[81] 56 % segundo o estudo da Lansdowne no considerando 92; pelo menos 60 % segundo o estudo da Rosslyn no considerando 108. A HB enfrenta uma concorrência directa, intra-estabelecimento, de outras marcas de gelado em [. . .] dos estabelecimentos analisados pela B&A nos quais são vendidos produtos HB (ver considerando 116 *supra*).

[82] Em Junho/Julho de 1995, a Mars realizou uma promoção especial de preços através de qual reduziu os preços recomendados ao retalhista (e consequentemente também os preços de venda aos retalhistas) dos seus gelados em barra em cerca de 20 %: a HB não reagiu a esta promoção — ver carta da Mars de 9 de Agosto de 1996. A Mars realizou uma promoção semelhante no Verão de 1996; mais uma vez não obteve reacção. Esta promoção não afectou também, aparentemente, a quota de mercado da HB, que aumentou durante esse período.

(200) A rede de acordos relativos às arcas congeladoras da HB, que é a mais vasta e extensa rede de acordos relativos a arcas congeladoras exclusivas do fornecedor, contribui significativamente para os efeitos anticoncorrenciais acima referidos. Na realidade, no caso da rede da HB, estes efeitos são agravados pela forte posição da empresa no mercado. Nos estabelecimentos onde as únicas arcas congeladoras existentes são as da HB (cerca de 40 % dos estabelecimentos no mercado relevante), a HB não está exposta a qualquer concorrência intermarca a nível do consumidor.

6. *Probabilidade de o comércio entre Estados-membros ser afectado*

(201) Quando, pelas razões acima descritas, o efeito dos acordos relativos às arcas congeladoras da HB consiste em eliminar a liberdade de os retalhistas armazenarem e colocarem à venda junto do consumidor os gelados de impulso de fornecedores concorrentes, estes fornecedores são impedidos, independentemente da sua localização geográfica e da origem dos seus produtos, de acederem aos estabelecimentos retalhistas em questão. Esta restrição a nível dos retalhistas e dos fornecedores tem por efeito tornar a penetração no mercado irlandês mais difícil para os concorrentes estrangeiros, o que pode limitar o volume do comércio de gelados. As oportunidades dos fornecedores estrangeiros se estabelecerem no mercado do gelado de impulso irlandês são negativamente afectadas pelos acordos relativos às arcas congeladoras, que contribuem consequentemente para a manutenção de mercados de estrutura nacional [83]. Existe, alem disso, um comércio significativo entre a Irlanda e outros Estados-membros no que se refere aos gelados, tal como o demonstra, nomeadamente, a importação de todos os produtos de gelado da Mars de França e a importação de uma parte dos produtos da HB na Irlanda (considerandos 25 e 29 *supra*). Consequentemente, os acordos relativos às arcas congeladoras da HB podem afectar o comércio entre Estados-membros.

7. *Apreciabilidade*

(202) A parte identificada da rede de acordos relativos às arcas congeladoras da HB, referida no considerando 184 *supra*, apenas constitui uma infracção ao n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CE se afectar a concorrência e o comércio entre Estados-membros de forma significativa. Concluiu-se que a parte identificada da rede de acordos de arcas congeladoras da HB diz respeito a arcas congeladoras instaladas em cerca de 40 % dos estabelecimentos do mercado relevante, que representam cerca de 40 % do total das vendas de gelado de impulso no mesmo mercado. Este facto, por si só, mas principalmente em combinação com os efeitos anticoncorrenciais graves das diversas redes de acordos relativos a arcas congeladoras exclusivas do fornecedor utilizadas pelos fornecedores no mercado relevante em geral, e no contexto de outras circunstâncais do mercado relevante acima descritas, demonstra claramente a existência de uma restrição significativa da concorrência, para efeitos do n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CE e de um efeito significativo sobre o comércio entre Estados-membros.

(203) Poderá assim concluir-se que a parte da rede de acordos relativos às arcas congeladoras da HB relacionada com as arcas congeladoras instaladas nos estabelecimentos onde as únicas arcas congeladoras existentes foram fornecidas pela HB, preenche todas as condições necessárias à aplicação do n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CE.

(204) A HB alegou que a Comissão não tinha observado o princípio da igualdade de tratamento, uma vez que a sua apreciação incidiu sobre a rede de arcas congeladoras exclusivas da HB, e não sobre as redes dos seus concorrentes no mercado relevante, falseando a situação em detrimento da HB. De referir-se, relativamente a esta alegação, que a Comissão tomou em consideração os efeitos globais anticoncorrenciais produzidos pelas outras redes de arcas congeladoras exclusivas do fornecedor existentes no mercado. Contudo, a análise da Comissão não permitiu identificar a existência de uma outra rede de arcas congeladoras exclusivas de um único fornecedor (ou de uma sua parte identificável), para além da parte relevante da rede da própria HB, que contribuísse significativamente para o encerramento do mercado relevante (ver considerando 95 *supra*).

(205) A HB alegou que o n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CE não exige que devam ser suprimidas todas as restrições à venda de gelados de impulso de diferentes fabricantes em qualquer estabelecimento no mercado relevante. Neste contexto, a HB fez referência à argumentação do Tribunal no processo Delimitis [84], concluindo que os concorrentes apenas precisam de ter acesso a um número mínimo de pontos de venda que são necessários para a exploração rendível de um sistema de distribuição (fundamento 21 do acórdão). Na opinião da HB

[83] Ver processo Langnese, fundamentos 119-124.

[84] Processo 234/89.

apenas é necessário que exista uma certa possibilidade de expansão dos concorrentes no mercado. A HB considera que tais condições estão preenchidas se um fornecedor puder, seja qual for o custo, atingir um nível mínimo de penetração no mercado e desenvolver a sua actividade de forma rentável.

(206) Relativamente a este ponto, deverá realçar-se que acordos de exclusividade deste tipo não deverão ser considerados, *per se*, infracções ao n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CE sem uma referência ao contexto em que se enquadram (ver considerando 129 *supra*). Também não se sugere que o n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CE exige a eliminação de todas as restrições à venda de gelados de impulso de diferentes fornecedores em qualquer estabelecimento do mercado relevante. Contudo, nos casos em que uma rede de acordos exclusivos de um fornecedor (ou uma parte identificável dessa rede) produza, em todas as circunstâncias do mercado relevante, os efeitos anticoncorrenciais significativos acima descritos, afectando também consequentemente o comércio entre Estados-membros, a rede de acordos em questão é incompatível com o mercado comum.

(207) A HB alegou ainda que a condição de exclusividade incluída nos seus acordos relativos às arcas congeladoras não é abrangida pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CE, uma vez que se trata de uma restrição acessória relativamente ao objecto alegadamente legítimo desses acordos, ou seja, o fornecimento de equipamento aos retalhistas, por forma a lhes permitir armazenar gelado para venda ([85]). Deverá ser referido neste contexto que uma tal restrição só não será abrangida pelo âmbito de aplicação do n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CE se estiver directamente relacionada e for objectivamente necessária para o efeito. Uma vez que não existe uma ligação objectivamente indispensável entre o fornecimento de arcas congeladoras aos retalhistas, com o objectivo de armazenar gelado de impulso, e a condição de exclusividade, esta condição não pode ser considerada acessória.

(208) A HB contesta a argumentação da Comissão, quando esta conclui que os acordos relativos às arcas congeladoras, que podem «efectivamente, ser rescindidos a qualquer momento» (uma vez que, aparentemente, a HB não procura aplicar a exigência de dois meses de aviso prévio), são susceptíveis de criar um vínculo de facto do tipo referido no considerando 184 *supra*. Segundo a HB, uma «relação temporária» deste tipo, é incompatível com a existência de tal vínculo. A Comissão não concorda com esta afirmação. Os acordos relativos às arcas congeladoras têm uma duração indeterminada, sendo necessária a iniciativa de qualquer das partes para lhes pôr termo. Os elementos disponíveis não indiciam que a relação contratual é de natureza temporária, mas exactamente o contrário. A realidade económica, tal como confirmado pelo estudo de mercado, consiste no facto de os retalhistas que aceitam as arcas congeladoras da HB só muito raramente as substituírem por arcas congeladoras próprias ou por arcas de concorrentes (ver considerando 158 e seguintes). Os acordos relativos às arcas congeladoras da HB são, na sua quase totalidade, substituídos por acordos idênticos (ver considerando 111 *supra*).

(209) A HB não aceita também que existam indícios que levem a concluir que a categoria de estabelecimentos que apenas dispõe de arcas congeladoras da HB, identificada no considerando 184 *supra*, está «encerrada» aos concorrentes, ou que exista qualquer nexo de causalidade entre esse efeito restritivo e a disposição de exclusivade nos acordos relativos às arcas congeladoras concluídos com esses estabelecimentos. Neste contexto, a HB invoca principalmente o grau de satisfação manifestado por estes retalhistas relativamente aos seus actuais acordos de fornecimento. A HB argumenta que estes estabelecimentos, em que «não existe qualquer interesse, por parte do retalhista, em armazenar outra marca de gelado») deveriam ser excluídos de qualquer cálculo correcto do grau de encerramento do mercado. A HB salienta igualmente o nível aparentemente baixo de procura, por parte dos consumidores, de outras marcas que não a HB nesses estabelecimentos como a razão provável para esta falta de interesse.

