

DESPACHO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE
PRIMEIRA INSTÂNCIA

7 de Julho de 1998 *

No processo T-65/98 R,

Van den Bergh Foods Ltd, antigamente HB Ice Cream Ltd, sociedade de direito irlandês, com sede em Dublin, representada por Malcolm Nicholson e Michael Rowe, solicitors, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório dos advogados Elvinger, Hoss e Prussen, 2, place Winston Churchill,

requerente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por Barry Doherty e Wouter Wils, membros do Serviço Jurídico, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de Carlos Gómez de la Cruz, membro do Serviço Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

requerida,

* Língua do processo: inglês.

que tem por objecto um pedido de suspensão da execução da 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),

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS

profere o presente

Despacho

Tramitação Processual

- 1 Por petição entregue na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 21 de Abril de 1998, Van den Bergh Foods Ltd (a seguir «Van den Bergh»), antigamente HB Ice Cream Ltd (a seguir «HB Ice Cream»), interpôs, ao abrigo do artigo 173.º, quarto parágrafo, do Tratado CE, um recurso visando a anulação da 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).
- 2 Por requerimento separado registado na Secretaria do Tribunal na mesma data, apresentou igualmente, ao abrigo do artigo 185.º do Tratado, um pedido de suspensão da execução dessa decisão até que o Tribunal se pronuncie sobre o mérito da causa e, a título subsidiário, ao abrigo do artigo 186.º do Tratado, um pedido de qualquer outra medida justa e adequada.

- 3 Por petições registadas na Secretaria do Tribunal, respectivamente, em 4 e 11 de Maio de 1998, Master Foods, exercendo a sua actividade comercial sob a designação de Mars Ireland and Masterfoods (a seguir «Mars»), sociedade de direito irlandês, com sede em Dublin, representada por Philip G. H. Collins, solicitor, e Treats Frozen Confectionery Ltd (a seguir «Treats»), sociedade de direito inglês, com sede em Leeds (Inglaterra), representada por Alasdair Bell, solicitor, ambas com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório dos advogados Loesch e Wolter, 11, rue Goethe, pediram a sua intervenção no presente processo, em apoio dos pedidos da Comissão.
- 4 Os pedidos de intervenção foram notificados às partes no processo principal, de acordo com o artigo 116.º, n.º 1, do Regulamento de Processo.
- 5 Por fax registado na Secretaria do Tribunal em 14 de Maio de 1998, Van den Bergh declarou não se opor ao pedido de intervenção da Mars, mas opôs-se ao pedido de intervenção da Treats por falta de interesse bastante na solução do litígio. Requereu que só fosse comunicada às partes que pediram a intervenção uma versão expurgada da sua petição e da decisão impugnada. Para esse efeito, enumerou as informações que, no seu entender, revestem carácter secreto ou confidencial.
- 6 A Comissão pronunciou-se por escrito acerca do pedido de medidas provisórias, em 13 de Maio de 1998. Por actos separados registados em 20 de Maio de 1998, declarou não se opor aos dois pedidos de intervenção. No que respeita o pedido de tratamento confidencial apresentado pela requerente, emitiu algumas reservas.
- 7 Por cartas de 27 de Maio de 1997, a Secretaria do Tribunal convidou as intervenientes a comparecerem na audiência e notificou-as das versões não confidenciais do pedido de medidas provisórias, bem como dos comentários da Comissão a esse pedido.

- 8 As partes foram ouvidas nas suas alegações orais, em 9 de Junho de 1998.
- 9 A Mars e a requerente entregaram, respectivamente, em 12 e 25 de Junho de 1998 e em 23 e 24 de Junho de 1998, na Secretaria do Tribunal, fax contendo elementos relativos ao processo judicial em curso na Supreme Court (Irlanda). As outras partes foram notificadas desses documentos.

Antecedentes do litígio

- 10 Van den Bergh, filial a 100% da Unilever NV/plc, é o principal fabricante de gelados na Irlanda, nomeadamente, de gelados destinados a consumo imediato. Tem por prática, na Irlanda, colocar arcas congeladoras à disposição dos pontos de venda dos seus gelados, sob condição de se destinarem exclusivamente a estes últimos.
- 11 Em Março de 1990, a Mars propôs uma acção na High Court, pedindo, nomeadamente, a declaração de que a cláusula de exclusividade dos acordos relativos às arcas congeladoras da HB Ice Cream era nula por força do direito interno e dos artigos 85.º e 86.º do Tratado. A HB Ice Cream propôs uma acção separada destinada a obter injunções contra a Mars, proibindo-a de incitar os retalhistas a não cumprirem a cláusula de exclusividade desses acordos. Em Abril de 1990, a High Court proferiu uma injunção interlocutória nesse sentido, a favor da HB Ice Cream, no âmbito do processo principal.
- 12 Em 28 de Maio de 1992, a High Court decidiu do mérito das duas acções. Indeferiu o pedido da Mars, considerando que a política de exclusividade em matéria de arcas congeladoras da HB Ice Cream não violava nem as regras nacionais nem as regras comunitárias da concorrência. Proferiu igualmente, a favor da HB Ice

Creams, uma injunção permanente no sentido de impedir a Mars de incitar os retalhistas a armazenarem os seus gelados nas arcas congeladoras da HB Ice Cream.

