

DECISÃO DA COMISSÃO

de 19 de Dezembro de 1990

relativa a um processo de aplicação do artigo 85º do Tratado CEE

(IV/33.133-B: Carbonato de sódio — Solvay, CFK)

(Apenas fazem fé os textos nas línguas francesa e alemã)

(91/298/CEE)

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia,

Tendo em conta o Regulamento nº 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85º e 86º do Tratado CEE ⁽¹⁾, com a última redacção que lhe foi dada pelo Acto de Adesão de Espanha e de Portugal, e, nomeadamente, os seus artigos 3º e 15º,

Tendo em conta a Decisão da Comissão de 19 de Fevereiro de 1990 de iniciar oficiosamente um processo nos termos do artigo 3º do Regulamento nº 17,

Tendo dado às empresas em questão a oportunidade de apresentarem as suas observações em relação às acusações contra elas formuladas pela Comissão, em conformidade com o nº 1 do artigo 19º do Regulamento nº 17 e com o Regulamento nº 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963, relativo às audições referidas nos nºs 1 e 2 do artigo 19º do Regulamento nº 17 do Conselho ⁽²⁾,

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

PARTE I

OS FACTOS

A. Resumo da infracção

- (1) 1. A presente decisão vem na sequência das investigações realizadas pela Comissão em Março de 1989, em conformidade com o nº 3 do artigo 14º do Regulamento nº 17, relativamente aos produtores comunitários de carbonato de sódio. Através das referidas investigações e dos inquéritos que se lhes seguiram nos termos do artigo 11º do Regulamento nº 17, a Comissão descobriu meios de prova documentais que revelam ter sido cometida uma infracção ao artigo 85º do Tratado CEE pelas empresas seguintes:

— Solvay et Cie, Bruxelas (Solvay),

— Chemische Fabrik Kalk, Colónia, (CFK).

2. A infracção pode ser resumida do seguinte modo:

Infracção ao artigo 85º pela Solvay e pela CFK

Desde data incerta, por volta de 1987 até, pelo menos, 1989, a Solvay e a CFK participaram num acordo e/ou prática concertada contrários ao artigo 85º, através dos quais a Solvay garantia à CFK, em relação aos anos de 1987, 1988 e 1989, uma tonelagem mínima de vendas calculada em função de uma fórmula baseada nas vendas realizadas pela CFK na Alemanha em 1986 de 179 Kt e compensava-a por qualquer défice comprando-lhe as toneladas necessárias para que as suas vendas voltassem ao mínimo garantido.

B. A infracção ao artigo 85º pela Solvay e pela CFK

1. Antecedentes

- (2) Para pormenores relativos ao produto e ao mercado do carbonato de sódio remete-se para o ponto B da parte I da Decisão 91/297/CEE da Comissão (Solvay-ICI) ⁽³⁾.
- (3) A CFK é uma filial da Kali & Salz AG (Grupo BASF) e é um dos três produtores de carbonato de sódio sintético estabelecidos na Alemanha. Actualmente, tem uma capacidade de produção de aproximadamente 260 Kt. A quota de mercado da CFK na Alemanha ronda os 15%.

A Solvay é de longe o maior produtor que fornece o mercado alemão e detém uma quota de mercado superior a 50%. Desenvolveu sempre a sua actividade de carbonato de sódio na Alemanha através da sua

⁽¹⁾ JO nº 13 de 21. 2. 1962, p. 204/62.

⁽²⁾ JO nº 127 de 20. 8. 1963, p. 2268/63.

⁽³⁾ Ver página 1 do presente Jornal Oficial.

filial Deutsche Solvay Werke (DSW). Até 1985, uma outra filial da Solvay, a Kali Chemie (KC) foi também um operador activo no sector do carbonato de sódio, mas as suas actividades foram então integradas plenamente nas das DSW.

Em Novembro de 1989, a Solvay anunciou um plano de reorganização das suas actividades na Alemanha que se traduzia no estabelecimento de uma sociedade gestora de participações sociais de que seria a única proprietária, a Solvay Deutschland GmbH, que deveria controlar a KC e deter 59,7 % das acções da DSW. Os acordos não afectam a responsabilidade da Solvay pela infracção.

- (4) Em 1985, a DSW tentou enfraquecer a posição da CFK no mercado alemão, ao retirar-lhe a sua actividade relativa a alguns grandes clientes. No entanto, os produtores de menor dimensão compensaram esta situação retirando eles próprios clientes à Matthes & Weber, o outro produtor alemão.