(210) Também neste caso a Comissão não pode aceitar esta argumentação. Um acordo entre duas partes é susceptível de produzir um efeito restritivo da concorrência, na acepção do n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CE, independentemente dos motivos que levam as partes a concluir tal acordo restritivo. De forma mais específica, um acordo exclusivo de compra, seja de que tipo for, é em princípio susceptível de constituir uma infracção ao n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CE quando tiver por efeito a exclusão, de maneira significativa, de fornecedores terceiros, apesar do facto de a parte sujeita à exclusividade poder afirmar, num determinado momento, não ter interesse em efectuar aquisições a esses terceiros. No que se refere ao nível aparentemente baixo de procura de outras marcas que não a HB por parte dos consumidores, deverá realçar-se que a impossibilidade de os concorrentes acederem à distribuição em larga escala para os seus gelados de impulso constitui uma das princi-

([85]) A HB afirmou que «a condição de exclusividade das arcas congeladoras é necessária para garantir plenamente as vantagens do sistema»; prosseguiu afirmando, nomeadamente, que não se trata de uma disposição «excessivamente restritiva», não sendo assim abrangida pelo n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CE visto se tratar de uma restrição acessória.

pais razões de ausência de procura, principalmente no caso dos produtos recentemente lançados (ver considerandos 12 e 44 *supra*). Na ausência da disposição de exclusividade, os retalhistas poderiam, mais facilmente, ser persuadidos a armazenarem outros produtos, uma vez que não seria necessário, nessas circunstâncias, substituir a arca congeladora existente ou instalar uma arca congeladora adicional. Seria de esperar que o facto de armazenar esta nova marca poderia, por sua vez, estimular a procura dos consumidores relativamente a outras marcas que não a HB.

8. ***Direitos de propriedade***

(211) A HB alegou que a aplicação do n.º 1 do artigo 85.º([86]) do Tratado CE à disposição de exclusividade incluída nos acordos relativos às arcas congeladoras equivaleria a uma interferência nos seus direitos de propriedade, o que seria contrário ao artigo 222.º do Tratado CE, uma vez que permitiria que produtos de outros fabricantes fossem armazenados nas suas arcas congeladoras.

(212) A Comissão não aceita este argumento. No ordenamento jurídico comunitário, o direito à propriedade, tal como estabelecido no artigo 222.º do Tratado CE, é garantido segundo os princípios comuns às constituições dos Estados-membros. Contudo, nas constituições de todos os Estados-membros reconhece-se que o exercício, e não o conteúdo, dos direitos de propriedade pode ser restringido por razões de interesse público, e na medida necessária para o efeito([87]).

(213) Enquanto disposição fundamental do direito comunitário, o artigo 85.º do Tratado CE salvaguarda o interesse público. Além disso, a aplicação do n.º 1 do artigo 85.º no presente processo não diz respeito à utilização, pela HB, da sua propriedade, mas às restrições que impõe sobre terceiros a quem concedeu o direito de utilizar a sua propriedade. Além disso, o exercício, pela HB, dos seus direitos de propriedade seriam apenas, no presente caso, restringidos na medida necessária para garantir que a concorrência no mercado comum não fosse falseada [alínea g) do artigo 3.º do Tratado CE].

(214) Enquanto princípio geral, esta abordagem reflecte-se nas isenções por categoria da Comissão no que se refere, nomeadamente, às proibições de comercializar produtos concorrentes, contidas nos acordos de compra exclusiva [ver regulamento (CEE) n.º 1984/83 da Comissão([88]), alterado pelo Acto de Adesão da Áustria, da Finlândia e da Suécia — n.º 2, alínea b), do artigo 8.º], e obrigações susceptíveis de isenção incluídas nos acordos de transferência de tecnologia [Regulamento (CE) n.º 240/96 da Comissão([89]), artigo 1.º]. Nestes regulamentos, as restrições impostas pelos titulares de direitos de propriedade aos utilizadores desses direitos são, em determinadas circunstâncias, isentas, sendo assim em última instância incompatíveis com o disposto no n.º 1 do artigo 85.º([90]).

(215) A HB argumentou que a disposição de exclusividade contida nos seus acordos relativos às arcas congeladoras é análoga ao tipo de obrigações autorizadas, por exemplo nos termos do artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 240/96 e, em especial, às enumeradas nos pontos 8 e 2 do n.º 1 desse artigo; trata-se de cláusulas que permitem restrições aos «âmbitos de aplicação técnicos» específicos e restrições que proíbem a concessão de sublicenças. Esta analogia está falseada pelas razões que se seguem:

(216) Em primeiro lugar, uma restrição do tipo «âmbito de utilização» diria respeito à utilização da arca congeladora para armazenagem de gelado, em oposição a outras categorias de produtos; a condição de exclusividade no caso dos acordos relativos às arcas congeladoras da HB, restringe, todavia, a utilização da arca congeladora para a armazenagem de produtos semelhantes de diversos fabricantes. Mesmo que a restrição de tipo «âmbito de utilização» fosse considerada semelhante à condição de exclusividade incluída nos acordos relativos às arcas congeladoras da HB, o artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 240/96 não exclui a possibilidade de tais obrigações restringirem a concorrência em determinadas circunstâncias, tal como acontece no presente caso.

(217) Em segundo lugar, o presente processo não interfere com o direito da HB, enquanto proprietária, de negar às partes, que não o retalhista a quem a arca congeladora foi fornecida, a utilização dessa arca congeladora. Destina-se, em vez disso, a permitir que o retalhista exerça a sua liberdade comercial de escolha, permitindo-lhe decidir quais os produtos que pretende oferecer no seu estabele-

([86]) Esta questão é também discutida *infra*, relativamente ao artigo 86.º

([87]) Processo 44/79, Hauer, Colectânea 1979, p. 3727, fundamento 18.

([88]) JO L 173 de 30.6.1983, p. 1.

([89]) JO L 31 de 1.2.1996, p. 2.

([90]) Ver igualmente Decisão 88/491/CEE da Comissão, Aalsmeer Bloemenveilingen, JO L 262 de 22.9.1988, p. 27.

cimento. O presente processo aborda igualmente as disposições contratuais relativas às condições em que o retalhista pode utilizar a propriedade que o proprietário colocou à sua disposição, mediante o pagamento de um encargo.

(218) A HB alegou ainda que iria sofrer prejuízos consideráveis em termos concorrenciais caso outros concorrentes pudessem, persuadindo os retalhistas a utilizarem as arcas congeladoras fornecidas pela HB para armazenarem produtos desses concorrentes, evitar os custos que teriam de suportar se tivessem que fornecer as suas próprias arcas congeladoras ao estabelecimento. A HB argumenta que os restantes fabricantes beneficiam, consequentemente, do investimento que ela própria efectuou.

(219) No que se refere a este argumento, não deverá esquecer-se que, em última análise, são os retalhistas que pagam o fornecimento da arca congeladora e não a HB. Deverá também realçar-se que não é necessário existir uma relação objectiva entre a disposição de exclusividade nos acordos relativos às arcas congeladoras da HB e as disposições relativas à amortização do seu investimento nessas arcas. A inclusão deste elemento de custo no preço do gelado cobrado aos retalhistas é uma opção feita pela HB por razões comerciais que lhe são próprias. Poderiam ser explorados outros métodos de amortizar o investimento nas arcas congeladoras, por forma a evitar que os retalhistas repercutam, por sua vez, este custo nos consumidores, unicamente através do aumento do preço de venda dos produtos da HB. A aplicação do n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CE à disposição de exclusividade contida nos acordos relativos às arcas congeladoras da HB não impediria, por exemplo, a HB de cobrar ao retalhista um encargo distinto pelo fornecimento de uma arca congeladora, suficiente para cobrir a totalidade dos custos desse investimento. Embora a HB afirme que a cobrança de tal encargo envolveria custos de transacção adicionais relacionados com a sua gestão e cobrança, tal não seria demasiado pesado para a HB, uma vez que a empresa já factura os seus clientes em relação aos gelados, cobrando os respectivos montantes.

(220) A HB alega ainda neste contexto, tal como descrito no considerando 230 *infra*, que se introduzir um sistema distinto de encargos, tal implicará custos consideráveis, que poderão não ser atraentes para os retalhistas, e que os incentivariam a recorrer a concorrentes da HB para obterem arcas congeladoras a título gratuito. No que diz respeito a este ponto, a Comissão remete para a argumentação apresentada no considerando 231 *infra*.

B. N.º 3 DO ARTIGO 85.º

(221) O disposto no n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CE não pode, ao abrigo do n.º 3 do mesmo artigo, ser declarado inaplicável aos acordos relativos às arcas congeladoras concluídos entre a HB e os retalhistas, e relacionados com as arcas congeladoras instaladas em estabelecimentos onde as únicas arcas congeladoras existentes são as fornecidas pela HB, pelas razões que a seguir se apresentam.

