

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
CARL OTTO LENZ
apresentadas em 19 de Abril de 1989 *

Sumário

A — Matéria de facto	I-3398
B — Parecer	I-3399
I — Acusações em matéria processual	I-3399
1. Acesso aos autos do processo administrativo	I-3399
2. Inexistência de audição da empresa	I-3400
a) Os custos	I-3401
b) O bromato de potássio como produto-chamariz	I-3401
c) Informações sobre concorrentes	I-3402
3. Esclarecimento incompleto da matéria de facto	I-3402
II — Quanto ao conteúdo da decisão de 14 de Dezembro de 1985	I-3403
1. O mercado em causa	I-3403
a) O mercado dos peróxidos orgânicos na Comunidade	I-3403
b) O mercado britânico-irlandês de aditivos para farinha	I-3406
2. Quanto à questão da posição dominante	I-3408
a) Quanto à quota de mercado da recorrente	I-3409
b) Quanto aos outros indícios de existência de posição dominante	I-3411
3. Conclusão	I-3418
C — Parecer complementar	I-3418
I — Quanto ao comportamento abusivo da recorrente	I-3418

* Língua original: alemão.

1. As alegadas intenções da recorrente	I-3418
2. O comportamento da recorrente em matéria de preços	I-3422
a) Peróxido de bezoílo (16%) à Spillers	I-3423
b) Bromato de potássio (10%) à Spillers	I-3423
c) Peróxido de bezoílo (20%) à Ranks	I-3423
d) Bromato de potássio (10%) à Ranks	I-3424
e) Peróxido de bezoílo (16%) à Allied Mills	I-3424
f) Bromato de potássio (10%) à Allied Mills	I-3425
g) Vitaminas à Allied Mills	I-3425
h) Peróxido de bezoílo (16%) aos grandes moageiros independentes	I-3425
i) Bromato de potássio (10%) aos grandes moageiros independentes	I-3426
j) Bromato de potássio (6%) aos grandes moageiros independentes	I-3427
k) Vitaminas aos grandes moageiros independentes	I-3428
3. Quanto à prática de preços-chamariz no bromato de potássio e nas misturas de vitaminas	I-3429
4. Preços inferiores aos custos praticados durante um longo espaço de tempo em relação à Spillers e à Ranks	I-3430
5. Quanto às informações sobre preços	I-3430
6. Quanto à finalidade de lesar a ECS e/ou afastá-la como concorrente	I-3430
II — Efeitos sobre as trocas comerciais entre os Estados-membros	I-3433
III — Quanto à multa	I-3433
IV — Quanto aos deveres especiais	I-3437
V — Conclusão com base nas observações complementares	I-3437
D — Conclusão	I-3438

*Senhor Presidente,
Senhores Juizes,*

A — Matéria de facto

1. Depois de o Tribunal de Justiça se ter ocupado já por duas vezes com questões processuais em litígios entre a AKZO¹ e a Comissão das Comunidades Europeias², no processo sobre o qual emito hoje parecer está em causa o conteúdo da acusação que a Comissão faz àquela empresa de abuso de posição dominante, na acepção do artigo 86.º do Tratado CEE, em relação à empresa concorrente ECS.

2. Esta tinha, em 15 de Junho de 1982, dirigido à Comissão das Comunidades Europeias o pedido de proceder a verificações neste sentido.

3. Além disso, a ECS tinha, em 13 de Maio de 1983, dirigido à Comissão o pedido de adoptar medidas provisórias contra a AKZO, as quais foram tomadas em 29 de Julho de 1983 e impuseram a esta última empresa a prática em relação a determinados produtos de preços mínimos fixados pela Comissão³. Esta decisão não foi impugnada pela AKZO.

4. Em 14 de Dezembro de 1985, a Comissão adoptou a decisão que é objecto do pre-

sente litígio⁴, na qual declarava que a AKZO tinha violado o artigo 86.º do Tratado CEE durante o ano de 1979 e a partir de fins de 1980. Para além disso, fixava uma multa no valor de 10 milhões de ecus, ou seja, 24 696 000 HFL. Era ainda imposto à AKZO o cumprimento de diversos deveres no seu comportamento comercial futuro.

5. A recorrente entende que esta decisão é inválida e pede a sua anulação; subsidiariamente, pede que a multa seja anulada ou pelo menos substancialmente reduzida.

6. A recorrida pede que seja negado provimento ao recurso.

7. A empresa ECS, interveniente no processo administrativo, não pediu a sua admissão a intervir no presente processo, ao contrário do que tinha acontecido no processo 53/85.

8. Em processo separado, a AKZO pediu a adopção de medidas provisórias relativas à suspensão da execução de medidas impostas pela decisão de 14 de Dezembro de 1985 que lhe impõem certos deveres. Este pedido foi julgado improcedente pelo presidente do Tribunal de Justiça em despacho de 30 de Abril de 1986⁵.

9. No âmbito do parecer tomarei posição quanto ao conteúdo da decisão impugnada bem como quanto aos argumentos das par-

1 — Seguindo a terminologia adoptada na decisão impugnada, entender-se-á por «AKZO» a unidade económica constituída pela AKZO Chemie BV e pelas suas filiais. Na medida em que seja necessário distinguir entre sociedade-mãe e filial no contexto, a AKZO Chemie BV será referida por «AKZO Chemie» e a AKZO Chemie UK Ltd por «AKZO UK».

2 — Processo 5/85, AKZO Chemie BV e AKZO Chemie UK Ltd/Comissão (Colect. 1986, p. 2585); processo 53/85, AKZO Chemie BV e AKZO Chemie UK Ltd/Comissão (Colect. 1986, p. 1965).

3 — JO L 252 de 13.9.1983, p. 13.

4 — JO L 374 de 31.12.1985, p. 1.

5 — Despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 30 de Abril de 1986 no processo 62/86 R (Colect., p. 1503).

tes⁶. Quanto ao restante, remeto para o conteúdo do relatório para audiência.

B — Parecer

I — *Acusações em matéria processual*

10. A recorrente aponta à recorrida três vícios processuais: a AKZO teve acesso insuficiente aos autos do processo administrativo da Comissão, a decisão contém acusações em relação às quais a AKZO não foi ouvida e, finalmente, as investigações da Comissão foram incompletas.

1. *Acesso aos autos do processo administrativo*

11. A recorrente alega que a recorrida não deu provimento aos seus repetidos pedidos de consulta dos relatórios de inquérito elaborados pelos inspectores da recorrida. Assim, não pôde verificar se os referidos relatórios continham material abonatório.

12. A esta acusação opõe a recorrida a jurisprudência do Tribunal de Justiça: embora o respeito dos direitos de defesa imponha a concessão à empresa em causa da possibilidade de apresentar utilmente o seu ponto de vista em relação aos documentos tomados em consideração pela Comissão na adopção da sua decisão, não há qualquer preceito que obrigue esta a dar a conhecer às partes

em causa o conteúdo dos autos⁷. Os relatórios de apreciação dos seus inspectores são documentos internos da Comissão e, como tais, não são acessíveis. Só na medida em que relatórios baseados sobre exames contenham factos em que se baseie a decisão terão estes que ser postos à disposição da recorrente.

13. Ainda que tenha que se conceder à recorrente que não competia à recorrida decidir quais as peças dos autos de relevância para a defesa daquela, terá que se remeter para a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça invocada pela recorrida, que limita os direitos de defesa à consulta daqueles documentos que levaram à decisão, no essencial, assim, à consulta de material desfavorável. Por esta razão, a acusação da recorrente não poderá ter qualquer resultado no que respeita à consulta dos relatórios de exame da recorrida.

14. A recorrente alega seguidamente que a recorrida baseou a decisão em dois documentos dos quais não teve qualquer conhecimento: para determinar a estrutura de custos e o comportamento da empresa Diaflex, a recorrida recorreu a declarações das empresas Steetley Chemicals e Smiths, que a recorrente desconhece.

15. Quanto aos documentos relativos à empresa Steetley Chemicals, a recorrida afirma que não entende que a sua resposta constitua uma prova significativa; aliás, pensava que a recorrente conhecesse os preços acor-

6 — A recorrida resumiu a sua visão da situação fáctica e jurídica no *Décimo Quinto Relatório sobre a Política de Concorrência* (segunda parte, capítulo II, p. 90 e seguintes).

7 — Acórdão de 17 de Janeiro de 1984, VBVB e VBBB/Comissão (43/82 e 64/82, Recueil, p. 19, 59).

dados entre a Diaflex e aquela empresa, ou que pelo menos deles tivesse uma ideia. As declarações da empresa Smiths, em contrapartida, estão contidas numa nota manuscrita de um inspector da Comissão, da qual a recorrente podia ter tomado conhecimento nas instalações desta.

16. Não me parece convincente o que é afirmado pela recorrida quanto aos preços acordados entre a Steetley Chemicals e a Diaflex. A presunção apresentada não justifica negar conhecimento à recorrente do documento correspondente.

17. A nota relativa à empresa Smiths não está contida no processo apresentado ao Tribunal de Justiça, nem no processo administrativo («dossier administratif») nem como anexo a qualquer dos documentos escritos apresentados pela recorrida. Assim, deve considerar-se que a recorrida não apresentou prova de que a recorrente tivesse tido conhecimento do documento.

18. De tudo isto decorre que, no presente processo, não podem ser utilizadas as informações sobre a Steetley Chemicals e a Smiths. Neste contexto, entendo ainda ser correcta a afirmação de que o que foi apresentado pela recorrida ao Tribunal de Justiça com a designação «autos do processo administrativo» («dossier administratif») constitui, na realidade, um excerto dos autos. Assim, o Tribunal de Justiça não dispõe da totalidade do processo da recorrente.

19. Dado que a recorrida tem o ónus da prova da correcção da medida adoptada quanto à matéria de facto e aos elementos em que aquela se apoia, um *non liquet* funcionará contra ela.

2. Inexistência de audição da empresa

20. A recorrente alega que a decisão em litígio contém uma série de acusações a respeito das quais não foi suficientemente ouvida. Assim, a questão da sua estrutura de custos, particularmente a apreciação dos seus custos variáveis, não desempenhou um papel importante, nem na comunicação das acusações nem na audição. Tão-pouco a acusação de ter utilizado bromato de potássio como produto-chamariz é qualificada como abuso na comunicação das acusações ou no seu complemento de 22 de Abril de 1985, ou na audição. O mesmo se aplica às acusações de ter exigido informações às empresas Ranks e Spillers sobre as ofertas dos concorrentes.

21. Na réplica, a recorrente alega ainda complementarmente que teria podido contrariar a acusação de utilização de bromato de potássio como produto-chamariz com a referência aos vastos fornecimentos deste produto, caso esta acusação estivesse contida na respectiva comunicação.

22. A recorrida contrapõe que o argumento baseado na cobertura dos custos marginais não atinge o cerne do que considera ser o abuso. Não é decisivo o facto de os preços da recorrente serem facticamente superiores ou inferiores aos custos. Para além disso, não se encontra obrigada, de acordo com a jurisprudência, a responder à defesa apresentada no processo administrativo e a permitir novamente à recorrente que tome no-

vamente posição sobre os argumentos que apresentou para contrariar aquela defesa⁸.
 mento àquela comunicação aquele produto foi equiparado às misturas de vitaminas.

a) Os custos

23. Não interessa agora saber se a recorrida reproduziu correctamente o sentido do acórdão citado. Parece-me mais importante que, na comunicação das acusações, tenha sido reservada uma secção aos custos da AKZO. Na sua resposta às acusações, a recorrente tomou posição sobre a relação entre preços, custos e lucros. Uma parte da audiência de 18 de Junho de 1985 foi dedicada ao mesmo problema, depois de a recorrente ter já comunicado por escrito uma resposta particular a este problema em preparação da audiência.

24. Nesta medida, a questão da cobertura dos custos marginais, bem como o problema da estrutura de custos da recorrente foram suficientemente discutidos, pelo que não pode estar aqui em causa uma audiência insuficiente.

b) O bromato de potássio como produto-chamariz

25. Quanto à utilização do bromato de potássio como produto-chamariz, a recorrida alega que na comunicação das acusações foram referidas vendas de bromato de potássio a preços bastante baixos, e que no comple-

26. Quanto a este ponto, deve verificar-se que a comunicação das acusações refere apenas misturas de vitaminas a propósito dos produtos-chamariz. Tão-pouco se refere o bromato de potássio entre os produtos-chamariz no complemento à comunicação das acusações. A referência aqui feita (entre parêntesis) àquele produto é apenas do teor que o produto não se encontrava compreendido na transacção efectuada perante a High Court. A referência ao anexo X 24 contida no complemento à comunicação das acusações também não é conclusiva, dado que neste documento também se fala apenas de «loss leaders», mas não expressamente de bromato de potássio.

27. Assim, quanto à acusação de utilização de bromato de potássio como produto-chamariz, a recorrente não foi de facto devidamente ouvida. O n.º 1 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17, contudo, impõe à Comissão o dever de dar aos interessados ocasião de tomar posição em relação às acusações formuladas antes da adopção de uma decisão nos termos dos artigos 3.º ou 15.º do regulamento. Ainda que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, basta que a comunicação das acusações indique sumariamente os factos essenciais em que a Comissão se apoia⁹, é necessário, de qualquer forma, que sejam apontados os factos essenciais. Tal não aconteceu no caso em apreço, em relação à utilização de bromato de potássio como produto-chamariz; o que tem como consequência que a decisão de 14 de Dezembro de 1985 não se podia apoiar na referida acusação.

8 — Acórdão de 15 de Julho de 1970, ACF Chemiefarma NV/Comissão (41/69, Recueil, p. 661, 690).

9 — Acórdão de 15 de Julho de 1970 no processo 41/69, *loc. cit.*, p. 686.

c) Informações sobre concorrentes

28. Quanto à alegação da inadmissibilidade da acusação de que a recorrente exigiu às empresas Ranks e Spillers informações sobre as ofertas de concorrentes, a recorrida contrapõe que esta circunstância não pode ser considerada um abuso particular, mas sim um aspecto do comportamento da AKZO em relação à ECS. Enquanto tal, o objecto desta alegação não tinha que ser caracterizado como abuso na comunicação das acusações. A exposição sobre a matéria de facto aponta antes no sentido de a AKZO ter sido informada pela Ranks e pela Spillers sobre as ofertas da ECS. Esta questão foi também referida na tomada de posição da ECS quanto às acusações, que foi comunicada à recorrente e sobre a qual esta podia ter tomado posição.

