

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL

PHILIPPE LÉGER

apresentadas em 13 de Dezembro de 1994 *

1. As sociedades BPB Industries plc (a seguir «BPB») e British Gypsum Ltd (a seguir «BG») interpuseram recurso do acórdão proferido em 1 de Abril de 1993 pelo Tribunal de Primeira Instância num processo que as opõe à Comissão, apoiada pelo Reino de Espanha e pela Iberian Trading (UK) Ltd (a seguir «Iberian»).

2. Esse acórdão foi proferido nas seguintes circunstâncias.

3. A BPB é o primeiro produtor de placas de estuque do mundo fora dos Estados Unidos ¹. Está implantada em grande número de países e, nomeadamente, em vários Estados da Comunidade.

4. A BPB, sociedade *holding*, controla o mercado das placas de estuque no Reino Unido e na Irlanda graças a duas filiais controladas a 100%, a BG e a Gypsum Indus-

tries Ltd (a seguir «GIL»). A primeira é o principal fornecedor dos mercados britânico e da Irlanda do Norte. A sua quota de mercado é avaliada em mais de 90%. A segunda controla, nas mesmas proporções, o mercado da Irlanda.

5. A partir de 1982, começaram a ser importadas placas de estuque de França pela Lafarge UK Ltd (a seguir «Lafarge») e, a partir de 1984, de Espanha pela Iberian.

6. Em 1986, estes dois importadores detinham conjuntamente 4% do mercado ².

7. Invocando comportamentos da BPB contrários ao artigo 86.º do Tratado CEE, a Iberian apresentou queixa em 17 de Junho de 1986 à Comissão.

* Língua original: francês.

1 — N.º 5 da decisão.

2 — N.º 8 da petição de recurso.

8. Esta condenou a BPB e a BG em coimas, por decisão de 5 de Dezembro de 1988³, cujo dispositivo é o seguinte:

Ltd no fornecimento de placas de estuque na Grã-Bretanha, proibido pelo artigo 86.º do Tratado CEE.

«Artigo 1.º

Entre Julho de 1985 e Agosto de 1986, a British Gypsum Ltd violou o disposto no artigo 86.º do Tratado CEE consistindo a infracção no abuso da sua posição dominante no fornecimento de placas de estuque na Grã-Bretanha através de um regime de pagamentos a revendedores de materiais de construção que acordaram em comprar placas de estuque exclusivamente à British Gypsum Ltd.

Artigo 3.º

A BPB Industries plc abusou, através da sua filial British Gypsum Ltd, da sua posição dominante detida no domínio do fornecimento de placas de estuque na Irlanda e na Irlanda do Norte, pelo que infringiu o artigo 86.º do Tratado CEE:

Artigo 2.º

A concretização em Julho e Agosto de 1985 de uma política que favorecia clientes que não negociavam com placas de estuque importadas na concessão de prioridade nas encomendas para fornecimento de estuque de construção num período de atraso das entregas desse produto constituiu um abuso de posição dominante da British Gypsum

— em Junho e Julho de 1985 ao pressionar com êxito e procurando obter o acordo de um consórcio de importadores para renunciarem a importar placas de estuque na Irlanda do Norte,

— por uma série de descontos sobre produtos da BG fornecidos a revendedores de materiais de construção na Irlanda do Norte entre Junho e Dezembro de 1985, na condição de não negociarem com placas de estuque importadas.

3 — Decisão 89/22/CEE relativa a um processo de aplicação do artigo 86.º do Tratado CEE (IV/31.900, BPB Industries plc) (JO 1989, L 10, p. 50). Rectificativo publicado no JO 1989, L 52, p. 42.

Artigo 4.º

acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 1 de Abril de 1993, BPB Industries e British Gypsum/Comissão⁵, cujo dispositivo é o seguinte:

São aplicadas as seguintes coimas:

— à British Gypsum Ltd, uma coima de 3 000 000 ecus pelas violações ao disposto no artigo 86.º do Tratado CEE referidas no artigo 1.º,

— à BPB Industries plc, uma coima de 150 000 ecus pelas violações ao disposto no artigo 86.º do Tratado CEE referidas no artigo 3.º

«1) É anulado, na parte relativa ao mês de Julho de 1985, o artigo 2.º da Decisão 89/22/CEE...

2) É negado provimento ao recurso quanto ao restante.

...»

...»⁴.

9. O recurso de anulação interposto pela BPB e pela BG dessa decisão levou ao

10. O recurso interposto desse acórdão pela BPB e pela BG é muito precisamente delimitado. Assim, nem a existência de uma posição dominante nem a afectação das trocas comerciais entre Estados-Membros são discutidas. Baseia-se em quatro erros de direito⁶:

4 — No seu estudo «Abuse of Monopoly Power within the Meaning of Article 86 of the EEC Treaty: Recent Developments», L. Gyselen sublinhou o carácter paradoxal deste processo: «The situation on the UK plasterboard market was somewhat paradoxical. Competition from Lafarge and Iberian Trading seemed rather marginal as they had no production facilities of their own on that market. This caused extra shipping costs and, at times, discontinuity of supply. In addition, both competitors offered a narrower range of products than BG so that their costumers always bought part of their requirements from BG. With regard to Lafarge, BG itself had noted that it was not seeking new business. And yet, BG felt the need to take action to prevent its growth», *Fordham Corporate Law Institute*, 1992, pp. 597, 631, nota 93.

1) A infracção declarada no artigo 3.º da decisão não é imputável à BPB.

5 — T-65/89, Colect., p. II-389.

6 — V. o n.º 13 da petição de recurso para o Tribunal de Justiça e o n.º 9 da resposta da Comissão.

- 2) Os compromissos de abastecimento exclusivo e os pagamentos promocionais referidos no artigo 1.º da decisão não constituem abuso de posição dominante. — a condenação da Comissão nas despesas...»⁷.

- 3) As entregas prioritárias de estuque referidas no artigo 2.º também não o são. 12. Examinemos os quatro fundamentos sucessivamente.

- 4) A não divulgação de documentos relevantes constitui violação dos direitos de defesa.

Quanto ao primeiro fundamento

11. Assim, a BPB e a BG pedem:

A infracção declarada no artigo 3.º da decisão não seria imputável à BPB (n.ºs 99 a 122 e 141 a 155 do acórdão do Tribunal de Primeira Instância, n.ºs 14 a 18 do presente recurso)

«— a anulação, total ou pelo menos parcial, do acórdão...

13. O artigo 3.º da decisão dispõe que a BPB, através da sua filial BG, abusou da sua posição dominante no mercado da Irlanda do Norte exercendo pressões sobre um grupo de importadores para que renunciasse a importar placas de estuque na Irlanda do Norte e praticando descontos a troco do compromisso de não vender placas de estuque importadas.