1. *Melhorar a distribuição dos produtos*

(222) Quaisquer melhorias na distribuição, que possam decorrer da parte da rede dos acordos relativos às arcas congeladoras da HB que constitui uma infracção ao n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CE (ver considerando 203 *supra*), deverão ser comparadas com os efeitos restritivos desses acordos, tendo em especial atenção em que medida limitam o acesso, por parte de fornecedores concorrentes de gelado no mercado relevante, ao retalhista e, em última análise, aos consumidores.

(223) O efeito restritivo introduzido pela parte relevante da rede de acordos relativos às arcas congeladoras da HB é, em termos gerais, análogo ao produzido pelas obrigações de compra exclusiva. O quinto considerando do Regulamento (CEE) n.º 1984/83 da Comissão, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado a certas categorias de acordos de compra exclusiva refere que os acordos de compra exclusiva «conduzem em geral a uma melhoria da distribuição». «Permitem ao fornecedor planificar a venda dos seus produtos de maneira mais exacta e com maior antecedência e asseguram ao revendedor um abastecimento regular durante o período de vigência do acordo (...) as empresas interessadas têm assim a possibilidade de limitar os riscos de flutuações de mercado e de reduzir os seus custos de distribuição».

(224) Os acordos relativos às arcas congeladoras da HB poderão garantir alguns ou todos os benefícios descritos no quinto considerando do Regulamento (CEE) n.º 1984/83 para a própria HB e para os retalhistas que são a outra parte no acordo. O facto de estes acordos poderem ser vantajosos para as partes não é contudo suficiente para constituírem uma melhoria na distribuição, nos termos do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado CE. Com efeito, têm de produzir vantagens objectivas apreciáveis de interesse público, de forma a compensar as desvantagens que causam no domínio da concorrência [91].

[91] Ver processos apensos 56 e 58/64, Consten/Grundig, Colectânea 1966, p. 299, fundamento 348; ver também processo Langnese no fundamento 180.

(225) Uma vantagem objectiva deste tipo, que as obrigações de compra exclusiva poderão provavelmente introduzir, consiste na intensificação da concorrência intermarca [sexto considerando do Regulamento (CEE) n.º 1984/83]. É evidente que os acordos relativos às arcas congeladoras em questão reforçam consideravelmente a posição da HB no mercado relevante, principalmente no que se refere a concorrentes potenciais. Contudo, o reforço de uma empresa que tem uma posição tão importante no mercado como a HB não reforça mas reduz a concorrência, uma vez que a rede de acordos dessa empresa constitui uma barreira importante à entrada de outros concorrentes no mercado, bem como à expansão, no âmbito desse mercado, dos concorrentes existentes.

(226) A HB referiu por exemplo a importância do «merchandising» na venda de produtos de marca; a condição de exclusividade permite à HB comercializar a sua carteira de produtos/marcas, em conjunto, apresentando-os de forma unificada («cooperate block»), podendo as marcas reforçar-se entre si e beneficiar das vantagens decorrentes da visibilidade e da posição proeminente no estabelecimento. Segundo a HB, a extensão da sua gama significa que uma arca congeladora da HB poderá, geralmente, satisfazer a procura dos consumidores de diferentes tipos de gelado de impulso. A HB refere que na ausência de uma condição de exclusividade algumas das suas ofertas de produtos (principalmente «os produtos de impulso de preço mais baixo e com menor margem») poderiam ser preteridas. As vantagens, para a HB, decorrentes da cláusula de exclusividade reforçam claramente a sua posição no mercado e, nos estabelecimentos que apenas dispõem de arcas congeladoras exclusivas dos fornecedores, e em especial nos estabelecimentos que têm apenas uma ou mais arcas da HB, contribuem para as barreiras à entrada e à expansão no mercado, descritas acima na secção relativa ao n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CE.

(227) A grande disponibilidade de arcas congeladoras nos estabelecimentos retalhistas para a venda de gelado de impulso, abrangendo a totalidade do mercado geográfico e resultante, em larga medida, da rede de arcas congeladoras da HB, poderá ser considerada como uma vantagem objectiva (na distribuição de produtos) de interesse público. Neste contexto, a HB afirmou que não se pode partir do princípio de que continuará a ser atraente comercialmente fornecer arcas congeladoras em todos os estabelecimentos que actualmente dispõem de uma ou mais arcas congeladoras, caso venha a ser suprimida a cláusula de exclusividade nos acordos relativos às arcas congeladoras. A HB alegou que caso deixasse de fornecer arcas congeladoras a determinados retalhistas, seria provável que alguns deles deixassem de vender gelado de impulso, uma vez que não poderiam justificar o investimento necessário para a instalação de arcas congeladoras próprias.

(228) Relativamente a esta argumentação, deverá referir-se ser improvável que a HB deixasse de oferecer arcas congeladoras aos retalhistas — independentemente das condições —, excepto num pequeno número de casos em que veria restringida a sua capacidade de impor uma obrigação de exclusividade relativamente a essas arcas congeladoras. A realidade comercial para uma empresa como a HB, que pretende manter a sua forte posição no mercado, consiste em tentar estar presente no maior número possível de estabelecimentos, mesmo nos que registam um nível inferior de vendas de gelados de impulso. Tal como foi acima descrito, uma ampla visibilidade e disponibilidade é importante para todos os produtos de impulso. A necessidade de garantir as vendas e, consequentemente, os níveis de lucro, constitui um incentivo suficiente para que um fornecedor de gelado, principalmente uma empresa com uma gama de produtos e uma quota de mercado tão importantes como a HB, continue a garantir que os estabelecimentos retalhistas podem armazenar os seus produtos para os vender aos consumidores. Além disso, mesmo quando uma ou mais arcas congeladoras num estabelecimento deixassem de ser objecto de exclusividade, é provável que os produtos armazenados nessas arcas reflectissem, mais ou menos, as diferentes quotas de mercado dos diversos fabricantes no mercado relevante. Consequentemente, a HB poderia esperar, apenas com base na força dos produtos que oferece, continuar a obter uma quota muito significativa das vendas de gelado nesses estabelecimentos. Assim, é pouco provável que a HB corra o risco de perder completamente estas vendas se deixar de disponibilizar as arcas congeladoras nos estabelecimentos que, de outra forma, optariam por não continuar a armazenar quaisquer gelados. De qualquer modo, a HB apenas fornece arcas congeladoras aos retalhistas com base em determinados critérios financeiros e comerciais estabelecidos que lhe garantem um mínimo de rendimento para o seu investimento (ver considerando 62 *supra*), o que faz com que, frequentemente, os estabelecimentos menos importantes no mercado relevante não disponham de arcas congeladoras da HB. De realçar igualmente, neste contexto, que a maior parte das cessões recentes de arcas congeladoras pela HB foi realizada em estabelecimentos com um reduzido volume de negócios (ver considerando 73 *supra*).

(229) A HB argumenta que, caso não tivesse possibilidades de aplicar a exclusividade das arcas congeladoras, a situação equitativa em matéria de concorrência seria falseada em seu detrimento, uma vez que os fornecedores que fornecem arcas congeladoras seriam desfavorecidos relativamente aos que não fornecem. A HB afirma que os outros fornecedores de gelados poderiam oferecer condições preferenciais aos retalhistas uma vez que não teriam de suportar o custo do fornecimento de arcas congeladoras. A HB afirmou ainda que a sua reacção natural nestas circunstâncias seria de deixar de disponibilizar as arcas congeladoras aos retalhistas. Relativamente a este argumento deverá recordar-se que a aplicação do nº 1 do artigo 85º do Tratado CE (nos casos em que o nº 3 do mesmo artigo não é aplicável) à cláusula de exclusividade nos acordos relativos às arcas congeladoras da HB, não impediria a HB de utilizar qualquer método por si escolhido para recuperar o investimento que realizou com a aquisição das arcas congeladoras. Tais métodos não necessitam de ter por consequência que outros fornecedores de gelado beneficiem do investimento da HB (considerandos 218 e 219 *supra*).

(230) A HB alega ainda que, se introduzir um sistema de encargos distinto, não está certa de que os retalhistas optem por continuar a aceitar as suas arcas congeladoras. Em apoio a esta argumentação, a HB refere o fracasso do seu regime de locação-venda introduzido em 1995 para atrair o interesse dos retalhistas, os números geralmente baixos de arcas congeladoras propriedade do retalhista ou em sistema de locação-venda no mercado e a pouca disponibilidade declarada pelos retalhistas para adquirirem ou alugarem as suas próprias arcas congeladoras, tal como referido no estudo da Rosslyn. Nestas circunstâncias, a HB argumenta que os retalhistas terão maior propensão para recorrerem a outros fornecedores de gelado no mercado, que poderão continuar a disponibilizar arcas congeladoras aos retalhistas em regime de exclusividade, excluindo assim efectivamente a HB de muitos destes estabelecimentos.