Em 1986, a Solvay verificou que a CFK estava a aplicar uma política de preços muito baixos com o objectivo de conservar ou aumentar a sua quota de mercado. Por ocasião de uma conversa telefónica, verificada em Bruxelas em 24 de Outubro em 1986, foi debatida entre a DSW e a Solvay a possibilidade de um «armistício» entre a Solvay e a CFK. Segundo a DSW, só seria possível um armistício com a CFK se se debatesse a questão de um aumento dos preços em 1987. A Solvay de Bruxelas defendia que a CFK devia ser informada de que após um período experimental de «armistício», talvez no segundo trimestre de 1987, poderia vir a discutir-se um eventual aumento dos preços.

Tanto a Solvay como a CFK insistem em que nunca foi acordado nenhum «armistício» (respostas nos termos do artigo 11º). Contudo, esta contestação deve ser apreciada à luz dos meios de prova documentais referidos nos parágrafos seguintes:

2. O acordo de «garantia»

- (5) De acordo com uma análise do mercado do carbonato de sódio preparada pela DSW em Março de 1988, os problemas com a CFK já tinham entretanto «acalmado». Os meios de prova documentais descobertos pela Comissão revelam ter sido concluído um acordo entre a Solvay e a CFK através do qual a Solvay «garantia» à CFK uma tonelagem mínima de venda anual no mercado alemão.

Se as vendas da CFK na Alemanha fossem inferiores ao mínimo garantido, a Solvay compraria à CFK o remanescente correspondente ao défice de fornecimento.

- (6) Inicialmente, a garantia da CFK foi fixada em 179 Kt, um valor que se baseava aparentemente nas vendas

realizadas pela CFK na Alemanha em 1986. Nessa ocasião, as partes não previam qualquer crescimento real do mercado do carbonato de sódio na Alemanha, que representava aproximadamente 1 080 Kt no total, em 1986 e 1987.

Tanto em 1987 como em 1988, as vendas realizadas pela CFK situaram-se algo acima do mínimo garantido de 179 Kt (respectivamente 183 e 180 Kt). Com efeito, a procura na Alemanha tinha começado a aumentar para além das expectativas e, em finais de 1988, tudo apontava para que o total das vendas em relação àquele ano alcançaria aproximadamente 1 170 Kt, um aumento de cerca de 8,3 % em relação ao ano anterior.

Na sequência do aumento da procura, a CFK solicitou uma garantia mínima para 1988 e 1989 de 194 Kt. A CFK solicitava, pois, uma «compensação» retroactiva para 1988 de 14 Kt (194-180), o que, depois de ter em conta o crédito para 1987, deixava uma margem de 11 Kt. As previsões da própria CFK para 1989, tal como revistas em Janeiro daquele ano, confirmam que a empresa tinha alterado os seus planos iniciais, de forma a ter disponibilidade para vendas ao co-produtor em 1989 de 11 Kt.

De facto, a Solvay tinha adquirido 2,5 Kt no final de Dezembro de 1988, tendo deixado 8,5 Kt, que a CFK pretendia que aquela lhe comprasse em 1989.

- (7) Em resposta à pretensão da CFK, a Solvay ofereceu uma compensação máxima para 1988 de 4 Kt em vez de 8,5 Kt. Relativamente a 1989, propôs que a garantia fosse apenas aumentada em 5,3 %, em vez de 8,3 %, tendo em conta uma «zona neutra» de 3 %. A garantia relativa a 1989 seria, por conseguinte, de 190 Kt em vez das 194 Kt, inicialmente solicitadas pela CFK.

Foi realizada uma reunião em 14 de Março de 1989, em que participaram dirigentes da CFK e da sua empresa-mãe Kali & Salz, por um lado, e a DSW, por outro. É muito significativo o facto de não ter sido elaborado qualquer registo ou acta oficial desta reunião e, com efeito, não existe qualquer indício da realização de tal reunião, nem na CFK nem na Kali & Salz. No entanto, uma breve nota manuscrita desta reunião foi encontrada nas instalações da DSW. Ressalta que tinha por objecto resolver o único ponto em aberto, nomeadamente o de determinar se a compensação seria ou não retroactiva. Não ser verificava qualquer discórdia em relação ao sistema de base. Pode ler-se na nota da Solvay «Verständnis System: I.O. (= in Ordnung)». A Solvay, ao propor algumas alterações, pareceu satisfeita com o modo de funcionamento do sistema («Schiff laufen lassen und nach vorn orientieren.»). Resulta da nota que ambas as partes teriam acordado em que, durante os próximos oito meses, a Solvay compraria à CFK a um ritmo de 1 000 toneladas por mês.