29. Deve observar-se a este respeito que, quer na comunicação das acusações quer na tomada de posição da ECS, os referidos trâmites relativos a informações eram apresentados de uma forma favorável para a AKZO, nomeadamente no sentido de que esta empresa tinha sido informada, mas não que tivesse procurado obter as informações. Na decisão final, em contrapartida, os factos são alterados em desfavor da recorrente e classificados simultaneamente como abuso. Esta classificação não podia ser deduzida do processo antecedente (e é de novo relativizada pela recorrida, senão mesmo retirada, no processo perante o Tribunal de Justiça).

30. Dado que os eventos que rodearam a informação da recorrente no processo administrativo não foram caracterizados como abuso e, além disso, se verificou uma modi-

ficação da descrição da matéria de facto em desfavor daquela, apesar de a tomada de posição sobre as acusações e a audição não darem para tal qualquer razão, terá que se ver também aqui uma violação dos direitos de defesa da recorrente. Nestas circunstâncias, não será possível recorrer às acusações relativas à informação especial da recorrente para fundamentar a decisão.

3. *Esclarecimento incompleto da matéria de facto*

31. A recorrente alega que a recorrida, embora tenha procedido a investigações quanto aos custos da AKZO, não estudou os custos das duas principais concorrentes, concretamente os custos da ECS e da Diaflex. Os dados sobre a prática de fixação de preços das duas concorrentes também são insuficientes. É inconcebível acusar determinada empresa de levar a cabo uma política de preços destrutiva sem expor detalhadamente a estrutura de custos das diversas empresas envolvidas.

32. A recorrida contrapõe uma remissão geral para as suas observações quanto à posição dominante, quanto ao mercado relevante e quanto ao abuso. Além disso, sublinha que no presente processo levou a cabo uma investigação tão exaustiva quanto possível.

33. Antecipando algo que será exposto mais detalhadamente adiante, referir-se-á que o mercado de aditivos para farinha do Reino Unido, no qual tiveram lugar as práticas comerciais em litígio no presente processo, tem apenas três fornecedores principais: dois grandes, a recorrente e a ECS, e uma

empresa de pequena expressão, a Diaflex. Mas a investigação sobre custos que a recorrida levou a cabo no decorrer do processo administrativo respeita quase exclusivamente à recorrente e não aos dois outros operadores de importância no espaço de tempo em causa.

34. Porém, para poder chegar a conclusões sobre preços num mercado estruturado de forma oligopolista — nomeadamente, se aqueles são demasiado elevados, demasiado baixos, artificialmente baixos, anormalmente baixos ou se se trata de preços-chamariz — parece-me necessário analisar a estrutura dos três oligopólios, para poder ter uma imagem fiável de que o nível de preços se justificava efectivamente do ponto de vista económico.

35. Noutra contexto, a recorrente alegou que a recorrida não apreciou adequadamente a circunstância de, durante uma parte do período relevante, a capacidade das suas instalações de produção não se encontrar satisfatoriamente ocupada. Não quero debruçar-me neste local sobre o conteúdo desta acusação, mas apenas referir que, no âmbito da procura de um preço economicamente adequado, também deviam ter sido levadas a cabo investigações sobre a capacidade de produção dos três principais fornecedores. É certo sabermos que a capacidade de produção de peróxido de bezoílo tinha sido alargada, nomeadamente com a entrada da ECS neste mercado, e sabemos também que o consumo de pão branco na Grã-Bretanha e, por esta forma, o consumo de agentes de branqueamento, de melhora e de enriquecimento estava em declínio. É, finalmente, do conhecimento geral que, nos fins dos anos 70 e princípios dos anos 80, determinados sectores da indústria de plásticos na Comunidade se debatiam com um

excesso de capacidade considerável. A decisão da recorrida de 23 de Abril de 1986, relativa a um processo para aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE (IV/31149 — Polipropileno —)¹⁰, por exemplo, indica que a recorrida também devia ter conhecimento deste facto. Contudo, o que está em litígio neste processo, é o excesso de capacidade da recorrente, e não a situação em matéria de capacidade das duas principais concorrentes. Isto demonstra que a investigação realizada pela recorrida no sector industrial em causa não foi tão exaustiva quanto devia ter sido.

36. Dado que, por esta forma, faltam dados fiáveis sobre os custos e as capacidades de produção de dois dos três principais operadores no mercado em causa, o Tribunal de Justiça não poderá exprimir-se quanto à questão de saber que preços eram economicamente defensáveis ou adequados. Em consequência, este terá que considerar como não escritas todas as passagens da decisão da recorrida nas quais se referem preços demasiado elevados ou baixos.

II — Quanto ao conteúdo da decisão de 14 de Dezembro de 1985

1. O mercado em causa

a) O mercado dos peróxidos orgânicos na Comunidade

37. Baseando-se nas alegações da demandante ECS de que o comportamento da re-

¹⁰ — JO L 230 de 18.8.1986, p. 1.

corrente em matéria de preços tinha por finalidade afastá-la do mercado de peróxidos orgânicos, a decisão define como mercado relevante aquele do qual a recorrente pretendia, a longo prazo, afastar a sua concorrente ECS, concretamente, o conjunto do mercado de peróxidos orgânicos (n.º 62¹¹). Dado que a recorrente produz peróxidos orgânicos em vários Estados-membros da Comunidade e os fornece em todos os Estados-membros, a decisão considera como mercado espacialmente relevante o conjunto da Comunidade (n.º 66).

38. No entender da recorrente, em contrapartida, o mercado dos peróxidos orgânicos não pode ser considerado mercado relevante para efeitos deste processo, nem constitui um mercado unitário. O mercado de peróxidos orgânicos não pode constituir o mercado relevante, dado que o objecto da decisão impugnada se limita ao comportamento alegadamente ilícito da recorrente na venda de aditivos para farinha. Para além disso, a recorrida não analisou nem os eventos verificados no mercado de peróxidos orgânicos nem os efeitos alegadamente causados neste mercado pelos eventos verificados no sector dos aditivos para farinha; não analisou a estrutura da concorrência no mercado de peróxidos orgânicos, particularmente a posição da ECS e das empresas concorrentes neste mercado.

39. No entender da recorrida, o mercado de peróxidos orgânicos é o mercado relevante, ainda que os meios usados para o abuso tenham consistido nas medidas em litígio adoptadas no mercado de aditivos para

farinha, dado que se pretendia afastar a ECS do conjunto do mercado de peróxidos orgânicos. De acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a verificação de existência de um abuso não pressupõe necessariamente a existência de umnexo causal entre a posição dominante e a sua utilização abusiva. Não é incondicionalmente necessário que a empresa com domínio de mercado procure alcançar o seu objectivo através do poder económico de que dispõe graças à sua posição dominante.

40. A recorrida concede que a caracterização do mercado de aditivos para farinha como «submercado especializado» (n.º 85) é menos conseguida do que a de «mercado conexo». É manifesto que o peróxido de benzoílo constitui a matéria-prima de um dos mais importantes aditivos para farinha e, por outro lado, é utilizado como iniciador no mercado dos polímeros ou plásticos. Nesta medida, a ligação entre os dois mercados é evidente.

41. Terá que se começar por conceder à recorrida que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça — contrariamente ao teor literal do artigo 86.º do Tratado CEE —, não tem que existir qualquer relação de causa e efeito entre a posição dominante e a respectiva utilização abusiva¹². O artigo 86.º, em particular, não exige que a empresa em posição dominante use a sua força económica para a realização do abuso¹³.

11 — N.º = número da fundamentação da decisão de 14 de Dezembro de 1985.

12 — Na doutrina, contudo, exige-se a presença de uma conexão causal entre domínio do mercado e abuso; ver Everling no Wohlfahrt e outros, *Die Europäische Wirtschaftsgemeinschaft*, Berlin/Frankfurt, 1960, notas 1 e seguintes ao artigo 86.º; Joliet, *Monopolisation et abus de position dominante*, RTDE 1969, p. 645, 682.

13 — Acórdão de 21 de Fevereiro de 1973, *Europe Emballage Corporation e Continental Can C^{ie} Inc./Comissão* (6/72, Recueil, p. 215, 248; acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, *Hoffmann-La Roche und Co. AG/Comissão* (85/76, Recueil, p. 461, 540).

42. Se, nestas circunstâncias, a posição dominante no mercado, por um lado, e o abuso de tal posição, por outro, não têm que se encontrar em conexão directa, tal não significa, contudo, que a presença de uma posição daquele tipo e o respectivo abuso possam estar de tal modo separados que se verifiquem em mercados relevantes diferentes¹⁴. A renúncia completa à unidade entre mercado dominado e relevante viria romper a conexão, de qualquer modo já fraca, aqui ainda existente entre poder de mercado e abuso¹⁵. No presente caso, contudo, pode ainda ser encontrada uma certa ligação entre os dois mercados, dado que o produto relevante, o peróxido de bezoílo, é distribuído em ambos os mercados, e dois dos produtores em causa, a AKZO e a ECS, concorrem um com o outro em ambos os mercados.

43. Se, em consonância com o entendimento da recorrida, se sustentasse a opinião de que não é necessária qualquer identidade entre o mercado dominado e aquele a que se refere o abuso, seria necessário verificar se o mercado de peróxidos orgânicos pode ser considerado como aquele no qual a recorrente dispõe de posição dominante.

44. Sob o título «Os produtos» a recorrida descreve, na decisão em litígio, as possibilidades de utilização dos peróxidos orgânicos

14 — O advogado-geral VerLoren van Themaat admitiu como possível esta constelação nas conclusões que apresentou no processo 322/81, NV Nederlandsche Banden-Industrie Michelin/Comissão (Recueil 1983, p. 3529, 3530). Mas o Tribunal de Justiça, não retirou, tanto quanto é possível descartinar, quaisquer conclusões daquelas observações gerais no acórdão de 9 de Novembro de 1983 (Recueil, p. 3461, 3501 e seguintes).

15 — Ver, a este respeito, Koch no Grabitz, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, nota 34 ao arúgo 86.º

(n.ºs 7 e seguintes). São usados como iniciadores para a polimerização, agentes de endurecimento dos elastómeros e resinas, bem como agentes de reticulação.

45. A Comissão considera que na indústria dos polímeros não há qualquer matéria substituta, pelo menos facilmente acessível, dos peróxidos orgânicos. Na reticulação, em contrapartida, que representa cerca de 10% do consumo, poderiam ser utilizados produtos à base de enxofre, segundo a decisão, para substituir os peróxidos orgânicos.

46. Na parte da decisão relativa à posição dominante e ao mercado relevante, a recorrida afirma que a questão não está em saber se determinado peróxido orgânico pode ser utilizado em substituição doutro, mas sim se existe efectivamente outro produto que possa ser utilizado em lugar dos peróxidos orgânicos e, consequentemente, ser considerado parte do mesmo mercado. Contudo, face ao âmbito de aplicação relativamente restrito dos produtos de substituição, a recorrida não entende ser necessário incluir na definição de mercado relevante a produção de compostos à base de enxofre (n.ºs 65 e seguintes).

47. A recorrente contesta que o mercado de peróxidos orgânicos possa ser considerado um mercado unitário. Haveria inúmeros peróxidos orgânicos que não são necessariamente intercambiáveis. Contudo, esta fungibilidade constitui precisamente, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, um pressuposto da descrição do mercado relevante.

48. A recorrida contrapõe que cerca de 90% dos peróxidos orgânicos não estão sujeitos a qualquer concorrência da parte de outros produtos. A aceitação da existência de um mercado separado para cada um dos peróxidos orgânicos contrariaria as realidades económicas.

49. Como foi afirmado pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, no processo 85/76, o conceito de mercado relevante pressupõe a possibilidade de concorrência efectiva entre os produtos que nele se integrem, pelo que é necessário um grau suficiente de fungibilidade do ponto de vista de uma utilização idêntica entre todos os produtos pertencentes ao mesmo mercado¹⁶.

50. Este princípio não é satisfeito pela decisão quando nesta se afirma que a natureza intercambiável entre si dos peróxidos orgânicos não tem relevância (n.º 64). Para além disso, falta uma análise da gama de produtos, da estrutura da procura e da evolução temporal do mercado.

51. Assim, a decisão não contém fundamentação suficiente para a afirmação de que o mercado dos peróxidos orgânicos é o mercado relevante para o presente processo¹⁷.

16 — *Loc. cit.*, p. 516 e seguintes.

17 — Desaparece assim também a necessidade de analisar a questão da existência de posição dominante da recorrente sobre o mercado dos peróxidos orgânicos. Refira-se, contudo, que também aqui as «conclusões» da recorrida relativas às apreciações da recorrente não são isentas de dúvidas, e se referem apenas, além disso, ao período de 1979 a 1982.

b) O mercado britânico-irlandês de aditivos para farinha

52. A recorrida refere-se subsidiariamente ao mercado britânico-irlandês de aditivos para farinha (n.ºs 91 e seguintes). Este constitui um sector comercial susceptível de delimitação, no qual os clientes prefeririam comprar a gama completa de produtos a um só fornecedor. Este mercado abrange agentes de branqueamento para o tratamento de farinha produzidos à base de peróxido de bezoílo, produtos para melhorar o fabrico do pão como o bromato de potássio, amilases fúngicas para activar a formação de gás carbónico na massa bem como elementos enriquecedores, como vitaminas e ferro reduzido (n.º 15). O conjunto da oferta de aditivos para farinha deve ser considerado um mercado unitário.

53. A recorrente opõe-se a este entendimento. Ao proceder à delimitação do mercado, a recorrida incluiu erroneamente no mesmo mercado os diversos clientes, nomeadamente as empresas de moagem e os fabricantes de aditivos para fabrico de pão. Contudo, estes dois grupos de clientes compram produtos diversos para fins diversos e trabalham em condições concorrenciais diferentes.

54. Os diversos aditivos para farinha não poderiam ser incluídos no mesmo mercado com fundamento em que se completam e em que os clientes preferem adquirir ao mesmo fornecedor o conjunto dos aditivos de que necessitam. Aquela complementaridade também não poderia ser retirada do facto de, em última análise, todos os aditivos acabarem por chegar aos padeiros. A recorrente não tem actividade como fornecedora a este nível comercial.

55. Invocando o acórdão do processo 85/76, a recorrente defende o entendimento de que a cada aditivo deve ser atribuído um mercado próprio.

56. A isto opõe a recorrente que, do ponto de vista do consumidor final, o padeiro, a gama completa de aditivos para farinha constitui um conjunto de produtos que se completam. A distinção efectuada pela recorrente entre dois grupos de clientes, os moageiros e os fabricantes de aditivos para fabrico de pão, é simplesmente teórica, dada a existência entre aqueles de ligações económicas e financeiras. A função complementar de cada produto de uma gama completa também se verifica no caso de não existir necessidade técnica ou comercial de adquirir todos os produtos a um só fornecedor. Não são relevantes as razões que levam os clientes a comportarem-se deste modo desde que se prove que a procura respeita às diversas partes do conjunto da gama e que os clientes tenham decidido ser abastecidos por um só fornecedor.