(231) Relativamente a esta argumentação, deverá notar-se que o fracasso do regime de locação-venda introduzido pela HB em 1995 não se deve apenas ao facto de, à partida, os retalhistas não terem interesse em terem ou alugarem as suas próprias arcas congeladoras. Neste contexto, o estudo da Lansdowne concluiu (ver considerando 100 *supra*) que a razão principal era a satisfação com os actuais acordos — a experiência revelou que os retalhistas, face à opção de aceitarem uma arca congeladora da HB a título gratuito, ou uma outra arca congeladora em regime de locação-venda, optaram invariavelmente pela primeira hipótese. Tal não significa que na ausência de exclusividade das arcas congeladoras, os retalhistas não continuassem a armazenar gelados: o estudo da B&A concluiu que mais de [. . .] % dos retalhistas afirmaram que continuariam a fazê-lo nessas circunstâncias hipotéticas, e que muitos optariam por adquirir/alugar a sua própria arca congeladora para o efeito (ver considerando 120 *supra*). No que se refere à afirmação da HB segundo a qual os retalhistas iriam recorrer aos concorrentes da HB para o fornecimento de arcas congeladoras exclusivas dos fornecedores a título gratuito, apenas se pode referir que, se os retalhistas o fizessem em tal medida que essas redes de arcas congeladoras exclusivas dos fornecedores (nos casos em que fossem as únicas existentes nesses estabelecimentos), passassem a contribuir de forma significativa para o encerramento global do mercado relevante, nesse caso a parte relevante dessas redes seria igualmente incompatível com o nº 1 do artigo 85º do Tratado CE.

(232) Não se pode contudo excluir que a HB opte por deixar de fornecer arcas congeladoras a um reduzido número de estabelecimentos, por exemplo, aqueles que deixaram de preencher determinados critérios relacionados com as vendas dos gelados da HB ou com a distância dos depósitos da empresa. Estes estabelecimentos não deixarão, na sua totalidade, de armazenar gelado de impulso na sequência desta decisão. Um retalhista poderá optar por adquirir/alugar a sua própria arca congeladora ou um outro fornecedor de gelado poderá decidir oferecer-lhe uma arca congeladora. Outros fabricantes concorrentes poderão também optar por uma política de disponibilizar arcas congeladoras aos estabelecimentos que geram um volume de negócios inferior relativo ao gelado de impulso e que não seriam estabelecimentos elegíveis para uma arca congeladora da HB, em condições mais atraentes do que o retalhista poderia esperar obter ele próprio.

(233) Mesmo nos casos em que esses concorrentes não estejam dispostos a fornecer arcas congeladoras nos estabelecimentos onde a HB retirou as suas arcas congeladoras ou naqueles em que não pretende disponibilizá-las, mantém-se ainda a possibilidade de poderem ser instaladas arcas congeladoras por operadores independentes que obtenham fornecimentos de diversas fontes e dêem resposta a todas as necessidades do estabelecimento. O facto de apenas existir um número extremamente reduzido de operadores deste tipo actualmente deve-se, pelo menos em parte, às obrigações de exclusividade decorrentes dos acordos relativos às arcas congeladoras habituais neste sector, juntamente com a política do fornecedor líder (HB) de fornecimento directo a quase todos os estabelecimentos. Caso não existisse uma condição de exclusividade

das arcas congeladoras, o fornecimento de gelado aos consumidores não seria assim susceptível de ser afectado de forma significativa.

(234) A pequena redução possível no número de estabelecimentos que armazenam gelado de impulso no mercado geográfico relevante, que poderia resultar da supressão da cláusula de exclusividade nos acordos relativos às arcas congeladoras da HB concluídos em relação a arcas congeladoras instaladas em estabelecimentos que apenas possuem arcas congeladoras da HB, deve ser ponderada face ao efeito restritivo destes acordos. Nesta apreciação, a vantagem resultante do facto de um pequeno número de estabelecimentos continuar a oferecer gelado de impulso apenas se a cláusula de exclusividade na rede de acordos relativos às arcas congeladoras da HB em questão fosse mantida, não pode compensar as desvantagens decorrentes da restrição da concorrência que, globalmente, estes acordos provocam.

(235) Neste contexto, deverá ser feita referência ao regime de locação-venda introduzido pela HB em 1995. Previa-se que este regime iria incentivar os retalhistas a adquirirem as suas próprias arcas congeladoras, introduzindo assim uma alteração estrutural importante no mercado que poderia permitir a redução do efeito restritivo da rede da HB, de forma a que os benefícios para a distribuição compensassem o efeito restritivo. Contudo, estas expectativas revelaram-se infundadas (ver considerando 71).

(236) A HB argumentou igualmente que os seus acordos de distribuição permitiam ganhos de eficácia a nível do planeamento, da logística e da distribuição; afirmou que facilitam o planeamento das entregas e o ritmo do fornecimento; as disposições permitiam ganhos de eficácia a nível da distribuição, uma vez que o volume das entregas (ou seja, a quantidade entregue ao retalhista da cada vez) destinadas a arcas congeladoras que apenas armazenavam os seus produtos são superiores do que seriam na ausência de exclusividade e que uma elevada concentração de arcas congeladoras da HB contribui igualmente para essa eficácia. Tal como referido (considerando 224 *supra*), o facto de os acordos relativos às arcas congeladoras poderem ser vantajosos para a HB e mesmo para os retalhistas não é suficiente para constituírem uma melhoria na distribuição de produtos nos termos do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado CE; apenas se pode considerar que os acordos conduzem a tal melhoria quando se pode demonstrar que as vantagens são objectivas. Embora seja claro que o actual método de distribuição utilizado pela HB poderá produzir determinadas vantagens para a própria empresa e para os retalhistas em termos de eficácia, deverá realçar-se que os acordos de exclusividade da HB têm por efeito minar a eficácia de outros fornecedores de gelado de impulso obrigando-os, efectivamente, a concorrer não só a nível do fornecimento dos gelados mas também a nível do fornecimento de arcas congeladoras aos retalhistas em condições atraentes. Desta situação resulta um reforço da posição da HB no mercado relevante e um reforço na barreira à entrada ou à expansão nesse mercado. Quaisquer vantagens resultantes dos acordos são, enquanto tais, claramente ultrapassadas pelas desvantagens que introduzem sob a forma de restrições à concorrência.

(237) Uma avaliação das vantagens introduzidas pela rede de arcas congeladoras da HB deverá ter em consideração as economias de escala obtidas na compra e manutenção das arcas congeladoras (ver considerando 63 *supra*). A HB argumentou que estas economias de escala contribuem para a melhoria da distribuição dos produtos, nos termos do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado CE. Aceita-se que os acordos de exclusividade constituem um incentivo atraente para um fabricante instalar um grande número de arcas congeladoras, reduzindo assim os custos de aquisição e manutenção. Deverá contudo realçar-se que a exclusividade não constitui uma condição necessária para obter tais economias de escala. Não existe qualquer razão aparente para que estas economias de escala não possam continuar a ser obtidas pela HB, relativamente a uma frota de arcas congeladoras, sem a existência de condições de exclusividade.

(238) Embora se aceite que o fornecimento de arcas congeladoras aos retalhistas, por fornecedores de gelado, produz uma melhoria na distribuição de gelado de impulso, nomeadamente ao evitar que os retalhistas se preocupem com exigências de capital e ao evitar os inconvenientes de adquirir e assegurar a manutenção das arcas congeladoras, conclui-se todavia do exposto no anterior considerando que estas vantagens podem também ser obtidas sem uma exigência de exclusividade. Não pode também afirmar-se que a rede da HB só apresente vantagens na distribuição para os retalhistas. Tal como referido no considerando 199, a rede apresenta igualmente desvantagens, ao contribuir significativamente para uma redução da capacidade de os retalhistas escolherem os produtos que desejam colocar à venda, bem como ao criar perdas de eficácia em matéria de espaço nos seus estabelecimentos.

2. *Reservar aos utilizadores uma parte equitativa das vantagens obtidas*

(239) Nos estabelecimentos em que apenas existe uma ou mais arcas congeladoras da HB, é restringida a liberdade de os retalhistas armazenarem e colocarem à venda junto do consumidor gelados de

fornecedores concorrentes. A parte da rede de arcas congeladoras da HB relativa às arcas congeladoras instaladas nesses estabelecimentos restringe, consequentemente, a escolha de gelados de impulso disponível junto do consumidor: nesses estabelecimentos apenas são oferecidos gelados de impulso da HB. Mesmo que exista um outro estabelecimento que venda produtos de outros fabricantes nas proximidades, esta alternativa não é equivalente a uma escolha disponível no mesmo estabelecimento, uma vez que os consumidores de gelados de impulso não se deslocam, normalmente, para adquirir o produto nem adiam uma decisão de compra. De qualquer forma, tal opção não existirá muitas vezes. Além disso, um consumidor que pretende adquirir produtos de diferentes gamas considerará pouco prático ter de deslocar-se a diferentes estabelecimentos para o fazer. Normalmente, não se dará ao trabalho de efectuar tal tipo de aquisição de impulso. Devido a esta restrição a nível da escolha, não se pode considerar que aos consumidores se reserve uma parte equitativa das vantagens alegadamente decorrentes dos acordos relativos às arcas congeladoras da HB. Devido à restrição na concorrência intermarca decorrente da rede da HB, a concorrência em matéria de preços entre fornecedores será também provavelmente enfraquecida em detrimento dos consumidores (ver considerando 198 *supra*).