— a anulação da Decisão 89/22/CEE...

14. Para justificar a decisão de aplicar uma coima à BPB devido às práticas adoptadas

— subsidiariamente, a supressão ou, pelo menos, a redução das coimas...

7 — Pp. 3 e 4 da petição no presente recurso.

pela BG na Irlanda do Norte, o Tribunal de Primeira Instância baseia-se nas especificidades desse mercado: os produtos do grupo são aí vendidos pela BG, que escoa, numa pequena parte, a sua própria produção e que, no essencial, importa da Irlanda produtos fabricados pela GIL.

15. Daí que, segundo o Tribunal de Primeira Instância, «... contrariamente ao mercado da Grã-Bretanha, nem a posição dominante nem o seu abuso no mercado de toda a ilha da Irlanda podem ser atribuídos especificamente a uma ou outra das filiais da BPB, tendo em conta sobretudo que todo o grupo BPB beneficiava das práticas da BG na Irlanda do Norte, já que a filial GIL aumentava as entregas de placas de estuque à outra filial, BG, numa medida que dependia directamente da eficácia dos abusos cometidos por esta última na Irlanda do Norte»⁸.

16. A BPB opera, portanto, em toda a ilha da Irlanda através das suas duas filiais sem que uma dentre elas ocupe aí, por si só, uma posição dominante. A BPB é, de qualquer forma, o beneficiário final desta operação.

17. Segundo as recorrentes, a BPB não pode ser considerada responsável pela infracção ao artigo 86.º verificada na Irlanda do Norte.

18. O Tribunal de Primeira Instância teria considerado erradamente que seria supérflua uma verificação do poder de influência da casa-mãe sobre a sua filial a 100%, por se presumir o controlo da primeira sobre a segunda. A BG definiria de maneira autónoma a sua própria política comercial e não estaria provado que a BPB lhe tivesse dado instruções.

19. Por outro lado, a própria decisão da Comissão não teria qualquer fundamentação quanto à imputabilidade desse abuso. A inexistência de fundamentação não poderia ser regularizada no decurso do processo perante o Tribunal de Primeira Instância. Aliás, quando a Comissão decide aplicar uma coima a uma sociedade-mãe por uma infracção cometida por uma das suas filiais, fundamenta sempre detalhadamente a sua decisão, tanto mais que a imputação à sociedade-mãe pode conduzir a um agravamento da coima se esta for função do volume de negócios.

20. O primeiro fundamento leva-nos a examinar duas questões:

- 1) A decisão quanto à imputabilidade à BPB da infracção declarada no artigo 3.º da decisão está suficientemente fundamentada?
- 2) Em caso afirmativo, essa imputabilidade tem fundamento?

21. 1) Resulta da jurisprudência constante do Tribunal de Justiça que «... (o artigo 190.º) exige que a Comissão exponha as razões que a levaram a tomar uma decisão, de modo a permitir ao Tribunal de Justiça exercer o seu controlo e a dar a conhecer aos Estados-Membros e aos respectivos nacionais interessados as condições em que fez aplicação do Tratado»⁹.

22. Daí resulta que a decisão deve bastar-se a si mesma, sobretudo quando se destina a ser publicada, e que a sua fundamentação não pode resultar de explicações escritas ou orais dadas pela Comissão por ocasião de um recurso contra a decisão em questão¹⁰.

23. É este muito particularmente o caso quando se trata de determinar quem, dentre uma filial e uma sociedade-mãe, é responsável por um abuso de posição dominante. Como as recorrentes salientaram¹¹, uma infracção imputada à sociedade-mãe pode conduzir a uma coima agravada quando o montante desta é função do volume de negócios.

24. No caso em apreço, consideramos que a fundamentação da decisão quanto à imputabilidade do abuso declarado no seu artigo 3.º está contida no próprio acto. É certo que o

acórdão declara que «... esclarecimentos prestados na fase oral do processo...» vieram «confirmar»¹² dados de facto e que a Comissão «... (esclareceu), no âmbito da instrução do processo, e em resposta nomeadamente às perguntas escritas e orais do Tribunal, quais os dados em que se baseia o raciocínio adoptado na decisão»¹³. Não será precisamente a razão de ser do processo tanto na fase escrita como na fase oral «confirmar» ou «esclarecer» determinados dados? «Esclarecer» um aspecto pressupõe que esse aspecto esteja *contido* na decisão, e é precisamente isso que acontece aqui.

25. Com efeito, para imputar à BPB o abuso declarado no artigo 3.º da decisão, a Comissão baseou-se nas características do mercado irlandês, que apresenta meticolosamente no n.º 86 da decisão. Refere-se assim a *parte de mercado* da BPB e esclareceu-se que essa parte resulta da actividade das suas duas filiais, GIL e BG. Não se afirma de forma nenhuma que uma ou outra dessas filiais estaria, *considerada isoladamente*, em posição dominante no mercado. Acolhendo o ponto de vista da Comissão, o Tribunal de Primeira Instância considera, em termos desprovidos de qualquer ambiguidade, que:

«... contrariamente ao mercado da Grã-Bretanha, nem a posição dominante nem o seu abuso no mercado de toda a ilha da Irlanda *podem ser atribuídos especificamente* a uma ou outra das filiais da BPB, tendo em

9 — Acórdão de 15 de Junho de 1994, Comissão/BASF e o. (C-137/92 P, Colect., p. I-2555, n.º 66).

10 — V., quanto a este ponto, o acórdão de 26 de Novembro de 1981, Michel/Parlamento (195/80, Recueil, p. 2861, especialmente p. 2877).

11 — Réplica, 1.1.1.

12 — N.º 152 do acórdão, sublinhado nosso.

13 — N.º 154 do acórdão, sublinhado nosso.

conta sobretudo que *todo o grupo BPB beneficiava das práticas da BG na Irlanda do Norte...*»¹⁴.

... quando a filial não goza de autonomia real na determinação da sua linha de acção no mercado, as proibições impostas pelo artigo 85.º, n.º 1, podem ser consideradas inaplicáveis nas relações entre ela e a sociedade-mãe, com a qual forma uma unidade económica»¹⁷.

26. O primeiro fundamento, na sua primeira vertente baseada em falta de fundamentação, deve ser, portanto, afastado.

27. 2) No acórdão de 14 de Julho de 1972, ICI/Comissão¹⁵, que o Tribunal de Primeira Instância cita no acórdão impugnado¹⁶, este Tribunal julgou no sentido de que:

«... a circunstância de a filial ter uma personalidade jurídica distinta não basta para afastar a possibilidade de o seu comportamento ser imputado à sociedade-mãe;

... pode ser nomeadamente esse o caso quando a filial, embora tendo personalidade jurídica distinta, não determine de forma autónoma o seu comportamento no mercado, mas aplique no essencial as instruções que lhe são dadas pela sociedade-mãe;

14 — N.º 151 do acórdão, sublinhado nosso.