- 13 Em 4 de Setembro de 1992, a Mars recorreu da decisão da High Court. Na audiência, que teve lugar em 10 de Junho de 1998, a Supreme Court entendeu que o processo colocava questões de interpretação do Tratado, pelo que decidiu apresentar ao Tribunal de Justiça uma questão prejudicial, nos termos do artigo 177.º do Tratado. Decidiu ainda que a injunção proferida pela High Court não será levantada durante o período de exame do recurso.
- 14 Paralelamente ao processo contencioso nos tribunais irlandeses, a Mars apresentou, em 18 de Setembro de 1991, uma denúncia contra a HB Ice Cream à Comissão, ao abrigo do artigo 3.º do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22; a seguir «Regulamento n.º 17»). Esta queixa dizia respeito ao fornecimento pela HB Ice Cream, a um grande número de retalhistas, de arcas congeladoras, sob condição de serem utilizadas exclusivamente para produtos dessa marca.
- 15 Em 29 de Julho de 1993, a Comissão, na comunicação das acusações notificada à HB Ice Cream, concluiu que o sistema de distribuição desta infringia os artigos 85.º e 86.º do Tratado.
- 16 Na sequência de contactos com a Comissão, a HB Ice Cream, ao mesmo tempo que contestava este entendimento, apresentou propostas no sentido de poder beneficiar de uma isenção ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado. Estas propostas foram comunicadas em 8 de Março de 1995 à Comissão, a qual, num comunicado de imprensa de 10 de Março de 1995, considerou que, à primeira vista, as alterações previstas permitiriam a concessão de uma isenção. Seguidamente, em 15 de Agosto de 1995, foi publicada no *Jornal Oficial das Comunidades Europeias* uma comunicação nos termos do artigo 19.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17.

- 17 Em 22 de Janeiro de 1997, ao considerar que as modificações finalmente introduzidas não tinham apresentado os resultados esperados em termos de livre acesso aos estabelecimentos, a Comissão dirigiu à HB Ice Cream uma nova comunicação das acusações. A HB Ice Cream pronunciou-se sobre as acusações formuladas.
- 18 Pela decisão impugnada de 11 de Março de 1998, a Comissão:
 - declara que a cláusula de exclusividade incluída nos acordos relativos às arcas congeladoras, concluídos na Irlanda entre a Van den Bergh e retalhistas, no que se refere à colocação de arcas congeladoras em estabelecimentos que apenas dispõem de arcas congeladoras fornecidas pela Van den Bergh 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, constitui uma infracção ao n.º 1 do artigo 85.º do Tratado (artigo 1.º);
 - rejeita o pedido, apresentado pela Van den Bergh, de isenção relativamente à cláusula da exclusividade referida no artigo 1.º, ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado (artigo 2.º);
 - declara que o facto de a Van den Bergh persuadir os retalhistas na Irlanda, que não possuem a sua própria arca congeladora nem outra(s) fornecida(s) por outro fabricante de gelados, a concluírem acordos relativos às arcas congeladoras, sujeitos a uma condição de exclusividade, propondo-lhes fornecer arcas congeladoras para armazenagem de unidades embaladas individualmente de gelado de impulso e assegurar a respectiva manutenção, sem qualquer custo directo para eles, constitui uma infracção ao disposto no artigo 86.º do Tratado (artigo 3.º);
 - impõe à Van den Bergh que ponha termo de imediato às infracções referidas nos artigos 1.º e 3.º e se abstenha de tomar qualquer medida com o mesmo objecto ou efeito (artigo 4.º);

— impõe à Van den Bergh que, no prazo de três meses a contar da notificação da decisão, informe os retalhistas com os quais tenha actualmente acordos relativos às arcas congeladoras que constituem infracções ao n.º 1 do artigo 85.º do Tratado, tal como descritas no artigo 1.º do teor integral dos artigos 1.º e 3.º, comunicando-lhes que as cláusulas de exclusividade são nulas (artigo 5.º).