57. Ao apreciar a questão de saber se o mercado de aditivos para farinha deve ser considerado o mercado relevante ou se terão que ser apreciados uma série de mercados particulares, terá que se começar por afastar um argumento da recorrente: sendo o peróxido de bezoilo e o bromato de potássio fornecidos com concentrações ou teores diversos, não parece razoável supor a existência de um mercado separado para cada concentração específica. Dado que os referidos aditivos são misturados em reduzida quantidade na farinha, a diversidade de concentração do mesmo produto só se distingue no facto de a quantidade de aditivo a

misturar na farinha ser menor, sendo a concentração maior, e inversamente maior, sendo a concentração menor. Na preparação, assim, as diversas concentrações limitam-se a apresentar uma dosagem diferente pelo que, tendo em consideração as possibilidades de mudança nas instalações de enchimento, não se pode partir de mercados diversos para as diversas concentrações do mesmo produto.

58. Por esta forma, resta apenas discutir se o peróxido de bezoilo, o bromato de potássio, a amilase e as misturas de vitaminas devem ser considerados como mercados diversos. É certamente exacto que as referidas substâncias, consideradas química ou estruturalmente, constituem produtos diversos, que não são, particularmente, fungíveis entre si. Tal apontaria no sentido de afirmar a existência de mercados relevantes diferentes, com base no acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Fevereiro de 1979 no processo 85/76¹⁸.

59. Porém, inclino-me, não sem alguma hesitação, para concordar com a recorrida na existência de um único mercado relevante de aditivos para farinha. As circunstâncias de todos, ou pelo menos alguns, destes produtos serem oferecidos em conjunto, de a procura se dirigir quase sempre a vários dentre eles, bem como de por vezes os diversos produtos serem oferecidos ou vendidos em mistura apontam no sentido de se tratar de uma gama de mercadorias que se completa. Dado que a delimitação do mercado relevante tem sempre que ser efectuada do ponto de vista das contrapartidas de mercado¹⁹ e as necessidades dos comprado-

18 — *Loc. cit.*, p. 515 e seguintes.

19 — Ver, a este respeito, Schröter no Groeben/Boeckh/Thiesing/Ehlermann, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, 3.^a edição, Baden-Baden, 1983, nota 31 ao artigo 86.^o, com mais indicações.

res incidem sobre todos os produtos referidos, tal parece-me decisivo, ainda que não esqueça que os referidos produtos não são fungíveis entre si.

60. Com esta definição do mercado relevante não se ignora que a recorrente alega, com razão, que se encontram no mercado dois grupos diferentes de compradores, que adquirem produtos parcialmente diferentes e operam a níveis comerciais diferentes. Contudo, por esta forma não são criadas condições concorrenciais diversas, dada a existência de laços estreitos entre os dois grupos, os moageiros e os padeiros.

61. A área do Reino Unido e da Irlanda deve ser considerada o mercado relevante em termos geográficos. Com efeito, estes são os únicos Estados-membros das Comunidades Europeias a admitir a utilização de agentes de branqueamento da farinha e a prescrever a adição de agentes de enriquecimento à base de vitaminas, e nos quais se encontram os métodos de cozedura que exigem a utilização de agentes de branqueamento e de aditivos para melhoramento do fabrico de pão do tipo referido.

2. Quanto à questão da posição dominante

62. Para provar a posição dominante da recorrente no mercado britânico-irlandês de aditivos para farinha, a recorrida começa por referir a elevada quota de mercado da recorrente. A própria AKZO avalia a sua quota de mercado quanto a agentes branqueadores no Reino Unido, em 1982, em 52%, contra 35% para a ECS e apenas 13% para a Diaflex (n.º 18).

63. Além deste, outros «factores essenciais» contribuem ainda para a constituição de uma posição dominante (n.º 92):

- a recorrente só abastece dois dos três principais produtores de farinha do Reino Unido;
- havia relações comerciais estreitas com a Diaflex, cujos preços podiam ser influenciados pela recorrente;
- o grupo AKZO BV dispõe de meios financeiros superiores aos da ECS, e podia compensar perdas no comércio de aditivos para farinha através do sector dos plásticos;
- a recorrente dispõe de uma posição mais forte em relação aos seus fornecedores do que a ECS, e podia obter informações sobre outros produtores;
- a recorrente tem uma oferta mais ampla em aditivos para farinha e dispõe de uma forte posição de mercado em produtos com margens de lucro elevadas;
- antes de 1980, a recorrente orientava a fixação de preços no mercado de aditivos para farinha no Reino Unido;
- a recorrente admitiu estar em condições de controlar os preços.

a) Quanto à quota de mercado da recorrente

64. A recorrente contesta a quota de mercado que lhe é atribuída pela recorrida e apresenta dados de acordo com os quais a ECS dispõe de uma quota mais elevada do que a sua²⁰. Se forem tomados apenas em consideração os produtos em relação aos quais concorre efectivamente com a Diaflex e a ECS, ou seja, peróxido de bezoilo, bromato de potássio e misturas de vitaminas, terá ainda que se verificar que sofreu uma diminuição do volume de vendas entre 1979 e 1984, de 393 000 para 301 000 UKL. A classificação da ECS como pequeno concorrente, finalmente, é incorrecta, dado que esta própria afirma dispor de uma quota de mercado de 40%.

65. A recorrente critica ainda o facto de a recorrida só ter tomado em consideração os três grandes fornecedores, já não tendo considerado uma série de outras empresas que fornecem aditivos para farinha específicos.

66. A recorrida mantém a sua análise. No seu entender, deve recorrer-se ao conjunto dos fornecedores da recorrente no mercado em causa, dado que a distinção de clientes entre moageiros e produtores de aditivos é simplesmente teórica, dadas as ligações estruturais entre estas duas categorias de clientes. Além disso, os fabricantes de um só produto não devem ser considerados, dado que a sua presença no mercado não afecta sensivelmente a política comercial dos fornecedores de gamas completas.

67. Quanto à controvérsia relativa às quotas de mercado, deve começar por referir-se que a avaliação correcta das quotas é particularmente importante para o esclarecimento da questão da detenção de posição dominante no mercado por parte da empresa em causa. Em todo o caso, as quotas de mercado não são o único factor pelo qual se avalia o domínio do mercado. Com efeito, a existência de uma posição dominante pode resultar da conjugação de vários factores, cada um dos quais, considerado isoladamente, não seria decisivo, mas entre os quais ganha grande peso a existência de uma importante quota de mercado²¹.

68. No n.º 18 da decisão é apresentada, para provar o valor da quota de mercado da recorrente no mercado britânico-irlandês de aditivos para farinha, uma *avaliação* da recorrente para 1982, referente às vendas de *agentes de branqueamento* no Reino Unido e que aponta quotas de 52% para a recorrida, 35% para a ECS e 13% para a Diaflex.

69. Assim, a alegação da recorrida de que a recorrente é o maior fornecedor de aditivos para farinha no Reino Unido e na Irlanda — o que teria que ser completado acrescentando: durante o período relevante (fins de 1979 e do fim de 1980 a 1985) — assenta assim numa avaliação da recorrente, a qual respeitava apenas a 1982, só a um grupo de produtos, os agentes de branqueamento, e somente ao Reino Unido. A decisão não contém indicações sobre as quotas de mercado em outros anos, para os outros produ-

20 — AKZO: 34%, ECS: 53%, Diaflex: 13% da tonelagem vendida em 1982.

21 — Ver o acórdão de 13 de Fevereiro de 1979 no processo 85/76, *loc. cit.*, p. 520.

tos ou sequer para o resto do mercado geograficamente relevante. Tal contraria parcialmente o capítulo correspondente da comunicação das acusações, na qual se acrescenta ainda, pelo menos, que a quota da recorrente nos fornecimentos de bromato de potássio no Reino Unido foi *considerada de ordem semelhante* pela Comissão («is considered by the Commission to be of a similar order»).

70. Já na tomada de posição sobre as acusações tinha a recorrente referido que, em caso de abuso que se teria estendido por uma série de anos, não basta apresentar apenas uma imagem momentânea («snapshot») do mercado em causa. Em resposta a esta observação, a recorrida remeteu, no complemento à comunicação das acusações, para um anexo àquela comunicação (tal como esta já remetia), do qual resultariam as quotas de mercado correspondentes.

71. As afirmações da recorrida não encontram apoio no documento invocado. As quotas de mercado ali apresentadas quanto ao fornecimento de peróxido de bezoílo à indústria de moagem no Reino Unido referem-se aos anos 1979 e 1982 (sendo mais completas do que indicado na decisão) e apresentam, para os três principais operadores, uma quota relativa no mercado de 46,7% para a recorrente, 34,8% para a ECS e 18,5% para a Diaflex. Como referido, são apreciadas aqui apenas as quotas de mercado dos três principais fornecedores; nada sabemos, contudo, sobre a força relativa dos restantes operadores²². Para

22 — Como, por exemplo, em relação aos fornecedores de um só produto.

além disso, nada se diz sobre as quotas no fornecimento de bromato de potássio, de amilase e de misturas de vitaminas. E, finalmente, nada resulta deste documento quanto ao período posterior a 1982. Tão-pouco são referidas as quotas no mercado irlandês.

72. Nestas circunstâncias, a exposição da recorrida, que se refere apenas a uma parte dos produtos, uma parte dos fornecedores, uma parte do mercado geograficamente relevante e só a uma parte do período de tempo relevante, não é suficiente para dar uma imagem fiável das quotas de mercado. Note-se ainda, marginalmente, na apreciação deste anexo à comunicação das acusações: na audiência de discussão foi pedido à recorrida que tomasse posição sobre os diversos cálculos das quotas de mercado apresentados pelas partes. Aquela respondeu que a diversidade decorre do facto de a recorrente ter apresentado dados relativos à tonelagem, enquanto os seus cálculos assentavam no valor monetário das vendas.

73. Esta afirmação, porém, é incorrecta. A recorrente baseou-se, na apreciação das quotas de mercado, no anexo à comunicação das acusações. Contudo, este apresenta as quotas de mercado em «MT», o que não posso entender como significando outra coisa senão «metric tons». Assim, os dados da recorrida também assentam na tonelagem²³.

23 — Por esta forma, contudo, nada ainda foi dito sobre o método correcto de cálculo. É precisamente quando está em causa o preço correcto que o cálculo segundo o volume se apresentará como mais correcto. Nesse caso, todavia, os diversos produtos devem ser colocados em determinada relação com os outros em função do seu valor.

74. Em todo o caso, num quadro apenso pela recorrida ao complemento à comunicação das acusações, são indicadas — expressas no respectivo valor — as vendas de aditivos para farinha, quer na Grã-Bretanha e na Irlanda quer a nível mundial. Contudo, uma vez que estes dados se limitam às empresas AKZO e ECS, não contendo o quadro indicações quanto à Diaflex nem às empresas que não propõem gamas completas, não pode ser considerado significativo. Aliás, a decisão não lhe faz referência.

75. A conclusão provisória é assim a de que a recorrida não apresentou dados conclusivos quanto às quotas de mercado da recorrente no âmbito dos aditivos para farinha no Reino Unido e na Irlanda, nem na própria decisão nem no processo administrativo precedente. Não é possível concluir, a partir dos dados da recorrida, se a recorrente dispõe de uma quota de mercado inferior ou superior a 50%, ao menos no sector do mercado do peróxido de bezoílo.

b) Quanto aos outros indícios de existência de posição dominante

76. Abordarei os outros indícios apresentados pela recorrida como «factores principais» (n.º 92) na ordem por que são apresentados na decisão.

77. No n.º 92, i), a recorrida afirma que a AKZO UK era fornecedora exclusiva de dois dos três principais produtores de farinha do Reino Unido.

78. Tal é contestado pela recorrente, que alega, com razão, ser esta afirmação contraditória com o n.º 20 da decisão. Esta objecção foi aceite pela recorrida. Assim, este número deixa de constituir indício de existência de posição dominante.

79. No n.º 92, ii), a recorrida refere as estreitas ligações comerciais com a Diaflex e a influência da AKZO UK sobre os preços desta empresa. A recorrente contesta esta acusação. Não mantém qualquer tipo de relações estreitas com a Diaflex que lhe permitissem influenciar os preços desta. A Diaflex podia a qualquer momento dirigir-se a outros fornecedores para obter matérias-primas. Aliás, a Diaflex disputou à recorrente a clientela de uma série de moageiros. A recorrida entende ser pouco significativa a existência ou não de provas directas de algum tipo de «Diaflex-connection». Embora não disponha de provas directas, «indicações muito sérias» apontam no sentido de a Diaflex não ser verdadeiramente concorrente da recorrente.

80. Apreciemos agora em pormenor estas «indicações muito sérias», que a recorrida apensou à comunicação das acusações.

81. Uma nota manuscrita com data de 20 de Julho de 1979 é apresentada como prova de aumento concertado dos preços nos fornecimentos à Spillers e à Ranks.

82. No processo administrativo, a recorrente afirmou que a nota se destinava a preparar um encontro com um senhor Easter

(Diaflex), que teve lugar no âmbito das relações comerciais entre a AKZO e a Diaflex na qualidade de vendedor e cliente. Este encontro não se relacionou com a sua situação de concorrência recíproca.

83. A nota manuscrita, que não permite sequer saber quem a preparou, contém na realidade certos números e cálculos. Indica também percentagens, que podem ser reconhecidas como designações abreviadas dos produtos peróxido de bezoílo 16% e bromato de potássio 10%. Mas, para além disso, não tem qualquer significado, pois não tem mais nenhuma indicação compreensível.

84. É certo que a recorrida aponta para o facto de serem referidos nesta nota alguns aumentos de preços, que deviam começar a ser aplicados, o mais tardar, a partir de 1 de Junho de 1979. Além disso, a Diaflex nunca adquiriu bromato de potássio à recorrente.

85. Supondo que a nota seja realmente de 1979, terá que se verificar que, na realidade, em dois dos seis exemplos de cálculo surgem preços que foram praticados pela recorrente a partir de Julho de 1979, nomeadamente 556 UKL para peróxido de bezoílo (16%) e 373 UKL para bromato de potássio (10%). Nos outros exemplos de cálculo não consegui encontrar coincidências equivalentes. Os preços supostamente a praticar pela Diaflex, em particular, quando legíveis, divergem ligeiramente dos preços depois efectivamente praticados.

86. Por outro lado, a explicação dada pela recorrente também não parece inteiramente plausível; em particular, os preços de 374 UKL para bromato de potássio (10%) indicados como «discount price» não podem de forma alguma ser interpretados como preços de venda à Diaflex, dado que os preços desta para este produto se situavam, em Julho de 1979, entre 371 e 375 UKL.