O mecanismo de compensação foi posto em prática, tendo a Solvay comprado à CFK durante o primeiro

semestre de 1989 as 8,5 Kt adicionais, que tinham sido reclamadas pela CFK.

3. Argumentos de defesa

- (8) Tanto a Solvay como a CFK negam a existência de qualquer colusão ou acordo entre elas. Os meios de prova incriminatórios descobertos nas instalações da DSW são justificados pela Solvay como dizendo respeito a um regime concebido numa base puramente unilateral, quando a Solvay pensava adquirir a actividade da CFK por volta de 1988. Para manter a CFK como empresa viável na pendência das negociações (refere a Solvay), calculou (mais uma vez sem qualquer contacto com a CFK) a tonelagem que aquela empresa necessitaria vender no mercado alemão para assegurar o funcionamento das suas instalações de produção a um nível que garantisse a sua sobrevivência. (Contudo, a Solvay não explica qual a razão da política que a levava a pagar um preço superior pelas actividades da CFK, nem, se se tratava apenas de assegurar uma taxa de utilização optimizada das instalações da CFK, porque se referia especificamente às suas vendas no mercado alemão). Esta «tonelagem de sobrevivência» foi avaliada pela Solvay em 179 Kt relativamente a 1986. As referências frequentes nos documentos a uma «reclamação» ou «pedido» por parte da CFK, e os cálculos muito pormenorizados efectuados a este respeito, não implicam, segundo a Solvay, qualquer contacto com aquela empresa, mais do que a referência a uma «oferta» pela Solvay ou a um «compromisso». A reunião realizada em 14 de Março de 1989 entre a DSW, por um lado, e a CFK e a Kali & Salz, por outro, teria meramente por objectivo debater a possível aquisição pela Solvay de uma participação nas actividades da CFK no sector do carbonato de sódio. Só durante esta reunião é que a Solvay deu indícios pela primeira vez à CFK que tencionava ajudá-la a sobreviver, se bem que não tenha sido acordado nada de concreto e nunca nada tenha resultado da reunião.

A Solvay não considerou necessário propor que as pessoas interessadas fossem localizadas com o objectivo de corroborarem os seus argumentos de facto, nem solicitou uma audição oral.

A CFK, por sua vez, negou ter estado alguma vez envolvida na colusão. Não podia dar qualquer explicação sobre os documentos descobertos na DSW e alegou tratar-se de um assunto da Solvay e não dela. Defendeu, ainda, nada existir nos seus próprios documentos que revelasse uma sua eventual implicação em qualquer sistema de colusão.

- (9) A Comissão rejeita inteiramente as explicações apresentadas pela Solvay uma vez que não lhes reconhece credibilidade e que considera que estas estão, de qualquer modo, em absoluta contradição com os termos dos próprios documentos da Solvay. É também significativo o facto de alguns dos documentos em questão terem sido transmitidos por telefax pela DSW à Solvay em Bruxelas, mas não existirem indícios de alguma vez terem sido recebidos. No que

diz respeito aos argumentos da CFK, é incontestável que os documentos encontrados numa empresa e que incriminam uma outra podem constituir meios de prova tanto contra esta como contra o seu próprio autor (Acórdão do Tribunal de Justiça nos processos 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, e 114/73, Suiker Unie e outros c. Comissão) ⁽¹⁾. De qualquer modo, existem vários exemplos de referências pormenorizadas nos próprios documentos CFK e que são mencionadas nos documentos encontrados nas instalações da Solvay, cujo conteúdo não poderia ser do conhecimento da Solvay a menos que lhe tivesse sido comunicado. A CFK foi incapaz de justificar a coincidência entre as referências constantes dos seus documentos e as constantes de documentos de um outro produtor.

PARTE II

APRECIACÃO JURÍDICA

A. O artigo 85º do Tratado CEE

1. Nº 1 do artigo 85º

- (10) Nos termos do nº 1 do artigo 85º do Tratado CEE são incompatíveis com o mercado comum e proibidos todos os acordos entre empresas ou práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum.

O nº 1 do artigo 85º prevê expressamente exemplos de acordos proibidos, como seja a fixação, de forma directa ou indirecta, dos preços de venda, a limitação ou controlo dos mercados, ou a repartição dos mercados entre produtores.

2. Acordos/práticas concertadas

- (11) O nº 1 do artigo 85º proíbe tanto os acordos como as práticas concertadas. No presente caso, se bem que nada dependa da distinção entre as duas formas de colusão proibida, a Comissão considera que o acordo entre a Solvay e a CFK deve ser classificado mais precisamente como «acordo» na acepção do nº 1 do artigo 85º.