19 Na sua decisão, a Comissão desenvolve a análise jurídica na qual baseia a aplicação do artigo 85.º do Tratado.

20 Salienta, em particular (ponto 157 dos considerandos da decisão):

«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 se conseguir persuadir o retalhista a substituir uma arca congeladora exclusiva do fornecedor *in situ*, ou a instalar uma nova arca congeladora juntamente com as arcas congeladoras exclusivas do fornecedor *in situ*.»

21 Considera (pontos 158 a 183 dos considerandos), com base num estudo de mercado, ser pouco provável que os retalhistas adoptem uma ou outra dessas medidas. Daí deduz que os estabelecimentos em causa estão, de facto, vinculados à requerente (ponto 184 dos considerandos).

22 Conclui-se também na decisão que os acordos não podem ser isentos ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, na medida em que não contribuem para melhorar a distribuição dos produtos (pontos 222 a 238 dos considerandos), não reservam aos consumidores uma parte equitativa das vantagens que deles resultam (pontos 239 e

240 dos considerandos), não são indispensáveis à obtenção das vantagens invocadas (ponto 241 dos considerandos) e deixam à HB Ice Cream a possibilidade de eliminar em grande parte a concorrência no mercado relevante (pontos 242 a 246 dos considerandos).

- 23 No que respeita à aplicação do artigo 86.º do Tratado, a Comissão entende que a requerente ocupa na Irlanda uma posição dominante no mercado dos gelados de impulso embalados individualmente.

- 24 Considera (ponto 263 dos considerandos):

«A [HB Ice Cream] abusa da sua posição dominante no mercado relevante, em infracção ao artigo 86.º, um vez que incita os retalhistas... 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 Ice Cream], 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.»

Questão de direito

Quanto aos pedidos de intervenção

- 25 Os pedidos de intervenção, apresentados, respectivamente, pela Mars e pela Treats, devem ser analisados separadamente.

- 26 Relativamente ao pedido da Mars, há que salientar que a decisão impugnada põe termo ao processo administrativo instaurado pela Comissão na sequência da queixa apresentada por aquela em 18 de Setembro de 1991, onde argumentava que o fornecimento, pela HB Ice Cream, de arcas congeladoras a grande número de retalhistas, com base na exclusividade das arcas, e as condições em que as arcas congeladoras eram postas à disposição dos retalhistas impediam-lhe, em virtude de uma restrição da concorrência, o acesso aos estabelecimentos retalhistas, para distribuição, na Irlanda, dos seus gelados de impulso. Verifica-se, por outro lado, que a Mars participou activamente no processo administrativo da Comissão. Finalmente, tal como a própria requerente sublinhou nos seus articulados, o contencioso que a opõe à Mars, ainda pendente no tribunal nacional, respeita à legalidade da cláusula de exclusividade contida nos acordos relativos às arcas congeladoras da HB Ice Cream na Irlanda, à luz do direito comunitário da concorrência.
- 27 Nestas circunstâncias, fica provado o interesse da Mars em intervir em apoio dos pedidos da Comissão no presente processo de medidas provisórias.
- 28 A outra requerente da intervenção, a Treats, invoca essencialmente dois motivos, segundo ela, justificativos do seu interesse na solução do litígio. Em primeiro lugar, operava no mercado de gelados de impulso na Grã-Bretanha e na Irlanda do Norte e tentou durante vários anos penetrar no mercado irlandês. As suas tentativas nunca foram coroadas de êxito, em virtude de grande número de retalhistas se encontrarem vinculados pela cláusula de exclusividade dos acordos de fornecimento de arcas congeladoras concluídos com a requerente. Em segundo lugar, a Treats participou no processo administrativo da Comissão.
- 29 A requerente objecta que não tem conhecimento de qualquer tentativa séria de penetração, por parte da Treats, no mercado de gelados de impulso na Irlanda, não podendo, portanto, essa sociedade ter interesse na solução de um processo que diz respeito a esse mercado. Além disso, a Treats só tinha participado, de uma forma limitada, no processo administrativo da Comissão, tendo-se desinteressado após

Março de 1995. Finalmente, o interesse que a Treats poderia ter residiria no raciocínio que conduziu à decisão e não na solução do litígio.

- 30 Entretanto, há que referir que, tal como a Treats alegou nas suas observações orais, as suas vendas aos grossistas irlandeses triplicaram entre 1994 e 1997, e o seu distribuidor na Irlanda do Norte começou a vender no mercado irlandês. Por outro lado, a maior parte das vendas da Treats no mercado irlandês tem por objecto os gelados de impulso.
- 31 Nestas circunstâncias, há que admitir que a Treats tem interesse suficiente em intervir em apoio dos pedidos da Comissão no presente processo de medidas provisórias.