87. Não é possível concluir a partir desta nota se se tratava de um aumento concertado de preços ou simplesmente de uma troca de informações. Também não é possível retirar dela a conclusão de ter sido planeado um aumento concertado de preços precisamente para os clientes Ranks e Spillers²⁴.

88. Dado que a recorrida tinha o ónus de provar as suas afirmações, quaisquer incertezas correrão contra ela. Mas em relação à nota há suficientes incertezas para não a poder entender como prova do aumento concertado de preços em relação à Ranks e à Spillers.

89. Em outra nota manuscrita, de 4 de Novembro de 1982, estaria contida a seguinte frase: «KRD will contact and have him move up». Dado que as partes estão de acordo quanto a este conteúdo, aceitá-lo-ei. Não consigo, contudo, decifrar as linhas correspondentes da nota.

90. A recorrida interpreta esta expressão no sentido de que um senhor Dines (colabora-

24 — Talvez a sequência de letras «Sippl.» possa ser entendida como abreviatura para «Spillers». Mas a recorrida não dá qualquer explicação neste sentido.

dor da recorrente) devia contactar a Diaflex para convencer esta empresa a praticar um aumento de preços.

91. A recorrente também contestou esta afirmação, e apresentou uma leitura diferente, logo no processo administrativo. Dado que a Diaflex se mostrava muito lenta no pagamento de fornecimentos efectuados pela recorrente, esta pretendia aumentar os seus preços. Em consequência, a Diaflex, por sua vez, teria que aumentar o preço do produto na revenda.

92. Dado que a passagem correspondente admite ambas as interpretações, terei que concluir também aqui que a recorrida não demonstrou incontestavelmente a sua tese.

93. No entender da recorrida, uma troca de cartas entre a empresa Diaflex e um dos seus conselheiros revela a existência de uma lei não escrita de acordo com a qual a Diaflex não disputaria quaisquer clientes à recorrente. Esta contesta-o com o argumento de que não pode ser responsabilizada pelas conclusões de terceiros. De qualquer modo, o tom desta «correspondência bizarra» demonstra que não podia ser levada muito a sério.

94. Na carta endereçada em 25 de Janeiro de 1980 pela Diaflex ao seu conselheiro e da qual se deveria retirar a possibilidade de existência de acordo entre a AKZO e aquela empresa, os quatro grandes clientes são designados pelas letras A, B, C e D, e os três fornecedores pelos números 1, 2 e 3, ca-

bendo o 3 à Diaflex. A situação de mercado é, no essencial, descrita da seguinte forma:

«1 & 2 have quarrelled and are fighting a price war over C. We are in danger of losing our business with C. If we lower our price we make nothing and could perhaps lose B...

We can talk with 2 if necessary.»

Mesmo que se aceite ser correcta a afirmação da recorrida de que o n.º 2 designa a recorrente, não me parece forçoso deduzir directamente da possibilidade de falar com o n.º 2 a existência de acordo entre os dois intervenientes.

95. A seguinte passagem pode ser encontrada numa carta do conselheiro à empresa Diaflex:

«If as I understand the situation correctly, there's some unwritten law that you will not deliberately go out and take the business from AKZO, then you will have to be quite happy to take the business from Engineer and Chemical Supplies».

Uma nota da Diaflex ao seu conselheiro contém a seguinte passagem:

«I am particularly interested in gaining business at the expense of ECS».

Também não posso aceitar que estes dois documentos constituam uma prova em

abono da tese da recorrida. No que toca à lei não escrita de acordo com a qual a Diaflex não procurará imiscuir-se com o círculo de clientes da recorrente, pelo menos voluntariamente, terá que se ter em conta que se trata de uma opinião, expressa muito cautelosamente, de um conselheiro da Diaflex. Não se sabe a medida em que este conhecia as relações entre as duas empresas. Também a observação da Diaflex de que pretendia aumentar os seus negócios à custa da ECS pode ser inteiramente atribuída a vontade própria, que não pressupõe, de qualquer forma, um acordo com a recorrente.

96. No que respeita, finalmente, à afirmação da recorrida de que é possível retirar de outra nota manuscrita da recorrente a conclusão de que a Diaflex a consultou para saber como devia reagir a ofertas de preços da ECS, também aqui se terá que concluir que esta nota se limita a provar o facto de ter tido lugar uma conversa em que foram evocados os preços da ECS e discutida a reacção correspondente. Da nota não resulta, porém, quem pediu a quem sugestões para o comportamento futuro. Assim, este documento não prova que a Diaflex tenha consultado a AKZO.

97. À afirmação da recorrente de que depois da publicação das medidas provisórias perdeu clientes para a Diaflex contrapõe a recorrida que este facto terá que ser reconduzido à insatisfação desses clientes, não tendo nada a ver com os preços. Aliás, tal teria ocorrido com o assentimento da recorrente, que forneceu à Diaflex a matéria-prima necessária para satisfazer estas novas encomendas.

98. Assim, a recorrida não contesta o facto de a recorrente ter perdido clientes para a Diaflex. Não apresenta, contudo, qualquer prova directa de que tal tenha sucedido com o seu assentimento. A referência ao fornecimento de matérias-primas também não tem um significado particular, dado que aquelas também podiam ser adquiridas a outros clientes, como a recorrente aponta com razão.

99. A conclusão provisória é assim de que não está provada a existência de relações comerciais estreitas entre a recorrente e a Diaflex nem a influência daquelas sobre a fixação dos preços desta última empresa.

100. No n.º 92, iii), a recorrida apresenta como mais um indício da existência de posição dominante a estrutura do grupo AKZO BV, que dispõe de meios financeiros mais importantes do que a ECS e pode compensar no sector dos «plásticos e dos elastómeros» perdas nos negócios com aditivos para farinha.

101. A recorrente não contesta que dispõe de meios financeiros mais importantes do que a ECS. Mas esta circunstância não lhe dá qualquer vantagem suplementar, dado que, à excepção de 1981, não sofreu quaisquer perdas no mercado de aditivos para farinha. Tal é confirmado pelo relatório de um auditor independente.

102. Abstraindo de transferências de recursos destinadas ao encerramento de empresas no quadro de medidas de racionalização, durante o período determinante não houve

qualquer transferência de recursos do grupo AKZO para a AKZO UK com a finalidade de cobrir perdas de exploração.

103. A recorrida contrapõe que, com base em documentos encontrados nas instalações da recorrente, é possível provar que os resultados da empresa no sector dos aditivos para farinha foi negativo nos anos de 1980 e 1981. A situação supostamente melhor em 1982 e 1983 terá que ser, em grande medida, reconduzida a «criatividade contabilística». A transferência de recursos consistiu em que o produto Lucidol (fabricado a partir de peróxido de bezoilo) foi transferido do sector dos plásticos e elastómeros para o dos aditivos para farinha, a um preço artificialmente baixo.

104. Sob reserva do que acima (em B I.3) foi afirmado sobre a estrutura de custos, resulta o seguinte da apreciação das provas apresentadas pela recorrida.

Estes documentos, relativos aos anos 1980 a 1983, começam por mostrar que a própria recorrente não estava satisfeita com os resultados comerciais do sector dos aditivos para farinha. Prova-se também que a partir de 1982 a matéria-prima Lucidol deixou de facto de ser incluída entre os custos globais, passando a sê-lo entre os custos marginais. Contudo, os resultados de exploração da AKZO UK para 1982 neste sector seriam ainda positivos no caso de os custos fixos terem sido incluídos ao lado dos variáveis. De qualquer modo, por esta forma os resultados de exploração cairiam de 148 172 para 98 454 UKL.

105. A perda verificada em 1980 decorre em grande parte de um fornecimento para a Arábia Saudita, fora do mercado aqui relevante, portanto, que, todavia, não foi sequer compensado pelo preço especial posterior do Lucidol.

106. O que contudo reduz em grande medida o significado dos documentos a que nos estamos a referir é o facto de respeitarem no essencial apenas a peróxido de bezoilo, só esporadicamente referindo os outros aditivos para farinha, em particular o bromato de potássio e as vitaminas. Nesta medida, não dão de forma alguma uma visão completa do conjunto do sector dos aditivos para farinha. Para além disso, diversos quadros contêm resultados diversificados, sem que nestes seja discutido ou sequer referido qual a unidade de medida em que os números são apresentados.

107. Contudo, apesar desta crítica, terá que se admitir que as acusações dirigidas à recorrente pela recorrida no decurso do processo perante o Tribunal de Justiça vão mais além do que a passagem correspondente da decisão. Nesta afirma-se apenas que o grupo AKZO BV dispõe de meios financeiros superiores, podendo compensar as perdas. Não poderia haver quaisquer dúvidas a este respeito.

108. No n.º 92, *iv*), da decisão é descrita esta posição privilegiada da recorrente em relação aos seus fornecedores. Dado que a recorrente não tomou expressamente posição quanto a esta exposição, terá que se supor que ela é exacta.

109. No n.º 92, *v*), a decisão refere a ampla oferta da recorrente em aditivos para farinha, incluindo uma forte posição de mercado em produtos com elevada margem de lucro como a amilase, em comparação com a ECS.
110. A recorrente não contesta estas afirmações, mas não entende que sejam relevantes. Embora abasteça o mercado em produtos que a ECS não fornece, não é a única empresa a fazê-lo. A amilase, em particular, é oferecida por outros produtores, a cuja concorrência está sujeita. Tal não lhe dá qualquer vantagem concorrencial em relação à ECS. Além disso, é notável que a ECS, com uma gama mais reduzida, tenha conseguido em pouco tempo assegurar uma significativa quota de mercado.
111. A recorrida remete para a sua exposição, de acordo com a qual não é necessário tomar em consideração os fornecedores de um só produto. A oferta de uma gama lata dá poder à recorrente, no sentido de que esta mais facilmente poderá praticar uma política de preços independente das condições concorrenciais. A sua forte posição no sector da amilase, em particular, com as suas elevadas margens de lucro, permite-lhe subsidiar os preços mais baixos do peróxido de bezoilo, do bromato de potássio e das vitaminas.
112. Como já foi acima referido, não é correcto não tomar em consideração os fornecedores de um único produto. Com efeito, este procedimento levará a estreitar de forma arbitrária a descrição da situação de mercado. Este comportamento também está, em certa medida, em contradição com o facto de serem também considerados os produtos da recorrente em relação aos quais esta não está em concorrência com os dois outros fornecedores principais. Nunca foi suficientemente esclarecida a razão pela qual são tomados em consideração na apreciação da situação do mercado fornecedores que oferecem quatro, três ou dois produtos, por exemplo, não o sendo, contudo, fornecedores que oferecem apenas um produto.
113. Para além disso, a decisão não refere qual o significado quantitativo no mercado do sector lucrativo da amilase, pelo que não é possível apreciar em que medida este ramo de negócios poderia subsidiar as vendas dos outros produtos.
114. No n.º 92, *vi*) e *vii*), são descritos o papel tradicional da recorrente de orientação na fixação de preços de aditivos para farinha no Reino Unido, antes de 1980, bem como a confissão que aquela própria teria feito de poder controlar os preços. A recorrente teria ainda conseguido ser bem sucedida nos esforços para reduzir o nível de preços, tendo-se este mantido baixo.
115. A recorrente contesta a referida confissão e refere que se viu obrigada a reduzir os preços para poder manter os seus próprios clientes.
116. A isto opõe a recorrida que resulta da nota secreta de 7 de Dezembro de 1979 que a recorrente entendia encontrar-se em condições de levar a cabo uma política agressiva de preços («take aggressive commercial ac-

tion»). Aliás, a possibilidade de controlar os preços resulta também do facto de antes de 1980 ter um papel de orientação na fixação dos preços no mercado dos produtos aditivos para farinha.

117. Ainda que seja exacto que a recorrente tivesse tal papel orientador no período anterior a 1980, não pode ser ignorado que, precisamente neste período, a ECS conseguiu penetrar como produtora neste mercado e assegurar uma quota de cerca de 40%. Tal retira valor ao indício de que, caso existisse antes de 1980 posição dominante no mercado, esta se deveria manter nos anos subsequentes. Aliás, não creio que o indício baseado na orientação em matéria de preços tenha para este efeito qualquer tipo de relevo, dado referir-se ao período anterior a 1980, que não era objecto da decisão.

118. No caso de se querer retirar do conjunto da nota de 7 de Dezembro de 1979 (a recorrida não aponta nenhum local particular) que a recorrente entendia que podia influenciar os preços, este entendimento, caso tivesse existido, viria a ser contraditado pelos acontecimentos posteriores: quando a recorrente tentou subir os seus preços para peróxido de bezoílo e bromato de potássio no princípio de 1980, não tendo sido acompanhada pela ECS nesta subida, não pôde impô-la aos seus clientes tradicionais Ranks e Spillers, dado que estes tinham recebido ofertas da ECS ao nível de preços anterior desta empresa, aliás já baixo. Para manter os clientes tradicionais, a recorrente teve as-

sim que reduzir os seus preços, e para um nível inferior ao que praticava antes de ter pretendido aumentá-los.

119. Assim, as afirmações da recorrida não bastam para apoiar os indícios de uma suposta capacidade de orientar os preços apresentados no n.º 92, *vi*) e *vii*).

120. Nestas circunstâncias, a conclusão provisória é de que a decisão em causa não contém uma determinação isenta de dúvidas da quota de mercado da recorrente. Este vício não é sanado pelas conclusões em relação aos outros factores principais, pois só dois dos indícios apresentados neste n.º 92 da decisão podem ser aceites como exactos, concretamente os contidos em *iii*) e *iv*): a existência de meios financeiros superiores e a posição privilegiada em relação aos fornecedores.

121. Contudo, estes indícios não são suficientes para aceitar que a decisão tenha provado a existência de posição dominante da recorrente no mercado britânico-irlandês de aditivos para farinha.

122. Esta conclusão é reforçada por duas outras observações: a actividade principal dos fornecedores de aditivos para farinha consiste em misturar substâncias activas em meios inertes. Tal não exige conhecimentos particulares ou investimentos significativos. Terá assim que se concordar com a opinião da recorrente de que o acesso a este mercado não é particularmente difícil. Tal é de-

monstrado pelo sucesso da ECS no período anterior a 1980.