15 — 48/69, Recueil, p. 619.

16 — N.º 149.

28. Precisamente, o Tribunal de Primeira Instância pôde concluir da organização das relações entre a filial BG e a sua sociedade-mãe BPB e da unidade de política comercial adoptada que elas constituíam, no mercado irlandês, «*uma única entidade económica*»¹⁸. Além disso, observou que resultava das constatações de facto efectuadas pela Comissão que o comité executivo da BPB não era alheio à estratégia adoptada na Irlanda do Norte¹⁹.

29. Concluimos daí que o Tribunal pôde determinar, através de constatações de facto soberanas, que a BG tinha aplicado instruções dadas pela sua sociedade-mãe. Assim, não há interesse em examinar se o poder de influência de uma sociedade-mãe sobre a sua filial a 100% deve ser presumido, uma vez que no caso presente foram feitas constatações de facto aptas a determiná-la. A última frase do n.º 149 do acórdão impugnado era, portanto, supérflua.

17 — N.ºs 132 a 134.

18 — N.º 152 do acórdão recorrido. Para uma análise de «unidade económica» entre duas empresas, v. o acórdão de 6 de Março de 1974, ICI e Commercial Solvents/Comissão (6/73 e 7/73, Recueil, p. 223).

19 — *Ibidem*.

30. Por fim, diferentemente do mercado da Grã-Bretanha, em que só a filial BG estava presente, a posição dominante no mercado da ilha da Irlanda resulta da existência nesse mercado de duas filiais, sem que a posição dominante e o abuso possam ser atribuídos especificamente a uma ou a outra.

31. Foi, por conseguinte, correctamente que o abuso de posição dominante verificado nessa região foi imputado à BPB.

Quanto ao segundo fundamento

Os acordos de fornecimento exclusivos e os pagamentos promocionais não relevariam do artigo 86.º Os acordos promocionais preencheriam as condições de uma isenção nos termos do artigo 85.º, n.º 3 (n.ºs 38 a 77 do acórdão do Tribunal de Primeira Instância, n.ºs 29 a 63 da petição no presente recurso)

32. O Tribunal de Primeira Instância pôde concluir que, a partir de Julho de 1985, a BG aplicou uma estratégia comercial que consistia em fazer aos seus clientes pagamentos promocionais como contrapartida de um compromisso de abastecimento exclusivo em placas de estuque junto da BG²⁰ com o

objectivo «... de recuperar a parte de mercado perdida pela BG para os seus concorrentes»²¹.

33. O Tribunal de Primeira Instância assinala que tal acção de cooperação comercial numa situação normal de mercado concorrencial não é, em princípio, proibida e que a apreciação dos seus efeitos depende das características do mercado em causa²².

34. Todavia, um acordo de exclusividade concluído por uma empresa em situação de posição dominante pode constituir uma exploração abusiva dessa posição na acepção do artigo 86.º²³. Tal é certamente o caso quando esse comportamento tenha por objecto reforçar essa posição dominante.

35. Para o Tribunal de Primeira Instância, o abuso de posição dominante é um conceito objectivo que não pressupõe a prova de culpa.

36. Nem a necessidade de assegurar a regularidade dos abastecimentos, nem os preços praticados pela Iberian, nem as dificuldades de abastecimento dos concorrentes, nem a

21 — N.º 62 do acórdão recorrido.

22 — N.ºs 65 e 66 do acórdão recorrido.

23 — N.º 68 do acórdão recorrido.

20 — N.ºs 62 e 63 do acórdão recorrido.

liberdade que os clientes tinham de cessar a todo o momento as suas relações contratuais com a BG justificam, em sua opinião, tal abuso.

37. Finalmente, uma isenção ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, ainda que fosse provada, não prejudica a aplicação do artigo 86.º

38. As sociedades recorrentes alegam, em primeiro lugar, que não teria sido demonstrado que a BG explorou a sua posição dominante para obter vantagens que não poderia ter obtido se houvesse concorrência efectiva. Por outras palavras, o nexo de causalidade entre a posição dominante no mercado e a conclusão pela BG de acordos de exclusividade não estaria provado²⁴. Estes teriam, aliás, sido concluídos a pedido dos comerciantes.

39. Em segundo lugar, os acordos de exclusividade não teriam tido como efeito afastar os concorrentes da BG do mercado. Concluídos sem condição de duração, diferentemente dos examinados no acórdão Hoffmann-La Roche/Comissão²⁵, estes acordos não vinculariam os clientes para o futuro. Estes teriam continuado livres de lhes pôr termo a qualquer momento e não teriam sido dissuadidos de se voltarem eventualmente para a concorrência se esta tivesse oferecido as mesmas vantagens.

40. Por outro lado, a BPB e a BG invocam o artigo 85.º, n.º 3, do Tratado CEE. Os acordos promocionais satisfariam as condições de isenção sem que fosse necessário notificá-los: teriam sido concluídos entre partes estabelecidas no mesmo Estado e não diriam respeito a importações ou exportações entre Estados-Membros. Além disso, o Tribunal de Primeira Instância teria feito uma interpretação errada do acórdão Tetra Pak/Comissão²⁶. Resultaria do acórdão Hoffmann-La Roche²⁷ que o carácter abusivo de um sistema de descontos de fidelidade não exclui uma análise com base no artigo 85.º, n.º 3.

41. Finalmente, quanto a este ponto, o princípio da segurança jurídica deveria ter incitado a Comissão a não aplicar, em relação ao sistema de pagamentos promocionais, uma coima à BG, que podia legitimamente acreditar, no estado actual da jurisprudência do Tribunal de Justiça, que respeitava o direito comunitário.

42. Consideramos que a fundamentação adoptada neste ponto pelo Tribunal de Primeira Instância deve ser aprovada.

43. Com efeito, resulta do acórdão de 28 de Fevereiro de 1991, Delimitis²⁸, que um contrato de compra exclusiva (como um con-

24 — N.º 36 da petição.

25 — Acórdão de 13 de Fevereiro de 1979 (85/76, Recueil, p. 461).

26 — Acórdão de 10 de Julho de 1990 (T-51/89, Colect., p. II-309).

27 — Já referido.

28 — C-234/89, Colect., p. I-935.

trato de fornecimento de cerveja) celebrado num mercado em que não existe posição dominante só pode ser contrário ao artigo 85.º do Tratado CEE se uma análise económica do funcionamento desse mercado, tomando em conta um efeito cumulativo resultante eventualmente da existência de outros acordos de exclusividade, demonstrar que, devido a esses contratos, esse mercado se tornou dificilmente acessível ou inacessível à concorrência.