O pedido de tratamento confidencial

- 32 Nesta fase do processo de medidas provisórias, deve ser deferido o pedido de tratamento confidencial de certas informações, apresentado pela Van den Bergh, na medida em que tais informações podem, à primeira vista, ser consideradas secretas ou confidenciais na acepção do artigo 116.º, n.º 2, do Regulamento de Processo.

O pedido de suspensão da execução

- 33 Nos termos do artigo 185.º do Tratado, conjugado com o artigo 4.º da Decisão 88/591/CECA, CEE, Euratom do Conselho, de 24 de Outubro de 1988, que institui o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (JO L 319, p. 1), com a alteração que lhe foi introduzida pela Decisão 93/350/Euratom, CECA,

CEE do Conselho, de 8 de Junho de 1993 (JO L 144, p. 21), o Tribunal pode ordenar a suspensão da execução do acto impugnado, se entender que as circunstâncias o exigem.

- 34 O artigo 104.º, n.º 1, do Regulamento de Processo determina que um pedido de suspensão de execução só é admissível se o requerente tiver impugnado o acto perante o Tribunal. O n.º 2 do mesmo artigo prevê que tal pedido deve especificar as razões da urgência bem como os fundamentos de facto e de direito que, à primeira vista (*fumus boni juris*), justificam a adopção da medida solicitada. Esta, além disso, deve ter carácter provisório no sentido de não prejudicar as questões de direito ou de facto em litígio nem neutralizar por antecipação as consequências da decisão a proferir posteriormente no processo principal (despacho do Presidente do Tribunal de Justiça de 19 de Julho de 1995, Comissão/Atlantic Container Line e o., C-149/95 P(R), Colect., p. I-2165, n.º 22).
- 35 Há que averiguar se estas condições se encontram satisfeitas no caso vertente.

Argumentos das partes

- 36 A requerente recorda que, no seu recurso no processo principal, pede a anulação da decisão impugnada na medida em que a Comissão considera existir uma violação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado.
- 37 A este respeito, sustenta, nomeadamente, que a decisão impugnada contém erros manifestos de apreciação dos factos, que conduzem a erros de direito. Contesta o postulado da Comissão, segundo o qual a cláusula de exclusividade inserida nos acordos relativos às arcas congeladoras provoca um encerramento do mercado irlandês dos gelados de impulso.

- 38 Mais precisamente, a Comissão considera erradamente, por um lado, que todos os retalhistas que só possuem arcas congeladoras da HB Ice Cream estão «vinculados de facto» e, por outro lado, que o mercado irlandês de gelados de impulso se encontra realmente «fechado».
- 39 Relativamente ao vínculo de facto, a requerente afirma que os acordos relativos às arcas congeladoras podem, na prática, ser denunciados sem pré-aviso pelo retalhista. Por conseguinte, este poderia decidir substituir a arca congeladora fornecida pela HB Ice Cream por uma arca própria ou de outro fornecedor, ou ainda por duas arcas mais pequenas, uma delas ou ambas pertencentes a outra empresa que não a HB Ice Cream. De resto, um retalhista dotado de uma arca congeladora fornecida pela HB Ice Cream teria sempre a possibilidade de instalar uma outra arca. A Comissão tinha, portanto, avaliado mal as possibilidades dos retalhistas de substituírem as arcas congeladoras da HB Ice Cream ou de instalarem arcas suplementares. Cometeu, consequentemente, um erro ao concluir (ponto 184 dos considerandos da decisão) que a categoria de estabelecimentos dotados unicamente de uma (ou várias) arca(s) da requerente «está de facto vinculada exclusivamente à venda de gelado de impulso da [HB Ice Cream]».
- 40 Relativamente ao grau de encerramento do mercado em causa, a requerente recorda que, segundo a decisão, os estabelecimentos dotados unicamente de uma (ou várias) arca(s) a ela pertencentes representam cerca de 40% do mercado e 40% das vendas no mercado em causa. Ora, essa análise não era correcta, pois teve em conta estabelecimentos que deveriam no entanto ser excluídos. Segundo os cálculos da requerente, o grau de encerramento do mercado era da ordem dos 6%.
- 41 A requerente invoca igualmente a existência de erros de direito na aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. A esse respeito, refere que, segundo uma abordagem qualitativa da aplicação desta disposição a acordos verticais, já seguida pela High Court na sua decisão de 28 de Maio de 1992, a exclusividade prevista nos acordos concluídos com os retalhistas não é de molde a ser abrangida pelo artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. Uma abordagem quantitativa permitia chegar à mesma conclusão.

Com efeito, não existia, no caso vertente, uma efectiva restrição da concorrência, na acepção da jurisprudência, que justificasse a aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado (acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Fevereiro de 1991, Delimitis, C-234/89, Colect., p. I-935; acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Junho de 1995, Langnese-Iglo/Comissão, T-7/93, Colect., p. II-1533, e Schöller/Comissão, T-9/93, Colect., p. II-1611).