123. Contudo, além do aspecto das ofertas é necessário analisar ainda a estrutura das contrapartidas de mercado. Como se pode concluir do n.º 19 da decisão, cerca de 85% das vendas de agentes de branqueamento são efectuadas às três principais moagens, Ranks, Spillers e Allied Mills. Porém, estando a procura concentrada em poucas mãos, os fornecedores, mesmo aqueles com importantes quotas de mercado, não terão muito frequentemente a possibilidade de actuar independentemente em relação aos seus clientes²⁵. Assim, a empresa em causa não tem uma posição de mercado que lhe atribua «o poder de impedir a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa, dando-lhe a possibilidade de comportamentos independentes em medida apreciável em relação aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores», como é precisamente exigido pela Tribunal de Justiça para a existência de uma posição de domínio de mercado²⁶.

3. Conclusão

124. Dado que a recorrente não demonstrou inequivocamente na decisão a existência de uma posição de domínio do mercado, só posso propor ao Tribunal de Justiça que dê provimento ao recurso e anule a decisão impugnada.

25 — Ver, a este respeito, Schröter, *loc. cit.*, nota 22.

26 — Ver o acórdão de 13 de Fevereiro de 1979 no processo 85/76, *loc. cit.*, p. 520; acórdão de 9 de Novembro de 1983 no processo 322/81, *loc. cit.*, p. 3503.

125. Apenas para o caso de o Tribunal de Justiça não partilhar a minha opinião debruçar-me-ei agora em parecer complementar sobre as restantes questões em litígio neste processo.

C — Parecer complementar

I — Quanto ao comportamento abusivo da recorrente

126. No caso de o Tribunal de Justiça concluir, ao invés do que é aqui defendido, que a recorrente dispunha de posição dominante num dos mercados referidos, será ainda necessário verificar se abusou de tal posição. No primeiro plano desta apreciação encontram-se dois conjuntos de questões: por um lado, as duas conversações de Novembro e Dezembro de 1979 e, por outro, a política de preços posta em acção a partir do fim de 1980.

1. As alegadas intenções da recorrente

127. No n.º 82, i) da decisão é apresentado como o único aspecto susceptível de ser considerado abusivo, na acepção do artigo 86.º do Tratado CEE, o facto de a recorrente ter proferido ameaças directas à ECS, em dois encontros realizados em fins de 1979. Os n.ºs 32 e seguintes apresentam mais pormenores a este respeito, sendo os argumentos apresentados pela recorrente em sua defesa rejeitados nos n.ºs 42 e seguintes.

128. A recorrente entende que há muita confusão sobre o conteúdo das reuniões de 16 de Novembro e 3 de Dezembro de 1979. Aliás, estas teriam que ser entendidas à luz das relações comerciais anteriormente existentes com a ECS. A recorrida, em contrapartida, mantém o seu entendimento, remetendo para o conteúdo de apontamentos sobre estes encontros.

129. Torna-se agora necessário apreciar este material probatório, tal como foi apresentado ao Tribunal de Justiça.

130. Numa nota elaborada pela ECS em 23 de Novembro de 1979 refere-se que um senhor Dines (Senior Sales Manager do grupo de plásticos e elastómeros da AKZO Chemie UK) esclareceu que, seguindo instruções da AKZO Países Baixos, tinha que comunicar à ECS que se verificaria uma redução geral nos preços dos produtos que a AKZO e a ECS fabricavam para a indústria de aditivos para farinha e plásticos, no caso de a ECS se não retirar do sector dos plásticos. Se tal fosse necessário, vender-se-ia abaixo do preço de custo. A ECS contrapôs o facto de a AKZO ter deixado de pagar dividendos desde 1974.

131. De uma nota do agente de vendas da ECS, que também tomou parte no encontro, pode retirar-se a conclusão de que aquela ameaça foi efectuada por instruções da direcção neerlandesa da empresa. Defende contudo a opinião de que a recorrente fez ameaças vãs, dado que ela própria tinha afirmado anteriormente que o sector dos aditivos para farinha não era lucrativo. Não acredita que a recorrente entrasse numa guerra de preços.

132. O mesmo agente de vendas relata que no segundo encontro, em 3 de Dezembro de 1979, um senhor David (Sales Director da AKZO Países Baixos) respondeu ao pedido da ECS de repetição das ameaças afirmando que poderia levar a cabo acções desagradáveis para a ECS. Não se encontrava em condições de manter as relações amigáveis anteriormente existentes. O senhor Dines exigiu que a ECS abandonasse o sector dos plásticos; contudo, não era seu objectivo afastar a ECS do mercado de aditivos para farinha. Eles (a AKZO) tinham que se tornar mais agressivos no mercado dos aditivos para farinha, se necessário vendendo com perdas.

133. Pode retirar-se o seguinte de uma nota da ECS de 4 de Dezembro de 1979 sobre o encontro do dia anterior: a recorrente começou por negar ter feito ameaças em Novembro de 1979. A ECS devia ter compreendido mal as suas afirmações. Contudo, na ECS subsistiu a impressão de que as ameaças anteriores tinham sido mantidas, para o caso de esta empresa não se retirar do mercado dos plásticos. Esta impressão foi confirmada pelas notas do banco da ECS.

134. Estas conversações foram relatadas de modo diferente em números essenciais numa declaração ajuramentada proferida pelo senhor Dines perante a High Court. Começa por abordar os antecedentes, no n.º 8 da sua declaração. No passado, a recorrente abasteceu a ECS em peróxido de bezoilo em casos em que a capacidade de produção desta empresa não era suficiente. Estes denominados «fornecimentos de apoio» foram efectuados a preços inferiores em cerca de 20% aos preços facturados aos compradores finais. Por outro lado, a ECS forneceu à recorrente vitaminas que esta própria não produzia. Teria, além disso,

sido considerado comprar à ECS um certo tipo de peróxido de bezoílo para ser utilizado no sector dos plásticos.

135. A partir de meados de 1979, verificou-se que a ECS tinha apresentado aos clientes da recorrente na indústria de plásticos ofertas com preços significativamente inferiores aos da recorrente. Na sequência disto, esta decidiu aplicar uma política de vendas mais enérgica e pôr termo à cooperação anteriormente existente com a ECS. Os fornecimentos de apoio, em particular, deviam terminar, dado que criavam à ECS reservas de capacidade que esta podia utilizar para fazer concorrência à recorrente com preços de desconto, quer no mercado dos aditivos para farinha quer no mercado dos plásticos. A recorrente tinha a impressão de estar a subsidiar uma guerra de preços dirigida contra si pela ECS.

136. A finalidade do encontro de Novembro de 1979 teria sido informar a ECS da decisão descrita. A nota sobre o encontro elaborada pela ECS dava uma imagem deformada do que tinha sido discutido.

137. A ECS suscitou a questão de se haveria alteração das intenções da recorrente no caso de aquela empresa abandonar o sector dos plásticos. Ele (Dines) teria respondido que supunha que sim. Teria sido também a ECS e não ele a suscitar a questão das reduções de preços e indicado que, caso a recorrente baixasse os seus preços, teria que baixar ainda mais os seus. Ele (Dines) referiu que tal poderia levar a recorrente a baixar os seus preços abaixo do preço de custo e, caso necessário, sofrer perdas. Mas este

ponto não tinha sido objecto de reflexão aprofundada da sua parte antes do encontro. Referiu, além disso, que a recorrente poderia estar disposta a sofrer perdas até 250 000 UKL. Não havia, contudo, uma política já acertada da recorrente.

138. Quanto ao encontro de 3 de Dezembro de 1979, o senhor Dines referiu-se a uma declaração ajuramentada proferida pelo senhor Sullivan (director e principal proprietário da ECS) que, contudo, não se encontra nos autos presentes ao Tribunal de Justiça. O senhor Sullivan teria reconhecido que tinha sido ele e não Dines a apresentar a proposta de retirada da ECS do mercado dos plásticos.

139. Tão-pouco foram proferidas quaisquer ameaças ou apresentados ultimatoss no encontro de Dezembro. Todavia, o senhor David afirmou que a ECS acharia desagradável a nova política de mercado da recorrente. Nem o senhor David nem ele (Dines) teriam afirmado que as reduções de preços teriam lugar imediatamente após aquele encontro.

140. Numa nota da recorrente de 7 de Dezembro de 1979 refere-se, a propósito do encontro do dia 3 de Dezembro de 1979, que a ECS foi informada de que não podia esperar qualquer cooperação no sector da moagem se queria penetrar na indústria dos plásticos. Foi confirmado à ECS que a recorrente pretendia introduzir uma estratégia comercial agressiva no sector da moagem («would take aggressive commercial action»), no caso de aquela empresa não suspender os fornecimentos dos seus produtos à indústria de plásticos.

141. A seguir a esta observação prévia, a nota de 7 de Dezembro de 1979 contém um plano de acção a seguir no mercado de aditivos para farinha. Eram indicados, em particular, potenciais novos clientes e calculadas as perdas que a recorrente sofreria com a realização destas medidas.

142. Os documentos acabados de descrever permitem declarar provado o seguinte: a recorrente tinha decidido pôr termo à sua anterior cooperação com a ECS, particularmente aos fornecimentos de apoio. Não está provado se já tinha decidido tomar outras medidas *antes* do encontro com a ECS. A declaração ajuramentada do senhor Dines parece apontar antes no sentido de ter sido a ECS a ter a ideia, entre os dois encontros, de ligar a retirada desta empresa do mercado dos plásticos às possíveis reacções da recorrente no mercado de aditivos para farinha. A declaração ajuramentada do senhor Sullivan — que não foi presente ao Tribunal de Justiça — vem-o confirmar, no caso de o seu teor coincidir com a descrição que dela foi feita na declaração ajuramentada do senhor Dines. Todavia, no fim do encontro a ameaça da recorrente deve ter ficado no ar; assim foi entendido, pelo menos, pela ECS e por um chefe de vendas da recorrente.

143. No acórdão de 6 de Março de 1974, nos processos apensos 6/73 e 7/73²⁷, o Tribunal de Justiça decidiu que as empresas que disponham de posição dominante para a produção de matérias-primas e, por esta razão, estejam em condições de controlar o abastecimento dos fabricantes de produtos derivados não podem, por ter decidido co-

meçar elas próprias a produzir tais derivados, decisão através da qual se tornam concorrentes dos antigos clientes, adoptar comportamentos susceptíveis de eliminar a concorrência destes; sendo tais comportamentos contrários aos objectivos enunciados na alínea f) do artigo 3.º do Tratado e explicitados pelos artigos 85.º e 86.º, daqui decorre que o detentor de uma posição dominante no mercado de matérias-primas que recusar o seu fornecimento a um cliente produtor de derivados com a finalidade de as reservar para a sua própria produção, com risco de eliminar toda a concorrência por parte desse cliente, explora a sua posição dominante de forma abusiva, na acepção do artigo 86.º

144. O mesmo terá assim que valer se, no caso inverso, o cliente da empresa em posição dominante decidir transformar a matéria-prima em derivado e entrar em concorrência com o fornecedor da matéria-prima. Com efeito, uma recusa de fornecimento no presente caso poria da mesma forma em causa a estrutura da concorrência, pois seria vedada a entrada no mercado a um potencial concorrente.

145. A ruptura da relação comercial existente e a suspensão dos fornecimentos de peróxido de benzoilo por parte de uma empresa com domínio de mercado constituiria assim um abuso²⁸.

146. Dado, além disso, que de acordo com o acórdão de 21 de Fevereiro de 1973 no processo 6/72²⁹ não serão só comportamen-

27 — Acórdão de 6 de Março de 1974, Istituto Chemioterapico Italiano SpA e Commercial Solvents Corporation/Comissão (6/73 e 7/73, Recueil, p. 223 e 253).

28 — Ver também o acórdão de 3 de Outubro de 1985, SA Centre belge d'études de marché — Télémarketing (CBEM)/SA Compagnie luxembourgeoise de télédiffusion (CLT) e SA Information publicité Benelux (IPB) (311/84, Recueil, p. 3261, 3278).

29 — *Loc. cit.*, p. 247.

tos abusivos aquelas actuações que possam provocar danos directos aos consumidores, como ainda aquelas que afetem a estrutura da concorrência efectiva, não tenho quaisquer dúvidas de que uma concorrência de evicção realizada através de preços de combate reduzidos ou geradores de perdas pode cair no campo de aplicação do artigo 86.º do Tratado CEE.

147. O facto de as duas medidas ameaçadas pela recorrente não terem sido executadas imediatamente a seguir à ameaça não afasta a possibilidade de considerar a existência de abuso. Com efeito, se este consistir na limitação da liberdade de concorrência de outras empresas, a ameaça de desvantagens económicas pode só por si bastar para afirmar a existência de violação do artigo 86.º do Tratado CEE. Uma violação tem lugar quando o concorrente ou parceiro comercial ameaçado dever contar com a possibilidade de a empresa dominante fazer seguir actos às palavras, com base em experiência própria ou alheia. Dado que a limitação da livre vontade de outra empresa constitui já, por si considerada, um abuso, é irrelevante saber se esta resiste ou cede à pressão sobre ela exercida. É também irrelevante saber se a empresa dominante executa as medidas ameaçadas ou se renuncia a elas³⁰.

2. O comportamento da recorrente em matéria de preços

148. Já na primeira parte do meu parecer (B I.3) referi que a investigação de mercado

da recorrida era incompleta. Faltam, em particular, informações fiáveis sobre os custos e as capacidades de produção de dois dos três principais operadores. Defendi, por esse motivo, a opinião de que não tinha sido verificado que preços eram economicamente defensáveis ou adequados.

149. Assim, a análise do comportamento da recorrente em matéria de preços tem um valor reduzido. O seu valor é ainda mais limitado pela circunstância de frequentemente não ser possível deduzir dos autos processuais se os referidos preços respeitavam apenas a *ofertas* ou a *fornecimentos* efectivos. Para além disso, faltam indicações sobre o âmbito daqueles negócios. Precisamente em relação à acusação de a recorrente levar a cabo reduções selectivas de preços teria sido importante saber sobre que volumes de negócios incidia esta formação selectiva de preços. Terá que se verificar, para além disso, que as indicações sobre preços não contêm, frequentemente (nem sempre), dados sobre a sua conformação mais precisa, por exemplo prazos de pagamento, descontos ou outras condições de venda.

150. Na apreciação do comportamento da recorrente em matéria de preços, limitar-me-ei a dois grupos de questões: por um lado, examinarei os quadros de dados apresentados pela recorrida a pedido do Tribunal de Justiça, a fim de verificar se deles resultam quaisquer particularidades. Na medida do necessário, recorrer-se-á também a quadros apresentados pela recorrente. De seguida, debruçar-me-ei sobre a acusação da recorrida de que a recorrente reduziu selectivamente os preços tendo, em particular, facturado preços mais elevados aos seus clientes tradicionais.