44. Não é esse caso de um contrato de compra exclusiva celebrado por uma empresa em situação de posição dominante.

45. Por hipótese, esse contrato ocorre num mercado em que, devido à presença de uma empresa em posição dominante, o grau de concorrência está já enfraquecido ²⁹.

46. A exclusividade de abastecimento tem por efeito desferir um «ataque suplementar» à estrutura concorrencial do mercado ³⁰.

47. Daí resulta que «... o conceito de exploração abusiva... aplica-se *em princípio* a

qualquer compromisso de abastecimento exclusivo em benefício de uma empresa em posição dominante» ³¹.

48. O Tribunal apurou soberanamente que esses acordos se inscreviam, no caso em apreço, no quadro de um plano que visava eliminar a concorrência ³².

49. É certo que, como o Tribunal de Justiça observou no acórdão de 14 de Fevereiro de 1978, *United Brands/Comissão* ³³,

«... embora seja exacto... que a existência de uma posição dominante não pode privar uma empresa que se encontra nessa posição do direito de preservar os seus próprios interesses comerciais, quando estes são atacados, e que é necessário conceder-lhe, numa medida razoável, a faculdade de praticar os actos que entenda adequados para proteger os referidos interesses, não podem admitir-se tais comportamentos quando tenham precisamente como objecto reforçar essa posição dominante e abusar dela» ³⁴.

31 — N.º 121 do acórdão *Hoffmann-La Roche*, sublinhado nosso.

32 — N.º 62 do acórdão recorrido.

33 — 27/76, *Recueil*, p. 207.

34 — N.º 189.

29 — N.º 120 do acórdão *Hoffmann-La Roche*.

30 — *Ibidem*.

50. Assim, o direito comunitário da concorrência não proíbe de forma nenhuma um operador económico de recompensar o cliente fiel ou de praticar descontos de quantidade. O comportamento que consiste em dar à clientela tradicional um tratamento mais favorável do que a um comprador ocasional não constitui um abuso. Este Tribunal afirmou-o no acórdão de 29 de Junho de 1978, BP e o./Comissão³⁵.

51. No acórdão Hoffmann-La Roche, o Tribunal de Justiça demonstrou que um desconto de fidelidade não podia ser equiparado a um desconto de quantidade:

«... diferentemente dos descontos de quantidade, ligados exclusivamente ao volume das compras efectuadas ao produtor interessado, o desconto de fidelidade visa impedir, através da concessão de uma vantagem financeira, o abastecimento dos clientes junto dos produtores concorrentes.

... os descontos de fidelidade têm, além disso, o efeito de aplicar a parceiros comerciais condições desiguais a prestações equivalentes, porque dois compradores de uma mesma quantidade de um mesmo produto pagam um preço diferente consoante se abasteçam

exclusivamente na empresa em posição dominante ou diversifiquem as suas fontes de abastecimento»³⁶.

52. Ao fazer depender estritamente os pagamentos promocionais da «fidelidade» dos seus clientes, a BG sujeitou os seus parceiros comerciais a condições desiguais para prestações equivalentes e aplicou-lhes, em relação a uma mesma quantidade de produtos, preços diferentes consoante renunciassem ou não a abastecer-se em produtos importados³⁷. O facto de as empresas beneficiárias desses pagamentos terem sido obrigadas a utilizá-los em despesas de publicidade é indiferente. A BG proporcionou-lhes uma vantagem que recusou às empresas concorrentes que recusavam o abastecimento exclusivo.

53. Ao incitar os seus clientes, por este meio, a renunciar às importações, a BG tinha em vista claramente a eliminação dos concorrentes presentes no mercado.

54. O facto de a BG ter tido como co-contratantes comerciantes poderosos, ou mesmo de os contratos terem sido celebrados a pedido destes, será susceptível de modificar esta conclusão?

36 — N.º 90. V. igualmente o n.º 71 do acórdão de 9 de Novembro de 1983, Michelin/Comissão (322/81, Colect., p. I-3461).

37 — Quanto a este ponto, v. o n.º 90 do acórdão Hoffmann-La Roche.

55. O Tribunal de Justiça respondeu, antecipadamente, a este argumento no acórdão Hoffmann-La Roche:

«... para uma empresa que se encontre em posição dominante no mercado, o facto de se vincularem compradores — *ainda que a seu pedido* — por uma obrigação ou uma promessa de se abastecerem... exclusivamente na referida empresa constitui uma exploração abusiva de uma posição dominante...»³⁸.

O Tribunal de Justiça acrescentou:

«... a circunstância de o co-contratante da Roche ser ele próprio uma *empresa poderosa* e de o contrato não ser manifestamente o *resultado de uma pressão* exercida pela Roche sobre o seu parceiro não exclui a existência de uma exploração abusiva de posição dominante, consistindo aqui tal exploração no ataque suplementar desferido pela exclusividade de abastecimento à estrutura concorrencial de um mercado em que, devido à presença de uma empresa em posição dominante, o grau de concorrência está já enfraquecido»³⁹.

38 — N.º 89, sublinhado nosso. V. igualmente os acórdãos de 3 de Julho de 1991, AKZO/Comissão (C-62/86, Colect., p. I-3359, n.º 149), e de 27 de Abril de 1994, Almelo e o. (C-393/92, Colect., p. I-1477, n.º 44).

39 — N.º 120, sublinhado nosso.

56. É certo que os co-contratantes da BG não estavam vinculados por contratos de abastecimento exclusivo a longo prazo, que fossem particularmente nocivos para os interesses das empresas concorrentes da BG⁴⁰.

57. Os clientes tinham o direito de rescindir o seu compromisso de abastecimento exclusivo sem pré-aviso e podiam, portanto, a qualquer momento aceitar uma oferta melhor de um concorrente da BG. É possível, nestas condições, falar-se em práticas abusivas?

58. Entre os contratos de abastecimento examinados no processo Hoffmann-La Roche, alguns continham um compromisso firme de abastecimento exclusivo na Roche. Outros previam apenas a concessão de descontos de fidelidade.

59. O Tribunal de Justiça considerou que estes últimos continham «... uma incitação poderosa para reservar à Roche a exclusividade do abastecimento...»⁴¹.

40 — V. os n.ºs 113 a 115 do acórdão Hoffmann-La Roche.

41 — N.º 110 do acórdão Hoffmann-La Roche.