- 42 Sustenta ainda que a Comissão cometeu um erro de apreciação ao recusar conceder-lhe uma isenção ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, uma vez que os quatro requisitos cumulativos exigidos por esta disposição estavam reunidos. Em particular, os benefícios decorrentes da cláusula de exclusividade justificavam normalmente tal isenção: redução dos custos de distribuição dos gelados, grande disponibilidade em termos geográficos dos gelados de impulso, economias de escala obtidas na compra e na manutenção das arcas congeladoras, melhoria do *merchandising*, maior visibilidade do produto e protecção da qualidade do produto. A própria Comissão teria anteriormente admitido a natureza indispensável da exclusividade na obtenção das vantagens resultantes dos acordos concluídos pela requerente com os seus retalhistas.
- 43 Ao aplicar o artigo 86.º do Tratado ao caso vertente, a Comissão estava igualmente a cometer um erro de apreciação, pois baseou-se essencialmente num pretensão efeito restritivo provocado pelos acordos relativos às arcas congeladoras da HB Ice Cream.
- 44 A propósito da urgência da suspensão da execução da decisão, a requerente argumenta que pôr esses acordos em conformidade com o dispositivo da decisão impugnada terá por consequência que os retalhistas colocarão imediata ou rapidamente gelados fabricados por outros produtores nas arcas congeladoras que lhe pertencem e cuja manutenção é feita por si. Daí resultaria um prejuízo financeiro e uma evolução comercial impossível de inverter posteriormente. A este respeito, se os retalhistas directamente interessados na decisão se habituassem a armazenar nas suas arcas congeladoras produtos de terceiros fornecedores, ver-se-ia mais tarde confrontada com enormes dificuldades práticas para repor a cláusula de exclusividade no caso de anulação da decisão.

- 45 Por fim, a requerente pondera os interesses em causa, isto é, por um lado, o prejuízo que lhe pode advir da execução da decisão e, por outro, o interesse da Comissão em pôr termo à infracção às regras da concorrência que pretende ter constatado. Nos seus comentários escritos sublinha, nomeadamente, que a Supreme Court poderia solicitar ao Tribunal de Justiça uma decisão a título prejudicial, nos termos do artigo 177.º do Tratado, relativa à compatibilidade da cláusula de exclusividade, contida nos acordos concluídos com os retalhistas, com as disposições do Tratado. Além disso, a não suspensão da execução da decisão poderia ter como efeito comprometer e, até, elidir os efeitos da injunção, plenamente executória, da High Court.
- 46 A Comissão entende que o pedido de suspensão da execução é inadmissível na parte que tem por objecto os artigos 1.º a 3.º da decisão, dado estas disposições não serem passíveis de execução.
- 47 Por outro lado, recordando os termos da decisão, sublinha que esta não considera que a sujeição das arcas congeladoras a uma condição de exclusividade constitua, por si só, uma infracção ao artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. No contexto particular do mercado de gelados alimentares na Irlanda, acordos que aparentemente se limitam a estabelecer uma condição de exclusividade sobre as arcas congeladoras tinham como efeito submeter, de facto, os estabelecimentos a uma cláusula de exclusividade (neste sentido, acórdãos Langnese-Iglo/Comissão e Schöller/Comissão). Os estabelecimentos vinculados de facto pela cláusula de exclusividade representavam, pelo menos, 40% do mercado e 40% das vendas no mercado relevante. O elemento-chave da sua apreciação era, portanto, o efeito económico do acordo. A este respeito, a Comissão contesta que o grau de encerramento do mercado possa ser avaliado em 6%, tal como alega a requerente.
- 48 Sustenta ainda que não está de forma alguma vinculada pela decisão proferida pela High Court no litígio que opõe a requerente à Mars, em cujo contexto foi aplicado o direito comunitário. Esta decisão tinha sido baseada na situação existente em 1992, enquanto a decisão impugnada teve em conta um estudo de mercado realizado em 1996 e um estudo das quotas de mercado de 1997. Além disso, entre 1992

e 1997, a requerente tinha alterado o sistema de distribuição examinado pela High Court, e a Comissão tivera em consideração, na sua apreciação, os acórdãos Langnese-Iglo/Comissão e Schöller/Comissão, já referidos, proferidos pelo Tribunal de Primeira Instância em 1995.