30 — Ver Schröter, *loc. cit.*, n.º 45 a.

a) Fornecimentos de peróxido de bezoílo (16%) à Spillers (quadro 1)

151. Esta análise não revela quaisquer particularidades no início de 1980. Os preços da recorrente apresentavam tendência ascendente; em Fevereiro de 1980 subiram de novo para 605 UKL, até ter sido feita uma oferta pela ECS no montante de 532 UKL, a que a recorrente se adaptou. Na análise que a recorrente apresentou não está contido um preço de 512 UKL em 15 de Outubro de 1980. Também não é referido no n.º 37 da decisão, que incide sobre as vendas no referido período. Mas tal pode ser deixado de lado, pois em Novembro de 1980 a recorrente oferece um preço de 489 UKL, inferior em 1 UKL a uma oferta da Diaflex.

152. Quanto ao negócio acima mencionado, o que chama a atenção não é o preço, mas a circunstância de ter sido efectuado no âmbito de uma obrigação de compra exclusiva de peróxido de bezoílo e de bromato de potássio. Contudo, tais obrigações exclusivas de compra não violam o artigo 86.º do Tratado CEE no caso de terem sido acordadas por uma empresa com domínio do mercado³¹.

153. O preço inferior de 425 UKL praticado posteriormente pode ser explicado pelo facto de respeitar a compras de quantidades superiores a 10 toneladas, à saída da fábrica. Já na decisão de 29 de Julho de 1983 de aplicação de medidas provisórias, a recorrente tinha admitido, no caso de compra de uma quantidade de 10 toneladas, uma redução de 50 UKL por tonelada para a compra a granel. Depois da publicação desta deci-

são, em Julho de 1983, a recorrente tinha aplicado o preço prescrito de 537 UKL.

154. Não é possível encontrar quaisquer anomalias dignas de nota nas vendas de peróxido de bezoílo (16%) da recorrente à Spillers, abstraindo da obrigação de compra exclusiva.

b) Vendas de bromato de potássio (10%) à Spillers (quadro 2)

155. Também nas vendas de bromato de potássio (10%) à Spillers se nota de início uma subida constante até 405 UKL, em Fevereiro de 1980. Depois, em Março do mesmo ano, a recorrente adere ao preço mais baixo de 336 UKL, que tinha sido oferecido pela ECS. Em Novembro de 1980, este reduzir-se-á ainda a 309 UKL, para ser ligeiramente inferior a uma oferta da Diaflex (310 UKL). Também aqui se encontra uma obrigação de compra exclusiva.

156. Assim, as vendas de bromato de potássio à Spillers não apresentam quaisquer particularidades, à parte a obrigação de compra exclusiva.

c) Fornecimentos de peróxido de bezoílo (20%) à Ranks (quadro 3)

157. Também aqui se pode começar por verificar uma subida constante até Fevereiro de 1980, com 769 UKL. Depois, em Novembro de 1980, a recorrente iguala um preço proposto pela ECS de 660 UKL e baixa-o, depois de uma proposta de 640

31 — Ver o acórdão de 13 de Fevereiro de 1979 no processo 85/76, *loc. cit.*, p. 540.

UKL da Diaflex, para este último preço. No quadro da recorrida não se encontra a explicação da redução dos preços até 629 UKL. O quadro da recorrente apresenta aqui um preço de 629 UKL, atribuído à ECS. Na audiência de discussão chegou-se à conclusão de que este preço não foi oferecido pela ECS, mas que um vendedor independente tinha efectivamente oferecido um preço neste montante.

158. A recorrente ficou em Outubro de 1983 abaixo do preço de 728 UKL fixado na decisão que impõe as medidas provisórias, ao seguir uma oferta da Diaflex de Junho de 1983 no montante de 672 UKL. Em Novembro de 1984 a recorrente ficou 4 UKL abaixo de uma oferta de 732 UKL da Diaflex, oferecendo assim um preço de 728 UKL.

159. Também não encontro nada de anómalo nas vendas de peróxido de bezoílo (20%) à Ranks.

d) Fornecimentos de bromato de potássio (10%) à Ranks (quadro 4)

160. Encontramo-nos de novo perante uma subida constante dos preços até atingirem 405 UKL em Fevereiro de 1980. A recorrente reagiu a uma oferta da ECS de 336 UKL, feita em Agosto de 1980, oferecendo 330 UKL em Novembro do mesmo ano. Em Janeiro de 1981, adaptou-se a uma oferta da Diaflex de 314 UKL. Não é contudo possível confirmar uma nova redução de preços para 309 UKL em Março de 1982. Este preço corresponde, todavia, ao que tinha sido oferecido à Spillers em Novembro de 1980 no contexto de uma obrigação de compra exclusiva. Para além disso, a Diaflex

aumentou os seus preços em Fevereiro de 1982 para 330 UKL. Em 1983 voltaram a verificar-se ligeiras subidas de preços, de 325 para 339 UKL.

161. O preço de 455 UKL fixado na decisão que ordenou as medidas provisórias não foi mantido pela recorrente, que remete para uma oferta da Diaflex de Junho de 1983, no montante de 330 UKL. Contudo, a oferta desta última empresa não está contida no quadro da recorrida, mas só no da recorrente. A recorrida, todavia, não alegou que os dados da recorrente fossem inexactos.

162. Ofertas da recorrente no montante dos preços fixados pela recorrida não conduzem a celebração de negócios, enquanto o alinhamento por uma oferta da Diaflex no montante de 370 UKL em Outubro de 1984 foi bem sucedido.

163. Abstraindo do preço de 309 UKL praticado em Março de 1982, os preços aqui expostos não revelam qualquer particularidade.

e) Preços oferecidos à Allied Mills em relação a peróxido de bezoílo (16%) (quadro 5)

164. Também nas ofertas ou fornecimentos à Allied Mills (a recorrente só abastece alguns moageiros deste grupo) se verificou um aumento nos preços da recorrente até atingirem 665 UKL em Julho de 1979. Em Agosto do mesmo ano o nível de preços da ECS era de 532 UKL, e em Setembro de 1980 o da Diaflex de 495 UKL. No início de 1981, a recorrente ofereceu à central de compras da Allied um preço de 517,90

UKL, sem qualquer resultado, tendo contudo sido mais bem sucedida junto de alguns moageiros do grupo Allied. Em 1983 a ECS reduziu os seus preços para 512 UKL, no que foi seguida pela recorrente em Fevereiro, sem contudo realizar negócios.

165. A recorrente respeitou os preços de, respectivamente, 587 e 696 UKL fixados nas medidas provisórias, com uma excepção: em 1984 alinou-se por uma oferta da Diaflex no montante de 567 UKL.

166. Conclusão: também aqui, nenhuma anomalias.

f) Ofertas/fornecimentos de bromato de potássio (10%) à Allied (quadro 6)

167. Verifica-se aqui de novo um aumento até 468 UKL, em Julho de 1979. Em Agosto desse ano o preço da ECS é de 336 UKL, o da Diaflex de 335 UKL em Abril de 1980, de 290 UKL em Setembro do mesmo ano. Uma oferta da recorrente à central de compras da Allied de 314,90 UKL, em Janeiro de 1981, não foi bem sucedida, mas alguns moageiros aceitaram este preço.

168. Em Setembro de 1983, a recorrente atém-se aos dois preços mínimos fixados pela recorrida de respectivamente 556 e 455 UKL. Depois de a ECS e a Diaflex terem feito ofertas que em Setembro de 1983 eram ambas de 330 UKL, a recorrente alinou-se por este preço, que contudo aumentou para 340 UKL, na sequência de aumento idêntico da Diaflex. Em Novembro de 1984, a recor-

rente voltou a reduzir os seus preços para 330 UKL.

169. À parte este último preço, não encontro aqui também qualquer particularidade.

g) Vendas de misturas de vitaminas à Allied Mills (quadro 7)

170. A recorrente só esporadicamente vendeu misturas de vitaminas, tendo suspenso completamente a sua venda em Agosto ou Setembro de 1983. Os preços eram de 660 UKL em Maio de 1980, 625 UKL em Julho do mesmo ano, para depois caírem a 565 UKL em Setembro de 1981. Os preços da ECS eram em 1980 de 590 UKL e de 465 UKL em Junho de 1981 para uma mistura barata. Em Outubro de 1982, a recorrente facturou 455 UKL por uma mistura barata, enquanto a ECS reduzia os seus preços a 460 UKL, em 1983, e a Diaflex a 450 UKL, em Setembro de 1983.

171. Face ao carácter esporádico dos negócios não pode ser retirado nada de significativo dos preços para misturas de vitaminas.

h) Preços praticados aos grandes moageiros independentes para peróxido de bezoilo (16%) (quadros 8, 12, 14 e 16)

172. Também aqui começamos por nos encontrar perante um aumento permanente dos preços da recorrente até atingirem 665 UKL em Julho de 1979. Em Janeiro de

1979, os preços da ECS eram de 572 UKL e em Agosto de 1979 de 630 UKL. A recorrente manteve o preço de 665 UKL em relação a clientes tradicionais, por exemplo, Cadge & Coleman, até 1983. Em relação a clientes da ECS (como Carrs, Smiths e Timms) fez ofertas que originalmente oscilavam entre 570 e 563 UKL, tendo recuado depois para 530 UKL (Dezembro de 1980 a Julho de 1983). A ECS alinhou-se pelo preço de 530 UKL em Julho de 1982.

173. O preço de 696 UKL em relação aos grandes moageiros independentes fixado na decisão de aplicação de medidas provisórias não foi aplicado até Novembro de 1984. Em relação à Carrs, a recorrente começou por se alinhar pelo preço oferecido pela ECS de 530 UKL, tendo-o depois aumentado para 580 UKL, na sequência de oferta equivalente da Diaflex. Em Janeiro de 1984, uma oferta no montante indicado nas medidas provisórias não conduziu a qualquer negócio, na sequência do que a recorrente se voltou a alinhar pelo preço novamente oferecido pela Diaflex de 580 UKL. Só a partir de Novembro/Dezembro de 1984 foi praticado o preço de 696 UKL, até a recorrente se ter voltado a alinhar, em Março de 1985, por um preço da Diaflex no montante de 640 UKL.

174. Em relação à Smiths, a recorrente não conseguiu celebrar qualquer negócio em Agosto de 1983 com um preço de 696 UKL. O alinhamento em Abril de 1984 pelo preço da ECS, no montante de 645 UKL, também não conduziu a qualquer resultado. Só com o alinhamento pelo preço da Diaflex de 587 UKL conseguiu obter sucesso em Março de 1984. Em 1984 e 1985, a recorrente seguiu os aumentos de preços da Diaflex para, respectivamente, 640 e 690 UKL.

175. Em relação à Timms, a recorrente começou por se alinhar pelo preço oferecido pela Diaflex de 570 UKL, em Agosto de 1983, para depois, em Novembro de 1984, seguir um aumento de preços daquela empresa para 630 UKL. A partir de Julho de 1985 foi aplicado o preço de 696 UKL, fixado nas medidas provisórias.

176. Terá assim que se verificar que nas ofertas e vendas aos grandes moageiros independentes a recorrente invadiu o círculo de clientes da ECS em Dezembro de 1980, acompanhada de uma redução de preços, que começou por ser de cerca de 100 UKL em relação aos clientes tradicionais da recorrente e de cerca de 70 UKL em relação aos preços da ECS, mas que aumentou depois para uma diferença de cerca de, respectivamente, 160 e 100 UKL.

i) Ofertas/fornecimentos de bromato de potássio (10%) aos grandes moageiros independentes (quadros 9, 10, 13, 15 e 17)

177. Verifica-se aqui novamente uma subida de preços da recorrente até atingir 468 UKL em 1979, os quais foram mantidos em relação aos clientes tradicionais daquela até Agosto de 1983. Em relação aos clientes da ECS foram feitas ofertas superiores a 375 e a 339 UKL em Dezembro de 1980, a 336 UKL em Maio de 1981 e a 325 UKL em 1982, como é indicado pela recorrida. Contudo, nos quadros correspondentes a recorrida não indica a que clientes foram estas ofertas feitas. Uma vista de olhos pelos quadros apresentados pela recorrente indica que os números referidos correspondem às ofertas feitas à empresa Carrs. Contudo, também aqui se verifica que não foram celebrados quaisquer negócios.

178. O preço fixado nas medidas provisórias não foi aplicado porque a recorrente retomou os preços da Diaflex para a Smiths de 360 UKL em Março de 1984 e 392 UKL em Março de 1985. Em relação à Timms, a recorrente alinou-se pelos preços de 340, 382 e 435 UKL oferecidos pela Diaflex, respectivamente, em Agosto de 1983, Novembro de 1984 e Julho de 1985.

179. Assim, verifica-se que a recorrente tentou desde Novembro de 1980 penetrar no círculo de clientes da ECS nos grandes moageiros independentes com preços inferiores aos que exigia aos seus clientes tradicionais.

j) Preços/fornecimentos de bromato de potássio (6%) aos grandes moageiros independentes (quadros 10, 13, 15 e 17)

180. Também aqui se encontra uma situação comparável: até Julho de 1979, os preços da recorrente sobem até 393 UKL, sendo também mantidos a este nível em relação aos seus clientes tradicionais (de acordo com os quadros da recorrida; os quadros da recorrente apresentam preços ainda ligeiramente mais elevados em relação a alguns dos seus clientes habituais, por exemplo Cadge & Coleman).

181. Para os clientes da ECS, a recorrente reduziu os preços em cerca de um terço para 260 e, posteriormente, 245 UKL. O nível de preços da ECS era em Agosto de

1979 de 362 UKL; em 1981 esta empresa também reduziu os preços para 260 UKL.

182. O preço de 488 UKL, fixado na decisão de aplicação das medidas provisórias, não podia ser imposto ao mercado. No que respeita aos fornecimentos da AKZO à Carrs, há, todavia, divergências entre os quadros apresentados pela recorrida e pela recorrente. De acordo com o quadro da primeira, a recorrente aplicou em Setembro de 1983 um preço de 330 UKL, que correspondia ao preço oferecido pela ECS antes da adopção das medidas provisórias. No quadro da recorrente estes preços não são referidos, o mesmo acontecendo nos quadros apresentados pela recorrida relativos à situação anterior à adopção das medidas provisórias. Face a estas discordâncias, não creio que a este respeito nos possamos basear nestes quadros (10 e 15).

183. Quanto aos preços praticados em relação à Smiths, em contrapartida, verifica-se que a recorrente ofereceu em Março de 1984 um preço de 440 UKL (de qualquer modo, sem sucesso), que correspondia ao preço da ECS em Agosto de 1983. Em 1984 e 1985, a recorrente aderiu aos preços praticados pela Diaflex, nos montantes de 392 e, mais tarde, 435 UKL.