(240) No que se refere às economias de escala na aquisição e manutenção de arcas congeladoras e aos ganhos de eficácia a nível da distribuição (ver considerando 222 e seguintes) alegadamente promovidas pela disposição de exclusividade dos acordos relativos às arcas congeladoras da HB, deverá notar-se que, devido à força económica da HB, que lhe permite impedir a manutenção de uma concorrência efectiva (ver considerando 255 e seguintes), não existe qualquer garantia de que estas vantagens sejam, de facto, repercutidas no consumidor.

3. ***Carácter indispensável***

(241) A cláusula de exclusividade incluída na parte relevante da rede de acordos relativos às arcas congeladoras da HB apenas poderia ser considerada indispensável para a obtenção de quaisquer das alegadas vantagens acima referidas se constituísse o meio menos restritivo de as alcançar. Não foi apresentado pela HB nenhum motivo incontornável que indicasse que quaisquer dessas vantagens alegadamente objectivas, que conduzem a uma melhoria geral da produção e distribuição nomeadamente em benefício dos consumidores, não pudesse ser garantida de forma igualmente efectiva através da supressão da exclusividade a favor dos produtos da HB, dissociando assim o fornecimento de arcas congeladoras e o fornecimento de gelado, da forma descrita no considerando 219 *supra*.

4. ***Possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa***

(242) Neste contexto, deverá tomar-se em consideração as barreiras à entrada no mercado relevante, bem como o seu efeito nas relações de concorrência existentes nesse mercado. Estas barreiras foram analisadas pormenorizadamente nos considerandos 130 e seguintes). Poderá concluir-se desta análise que a rede de acordos relativos às arcas congeladoras da HB, em geral, e a parte dessa rede relacionada com as arcas congeladoras instaladas em estabelecimentos onde apenas existem arcas congeladoras da HB, em especial, constituem uma importante barreira à entrada no mercado relevante ou à expansão no âmbito desse mercado. Estas barreiras conduzem, por sua vez, a uma deterioração da concorrência entre fornecedores concorrentes no mercado. Desta forma, e principalmente em combinação com a forte posição da HB no mercado relevante, contribuem para eliminar de forma substancial a concorrência nesse mercado.

(243) Esta eliminação da concorrência é claramente ilustrada pela grande proporção de estabelecimentos retalhistas no mercado relevante que actualmente apenas pode pôr à venda os gelados de impulso da HB devido à cláusula de exclusividade da parte relevante da rede de acordos relativos às arcas congeladoras da HB: cerca de 40 % de todos os estabelecimentos no mercado relevante integram esta categoria, sendo além disso estabelecimentos que representam cerca de 40 % do total das vendas de gelado de impulso nos mercados relevantes (ver considerandos 156 e 184 *supra*).

(244) A posição dominante da HB no mercado relevante, seguidamente analisada, permite-lhe impedir a manutenção de uma concorrência efectiva nesse mercado. Enquanto tal, deverá ser considerada uma barreira importante à concorrência no mercado. A reputação da marca dos gelados de impulso da HB, construída ao longo de muitos anos, representa igualmente um impedimento importante para quaisquer alterações na estrutura concorrencial do mercado relevante.

(245) As considerações de ordem económica que acabámos de analisar tornam claro que a concorrência no mercado relevante está gravemente restringida. Esta avaliação é confirmada pelo facto de não terem ocorrido quaisquer alterações significativas na estrutura concorrencial do mercado relevante durante um longo período. O mercado continua a

ser dominado por um fornecedor que tem vindo continuamente a assegurar uma quota de cerca de 4/5 do mercado, sendo o restante ocupado por diversos fornecedores de menores dimensões (alguns dos quais poderão mudar). Os acordos relativos às arcas congeladoras da HB contribuíram para garantir a manutenção desta inércia estrutural. Estes acordos, e em especial os concluídos relativamente aos estabelecimentos que apenas possuem arcas congeladoras da HB, permitem assim à HB eliminar a concorrência no que se refere a uma parte substancial dos produtos em questão, de forma a excluir o benefício de uma isenção nos termos do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado CE.

(246) A Comissão considerou, *prima facie,* que o regime de locação-venda de arcas frigoríficas introduzido pela HB em 1995 enquanto um dos elementos da revisão dos acordos de distribuição (ver considerando 79 e seguintes *supra*) constituiria, juntamente com as outras alterações introduzidas simultaneamente, uma oportunidade de alteração estrutural mais profunda do mercado. A HB referiu estar convicta de que o regime iria incentivar os retalhistas a adquirirem as suas próprias arcas congeladoras devido à suas atraentes condições. Consequentemente, esperava-se que o regime provocasse uma redução significativa na restrição da concorrência, de tal modo que se deixaria de poder considerar que o fornecimento, pela HB, das restantes arcas congeladoras mediante uma condição de exclusividade, tivesse por efeito uma eliminação significativa da concorrência no mercado relevante. Contudo, este resultado não se veio a materializar.

5. *Conclusão*

(247) Os acordos relativos às arcas congeladoras da HB não são, consequentemente, elegíveis para isenção nos termos do n.º 3 do artigo 85.º pelas razões acima apresentadas. O pedido de isenção da HB deverá, assim, ser recusado. Deverá em especial salientar-se que as diversas alterações introduzidas pela HB nos seus acordos de distribuição (ver considerandos 69-73 *supra*), com o objectivo de tornar estas disposições passíveis de isenção nos termos do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado CE, não se revelaram, contrariamente à opinião preliminar da Comissão (ver considerando 6 *supra*), susceptíveis de introduzirem as alterações estruturais que justificariam a concessão de uma isenção. Nos considerandos 228, 230, 231, 235 e 246 *supra* é feita referência específica aos diversos elementos. Consequentemente, a Comissão não pode manter a «posição favorável» que se tinha proposto adoptar na comunicação publicada nos termos do n.º 3 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17, em 15 de Agosto de 1995 (ver nota de pé-de-página 8 *supra*).

(248) A HB afirma que a recusa da Comissão de adoptar uma decisão de isenção veio gorar as suas legítimas expectativas. Neste contexto, a HB afirma que «tinha chegado a acordo com a Comissão» e que «cumprira integralmente a sua parte, o que se tinha revelado oneroso comercialmente». A HB prossegue, referindo que a Comissão «tinha abandonado a sua opinião favorável» à luz do «fracasso de um elemento do acordo relativo à capacidade de atrair o interesse do retalhista (nomeadamente o fracasso do elemento locação--venda)». A HB afirma que a razão deste fracasso escapa «completamente ao controlo da HB».

(249) Ao alegar uma violação das suas expectativas legítimas, a HB apoia-se numa indicação expressa pela Comissão, segundo a qual as propostas apresentadas pela HB pareciam susceptíveis, com base numa apreciação preliminar, de produzir efeitos que tornariam os acordos de distribuição da HB elegíveis para uma isenção nos termos do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado CE. Esta posição preliminar foi apresentada num comunicado de imprensa publicado após a notificação da HB e, subsequentemente, numa publicação no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias,* nos termos do n.º 3 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17. Não se pode considerar de modo algum que os contactos entre a Comissão e a HB tenham resultado num «compromisso» ou «acordo», através do qual a Comissão renunciava à possibilidade de vir a adoptar uma decisão de proibição. É desnecessário dizer que a Comissão não podia, de qualquer forma, concordar em renunciar à aplicação de regras que são de aplicação objectiva. Nenhuma das indicações preliminares apresentadas pela Comissão, tal como acima descritas, podem criar expectativas legítimas de um tipo que possa tornar inválida uma subsequente medida da Comissão que se venha a revelar incompatível com tais indicações preliminares. O comunicado de imprensa fazia referência expressamente à natureza preliminar da apreciação da Comissão. Uma comunicação ao abrigo do n.º 3 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 não pode, devido às características que lhe são próprias, conter mais do que o anúncio das intenções preliminares da Comissão, uma vez que o objectivo da sua publicação consiste em suscitar as observações de terceiros, antes da adopção de uma posição final.

(250) Tal como foi acima referido (considerandos 235 e 246), a apreciação preliminar da Comissão baseou-se na expectativa de que os acordos de distribuição revistos iriam, através de uma evolução no sentido de um aumento do número de retalhistas com arcas próprias, conduzir a uma redução substancial do efeito de encerramento produzido pelos acordos relativos às arcas conge-

ladoras da HB. O facto de estas expectativas não se terem concretizado não se pode atribuir à não aplicação, pela HB, das alterações propostas, mas antes ao facto de tais alterações não terem produzido os efeitos esperados pela HB em termos de abertura de pontos de distribuição.

(251) A HB tem uma posição particularmente crítica relativamente ao facto de a apreciação da Comissão se basear no fracasso de apenas um elemento destes acordos revistos — o regime de locação venda. Neste contexto, deverá responder-se que o regime de locação-venda não era apenas um elemento, mas o elemento central dos acordos revistos e o elemento-chave da evolução esperada no sentido de um aumento do número de retalhistas com arcas congeladoras próprias. A sua incapacidade de atrair os retalhistas impediu, inevitavelmente, a concretização dos efeitos desejados. A HB apresenta igualmente críticas quanto ao facto de a Comissão parecer ter chegado a uma conclusão prematura acerca de uma medida apenas destinada a produzir efeitos a longo prazo. Relativamente a esta questão apenas poderá ser referido que, na altura em que a Comissão emitiu a sua comunicação de acusações em Janeiro de 1997, o regime tinha já estado em vigor durante duas épocas de consumo de gelado. Uma vez que nessa altura nem um só retalhista tinha optado por adquirir uma arca congeladora ao abrigo do regime, afigurou-se razoável partir do princípio de que este não teria qualquer impacto a longo prazo.