- 49 No que respeita à aplicação do artigo 86.º do Tratado, a Comissão recorda sobretudo que a noção de exploração abusiva é uma noção objectiva.
- 50 Finalmente, contesta todos os fundamentos e argumentos da requerente e conclui que, à luz da jurisprudência, esta não conseguiu provar o *fumus boni juris*.
- 51 Quanto à urgência, a mesma não foi demonstrada pela requerente, e o alegado prejuízo, constituído por uma perda no volume das vendas, não tinha sido provado. Quanto ao prejuízo ligado ao benefício obtido pelos concorrentes da Van den Bergh, a Comissão entende que esta poderia recuperar de diversas formas o seu investimento junto dos retalhistas. Finalmente, não se afigurava que, no caso concreto, a não suspensão da execução da decisão colocasse a requerente numa situação capaz de ameaçar a sua própria existência ou de alterar de forma irreversível a sua quota de mercado (nomeadamente, despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 7 de Novembro de 1995, Eridania e o./Conselho, T-168/95 R, Colect., p. II-2817, n.º 42).
- 52 Nas suas observações escritas e orais, a Mars argumentou que tinha interesse imediato em concorrer com a Van den Bergh no mercado dos produtos em causa. Entende que os interesses dos consumidores, retalhistas e fornecedores deveriam ser tidos em consideração pelo Tribunal ao decidir das medidas provisórias.

- 53 Quanto à Treats, considera que é urgente que a decisão seja executada de imediato, a fim de serem removidos os obstáculos estruturais que barram o acesso ao mercado irlandês dos produtos em questão.

Apreciação do Tribunal

— *Quanto ao fumus boni juris*

- 54 Há que ter presente que as partes se opõem fundamentalmente quanto às condições reais de acesso ao mercado e quanto ao grau de encerramento deste. Com efeito, a requerente contesta que os retalhistas que possuem somente arcas congeladoras por ela fornecidas estejam «vinculados de facto» e que o mercado irlandês de gelados de impulso se encontre realmente «fechado».
- 55 Quanto ao segundo elemento em discussão, a requerente sublinha que o facto de cerca de 40% do conjunto dos estabelecimentos estarem equipados unicamente com arcas congeladoras suas não significa que 40% dos estabelecimentos se tenham tornado inacessíveis aos fornecedores concorrentes. A Comissão, no cálculo do grau de encerramento do mercado, tinha nomeadamente cometido o erro de incluir todos os estabelecimentos dotados de, pelo menos, duas arcas congeladoras que lhe pertenciam, uma vez que se tratava, seguramente, de estabelecimentos com espaço suficiente para instalar uma arca do próprio retalhista ou de outro fornecedor.
- 56 A este respeito, há que referir que, se o Tribunal devesse efectivamente concluir que a Comissão cometeu um erro quando da apreciação do grau de encerramento do mercado, essa conclusão revestir-se-ia de alguma importância para avaliar a amplitude da restrição da concorrência no mercado relevante, na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado.

- 57 A argumentação da requerente sobre o grau de encerramento do mercado merece pois ser examinada em profundidade. Todavia, tal exame não podia ser efectuado no âmbito do presente pedido de medidas provisórias.
- 58 Na medida em que a concessão de uma isenção ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado depende da apreciação prévia efectuada por força do artigo 85.º, n.º 1, também não cabe ao Tribunal, na apreciação do pedido de medidas provisórias, pronunciar-se sobre a argumentação relativa à satisfação das condições de isenção.
- 59 Além disso, resulta de exame, à primeira vista, da decisão que a apreciação da actuação da requerente, efectuada pela Comissão por força do artigo 86.º do Tratado, está estreitamente ligada à, efectuada por força do artigo 85.º, n.º 1, dos acordos concluídos pela HB Ice Cream para distribuição na Irlanda dos seus gelados de impulso, nos termos dos quais esta fornece arcas congeladoras aos estabelecimentos que têm os seus produtos em *stock*, sob reserva de uma cláusula de exclusividade. Com efeito, a apreciação da Comissão nos termos do artigo 86.º do Tratado baseia-se na seguinte constatação: «Quando, como no caso em apreço, um operador económico detém uma posição dominante no mercado, o fornecimento exclusivo (quer seja o objecto ou o efeito de acordos concluídos por este operador) constituem um obstáculo inaceitável à entrada no mercado...» (ponto 265 dos considerandos). A invocação da existência de um fornecimento exclusivo assenta na consideração de que seria extremamente difícil persuadir os retalhistas a substituírem as arcas congeladoras *in situ* fornecidas pela HB Ice Cream por uma arca proveniente de outra fonte ou a instalarem outras arcas. Ora, tal premissa está precisamente posta em causa pela requerente, quando contesta a avaliação, levada a cabo pela Comissão na decisão, das condições reais de acesso ao mercado relevante e do grau de encerramento desse mercado.
- 60 Por fim, constata-se que o tribunal nacional competente foi chamado a conhecer de uma questão sobre a legalidade, nos termos dos artigos 85.º e 86.º do Tratado, da cláusula de exclusividade dos acordos relativos às arcas congeladoras concluídos

entre a requerente e os retalhistas. Por decisão de 28 de Maio de 1992, esse tribunal considerou que essa cláusula de exclusividade não violava nem o artigo 85.º, n.º 1, nem o artigo 86.º do Tratado.