60. Com efeito:

«... ainda que... a inobservância pelo comprador do seu compromisso de abastecimento exclusivo não expusesse esse comprador a acções por resolução de contrato, mas tivesse somente como efeito fazer-lhe perder o benefício dos descontos prometidos, esses contratos comportariam sempre uma *incitação suficiente* para reservar a exclusividade à Roche, para serem abrangidos, por esse motivo, pela qualificação de exploração abusiva de posição dominante» ⁴².

61. De modo semelhante, a circunstância de os clientes da BG poderem facilmente desvincular-se das suas obrigações contratuais perdendo os descontos de fidelidade não retira a esse tipo de contrato celebrado nessas circunstâncias a natureza de abuso de posição dominante.

62. Concluímos daí que os comportamentos em causa contribuíram para impedir o acesso ao mercado aos outros produtores e para subtrair a produção da BG às contingências da concorrência.

63. O artigo 85.º, n.º 3, poderia ser aplicado aqui?

64. Resulta do acórdão Hoffmann-La Roche que acordos de abastecimento exclusivo, completados ou não pela concessão de um desconto, que constituem exploração abusiva de uma posição dominante «... *só poderiam eventualmente ser admissíveis* no quadro e nas condições previstas no artigo 85.º, n.º 3, do Tratado...» ⁴³.

65. É sem razão que as recorrentes invocam o acórdão de 18 de Março de 1970, Bilger ⁴⁴, para sustentar que os acordos promocionais em causa satisfazem as condições do artigo 85.º, n.º 3, sem que seja necessário notificá-los.

66. Não pode sustentar-se, com efeito, que esses acordos não dizem respeito à importação ou à exportação entre Estados-Membros, na acepção do artigo 4.º, n.º 2, primeiro parágrafo, do Regulamento n.º 17, de 6 de Fevereiro de 1962 ⁴⁵, quando eles se inseriam, como o Tribunal declarou soberanamente, numa estratégia de limitação das importações. Observar-se-á, a este propósito, que as recorrentes já não discutem perante o Tribunal de Justiça as considerações do

42 — N.º 111 do acórdão Hoffmann-La Roche, sublinhado nosso.

43 — N.º 120, sublinhado nosso. V. igualmente o n.º 90, que fala em «circunstâncias excepcionais».

44 — 43/69, Recueil, p. 127. V. igualmente o acórdão de 3 de Fevereiro de 1976, Roubaix/Roux (63/75, Recueil, p. 111).

45 — Primeiro regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22).

acórdão do Tribunal de Primeira Instância relativas à afectação do comércio entre Estados-Membros.

67. Além disso, o Tribunal de Primeira Instância demonstrou, no acórdão Tetra Pak/Comissão ⁴⁶, já referido, que a concessão de uma isenção nos termos do artigo 85.º, n.º 2, não pode, em caso algum, equivaler igualmente a uma derrogação da proibição enunciada no artigo 86.º, pois trata-se de disposições autónomas que regulam «... situações distintas sob diferentes regimes». Uma isenção ao abrigo do artigo 85.º, n.º 3, não equivale «... simultaneamente (a) isenção da proibição do abuso de posição dominante» ⁴⁷.

68. Finalmente, o artigo 85.º, n.º 3, põe como condição à isenção de um acordo que ele não dê «... a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa». Não pode ser esse caso de um acordo cujo objectivo é precisamente essa eliminação e que constitui, portanto, uma restrição não indispensável à concorrência.

69. Não vemos, no momento de concluir quanto ao abuso declarado no artigo 1.º da decisão, como a BG e a BPB poderiam legitimamente ter acreditado na legalidade do

seu comportamento quando atentavam contra princípios do direito comunitário da concorrência baseados numa jurisprudência antiga e constante do Tribunal de Justiça e, por conseguinte, previsíveis. É portanto em vão que invocam o princípio da segurança jurídica.

Quanto ao terceiro fundamento

As entregas prioritárias de estuque não constituiriam um abuso de posição dominante (n.ºs 141 a 147 da decisão, n.ºs 78 a 98 do acórdão do Tribunal de Primeira Instância, n.ºs 64 a 78 do presente recurso)

70. Segundo a decisão da Comissão, a BG cometeu um abuso de posição dominante ao adoptar uma política geral de dilatação dos prazos de entrega de *estuque* e ao aceitar fornecer esse produto prioritariamente aos clientes «fiéis» de placas de estuque, isto é, àqueles que não comercializavam *placas de estuque* importadas. Tal prática causaria, segundo a Comissão, um prejuízo tanto maior quanto o estuque é uma mercadoria em relação à qual é difícil mudar de fontes de abastecimento. Esse critério de selecção discriminatória dos comerciantes que beneficiavam de entregas prioritárias não teria outro objectivo senão o de os encorajar a vender apenas placas de estuque da BG e a excluir do mercado as placas importadas.

46 — N.º 25.

47 — *Ibidem*.

71. O Tribunal de Primeira Instância confirmou, quanto a este ponto, a decisão da Comissão salientando que «Um... critério, que consiste em assegurar prestações equivalentes em condições desiguais, apresenta, em si mesmo, um carácter anticoncorrencial em razão do objectivo discriminatório que prossegue e do efeito de exclusão que dele pode resultar»⁴⁸, e isto num mercado em que a empresa está em situação de posição dominante e onde a concorrência está, por conseguinte, «já enfraquecida»⁴⁹, esclarecendo-se que, no mercado do estuque, os clientes estão em situação de dependência em relação ao seu fornecedor.

72. As sociedades recorrentes sustentam que o Tribunal de Primeira Instância teria condenado um abuso num mercado onde elas não estão em situação de posição dominante (o do estuque) porque teria tido efeitos no mercado em que elas estão nessa posição (o das placas de estuque).

73. Ora, a Comissão não podia inferir de certas práticas no mercado do estuque em que não há posição dominante um abuso de posição dominante no mercado, distinto, das placas de estuque.

74. Esse comportamento no mercado do estuque não seria em caso algum penalizador para os clientes, a quem era fácil, num

mercado aberto à concorrência, passar de um fornecedor de estuque para outro.

75. A este propósito, a afirmação segundo a qual as possibilidades de substituição do produto são pequenas, tendo em conta as suas características notórias, e segundo a qual o comprador de estuque estaria dependente do seu fornecedor, não estaria demonstrada.

76. A questão das entregas prioritárias de estuque deve conduzir-nos a uma releitura atenta tanto da decisão da Comissão como do acórdão do Tribunal de Primeira Instância.

77. Não se afirma em parte alguma que a BPB e a BG estavam em situação de posição dominante no mercado do estuque e o Tribunal de Primeira Instância convenceu-nos de que essa questão era indiferente para a solução do litígio.