(252) Após a Comissão ter indicado à HB que as condições de concessão de uma isenção nos termos do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado CE tinham deixado de estar preenchidas, a HB elaborou novas propostas, destinadas aparentemente a garantir o resultado pretendido pela introdução do regime de locação-venda e apresentou-as à Comissão em Junho de 1996. As propostas podem ser resumidas da seguinte forma: i) a cláusula de exclusividade aplicada a dois tipos de arcas congeladoras de menores dimensões que a HB fornecia aos retalhistas seria limitada a cinco anos; ii) no termo desse período de cinco anos, o retalhista teria «a oportunidade de adquirir a arca, sem quaisquer vínculos, para a utilizar à sua discrição»; iii) após um período de doze meses, o estabelecimento que optasse por adquirir essa arca seria elegível para obter o montante fixo relativo ao diferencial de preço.

(253) A Comissão considera que estas propostas não tornariam os acordos de distribuição da HB elegíveis para uma isenção, principalmente pelas razões que se seguem: i) a oferta seria limitada a dois tipos de arcas congeladoras de menores dimensões e, mais importante ainda, seria ainda a HB que escolheria os estabelecimentos que poderiam optar por esta oferta — e não o retalhista, tal como acontece no actual regime de locação-venda; ii) não haveria qualquer possibilidade de aplicação retroactiva do regime e, consequentemente, os primeiros efeitos apenas se fariam sentir, na melhor das hipóteses, cinco anos após a sua introdução; ii) não existiria qualquer garantia de que a arca congeladora não seria substituída por uma arca congeladora exclusiva da HB durante o período de cinco anos, ou pouco tempo após esse período, continuando assim a exclusividade a favor da HB.

(254) A HB é de opinião de que a Comissão não considerou de forma adequada estas novas propostas e que na comunicação de acusações deveria constar uma apreciação das mesmas. A Comissão não está de acordo. Os motivos por que as novas propostas não alterariam o ponto de vista da Comissão relativamente a elegibilidade para isenção dos acordos de distribuição da HB, tal como acima descritos, foram apresentados pormenorizadamente numa carta enviada à Unilever algumas semanas após a recepção das propostas. Tratou-se de uma resposta administrativa adequada a propostas apresentadas por uma empresa com o objectivo de obter um isenção nos termos do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado CE. Uma vez que as propostas não foram aplicadas, não foi necessário tomá-las em consideração na comunicação de acusações. A posição da Comissão relativamente às propostas foi além disso reiterada na audição de Junho de 1997.

C. ARTIGO 86.º DO TRATADO CE

1. *Posição dominante*

i) **Mercado relevante**

(255) O mercado relevante em que a posição da HB deve ser apreciada, é o do gelados de impulso embalados individualmente na Irlanda. Não existem motivos, nem a HB os referiu, para considerar que os mercados geográfico e de produto diferem relativamente às conclusões da Comissão no contexto da apreciação com base no artigo 85.º do Tratado CE (considerandos 120 e seguintes *supra*). A Irlanda constitui uma parte substancial do mercado comum, para efeitos do artigo 86.º do Tratado CE.

ii) **Poder económico**

(256) O Tribunal de Justiça decidiu [92], que a posição dominante referida no artigo 86.º do Tratado CE, diz respeito a uma posição de poder económico que uma empresa tem, que lhe permite impedir a concorrência efectiva no mercado relevante, ao permitir-lhe agir numa medida apreciável de forma independente dos seus concorrentes, clientes e, em última análise, consumidores.

(257) A existência de uma posição dominante pode decorrer de uma combinação de diversos factores que, analisados separadamente, poderiam não ser necessariamente conclusivos mas que, juntamente com outros, constituem uma posição deste tipo; entre estes factores, um dos mais importantes é a existência de uma elevada quota de mercado.

(258) Quotas de mercado muito elevadas indicam por si só, excepto em circunstâncias excepcionais, a existência de uma posição dominante [93]. O Tribunal de Justiça decidiu no processo Akzo [94] que, em circunstâncias normais, é suficiente uma quota de mercado de 50 % para se presumir da existência de uma posição dominante. No processo Hilti [95] o Tribunal de Primeira Instância afirmou: «Conclui-se neste processo que a Hilti tem uma quota entre 70 e 80 % no mercado relevante. Esta quota constitui, por si só, uma indicação clara da existência de uma posição dominante no mercado relevante».

(259) A HB tem, há muito, uma quota em termos de volume e de valor de mais de 75 % do mercado relevante (ver considerando 27 *supra*). Devido ao seu volume de produção e ao seu nível de fornecimento, esta empresa beneficia de uma posição de grande poder económico. Para muitos retalhistas que armazenam gelado da HB, os concorrentes desta empresa não constituem fontes de abastecimento alternativas razoáveis, devido à gama e popularidade dos produtos da HB. Os concorrentes da HB não seriam, com efeito, capazes de dar resposta às expectativas e às necessidades da procura de tais retalhistas. Na prática, consequentemente, a HB é um parceiro comercial inevitável para muitos retalhistas no mercado relevante, tal como o demonstra o facto de a grande maioria dos retalhistas optarem por vender gelado da HB, muitos deles de forma exclusiva. A forte posição da HB é também confirmada pelas quotas de mercado relativas dos seus recorrentes, bem como pelas suas gamas de produtos mais limitadas [96]. Esta situação garante à HB, pelo menos num futuro previsível, a liberdade de acção [97] que constitui a característica específica de uma posição dominante [98]. A liberdade de acção de que goza a HB é ainda reforçada pelo facto de, em cerca de 40 % dos estabelecimentos retalhistas no mercado relevante, que representam cerca de 40 % das vendas de gelado de impulso no mercado relevante, a HB ser o único fornecedor de gelado de impulso (ver considerando 159 *supra*).

(260) Para além da quota de mercado muito elevada da HB, deverão também considerar-se outros factores que contribuem para o seu poder económico. A HB faz parte de um grupo multinacional de empresas que, há muito, produz e distribui gelado em todos os Estados-membros e em muitos outros países, num grande número dos quais as empresas do Grupo Unilever são os líderes do mercado. Consequentemente, tem acesso a um saber-fazer bem estabelecido no que se refere à produção e distribuição destes produtos, adquirido através da sua experiência nestas áreas. Nenhum outro operador no mercado relevante possui este grau de conhecimentos e de experiência. Além disso, a HB tem uma forte posição no mercado vizinho dos alimentos congelados, e outras empresas do Grupo Unilever têm posições semelhantes no mercado alimentar na globalidade, o que lhe proporciona uma vantagem adicional nas suas relações com as mercearias, que constituem o canal de distribuição mais importante do gelado de impulso na Irlanda (considerando 39 e seguintes). Além disso, a HB possui uma ampla gama de produtos, incluindo a maior parte das principais marcas de gelado de impulso no mercado relevante, e uma rede de distribuição que lhe proporciona uma cobertura a nível nacional. É também claro que a HB, devido à sua elevada quota de mercado, consegue obter economias de escala na distribuição, de que os seus concorrentes não podem beneficiar da mesma forma.

(261) Tendo em conta todos estes factores, pode concluir-se que a HB detém uma posição dominante no mercado do gelado de impulso na República da Irlanda.

[92] Processo 27/76, United Brands, e processo 85/76, Hoffmann-La Roche, Colectânea 1979, p. 461.
[93] Processo 85/76, Hoffmann/La Roche, fundamento 41.
[94] Processo C-62/86, Colectânea I-1991, p. 3359, fundamento 60.
[95] Processo T 30/89, Colectânea II-1991, p. 1439, fundamento 92 (confirmado, em recurso, pelo Tribunal de Justiça, processo C-53/92-P, Colectânea I-1994, p. 667).
[96] Processo 27/76, United Brands, p. 207.
[97] A promoção de preços introduzida pela Mars no Verão de 1995 (ver considerando 82 *supra*) não obteve qualquer reacção por parte os concorrentes.
[98] Processo 85/76, Hoffmann-La Roche, fundamento 41.