- 61 Face ao acima exposto, não se pode considerar que os argumentos invocados pela requerente são, à primeira vista, desprovidos de todo e qualquer fundamento.

— *Quanto à urgência*

- 62 Decorre de jurisprudência constante que o carácter urgente de um pedido de suspensão deve ser apreciado em função da necessidade de decidir provisoriamente a fim de evitar que a parte requerente sofra um prejuízo grave e irreparável. Para esse efeito, e em especial quando o prejuízo depende da verificação de um conjunto de factores, basta que esta seja previsível com um grau de probabilidade suficiente. (v., nomeadamente, o despacho do Tribunal de Justiça de 29 de Junho de 1993, Alemanha/Conselho, C-280/93 R, Colect., p. I-3667, n.ºs 32 e 34).
- 63 No caso vertente, a execução imediata da decisão impugnada implica a denúncia da cláusula de exclusividade contestada aplicável às arcas instaladas nos estabelecimentos visados pelo artigo 1.º da decisão. Ela implica, portanto, pôr em causa um sistema de distribuição em vigor desde há vários anos no mercado irlandês. Com efeito, se a execução da decisão não for suspensa, as concorrentes da Van den Bergh nesse mercado, como a Mars e a Treats, vão procurar imediatamente vender os seus produtos nos estabelecimentos, anteriormente menos acessíveis, armazenando-os nas arcas pertencentes à requerente. Ora, há que destacar a importância do carácter sazonal das vendas dos produtos em questão, que ocorrem essencialmente durante o período estival.

- 64 Nestas circunstâncias, a colocação em causa do sistema de distribuição da requerente, decorrente da denúncia da cláusula de exclusividade, apresenta um carácter grave e irreparável.
- 65 De facto, por um lado, no caso de anulação da decisão pelo Tribunal de Primeira Instância, o prejuízo financeiro sofrido pela Van den Bergh será dificilmente quantificável para efeitos do seu ressarcimento, pela impossibilidade de a requerente poder determinar de maneira suficientemente precisa em que proporções as diminuições verificadas nas vendas terão sido consequência, respectivamente, de uma actividade concorrencial mais acentuada no mercado ou de factores de ordem climática verificados durante a estação alta.
- 66 Por outro lado, a execução imediata da decisão é susceptível de provocar no mercado uma evolução em relação à qual existem sérias razões para acreditar que será muito difícil, ou mesmo impossível, de inverter posteriormente, no caso de o recurso no processo principal ser provido. A este respeito, o juiz das medidas provisórias entende que a requerente invoca a justo título a extrema dificuldade com que se depararia se, após anulação da decisão pelo Tribunal, tivesse de fazer respeitar de novo a cláusula de exclusividade por parte dos retalhistas, após um período de vários meses ao longo do qual estes teriam vendido outros produtos armazenados nas suas arcas congeladoras.
- 67 Todavia, a suspensão da decisão impugnada é igualmente susceptível de contribuir para a consolidação da actual estrutura do mercado e, dessa forma, impedir as concorrentes da Van den Bergh, como a Mars e a Treats, de venderem os seus produtos nos estabelecimentos dos retalhistas vinculados pela cláusula de exclusividade em litígio.
- 68 Perante esta situação de facto e de direito, cabe ao Tribunal ponderar os interesses em jogo, incluindo o da Comissão em restabelecer uma concorrência efectiva.

69 Assim, há que ponderar, por um lado, o risco incorrido pela requerente de ver o seu sistema de distribuição alterado e, por outro, o interesse da Comissão em pôr termo imediato à violação das regras comunitárias da concorrência, que entende verificar-se. Sobre este ponto, há que sublinhar que a prática da exclusividade nos acordos relativos às arcas congeladoras, condenada pela Comissão, se encontra estabelecida há longa data no mercado em questão. Aliás, o arrastamento do processo administrativo que conduziu à adopção da decisão impugnada resulta em parte das tentativas da Comissão de persuadir a requerente a alterar os acordos de distribuição de gelados de impulso concluídos com os retalhistas, atendendo às queixas apresentadas contra ela. Assim, após a notificação da primeira comunicação das acusações, em Julho de 1993, na qual a Comissão concluíra provisoriamente que o sistema de distribuição então praticado constituía uma infracção aos artigos 85.º e 86.º do Tratado, a requerente assumiu determinados compromissos, comunicados à Comissão em Março de 1995, com vista a obter uma isenção ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado. Na sequência desses compromissos, a Comissão propôs-se decidir no sentido da aplicação do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado e fez publicar, em Agosto de 1995, uma comunicação, no Jornal Oficial, nos termos do artigo 19.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17. Assim, foi apenas por ter considerado que as modificações operadas não tinham finalmente produzido os resultados esperados em termos de acesso aos estabelecimentos que a Comissão enviou, em Janeiro de 1997, uma nova comunicação das acusações à requerente. Nestas circunstâncias, a Comissão não podia invocar o carácter urgente da execução imediata da decisão.