Pode existir um «acordo» quando as partes tenham chegado a um consenso sobre um plano que limita, ou

⁽¹⁾ *Colectânea da Jurisprudência do Tribunal 1975*, p. 1663, fundamento 164.

seja susceptível de limitar, a sua liberdade comercial ao determinar as linhas da sua acção ou abstenção mútua no mercado. Não é necessário que as partes considerem o acordo juridicamente vinculativo. Aliás, é óbvio que estando conscientes da ilegalidade do seu acordo não podem pretender que o mesmo tenha força contratual. Não são necessários quaisquer processos que imponham a sua aplicação, nem é necessário que tal acordo esteja reduzido a escrito.

3. Restrição da concorrência

- (12) No presente caso, é evidente que o acordo tem por objecto e efeito restringir a concorrência.

O acordo tinha claramente por objectivo criar as condições para uma estabilidade artificial do mercado. Como contrapartida por voltar a um comportamento em matéria de preços não considerado pela Solvay como factor de ruptura, esta concedeu à CFK uma quota mínima do mercado alemão. Ao retirar do mercado a tonelagem que a CFK não podia vender, a Solvay assegurava que os níveis de preços não baixariam devido à concorrência. Resulta dos meios de prova documentais disponíveis que os acordos foram postos em prática e conduziram aos efeitos pretendidos. Tais acordos clássicos do tipo cartel, devido à sua própria natureza, restringem a concorrência na acepção do nº 1 do artigo 85º.

4. Efeito no comércio entre Estados-membros

- (13) O facto de a tonelagem mínima garantida respeitar apenas as vendas no mercado alemão não exclui de modo algum a aplicação do artigo 85º. Resulta do envolvimento da Solvay em Bruxelas que o acordo fazia parte da sua política global de controlo do mercado do carbonato de sódio na CEE. O acordo Solvay/CFK tinha por objectivo não só reduzir a concorrência numa parte substancial da CEE, mas também manter a rigidez da estrutura de mercado existente e a sua repartição em função de fronteiras nacionais. É também bastante provável que a tonelagem adquirida pela Solvay nos termos da garantia fosse, de outro modo, colocada pela CFK noutros mercados da CEE.

5. Conclusão

- (14) Por conseguinte, a Comissão considera que a Solvay e a CFK violaram o disposto no artigo 85º do Tratado CEE, ao participarem desde 1986 até ao presente num acordo pelo qual a Solvay garantia à CFK uma certa tonelagem mínima anual no mercado alemão e adquiriria junto desta as quantidades necessárias para alcançar aquele mínimo.

B. Soluções e sanções

1. Artigo 3º do Regulamento nº 17

- (15) Quando a Comissão verificar uma infracção ao disposto no artigo 85º pode obrigar as empresas em causa a pôr termo a essa infracção em conformidade com o artigo 3º do Regulamento 17º.

Os acordos em apreço revestiram natureza secreta e apesar dos meios de prova documentais mais do que evidentes, tanto a Solvay como a CFK continuaram a negar a existência de quaisquer acordos colusivos entre elas. Como consequência, não é certo se estas duas empresas tomaram ou deixaram de tomar medidas para pôr termo à colusão. É, por conseguinte, necessário, nos termos do artigo 3º do Regulamento nº 17, obrigar a Solvay e a CFK a pôr imediatamente termo à infracção.

Deve também proibir-se às partes qualquer acordo ou prática concertada de efeito equivalente.

2. Nº 2 do artigo 15º do Regulamento nº 17

- (16) Nos termos do nº 2 do artigo 15º do Regulamento nº 17, a Comissão pode, mediante decisão, aplicar às empresas coimas de mil ecus, no mínimo, a um milhão de ecus, podendo este montante ser superior desde que não exceda 10% do volume de negócios realizado, durante o exercício anterior, por cada uma das empresas que tenha participado na infracção sempre que, deliberada ou negligentemente, cometam uma infracção ao disposto no nº 1 do artigo 85º ou no artigo 86º. Para determinar o montante da coima, deve tomar-se em consideração, além da gravidade da infracção, a duração da mesma.

a) Gravidade

- (17) No presente caso, a Comissão considera que a infracção cometida foi uma infracção grave. Os acordos de repartição do mercado são, pela sua própria natureza, graves restrições da concorrência. No presente caso, as partes restringiram a concorrência entre elas através de um mecanismo destinado a criar condições artificiais de estabilidade do mercado. As ambições da CFK em termos de volume foram satisfeitas sem ter sido necessário colocar a tonelagem em questão no mercado consumidor a preços competitivos. Os acordos foram também rodeados de um sigilo considerável.

b) Duração

- (18) Não é possível, dada a recusa por parte das empresas de prestarem informações, determinar exactamente quando foi concluído o acordo de garantia. Os acordos foram pela primeira vez aplicados às vendas da CFK relativas a 1987. Por conseguinte, é conve-

niente calcular as coimas tendo em conta que o acordo foi concluído em qualquer altura durante aquele ano.