2. *Abuso de posição dominante*

i) **O conceito**

(262) O Tribunal de Justiça definiu um abuso de posição dominante como «um conceito objectivo que se refere ao comportamento de uma empresa em posição dominante, de natureza a influenciar a estrutura de um mercado em que, devido exactamente à presença da empresa em questão, o grau de concorrência está enfraquecido e que, através de métodos diferentes daqueles que regem uma concorrência normal a nível dos produtos ou serviços, com base em transacções de operadores comerciais, tem por efeito impedir a manutenção do nível de concorrência ainda existente no mercado ou o seu desenvolvimento» [99]. Em especial, os pequenos concorrentes não deveriam ser vítimas do comportamento de uma empresa dominante, facilitado pelo poder de mercado dessa empresa, que tenha por objectivo excluir esses concorrentes do mercado ou que produza tal efeito.

ii) **A infracção**

(263) A HB abusa da sua posição dominante no mercado relevante, em infracção ao artigo 86.º, uma vez que incita os retalhistas (tal como é descrito no considerando 266) que não possuem uma ou mais arcas congeladoras para armazenagem de gelado de impulso, quer adquiridas por eles próprios, quer fornecidas por outro fornecedor de gelado que não a HB, a concluir acordos relativos às arcas congeladoras mediante uma condição de exclusividade. Este comportamento traduz-se na oferta do fornecimento de arcas congeladoras aos retalhistas e da respectiva manutenção, sem qualquer encargo directo para o retalhista.

(264) Dadas as dificuldades inerentes a persuadir os retalhistas, quer a substituir tais arcas congeladoras, quer a instalar novas arcas congeladoras nesses estabelecimentos (descritas pormenorizadamente na secção relativa ao n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CE, *supra*), o facto de a HB persuadir os retalhistas a concluir acordos relativos às arcas congeladoras mediante uma condição de exclusividade, tal como descrito no ponto anterior, tem por efeito tornar de facto, esses estabelecimentos vendedores exclusivos de gelado de impulso da HB. Esta situação reforça a posição dominante da HB e como tal constitui uma infracção ao artigo 86.º do Tratado CE. A persuasão de um cliente, por parte de um fornecedor dominante, para que lhe conceda exclusividade impedindo assim os fornecedores concorrentes, durante períodos significativos, de negociar com o cliente, é proibida pelo artigo 86.º, tal como o confirmaram por diversas ocasiões o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância [100].

(265) Quando, como no caso em apreço, um operador económico detém uma posição dominante no mercado, o fornecimento exclusivo (quer seja o obejcto ou o efeito [101]) de acordos concluídos por este operador) constituem um obstáculo inaceitável à entrada no mercado e prejudicam a estrutura de concorrência efectiva prevista na alínea g) do artigo 3.º do Tratado [102]). Os acordos relativos às arcas congeladoras da HB, nos estabelecimentos que apenas possuem arcas congeladoras da HB, tém por efeito eliminar a liberdade de um número muito significativo [103]) (cerca de 40 % de todos os estabelecimentos no mercado relevante, que correspondem a cerca de 40 % das vendas de gelado de impulso no mercado relevante — ver considerandos 156 e 184 *supra*) de retalhistas de armazenarem e colocarem à venda, junto do consumidor, gelados de quaisquer fornecedores concorrentes. Estes retalhistas, na sequência dos acordos, satisfazem todas as suas necessidades de abastecimento exclusivamente junto da HB. Consequentemente, é dificultado o acesso ao mercado relevante por parte dos outros fornecedores. O efeito de um acordo relativo às arcas congeladoras sujeito à condição de exclusividade é, nestas circunstâncias, equivalente ao de qualquer outra medida adoptada por um fornecedor dominante que impeça os seus concorrentes de negociar com esse retalhista [104]). Embora o conceito de abuso seja objectivo, poderá notar-se que a HB não só está consciente do efeito de exclusão produzido pelos seus acordos relativos às arcas congeladoras, como o procurou deliberadamente (ver considerando 64 e seguintes *supra*).

(266) Ao persuadir os retalhistas a conceder exclusividade nas circunstâncias referidas no considerando 263 *supra*, a HB adopta um comportamento que não corresponde às condições da con-

[99] Processo 85/76, Hoffmann/La Roche, fundamento 91.

[100] Processos 85/76, Hoffmann/La Roche; C-62/86, Akzo, T-65/89, BPB/British Gypsum, Colectânea II-1993, p. 389.

[101] Processos 85/76, Hoffmann/La Roche, fundamento 91; 322/81, Michelin, fundamento 70.

[102] Hoffmann/La Roche, fundamento 89; BPB/BG, fundamento 68.

[103] No Processo T-65/89, BPB e British Gypsum, no fundamento 68, o Tribunal afirmou que: «. . . a celebração de contratos de fornecimento exclusivo respeitantes a uma proporção importante das compras constitui um entrave inaceitável à entrada nesse mercado. . .».

[104] Processos 85/76, Hoffmann La Roche, fundamento 89; 322/81, Michelin, fundamento 70; C-62/86, Akzo, fundamento 149; T-65/89, BPB e British Gypsum, acima citados; C-393/92, NV Energiebedrijf Ijsselmij, considerando 44.

corrência normal no sector dos bens de consumo. Esta prática é atraente para os retalhistas, correspondendo portanto a um incentivo, devido às vantagens gerais que lhes proporciona, em especial porque a HB assegura igualmente a manutenção das arcas congeladoras e porque evita aos retalhistas preocupações acerca de exigências de capital, incluindo o risco inerente a tal investimento. Além disso, fornece aos retalhistas uma arca congeladora, cujo custo reflecte as economias de escala realizadas pela HB ao fornecer o serviço, custo que nenhum retalhista individual poderia obter se optasse por adquirir a sua própria arca congeladora. Contudo, interfere com a liberdade de os retalhistas escolherem os fornecedores com base no mérito dos produtos que oferecem. A exclusividade resultante deste comportamento não só prejudica os concorrentes da HB no mercado relevante, por tornar mais difícil a penetração e a expansão no mercado, como também é contrária aos interesses dos retalhistas e, em última análise, dos consumidores, uma vez que os primeiros são impedidos de exercer a sua liberdade de escolha relativamente aos produtos que podem armazenar e à forma de maximizar a eficácia do estabelecimento em termos de espaço, e os últimos a nível dos produtos que podem adquirir. Consequentemente, a HB abusa da sua posição dominante nos termos do artigo 86.º do Tratado CE [105].

(267) A HB argumentou que os acordos relativos às arcas congeladoras constituem uma prática comercial normal no mercado específico apreciado no presente processo, não constituindo, consequentemente, um abuso na acepção do artigo 86.º do Tratado CE. Poderá ser um facto que a utilização de tais acordos constitua uma prática normal no mercado relevante e que possam ser vantajosos para ambas as partes contratantes, uma vez que o fornecedor assegura um nível mínimo de vendas e o retalhista beneficia da segurança de abastecimento e do equipamento fornecido. Contudo, estas considerações, que podem aplicar-se numa situação concorrencial de mercado normal, não podem ser aceites sem reservas no caso de um mercado em que, devido à posição dominante de uma empresa, o nível de concorrência está já enfraquecido. Uma empresa em posição dominante tem uma responsabilidade específica de não permitir que a sua conduta prejudique a concorrência genuína e não falseada no mercado comum [106].

(268) Além disso, a HB alegou que uma proibição dos seus acordos relativos às arcas congeladoras com base no artigo 86.º do Tratado CE obrigaria a empresa a agir contra o seu próprio interesse e penalizá-la-ia apenas por deter uma posição dominante. A HB cita a opinião do Tribunal de Primeira Instância de que o mero facto de uma empresa em posição dominante concluir acordos que restrinjam a concorrência não constitui, *per se*, um abuso na acepção do artigo 86.º do Tratado CE [107]. No que se refere a este ponto deve realçar-se que, para efeitos de aplicação do artigo 86.º do Tratado CE, as circunstâncias relacionadas com os acordos e, principalmente, o seu efeito sobre a estrutura da concorrência no mercado relevante devem ser tomados em consideração para se estabelecer a existência de um abuso, tal com foi feito nos considerandos 264 a 266 *supra*.

(269) A HB argumentou que a cláusula de exclusividade nos seus acordos relativos às arcas congeladoras se justifica por forma a evitar que a sua propriedade seja utilizada por outros fornecedores de gelado. Neste contexto, a HB considera que nos termos do direito comunitário podem, excepcionalmente, ser considerados abusivos certos aspectos dos direitos de propriedade, tal como disposições contratuais, quando estes possam ser considerados «desleais» ou «não razoáveis» [108]. Contudo, a HB afirma que as condições normais do seu acordo relativo às arcas congeladoras, incluindo a cláusula relativa à exclusividade das arcas, não podem ser consideradas «desleais».

(270) Para além da argumentação anteriormente exposta relativa ao exercício do direito de propriedade no contexto do artigo 85.º do Tratado CE (ver considerandos 211-220 *supra*) deverá salientar-se que os retalhistas pagam um encargo, incluído no preço do gelado, em contrapartida da utilização do equipamento que a HB disponibilizou. Nestas circunstâncais, uma disposição adicional de exclusividade relativa à utilização da propriedade pelo locatário não pode ser justificada alegando direitos de propriedade. A exclusividade concedida apenas beneficia o fornecedor, em detrimento da liberdade de escolha do retalhista e pode, assim, ser considerada desleal. A HB utiliza a sua propriedade como meio de persuasão para que os retalhistas se abasteçam exclusivamente junto desta empresa, decorrendo desta situação que a sua

[105] Processos 85/76, Hoffmann/La Roche, fundamento 89; C-62/86, Akzo, fundamento 149.

[106] Processo 322/81, Michelin, fundamento 57; T-65/89, BPB e British Gypsum, fundamento 67.