70 Além disso, há que ter em consideração que o tribunal nacional chamado a conhecer do litígio que opõe a Mars à requerente entendeu que o sistema de distribuição desta não violava as disposições dos artigos 85.º e 86.º do Tratado e proferiu uma injunção permanente contra a Mars. A sentença da High Court, de 28 de Maio de 1992, está actualmente sob apreciação na Supreme Court. Na audiência de 10 de Junho de 1998, a Supreme Court, considerando que, no processo nela pendente, se punham questões que envolviam a interpretação do Tratado, afirmou a intenção de recorrer ao Tribunal de Justiça ao abrigo do artigo 177.º do Tratado e não levantou a injunção permanente proferida contra a Mars. Daqui decorre poder, à primeira vista, concluir-se pela existência de uma contradição entre a Comissão e o tribunal nacional, na aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado.

- 71 Ora, a este respeito, embora a Comissão seja responsável pela aplicação e pela orientação da política comunitária da concorrência, não dispõe de nenhuma competência exclusiva para a aplicação dos artigos 85.º, n.º 1, e 86.º, partilhando a competência para aplicar essas disposições com os órgãos jurisdicionais nacionais (acórdão Delimitis, já referido, n.ºs 44 e 45). No caso vertente, resulta dessa partilha de competências na aplicação das regras comunitárias da concorrência que a decisão da Comissão, adoptada em 11 de Março de 1998, está em desacordo com a decisão da High Court de 1992.
- 72 Uma vez que tal contradição põe em causa o princípio geral da segurança jurídica, impõe-se reduzir tanto quanto possível os seus efeitos negativos. Nas circunstâncias muitos especiais do caso vertente, até que o Tribunal se pronuncie sobre o mérito da causa, há que não comprometer o processo movido no tribunal nacional, tanto mais que este, por um lado, já manifestou intenção de colocar ao Tribunal de Justiça uma questão a título prejudicial para apreciação do conflito face ao direito comunitário e, por outro, decidiu não levantar a injunção permanente.
- 73 Tendo em consideração estes elementos, o interesse da Comissão em pôr termo à infracção não pode sobrepor-se ao da requerente em não correr o risco de ser posto em perigo o sistema estabelecido, bem como ao interesse de limitar os efeitos de uma contradição na aplicação das disposições do Tratado, antes de o Tribunal decidir sobre o mérito da causa.
- 74 Em conclusão, a aplicação imediata da decisão impugnada, na pendência do processo principal, comporta o risco de provocar um prejuízo grave e irreparável à requerente, bem como o de criar uma situação de insegurança jurídica. O facto de as concorrentes da Van den Bergh no mercado sentirem dificuldades em assegurar a distribuição dos seus produtos em virtude de alegados obstáculos estruturais não poderia sobrepor-se aos riscos apontados.

- 75 Nestas condições, a ponderação dos interesses leva a que seja deferida a suspensão da execução da decisão.
- 76 Atendendo às circunstâncias específicas do caso vertente, o Tribunal, na apreciação do pedido de medidas provisórias, entende que os riscos supra-indicados (n.º 74) constituem a objecção fundamental à execução imediata da decisão objecto do pedido de suspensão e que, consequentemente, o argumento da Comissão, segundo o qual a suspensão não poderia abranger os artigos 1.º, 2.º e 3.º da decisão, deve ser desatendido.

Pelos fundamentos expostos,

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

decide:

- 1) A Master Foods Ltd e a Treats Frozen Confectionery Ltd são admitidas a intervir no processo T-65/98 R, em apoio dos pedidos da requerida.
- 2) São deferidos, no âmbito do processo de medidas provisórias, os pedidos de tratamento confidencial apresentados pela Van den Bergh Foods Ltd, para certos elementos contidos no seu pedido de suspensão da execução e na 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).

3) A execução desta decisão da Comissão fica suspensa até que o Tribunal profira o acórdão que porá termo à instância no processo principal.

4) Reserva-se para final a decisão quanto às despesas.

Proferido no Luxemburgo, em 7 de Julho de 1998.

O secretário

H. Jung

O presidente

B. Vesterdorf