Ao calcular a coima a aplicar a cada um dos produtores, a Comissão tem presente que a Solvay ocupa uma posição dominante enquanto principal produtor nos mercados da Alemanha e da CEE. A Solvay considera que, ao ocupar tal lugar naqueles mercados, sobre ela recai uma responsabilidade especial de assegurar a «estabilidade do mercado». A CFK é um produtor relativamente pequeno de carbonato de sódio mas era um parceiro que pretendia participar no acordo colusivo.

- (19) A infracção foi deliberada e ambas as partes deviam ter pleno conhecimento da óbvia incompatibilidade entre os seus acordos e o direito comunitário.

A Solvay foi objecto em diversas ocasiões de coimas de montantes elevados impostas pela Comissão devido a colusão na indústria química: Peróxidos, Decisão 85/74/CEE ⁽¹⁾, Polipropileno, Decisão 86/398/CEE ⁽²⁾, PVC, Decisão 89/110/CEE ⁽³⁾. As suas actividades no domínio do carbonato de sódio foram objecto de exame pela Comissão em 1980/1982. Se bem que nessa ocasião a Comissão tenha estado mais preocupada com os acordos de fornecimento exclusivo entre a Solvay e os seus clientes, os responsáveis pelas actividades no domínio do carbonato de sódio não podem ter ignorado a questão da observância do direito comunitário,

ADOPTOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1º

A Solvay et Cie SA («Solvay») e a Chemische Fabrik Kalk GmbH («CFK») violaram o disposto no artigo 85º do Tratado CEE ao participarem desde mais ou menos 1987 até ao presente num acordo de repartição do mercado, nos termos do qual a Solvay garantia à CFK uma tonelagem mínima de vendas anuais de carbonato de sódio na Alemanha, calculada em função das vendas realizadas pela CFK em 1986, e compensava a CFK por qualquer défice através da aquisição junto desta das toneladas necessárias para que o nível das suas vendas se situasse ao nível do mínimo garantido.

Artigo 2º

A Solvay e a CFK devem pôr imediatamente termo à infracção (caso ainda não o tenham feito) e devem abster-se no futuro de qualquer acordo ou prática concertada susceptível de ter um objecto ou efeito idêntico ou equivalente.

Artigo 3º

São impostas as coimas seguintes às empresas a seguir referidas relativamente à infracção mencionada no artigo 1º:

- a) Solvay et Cie, Bruxelas, uma coima de 3 milhões de ecus,
- b) Chemische Fabrik Kalk, Colónia, uma coima de 1 milhão de ecus.

Artigo 4º

As coimas impostas nos termos do artigo 3º devem ser pagas no prazo de 3 meses a contar da data de notificação da presente decisão, mediante depósito na seguinte conta bancária:

Nº 310-0933000-43,
Banque Bruxelles Lambert,
Agence européenne,
Rond Point Schuman 5,
B-1040 Bruxelas.

Uma vez decorrido aquele período, vencerão automaticamente juros a pagar à taxa praticada pelo Fundo Europeu de Cooperação Monetária nas suas operações em ecus no primeiro dia útil do mês em que a presente decisão for tomada, acrescida de 3,5 pontos percentuais, isto é 14%.

No caso de o pagamento ser efectuado na moeda nacional do Estado-membro em que se situa o banco designado para o pagamento, a taxa de câmbio aplicável será a taxa vigente no dia anterior ao dia do pagamento.

Artigo 5º

São destinatárias da presente decisão as empresas seguintes:

- Solvay et Cie SA, 33 rue du Prince Albert, B-1050 Bruxelas,
- Chemische Fabrik Kalk GmbH, Kalherhauptstrasse 22, D-5000 Colónia 91.

A presente decisão constitui título executivo nos termos do artigo 192º do Tratado CEE.

Feito em Bruxelas, em 19 de Dezembro de 1990.

Pela Comissão
Leon BRITTAN
Vice-Presidente

⁽¹⁾ JO nº L 35 de 7. 2. 1985, p. 1.

⁽²⁾ JO nº L 230 de 18. 8. 1986, p. 1.

⁽³⁾ JO nº L 74 de 17. 3. 1989, p. 1.