[107] Processo T-51/89, Tetra Pak, fundamento 24.

[108] Processo 247/86, Alsatel, Colectânea 1988, p. 5987, considerando 10.

utilização constitui, por si, um abuso nos termos do artigo 86.º do Tratado [109].

3. *Efeito sobre o comércio entre Estados-membros*

(271) O abuso, pela HB da sua posição dominante, é susceptível de afectar o comércio entre Estados-membros da forma apresentada relativamente ao artigo 85.º do Tratado (ver considerando 201 *supra*).

IV. ARTIGO 3.º DO REGULAMENTO N.º 17

(272) Em resposta às denúncias da Mars e da Valley, e em resposta aos pedidos de certificado negativo ou, subsidiariamente, de isenção apresentados pela HB relativamente aos seus acordos de distribuição, a Comissão, pelas razões acima expostas, conclui nos termos do n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento n.º 17 que, na Irlanda, e no que se refere ao gelado de impulso embalado individualmente e vendido através de estabelecimentos retalhistas:

a) A cláusula de exclusividade incluída nos acordos relativos às arcas congeladoras da HB no que se refere às arcas congeladoras instaladas em estabelecimentos onde as únicas arcas congeladoras existentes foram fornecidas pela HB, constitui uma infracção ao n.º 1 do artigo 85.º do Tratado CE;

e

b) O facto de a HB incitar os retalhistas, que não possuem uma arca congeladora quer adquirida por eles próprios quer oferecida por um outro fornecedor de gelado que não a HB, a concluirem acordos relativos às arcas congeladoras sujeitos a uma condição de exclusividade, disponibilizando-se a oferecer-lhes arcas congeladoras e a assegurar a sua manutenção sem quaisquer encargos directos para o retalhista, constitui uma infracção ao artigo 86.º do Tratado CE.

(273) Os acordos relativos às arcas congeladoras referidos na alínea a) *supra*, que incluem a cláusula de exclusividade, continuam em vigor. A HB continua igualmente a propor arcas congeladoras nas condições referidas na alínea b) *supra*. Consequentemente, a Comissão solicita à HB, nos termos do n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento n.º 17, que ponha termo a estas infracções. A Comissão solicita ainda à HB que informe as partes com as quais concluiu os acordos referidos na alínea a) *supra* que todos esses acordos são nulos, e que o facto de a HB os ter persuadido a concluir tais acordos constitui, nestas circunstâncias, um abuso da sua posição dominante contrário ao artigo 86.º do Tratado CE.

(274) A HB expressou a opinião de que a Comissão, ao prosseguir o presente processo, não está a actuar de acordo com o princípio da subsidiariedade concretizado, no domínio da legislação em matéria de concorrência, pela comunicação de 13 de Fevereiro de 1993, relativa à cooperação entre os tribunais nacionais e a Comissão [110]. A HB argumentou que o presente processo, que diz respeito ao mercado irlandês, foi já plenamente analisado e objecto de uma decisão do Irish High Court (considerando 3 *supra*) que decidiu que os artigos 85.º e 86.º do Tratado CE não tinham sido infringidos.

(275) A exclusividade das arcas congeladoras constitui uma prática contratual aplicada pela maioria dos fabricantes de gelado em toda a Comunidade. A legalidade desta prática é contestada não só pelos dois autores da denúncia no presente processo, mas também pela Mars numa denúncia suplementar relativa ao mercado alemão. A exclusividade das arcas congeladoras no mercado do gelado de impulso do Reino Unido foi tambem objecto de um relatório recente da Monopolies and Mergers Commission [111]. Por último, um fabricante de gelado alemão notificou à Comissão acordos-tipo relativos a arcas congeladoras. A Comissão é obrigada a pronunciar-se relativamente a tais notificações. Nestas circunstâncias, é adequada uma decisão da Comissão por forma a garantir que as regras comunitárias em matéria de concorrência são aplicadas de modo coerente às diversas modalidades de exclusividade praticadas por fabricantes de gelado em toda a Comunidade.

(276) Na sua comunicação, de 13 de Fevereiro de 1993, relativa à cooperação entre a Comissão e os tribunais nacionais na aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado, a Comissão afirmou que considera não haver, normalmente, um interesse comunitário suficiente em prosseguir a análise de um processo se o denunciante puder obter uma protecção adequada dos seus direitos junto dos tribunais nacio-

[109] Ver a este respeito as Decisões da Comissão, London-European/Sabena — 88/589/CEE, JO L 317 de 24.11.1988, p. 47; e B&I/Sealink — não publicada, Relatório da concorrência de 1992, n.º 219 e [1992] 5 C.M.L.R. 255.

[110] JO C 39 de 13.2.1993, p. 6.

[111] Report on the suply in the UK of ice cream for immediate consumption, Abril de 1994.

nais (pelo menos quando a questão lhes é simultaneamente apresentada, acórdão do Tribunal de Primeira Instância no processo T-24/90 «Automec II») ([112]). A Comissão pretende concentrar-se em processos com um interesse especial para a Comunidade de um ponto de vista político, económico ou jurídico.

(277) Quando um processo é suficientemente importante para a Comunidade, a Comissão pode ela própria actuar, mesmo se o caso tiver já sido apresentado a um tribunal nacional. Ao decidir se o deve ou não fazer, o facto de o caso ser importante para a Comunidade tem primazia sobre o facto de o denunciante específico poder recorrer ao tribunais nacionais ou de já ter sido iniciado um processo a este nível.

(278) O presente processo apresenta uma importância especial em termos políticos, económicos e jurídicos para a Comunidade, uma vez que aborda questões fundamentais acerca das práticas comerciais verificadas em toda a Comunidade, não só no mercado do gelado mas também (como a própria HB o realçou) em muitos outros mercados em que os fornecedores fornecem equipamento aos revendedores em ligação com a venda dos produtos. Consequentemente, pertence à categoria de casos que a Comissão continuará a investigar ela própria, mesmo se os tribunais nacionais já se tiverem pronunciado.

(279) Na sua sentença, de 28 de Maio de 1992, (considerando 3 *supra*), o Irish High Court referiu-se às Decisões da Comissão, de 25 de Março de 1992 ([113]) com carácter provisório. O High Court considerou igualmente a opção de contactar a Comissão, bem como a possibilidade de apresentar uma questão a título prejudicial ao Tribunal de Justiça nos termos do artigo 177.º do Tratado CE. Ao exercer o seu poder discricionário nesa matéria, o High Court não considerou necessário recorrer a qualquer destas opções para proferir a sua sentença. Não é incoerente com os princípios em matéria de competências paralelas dos tribunais nacionais e da Comissão, para a aplicação do n.º 1 do artigo 85.º e do artigo 86.º do Tratado CE, que a Comissão tome uma decisão diferente de uma sentença proferida por um tribunal nacional, desde que exista um interesse comunitário suficiente para o fazer. Tal como já foi referido, no presente caso, este interesse consiste em esclarecer questões fundamentais acerca de práticas comerciais verificadas em toda a Comunidade.

([112]) Colectânea 1992, p. II-2223.

([113]) Decisão nos processos apensos IV/31.533 e IV/34.072, Schöller/Langnese-Iglo.

(280) No que se refere à preocupação expressa pela HB relativamente à existência de decisões contraditórias e à incerteza jurídica alegadamente resultante desta situação, deverá notar-se que é o Tribunal de Justiça que, em última instância, tem competência em matéria de interpretação dos artigos do Tratado em causa. Qualquer decisão da Comissão é susceptível de ser analisada pelo Tribunal de Primeira Instância e, seguidamente, apenas sobre as questões de direito, pelo Tribunal de Justiça. Nos termos do artigo 177.º do Tratado, o Irish Supreme Court, em que se encontra aliás pendente um recurso contra a decisão do High Court no processo em causa, pode igualmente solicitar ao Tribunal de Justiça uma decisão a título prejudicial,

ADOPTOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1.º

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

Artigo 2.º

É consequentemente rejeitado o pedido, apresentado pela Van den Bergh Foods Limited, de uma isenção relativamente à cláusula de exclusividade descrita no artigo 1.º, ao abrigo do n.º 3 do artigo 85.º do Tratado CE.

Artigo 3.º

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

Artigo 4º

A Van den Bergh Foods Limited deve pôr imediatamente termo às infracções enumeradas nos artigos 1º e 3º e abster-se de tomar qualquer medida com o mesmo objecto ou efeito.

Artigo 5º

A Van den Bergh Foods Limited deve, no prazo de três meses a contar da notificação da presente decisão, informar os retalhistas com os quais tenha actualmente acordos relativos às arcas congeladoras que constituem infracções ao nº 1 do artigo 85º do Tratado CE, tal como descritas no artigo 1º, do teor integral dos artigos 1º e 3º, comunicando-lhes que as cláusulas de exclusividade são nulas.

Artigo 6º

É destinatária da presente decisão:

Van den Bergh Foods Limited
Whitehall Road
Rathfarnham
IRL-Dublin 14.

Feito em Bruxelas, em 11 de Março de 1998.

Pela Comissão
Karel VAN MIERT
Membro da Comissão