Assim pode constatar-se que também em relação à formação de preços de bromato de potássio (6%) a recorrente invadiu o círculo de clientes da ECS praticando preços significativamente inferiores aos pedidos aos seus clientes tradicionais.

k) Ofertas e fornecimentos de misturas de vitaminas (Nutramin) aos grandes moageiros independentes (quadro 11)

184. Também aqui os preços da recorrente começaram por subir até atingirem 695 UKL em 1979. Este preço manteve-se até Junho de 1983 em relação aos seus clientes tradicionais, tendo depois aumentado para 757 UKL. Os preços da ECS começaram por subir até 704 UKL em Agosto de 1979, tendo depois diminuído para 654 UKL em Outubro de 1980. Em Dezembro de 1980, a recorrente começou por oferecer Nutramin a 595 UKL, mas reduziu este preço para 575 UKL depois de a Diaflex ter oferecido um preço de 585 UKL. Posteriormente, em Junho de 1981, a ECS reduziu o seu preço para 545 UKL. Seguem-se ainda mais indicações de números no quadro da recorrida, que, contudo, se referem a outra composição, não sendo assim comparáveis.

185. Concluir-se-á da mesma forma que também aqui a recorrente ofereceu à clientela habitual da ECS preços inferiores aos que exigia à sua própria clientela.

186. A apreciação do comportamento da recorrente em matéria de preços não permite assim provar a actuação exposta no n.º 82, ii), da decisão da recorrida.

187. É diferente, contudo, o que acontece com a acusação apontada no n.º 82, iii), de serem efectuadas ofertas reduzidas selectivas a clientes da ECS, enquanto eram aplicados preços significativamente mais elevados a compradores na mesma situação que já eram clientes da recorrente.

188. A recorrente tentou justificar o seu comportamento com a circunstância de ter perdido para a ECS e a Diaflex alguns moageiros independentes que abastecia anteriormente. Para recuperar a quota de mercado perdida teve que se dirigir aos clientes da ECS com preços mais favoráveis.

189. As diferenças selectivas de preços poderiam ser explicadas pelo facto de a recorrente não estar exposta a concorrência por parte da Diaflex ou da ECS em relação a alguns dos seus clientes tradicionais. Por esta razão, pôde continuar a praticar os seus preços antigos em relação a estes. Contudo, existindo concorrência, teve que baixar os preços, incluindo os praticados aos clientes tradicionais. Assim, as diferenças de preços não seriam entre clientes tradicionais da recorrente e clientes da ECS, mas entre aqueles em relação aos quais existia concorrência, por um lado, e aqueles em relação aos quais não existia, por outro.

190. A recorrida contesta esta justificação com o argumento de que os factos verificados com os clientes tradicionais da recorrente, em relação aos quais ela, de qualquer modo, também teve que baixar os preços, são fenómenos laterais, devendo por isso ser ignorados.

191. De facto, não é possível concluir, com base na decisão, em que medida foram praticados preços selectivos. A recorrente admite que foram praticados em parte. Por outro lado, nos quadros apresentados pela recorrida tal comportamento é demonstrado apenas globalmente quanto ao período anterior à adopção das medidas provisórias, e para o período posterior em relação apenas

às empresas Carrs, Smiths e Timms. O comportamento em matéria de preços da recorrente em relação aos seus clientes tradicionais, todavia, só é descrito em termos gerais, sem qualquer distinção entre clientes ou âmbito de negócios.

192. É assim possível declarar que, embora esteja basicamente provada a acusação contida no n.º 82, iii), não é contudo exposto em que medida o comportamento censurado teve lugar ou qual a sua importância.

3. *Quanto à prática de preços-chamariz no bromato de potássio e nas misturas de vitaminas [n.º 82, iv)]*

193. Já no início foi indicado que, devido a um vício processual (falta de audição da recorrente), não é possível apreciar no presente processo a acusação de oferta de bromato de potássio a preços-chamariz (ver B I.2). Assim, esta acusação só pode ainda ser apreciada em relação à apresentação de vitaminas a preços-chamariz. Mas mesmo esta análise tem que ser efectuada em termos limitados, dado que, por falta de esclarecimento suficiente da matéria de facto, a questão dos custos razoáveis também tem que ser ignorada (ver *supra*, B I.3).

194. A recorrente contesta a acusação, indicando que um grande número dos seus clientes nunca lhe comprou misturas de vitaminas. O mesmo acontece em relação à empresa Timms, que aceitou ofertas de peróxido de bezoilo (16%) e de bromato de potássio (10%), mas não de Nutramin. A ra-

zão deste facto parece residir na concorrência particularmente eficaz da empresa Vitrition Ltd.

195. Na medida em que foram oferecidas ou fornecidas misturas de vitaminas não fabricadas pela própria recorrente, tratou-se de um serviço aos clientes em relação ao qual, naturalmente, terão que ser tidos em conta os preços concorrencialmente eficazes da empresa Vitrition.

196. A recorrida contrapõe que é irrelevante o facto de ter havido efectivamente ou não vendas de misturas de vitaminas, sendo unicamente decisiva a oferta. A estratégia de vendas da recorrente resulta claramente de um documento encontrado nas suas instalações.

197. O documento referido pela recorrida, de 4 de Julho de 1980, constitui, em minha opinião, uma nota preparatória de uma reunião. Sob o subtítulo «Topics for discussion or Elucidation, 1. “Marketing”», refere-se, na alínea j): «Are there any “knock-on” effects (products necessary as “loss leaders” to achieve sales of others).»

198. Pode acontecer que a recorrente tenha considerado a possibilidade de utilizar produtos-chamariz. Contudo, tal não resulta indubitavelmente do texto para a reunião, dado que não sabemos que conteúdo teve a discussão que possivelmente se seguiu nem mesmo a que produtos se referia a passagem citada.

199. Face a esta conclusão e tendo presente o facto de que o apuramento da matéria de facto parece também muito escasso, não me

parece estar provada com certeza suficiente a acusação contida no n.º 82, iv), da decisão.

4. *Preços inferiores aos custos praticados durante um longo espaço de tempo em relação à Spillers e à Ranks [n.º 82, v)]*

200. A acusação contida nesta parte da decisão também não pode ser objecto de análise dado que, como foi acima referido (B I.3) a investigação levada a cabo pela recorrida sobre a questão dos custos foi incompleta em matéria de facto.

5. *Quanto às informações sobre preços*

201. No n.º 82, vi), a recorrida acusa a recorrente de no caso da Ranks e da Spillers ter praticado uma política de evicção, na medida em que foram exigidas a clientes informações exactas dos preços dos outros fabricantes, para depois serem efectuadas ofertas a preços imediatamente inferiores aos da empresa concorrente para conseguir afastar os outros fornecedores, a que acresce ainda, no caso da Spillers, uma obrigação de compra exclusiva.

202. Já tomei posição quanto à ilicitude da obrigação de compra exclusiva [ver *supra*, C I.2, a) e b)]. De resto, a acusação aqui referida não pode ser tomada em consideração, dado que ainda não era apresentada como abusiva no processo administrativo, pelo que a recorrente não foi suficientemente ouvida sobre esta acusação (ver *supra*, B I.2).

6. *Quanto à finalidade de lesar a ECS e/ou afastá-la como concorrente*

203. Finalmente, no n.º 82, vii), a recorrente é acusada de levar a cabo as práticas mencionadas com o objectivo de, a longo prazo, lesar a ECS e/ou afastá-la como concorrente do mercado de peróxidos orgânicos. Esta acusação baseia-se no conteúdo das discussões tidas em Novembro e Dezembro de 1979, bem como na nota de 7 de Dezembro de 1979. Quanto aos factos verificados a partir do Outono de 1980, a recorrida invoca uma série de documentos indicados no n.º 47 da decisão.

204. Quanto aos acontecimentos de 1979, posso remeter para o que ficou dito em C I.1. Não tenho quaisquer dúvidas quanto à intenção da recorrente, verificada em 1979, de pressionar a ECS e a afastar do mercado de plásticos. Contudo, é mais difícil apreciar a intenção que estaria subjacente aos eventos verificados a partir do Outono de 1980. Ao fim e ao cabo, a estratégia desenvolvida em fins de 1979 não deu frutos, quanto mais não seja porque a intervenção da High Court o impediu. É no mínimo duvidoso saber se a intenção existente em 1979 ainda se mantinha em 1980 ou se os factos podem ser explicados por outra forma.

205. Dado que a recorrida se apoia numa série de documentos posteriores para provar que a intenção original de 1979 não foi abandonada, é necessário começar por analisar aqueles.

206. A recorrida refere um relatório de 22 de Novembro de 1982 relativo a uma comparação dos preços praticados pela recorrente no mercado de aditivos para farinha do Reino Unido em 1979 e em 1982. Afirma-se que a ECS perdeu um quarto dos seus moageiros independentes (seguir-se-iam mais) e tinha tido que aceitar uma redução significativa das margens de lucro. Relata-se com satisfação que por diversas razões a queda geral de preços não prejudicou tão significativamente a AKZO como parece ter acontecido com a ECS. A Allied Mills revelou-se «um osso duro de roer», particularmente com os preços vinculados impostos pela decisão da High Court, mas com o tempo, contudo, alguns moageiros abandonaram a ECS, dado que a pressão foi mantida (n.º 47).

207. Na nota em causa da recorrente a evolução do mercado é descrita com a referência aos factos de a quota de mercado da Diaflex ter diminuído significativamente, a ECS ter perdido um terço dos moageiros independentes e ter tido que suportar reduções significativas das margens de lucro. A queda geral de preços não afectou sensivelmente as margens de lucro da recorrente, em comparação com as da ECS.

208. Ainda que não se deva atribuir grande significado à objecção da recorrente de que quando se falava em exercer mais pressão se pretendia referir pressão sobre a Allied Mills e não sobre a ECS, porque a pressão comercial sobre a Allied Mills terá sempre que resultar em pressão indirecta sobre a ECS, só poderei ver a referida nota como indício, mas não como prova irrefutável da intenção da recorrente de afastar a ECS do mercado ou de a lesar.

209. Também a nota escrita de 15 de Setembro de 1981 se limita a demonstrar que a ECS perdeu para a AKZO três grandes moageiros independentes, e que os seus preços para os moageiros com que ficou tiveram que baixar. Também aqui vejo uma descrição da situação de mercado, não necessariamente de uma intenção da recorrente.

210. Do relatório anual relativo a 1980 da secção «plásticos e elastómeros» da recorrente, de 5 de Março de 1981, consta que foi feito um esforço para aumentar os preços, mas que tal, contudo, só foi conseguido em parte. A recorrente manteve a sua quota de mercado de 1979, embora em alturas de recessão sejam precisamente os líderes de mercado a encontrar-se em posição mais sensível. A posição da recorrente foi posta em causa por empresas como a SCADO, a AZTEC e a ECS, de novo sem resultado. A SCADO perdeu terreno, fundamentalmente devido ao procedimento da recorrente.

211. Embora se diga que a recorrente continuou a desenvolver esforços no sentido de enfraquecer a posição de mercado da SCADO, nada de comparável é afirmado a propósito da ECS.

212. No relatório anual seguinte, de 11 de Fevereiro de 1982, relata-se que a SCADO desapareceu praticamente do mercado, e que tal demonstra que foi acertado dirigir uma dura concorrência a esta empresa, ainda que outras circunstâncias tenham contribuído para tal resultado, como a evolução da cotação do dólar.

213. A ECS produziu peróxido de bezoílo e procurou seriamente realizar negócios no continente, através da empresa Pergan. Embora a sua quota de mercado ainda seja pequena, existe a possibilidade de melhorar a sua posição. Existe o perigo de a Pergan incluir outros produtos na sua gama. Assim, um procedimento como o adoptado com a SCADO («SCADO approach») será provavelmente o melhor nesta situação.

214. Esta última passagem poderia constituir uma prova da intenção da recorrente. Em todo o caso, não é certo em que medida a expressão «SCADO approach» se refere à ECS no seu conjunto ou apenas à empresa alemã Pergan, na qual a ECS detinha, à altura, uma quota de 20%. O que, contudo, me parece ser aqui importante é que o «SCADO approach» é referido como reacção a uma possível intensificação da actividade da Pergan (e talvez também da ECS). O planear de um comportamento deste tipo poderia assim ser entendido como reacção à expansão dos negócios e não como continuação da intenção originariamente existente em 1979 de lesar fundamentalmente a ECS para a afastar do sector dos plásticos. Neste sentido aponta também a circunstância de nada se retirar do relatório anual referente a 1980 quanto à manutenção desta intenção, antes sendo a ECS apresentada, entre outros, como um concorrente bem sucedido.

215. Ainda que esteja, no mínimo, em aberto a questão de saber se a intenção original da recorrente ainda persistia em 1980 ou 1982, há um facto que me parece ser de particular importância: o comportamento

desta empresa pode ser explicado mesmo sem a intenção que a recorrida lhe atribui. Depois de a recorrente ter, pelo menos através do processo perante a High Court, ficado com as mãos de certo modo ligadas, a ECS fez aos clientes tradicionais da AKZO — ainda que a pedido destes — propostas que ficavam a níveis muito inferiores aos preços da recorrente. Não interessa para este efeito saber se a ECS pretendia intensificar a concorrência de preços ou antes desencadear uma guerra de preços. Do ponto de vista da recorrente, este comportamento podia apresentar-se de tal modo que esta se sentisse justificada a passar a exercer uma política activa de preços («to compete them as violently as possible»).

216. Dado que por esta forma existem várias possibilidades de esclarecimento do comportamento da recorrente iniciado em fins de 1980, não se encontra provado de forma suficientemente segura que a intenção inicial existente em 1979 de lesar a ECS e afastá-la do mercado dos plásticos se tenha mantido durante todo o período de inquérito.

217. Para concluir, refira-se ainda uma imprecisão de redacção no n.º 82, vii). Afirma-se que as práticas anteriormente referidas foram realizadas com a finalidade de, a longo prazo, lesar a ECS *e/ou* afastá-la enquanto concorrente do conjunto do mercado para peróxidos orgânicos. Não é claro se esta expressão deve ser entendida alternativa ou cumulativamente. Para além disso, não é certamente exacto que a ECS devesse ser afastada do conjunto do mercado para peróxidos orgânicos, dado que este engloba também o mercado sectorial do peróxido de bezoílo utilizado no sector dos aditivos para

farinha. É indubitável, contudo, que não se pretendia afastar a ECS deste mercado sectorial.

quais as acusações que se revelaram justificadas, no caso de se entender demonstrada a existência de uma posição dominante no mercado por parte da recorrente:

II — *Efeitos sobre as trocas comerciais entre os Estados-membros*

218. A exploração abusiva de uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste só é abrangida pela proibição do artigo 86.º do Tratado CEE quando for susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros.