78. Com efeito, foi apurado — sem que essas considerações de facto (que não está provado terem levado a deturpação) possam ser postas em causa perante o Tribunal de Justiça — que:

1) os clientes da BG afectados por essas práticas estão presentes simultaneamente no

48 — N.º 94.

49 — N.º 95.

mercado do estuque e no das placas de estuque⁵⁰. Há, portanto, conexão entre os dois mercados;

2) *no mercado das placas de estuque:*

a) a BG tentou conseguir a fidelidade dos clientes deste produto que não recorriam às placas importadas reservando-lhes entregas prioritárias de estuque;

b) é *difícil* ao comprador de estuque mudar de fornecedor, porque as propriedades do estuque podem mudar e o cliente não aceita forçosamente essa mudança de fornecedor. Os clientes estão portanto, nesse mercado, em situação de dependência em relação ao seu fornecedor⁵¹.

79. Daqui resulta que a prioridade dada aos clientes «fiéis» que recusavam as importações de placas de estuque podia ter um efeito dissuasor real e levar os clientes da BG a renunciar às placas de estuque importadas para poderem ser abastecidos em estuque em boas condições de prazo.

80. Como se vê, o critério adoptado para as entregas prioritárias não é objectivo: ao penalizar os seus compradores de estuque que não lhe eram «fiéis» no mercado das placas de estuque, a BG tinha claramente por política afastar do mercado da Grã-Bretanha as placas importadas, dissuadindo os seus co-contratantes de a elas recorrerem e, portanto, afectar o funcionamento do mercado das placas de estuque.

81. Por conseguinte, o Tribunal de Primeira Instância fez uma aplicação correcta do artigo 86.º, n.º 2, alínea c), do Tratado CEE, demonstrando a existência de «condições desiguais» aplicadas a «prestações equivalentes».

82. A Comissão e o Tribunal de Primeira Instância podiam tomar em conta um abuso praticado num mercado que não é aquele em que a posição dominante foi identificada?

83. Esta questão é familiar ao Tribunal de Justiça, que lhe responde pela positiva quando haja um elemento de conexão entre os dois mercados. Remetemos aqui para os acórdãos ICI e Commercial Solvents/Comissão⁵², de 3 de Outubro de 1985, CBEM/CLT e IPB⁵³, AKZO/Comissão⁵⁴, de 10 de Dezembro de 1991, *Merci conven-*

50 — N.º 93 do acórdão recorrido.

51 — *Ibidem*.

52 — Já referido na nota 18, n.ºs 21 e 22.

53 — 311/84, Recueil, p. 3261, n.ºs 23 e 25.

54 — Já referido na nota 38, n.ºs 39 a 45.

zionali porto di Genova⁵⁵, e de 13 de Dezembro de 1991, GB-Inno-BM⁵⁶.

de entrega não teria excedido um dia) ao não aplicar uma coima por essa razão.

84. Assim, a AKZO adoptou comportamentos abusivos no mercado dos aditivos para a farinha a fim de conservar a sua posição dominante no mercado — distinto — dos peróxidos orgânicos⁵⁷. O Tribunal admitiu que podia existir abuso de posição dominante em tal caso⁵⁸.

Quanto ao quarto fundamento

Ao não divulgar certos documentos, a Comissão teria violado os direitos de defesa (n.ºs 21 a 35 do acórdão do Tribunal de Primeira Instância, n.ºs 79 a 100 do presente recurso)

85. Na nossa hipótese, os nexos estreitos entre o mercado das placas de estuque e o do estuque permitiram à BG, pelo abuso cometido neste último mercado (dilação dos prazos de entrega), reforçar a sua posição dominante no mercado das placas de estuque.

86. Saliente-se, finalmente, que o Tribunal de Primeira Instância teve em conta o carácter limitado do abuso (a ultrapassagem do prazo

87. Baseando-se nos seus acórdãos de 17 de Dezembro de 1991, Hercules Chemicals/Comissão⁵⁹, e de 18 de Dezembro de 1992, Cimenteries CBR e o./Comissão⁶⁰, o Tribunal de Primeira Instância recordou que as empresas implicadas num processo têm a faculdade de tomar conhecimento dos elementos dos autos que lhes dizem respeito e que a Comissão tem a obrigação de lhes tornar acessível todos os documentos contra e a favor que obteve durante o inquérito, sob reserva dos segredos comerciais de outras empresas, documentos internos da Comissão e outras informações confidenciais⁶¹. O Tribunal de Primeira Instância observou que

55 — C-179/90, Colect., p. I-5889.

56 — C-18/88, Colect., p. I-5941.

57 — V. n.º 43 a 45 do acórdão.

58 — Para outra hipótese nesse sentido, v. a Decisão 92/163/CEE da Comissão, de 24 de Julho de 1991, relativa a um processo de aplicação do artigo 86.º do Tratado CEE (IV-31.043 — Tetra Pak II) (JO 1992, L 72, p. 1, n.º 104 *in fine*), e o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Outubro de 1994, Tetra Pak/Comissão (T-83/91, Colect., p. II-755, n.º 109 a 122).

59 — T-7/89, Colect., p. II-1711. Esta decisão é objecto de um recurso para o Tribunal de Justiça (processo C-51/92 P).

60 — T-10/92, T-11/92, T-12/92 e T-15/92, Colect., p. II-2667.

61 — N.º 29 do acórdão recorrido.

a comunicação das acusações continha em anexo uma lista discriminada dos 2 095 documentos que constituíam o processo da Comissão, especificando em relação a cada documento ou grupo de documentos se eles eram ou não acessíveis aos recorrentes, e identificou seis categorias de documentos em relação aos quais o acesso fora total ou parcialmente recusado ⁶²:

- os documentos de carácter puramente interno da Comissão;
- certas trocas de correspondência com empresas terceiras;
- certas trocas de correspondência com os Estados-Membros;
- certos estudos e informações publicados;
- certos relatórios de verificações;
- uma resposta a um pedido de informações.

88. O Tribunal de Primeira Instância classificou estas seis categorias em dois grupos: os documentos internos, as trocas de correspondência com os Estados-Membros e documentos publicados, por um lado; uma parte da queixa e informações comunicadas por empresas terceiras que tinham pedido que a sua confidencialidade fosse preservada, por outro.

89. Quanto a estes últimos documentos, o Tribunal de Primeira Instância considerou que a Comissão, respeitando o pedido de confidencialidade que lhe tinha sido apresentado, tinha com razão recusado comunicá-los, pelo motivo de que a empresa investigada, cuja posição dominante não era contestada, era «... por esse facto susceptível de adoptar medidas de retaliação contra uma empresa concorrente, um fornecedor ou um cliente que tenha colaborado na instrução efectuada pela Comissão» ⁶³.

90. Para concluir pela existência de uma violação dos direitos de defesa, a BPB e a BG baseiam-se nos seguintes aspectos:

- 1) a Comissão tinha a obrigação de tornar acessível às empresas implicadas todos os documentos contra e a favor que constam dos seus processos e que não revestem carácter confidencial;

62 — N.º 32 do acórdão recorrido.

63 — N.º 33 do acórdão recorrido.

2) o Tribunal de Primeira Instância deveria ter examinado ele próprio os documentos que constam do processo. Ora, nem sempre teve acesso a eles;

3) aprovou o facto de a Comissão não ter divulgado determinados documentos apenas pelo motivo *insuficiente* de que, em caso de divulgação destes, haveria o risco de serem tomadas medidas de retaliação contra quem forneceu as informações;

Com efeito, uma empresa não pode ser privada dos seus direitos de defesa apenas pelo motivo de que existe um risco de a divulgação das informações a incitar a tomar medidas de retaliação;

4) a Comissão teria podido simultaneamente salvaguardar os direitos de defesa das empresas em causa e o anonimato da fonte, elaborando, por exemplo, um resumo não confidencial.

91. Este último fundamento incide sobre uma questão-chave do direito comunitário: qual será a extensão do direito de uma empresa ter acesso ao processo da Comissão aquando da fase administrativa contraditória (após a comunicação das acusações) dos procedimentos baseados nos artigos 85.º e 86.º do Tratado?

92. As recorrentes não contestam o direito de acesso aos documentos contra e a favor, tal como o Tribunal de Primeira Instância o consagrou. Consideram que documentos classificados como confidenciais deveriam ter-lhes sido comunicados.

93. Parece-nos que o Tribunal de Justiça não pode responder quanto a esse último ponto sem tomar posição sobre toda a fundamentação do Tribunal de Primeira Instância quanto ao direito de acesso ao processo. Essa questão necessita igualmente da apreciação do Tribunal, na sequência da posição adoptada pelo Tribunal de Primeira Instância nos acórdãos *Hercules Chemicals/Comissão* e, sobretudo, *Cimenteries CBR e o./Comissão*⁶⁴.

94. Uma observação feita por O. Due, num artigo publicado em 1987⁶⁵, mantém toda a actualidade:

«... a jurisprudência do Tribunal de Justiça não deu até agora uma resposta clara e suficiente à questão do *acesso das partes ao processo* administrativo, e a elaboração de tal resposta seria uma tarefa bastante delicada para o Tribunal de Justiça»⁶⁶.

64 — Já referidos.

65 — Em «Le respect des droits de la défense dans le droit administratif communautaire», *CDE*, 1987, p. 383.

66 — P. 396.

95. Diferentemente do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas ⁶⁷, nem o Regulamento n.º 17 nem o Regulamento n.º 99/63/CEE ⁶⁸ prevêem o acesso à totalidade do processo para as empresas investigadas pela Comissão por infracção aos artigos 85.º e 86.º do Tratado.

96. Em matéria de acesso ao processo durante a fase administrativa, a jurisprudência do Tribunal de Justiça pode ser esquematizada através dos princípios seguintes:

1) Não há direito absoluto à comunicação da totalidade do processo ⁶⁹:

«... embora o respeito dos direitos de defesa exija que a empresa interessada

tenha tido a possibilidade de dar a conhecer utilmente o seu ponto de vista sobre os documentos considerados pela Comissão nas conclusões que estão na base da sua decisão, não há disposições que imponham à Comissão a obrigação de divulgar os seus processos às partes interessadas» ⁷⁰.

2) Só os documentos em que a Comissão se baseou para tomar a sua decisão devem ser comunicados, para permitir assegurar o respeito dos direitos de defesa. Esse princípio tem o seu fundamento nos artigos 19.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17 e 4.º do Regulamento n.º 99/73 ⁷¹, que constituem aplicação de um «princípio fundamental do direito comunitário» que deve ser observado mesmo quando se trate de um procedimento de carácter administrativo ⁷²; a empresa acusada deve ter tido a possibilidade de dar a conhecer utilmente o seu ponto de vista sobre os documentos considerados pela Comissão em apoio das suas acusações, muito particularmente quando corre o risco de lhe ser aplicada uma coima.

67 — JOL 395, p. 1. O artigo 18.º, n.º 3, dispõe que: «Pelo menos as partes directamente interessadas terão acesso ao *dossier*, garantindo-se simultaneamente o legítimo interesse das empresas em que os seus segredos comerciais não sejam divulgados.» V., igualmente neste sentido, o artigo 21.º do decreto francês 86-1243 de 1 de Dezembro de 1986 (JORF de 9.12.1986).

68 — Regulamento da Comissão de 25 de Julho de 1963 relativo às audições referidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 (JO 1963, 127, p. 2268; EE 08 F1 p. 62).

69 — Acórdãos de 13 de Julho de 1966, Consten e Grundig/Comissão (56/64 e 58/64, Recueil, pp. 429, 491); de 15 de Julho de 1970, ACF Chemiefarma/Comissão (41/69, Recueil, p. 661, n.º 42); de 15 de Julho de 1970, Buchler/Comissão (44/69, Recueil, p. 733, n.º 15); de 15 de Julho de 1970, Boehringer Mannheim/Comissão (45/69, Recueil, p. 769, n.º 15); de 17 de Janeiro de 1984, VBVB e VBVB/Comissão (43/82 e 63/82, Recueil, p. 19, n.º 25), e AKZO/Comissão, já referido, n.º 16. V. igualmente o n.º 52 do acórdão Hercules Chemicals/Comissão, já referido. Segundo Schröter e Jakob-Siebert, «Ein allgemeines Recht der Unternehmen auf Akteneinsicht besteht de lege lata nicht», *Kommentar zum EWG-Vertrag*, Groeben-Thiesing-Ehlermann, 4.ª edição, artigo 87.º, n.º 39.

Inversamente, a comunicação dos documentos do processo em que a

70 — N.º 25 do acórdão VBVB e VBVB/Comissão, já referido na nota anterior.

71 — Já referido.

72 — Acórdãos Consten e Grundig, já referido; de 14 de Julho de 1972, Francolor/Comissão (54/69, Recueil, p. 851, n.º 23); Hoffmann-La Roche/Comissão, já referido, n.ºs 9 e 11; de 7 de Junho de 1983, Musique Diffusion française e o./Comissão (100/80, 101/80, 102/80 e 103/80, Recueil, p. 1825, n.ºs 27 a 30); Michelin/Comissão, já referido na nota 36, n.º 7; VBVB e VBVB/Comissão, já referido, n.º 25, e AKZO/Comissão, já referido, n.º 16;

Comissão não se baseou para articular as suas acusações é deixada à livre apreciação desta ⁷³.