— as ameaças de Novembro/Dezembro de 1979 [n.º 82, i)];

— uma parte da política selectiva de preços alegada (a partir do fim de 1980) [n.º 82, iii)];

— o acordo de uma obrigação de compra exclusiva com a Spillers, num caso respeitante a dois produtos [n.º 82, vi)].

219. Não é difícil afirmar que existe a potencialidade de lesão das trocas comerciais. Ao fim e ao cabo, pretendia-se em particular impedir a penetração da ECS no mercado dos plásticos alemão, pelo que se verifica a relação com as trocas comerciais entre Estados-membros. Assim, para demonstrar a existência deste elemento fáctico não é necessário invocar a jurisprudência nos termos da qual não é necessário que este tipo de comportamento incida directamente sobre as relações comerciais entre Estados-membros, desde que se demonstre que o afastamento de dado concorrente poderia ter repercussões sobre as condições concorrenciais no mercado comum³².

221. A acusação contida no n.º 82, vii), ainda que a sua correcção seja reconhecida, só pode ser entendida como o lado subjectivo da acusação já contida no n.º 82, i).

222. Nenhuma das outras violações alegadas no n.º 82 da decisão se encontra suficientemente provada no presente processo. Esta circunstância, só por si, deverá desde logo conduzir a uma redução substancial da multa.

III — *Quanto à multa*

220. Antes da análise em pormenor das observações contidas na decisão sobre a multa, é necessário voltar a referir sumariamente

223. Nos n.ºs 96 e seguintes da decisão, a recorrida baseia o montante da multa nos seguintes factos: a recorrente esforçou-se por executar de modo sistemático um plano para lesar as actividades comerciais da ECS. Devia ser evitada a expansão dos negócios de um pequeno concorrente noutra Estado-membro da Comunidade; tal constitui des-

³² — Ver o acórdão de 14 de Fevereiro de 1978, United Brands Company e United Brands Continental BV/Comissão (27/76, Recueil, p. 207, 299).

respeito de um dos objectivos fundamentais do Tratado CEE, ou seja, a construção de um mercado único entre os Estados-membros. A transgressão é tanto mais grave quanto a recorrente prosseguiu o seu comportamento abusivo ainda por muito tempo depois do processo perante a High Court e da adopção da decisão que aplicou as medidas provisórias pela recorrida. Constituem igualmente factores de gravidade os factos de a recorrente ter apresentado uma exposição totalmente enganosa no processo perante a High Court e de, possivelmente, ter vindo a ser bem sucedida nas suas intenções se a recorrida não tivesse descoberto material probatório. O comportamento em relação à ECS não teria sido um evento isolado, antes tendo tido lugar em conexão com uma política global organizada de consolidar o seu poder ou afastar concorrentes indesejados. A transgressão foi praticada dolosamente, dado que a recorrente tinha plena consciência de estar a violar as regras da concorrência: em Novembro de 1979 foi-lhe dito pela ECS que as suas ameaças constituíam um abuso de posição dominante. A transgressão foi de longa duração, pois as ameaças foram proferidas em Dezembro de 1979 e executadas seriamente um ano mais tarde.

224. A recorrente contesta todas estas acusações e refere ainda que considerou lícita a sua política de preços, dado que entendeu que os seus preços não podiam ser postos em causa desde que se elevassem acima dos custos marginais. Além disso, devia ter sido tomado em consideração que o direito comunitário não é de forma alguma claro e inequívoco em relação aos problemas aqui suscitados. A recorrente indica ainda que se encontra desde Julho de 1983 sob vigilância da recorrida, que podia a qualquer momento ter agido contra si para pôr termo a violações ao artigo 86.º do Tratado CEE, com base na decisão que aprovou as medidas provisórias. Contudo, dado que a recorrida não agiu ao abrigo daquela decisão,

que aliás podia ter agravado em qualquer momento, não poderá invocar o carácter duradouro do alegado abuso.

225. A recorrida, por sua vez, contesta todas as objecções apresentadas.

226. Para começar, o significado do processo perante a High Court e da decisão que aprovou as medidas provisórias deve ser apreciado para efeitos de determinação do montante da multa, dado que a recorrida apresentou o seu desrespeito como factor grave.

227. Neste contexto, é necessário começar por apreciar mais detidamente a decisão de aplicação de medidas provisórias da High Court. A decisão de 5 e 6 de Dezembro de 1979 proíbe à recorrente a redução dos seus preços para peróxido de bezoílo em violação do artigo 86.º do Tratado CEE. Todavia, terá que se ter presente que se trata de uma «ex-parte injunction», ou seja, de medidas provisórias adoptadas sem audição da demandada. Assim, não se pode entender que contenha qualquer apreciação jurídica dos factos.

228. Segue-se a decisão da High Court de 17 de Março de 1980. Nesta decisão o processo é arquivado, sendo a recorrente do presente processo condenada nas despesas. Fica obrigada a não reduzir ou fixar os seus preços de venda com a intenção de afastar a ECS dos mercados de aditivos para farinha ou plásticos. Contudo, esta obrigação decorre de uma *transacção* judicial, válida por um prazo de dois anos e meio, até ao Outono de 1982, portanto.

229. Verifica-se assim que a transacção celebrada perante a High Court só respeita a um dos produtos em causa e só se estende por uma parte do período de tempo em que assenta a decisão da recorrida. Por esta forma encontra-se já restringido o seu significado para o presente processo.

230. Em meu entender, a violação de decisões de tribunais nacionais deve, em primeira linha, ser sancionada por estes. Contudo, tal não exclui a possibilidade de a Comissão recorrida também impor sanções a violações daquele tipo, no caso de constituírem simultaneamente violações de direito comunitário, ainda que, na medida do possível, deva ter em conta as sanções nacionais³³. Não me parece estar posta de parte a possibilidade de recorrer suplementarmente à decisão de um tribunal nacional para declarar a existência de uma violação *particularmente grave* de direito comunitário, dado que a decisão daquele tribunal tem natureza meramente declaratória a este respeito.

231. No que respeita, finalmente, ao alegado desrespeito da decisão de aplicação de medidas provisórias de 29 de Julho de 1983, referir-se-á que esta decisão contém um mecanismo sancionatório próprio, no artigo 6.º, e que a recorrida, no artigo 7.º, se reservou a possibilidade de modificar a qualquer momento as suas disposições, a pedido da ECS ou officiosamente, quando o entendesse adequado. A recorrida, todavia, não fez nenhuma das duas coisas, embora estivesse plenamente informada sobre a acti-

vidade comercial da recorrente, em aplicação do artigo 5.º da decisão.

232. A simples circunstância de a recorrida não ter encontrado ocasião para intervir nos termos previstos na decisão referida leva a duvidar da possibilidade de, na determinação do montante da multa, invocar a continuação do comportamento abusivo depois da adopção daquela decisão.

233. Mas aqui também me parece decisivo o seguinte: não está demonstrado que a decisão que aprovou as medidas provisórias fosse susceptível de evitar a violação do artigo 86.º do Tratado CEE, o que também é admitido pela recorrida. Tal tem como consequência que um comportamento que acate correctamente o conteúdo das medidas provisórias poderá ainda, contudo, constituir uma violação do artigo 86.º do Tratado CEE. Inversamente, não é certo que uma violação das medidas provisórias constitua também necessariamente uma violação do artigo 86.º do Tratado CEE. É certo que a recorrente não impugnou aquela decisão; nesta medida, aquela tornou-se definitiva. Contudo, por esta forma, nada foi dito sobre a necessidade do seu conteúdo, em todos os seus pormenores, para assegurar o respeito das disposições do artigo 86.º do Tratado CEE. Nesta medida, o montante dos preços mínimos fixados está, pelo menos, sujeito a dúvidas. Como é referido no n.º 36 da decisão de 29 de Julho de 1983, aqueles foram fixados tendo em consideração os dados obtidos em investigação à recorrente quanto aos seus custos de produção de Maio de 1983, às despesas de transporte de 1982, e a uma margem de lucro absoluta correspondente à sua margem de lucro no período anterior a 3 de Dezembro de 1979. Dado sabermos que 1979 foi

33 — Ver o acórdão de 14 de Dezembro de 1972, Böhringer Mannheim GmbH/Comissão (7/72, Recueil, p. 1281, 1290).

um ano particularmente lucrativo, não estaremos longe de concluir que os preços mínimos fixados pela recorrente podiam ser excessivos. De qualquer modo, não se conseguiram impor no mercado.

234. De tudo isto resulta que o respeito da decisão que aprova as medidas provisórias terá que decorrer no âmbito do sistema sancionatório que ela própria prevê. Aquele constitui um processo autónomo, a apreciar independentemente do presente processo judicial. Assim, o facto de os comportamentos abusivos não terem que continuar depois da adopção das medidas provisórias não pode assumir qualquer significado na determinação do montante da multa no âmbito da decisão final. Contudo, esta conclusão não afasta de modo algum a possibilidade de tomar em consideração a duração da violação na determinação do montante da multa.

235. Quanto à apreciação da duração do alegado abuso, remeter-se-á para o acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Março de 1974 nos processos apensos 6/73 e 7/73³⁴. Ali se afirma que a duração da transgressão podia ter sido menor se a Comissão tivesse actuado mais rapidamente. Tal foi tomado em consideração pelo Tribunal de Justiça, que reduziu a multa naquele processo.

236. Reconhece-se inteiramente que estamos perante um processo complexo, no qual era necessário (ou melhor: teria sido necessário) levar a cabo uma apreciação cuidadosa e exaustiva da matéria de facto. Para tal é naturalmente necessário um espaço de tempo adequado; todavia, parece-me que aqui o

espaço de tempo entre a entrada do pedido da ECS (15 de Junho de 1982) e a adopção da decisão em 14 de Dezembro de 1983 foi desrazoavelmente longo. Ao fim e ao cabo, a recorrida já se tinha considerado em condições de decidir sobre a aplicação de medidas provisórias em 29 de Julho de 1983. Assim, naquela altura tinha que dispor já de uma quantidade elevada de conhecimentos e de material suficiente para poder apreciar o comportamento da recorrente, pelo menos a título provisório. Depois decorreu ainda um ano até serem comunicadas as acusações à recorrente, em 3 de Setembro de 1984. O complemento à comunicação das acusações teve lugar em 21 de Abril de 1985, e a audição realizou-se em 18 de Junho do mesmo ano. A classificação deste como um processo rápido por parte da recorrida, e a sua afirmação de que a decisão foi adoptada *logo* seis meses depois da audição, não constitui explicação suficiente para o facto de a audição só ter tido lugar quase dois anos depois da adopção das medidas provisórias, apesar de a recorrida ter concedido à recorrente prazos bastante curtos para a entrega das suas tomadas de posição. Dado que um ano teria sido suficiente para a tramitação do processo entre a adopção das medidas provisórias e a audição, deve ser deduzido um ano da duração do conjunto do processo na apreciação da duração da violação.

237. A duração excessiva do processo terá que ser tomada em consideração na determinação do montante da multa.

238. Nestas circunstâncias, dado que das acusações formuladas pela recorrida contra a recorrente só ficam provadas as ameaças de Novembro e Dezembro de 1979, uma parte da política selectiva de preços de fins de 1980 e a celebração de um acordo de

34 — Istituto Chemioterapico Italiano SpA e Commercial Solvents Corporation/Comissão (Recueil, p. 223, 260).

compra exclusiva com a Spillers em determinado caso respeitante a dois produtos, e que a duração verificada da violação deve ser reduzida em um ano, parece-me adequada uma redução significativa da multa. Parece-me razoável um montante da ordem dos 500 000 ecus.

IV — Quanto aos deveres especiais

239. Nos artigos 3.º a 5.º da decisão, a recorrida impôs à recorrente uma série de deveres relativos à sua futura actividade comercial. Esta imposição é fundamentada nos n.ºs 99 e seguintes da decisão com a argumentação de ser necessário tomar precauções que garantam que as transgressões não prossigam ou não se voltem a repetir. As referidas medidas deviam ser adequadas à ameaça e não exceder a medida do necessário para garantir a protecção adequada do demandante e salvaguardar as relações concorrenciais no mercado comum.

240. A recorrida apoia-se assim no acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Março de 1974, já referido, nos processos apensos 6/73 e 7/73. Nesta decisão se indica que, nos termos do artigo 3.º do Regulamento n.º 17, a recorrida pode impor em decisão às empresas em causa o termo da transgressão verificada. A aplicação deste preceito devia ser adequada à natureza da transgressão, podendo assim quer ordenar a adopção de determinada actuação quer a proibição de continuar ou permitir a continuação de determinadas actividades, práticas ou factos contrários ao Tratado³⁵. Assim, as medidas

impostas deviam relacionar-se com a transgressão verificada, como resulta do referido acórdão. Deviam além disso, completaria eu, ser também proporcionais à transgressão.

241. Dado que as práticas selectivas de preços só foram verificadas nas relações da recorrente com os grandes moageiros independentes, os deveres consignados no artigo 3.º da decisão vão demasiado longe. Assim, devem ser anulados na medida em que respeitem a acusações que não puderam ser provadas.

V — Conclusão com base nas observações complementares

242. Caso se entenda, ao contrário do que é aqui defendido, que a recorrente se encontra em posição de domínio de mercado, proporei ao Tribunal de Justiça que decida da seguinte forma:

«1) São anuladas as seguintes disposições da decisão da Comissão de 14 de Dezembro de 1985 (IV/30.698-ECS — AKZO Chemie):

o artigo 1.º, alínea ii);

o artigo 1.º, alínea iii), na medida em que não seja tomado em consideração o facto de a recorrente ter também praticado preços mais baixos em relação a alguns dos seus clientes habituais;

35 — *Loc. cit.*, p. 258.

- o artigo 1.º, alíneas iv) e v);
- o artigo 1.º, alínea vi), com excepção da parte final;
- o artigo 2.º;
- o artigo 3.º, com excepção dos primeiro e segundo parágrafos, na medida em que estes respeitem a disposições do artigo 1.º não anuladas.
- 2) A multa aplicada é fixada em 500 000 ecus, ou seja, 1 234 800 HFL.
- 3) Quanto ao restante é negado provimento ao recurso.
- 4) Cada uma das partes suportará as suas próprias despesas, incluindo as despesas do processo de aplicação de medidas provisórias.»
243. Contudo, as minhas próprias conclusões só se encontram abaixo, na parte D.

D — Conclusão

244. Em conexão com o meu parecer (ver *supra*, parte B), proponho ao Tribunal de Justiça que decida do seguinte modo:

- «1) É anulada a decisão da Comissão de 14 de Dezembro de 1985 (IV/30.698-ECS — AKZO Chemie).
- 2) A recorrida é condenada nas despesas do processo, incluindo as despesas do processo de aplicação de medidas provisórias.»