3) O recorrente só pode censurar à Comissão uma falta de comunicação de documentos indicando elementos que permitam demonstrar que a Comissão se baseou em documentos não comunicados ⁷⁴.

4) Em aplicação da teoria do vício essencial, cabe-lhe provar que o resultado teria sido diferente se o documento tivesse sido comunicado ⁷⁵.

5) Os documentos abrangidos pelo segredo profissional não são comunicáveis, em aplicação do artigo 20.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17. A Comissão não pode considerá-los em apoio da sua decisão ⁷⁶.

73 — V., neste sentido, Lenz e Grill «Zum Recht auf Akteneinsicht im EG-Kartellverfahrensrecht», *Festschrift A. Deringer*, pp. 310, 315.

74 — Acórdão Michelin/Comissão, já referido na nota 36, n.º 7 e 9.

75 — V. n.º 30 do acórdão Musique Diffusion française e o./Comissão, já referido na nota 72.

76 — Acórdãos AKZO/Comissão, já referido, n.º 21; Hoffmann-La Roche/Comissão, já referido, n.º 14; de 25 de Outubro de 1983, AEG/Comissão (107/82, Recueil, p. 3151), e Michelin/Comissão, já referido, n.º 8. V. igualmente O. Due, *op. cit.*, p. 390: «Se a Comissão entende não poder comunicar um documento na totalidade à empresa em causa por razões de confidencialidade e de protecção do segredo comercial, deve no entanto renunciar à utilização desse documento como meio de prova.»

A possibilidade para a empresa em causa de fazer valer o seu ponto de vista seria por isso afectada.

6) Em caso de não comunicação de um documento pela Comissão, cabe à empresa em causa provar que foi privada de elementos necessários à sua defesa ⁷⁷, ou que existem indícios concretos que permitem supor que a Comissão utilizou documentos de que a empresa não teve conhecimento e que a Comissão deles tirou conclusões.

Nunca foi admitido que a empresa acusada pudesse contestar *durante o procedimento administrativo* uma recusa da Comissão de lhe comunicar um documento.

O Tribunal de Primeira Instância considera essa recusa um acto preparatório que não pode ser objecto de recurso jurisdiccional distinto do interposto da decisão final ⁷⁸.

77 — Acórdãos de 29 de Outubro de 1980, Van Landewyck e o./Comissão («Fedetab») (209/78, 210/78, 211/78, 212/78, 213/78, 214/78, 215/78 e 218/78, Recueil, p. 3125, n.º 39); AEG/Comissão, já referido na nota anterior, n.º 24, e VBVB e VBBB/Comissão, já referido, n.º 24.

78 — Acórdão Cimenteries CBR e o./Comissão, já referido, n.º 42.

7) Os terceiros queixosos não podem em caso algum obter comunicação de documentos que contêm segredos comerciais. Diferentemente da hipótese anterior, admite-se que a empresa que se opõe à comunicação pela Comissão, a uma empresa terceira, de um documento que ela entende conter um segredo comercial, pode contestar essa decisão perante o órgão jurisdicional comunitário independentemente da decisão de mérito⁷⁹. A razão disso é que o prejuízo causado pela comunicação de um documento considerado confidencial pelo tribunal seria irreparável: não pode ser sanado pela confirmação ou pela anulação da decisão. O terceiro não pode invocar o respeito dos direitos de defesa, mas apenas um direito à protecção dos seus interesses legítimos⁸⁰.

97. Como se vê, através da jurisprudência do Tribunal de Justiça, o direito de acesso ao processo é inseparável do princípio do respeito dos direitos de defesa e condicionado por ele.

98. Pôde assim escrever-se que «esse direito de acesso não é um fim em si, mas permite concretizar o direito ao respeito dos direitos de defesa em determinados processos»⁸¹.

79 — Acórdão de 24 de Junho de 1986, AKZO Chemie/Comissão (53/85, Colect., p. 1965).

80 — Acórdão de 17 de Novembro de 1987, BAT e Reynolds/Comissão (142/84 e 156/84, Colect., p. 4487, n.º 20): «... os direitos processuais destes (queixosos) não são tão amplos como o direito de defesa das empresas que são objecto do inquérito».

81 — Lenz e Grill, *op. cit.*, p. 318.

99. Existirá agora um princípio geral de direito comunitário que imponha à Comissão que permita à empresa acusada tomar conhecimento de todos os documentos do processo, causem ou não prejuízo, sejam ou não contra, sob reserva do segredo comercial de outros empresários, de documentos internos da Comissão e de outras informações confidenciais?

100. O acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de Dezembro de 1991, Hercules Chemicals/Comissão⁸², poderia levar a pensar isso quando afirma que:

«... a Comissão tem obrigação de tornar acessível às empresas implicadas num processo para aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado CEE, o conjunto dos elementos contra e a favor que recolheu no decurso das diligências de instrução, com a ressalva dos segredos comerciais de outras empresas, documentos internos da Comissão e outras informações confidenciais»⁸³.

101. Pensamos, todavia, que este acórdão se inscreve na linha da jurisprudência anterior na qual, aliás, se baseia, ao lembrar que «... não existem disposições prescrevendo à

82 — Já referido. V. igualmente os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Março de 1992, Hüls/Comissão (T-9/89, Colect., p. II-499, n.º 49), Hoechst/Comissão (T-10/89, Colect., p. I-629, n.º 54), e Chemie Linz/Comissão (T-15/89, Colect., p. II-1275, n.º 54).

83 — N.º 54.

Comissão a obrigação de divulgar os autos às partes interessadas»⁸⁴.

102. O acórdão declara que, para além de quaisquer disposições de direito comunitário coercivas e «... que ultrapassam as exigências formuladas pelo Tribunal de Justiça»⁸⁵, a própria Comissão se comprometeu, no *Décimo Segundo Relatório sobre a Política da Concorrência*, a comunicar às empresas os documentos contra e os documentos a favor constantes do processo que lhes diz respeito: «(a Comissão) concede às empresas... a faculdade de tomar conhecimento do processo que lhes diz respeito»⁸⁶. Por outras palavras, o Tribunal de Primeira Instância não diz que o procedimento anunciado no *Décimo Segundo Relatório* era necessário para garantir o respeito dos direitos de defesa, mas lembra que a Comissão deve respeitar os seus compromissos⁸⁷.

103. A posição adoptada pela Comissão no seu *Décimo Segundo Relatório* assenta todavia num fundamento jurídico precário. Como Lenz e Grill⁸⁸ salientaram, uma autoridade que impõe regras a si mesma pode a todo o momento alterá-las⁸⁹.

84 — N.º 52.

85 — N.º 53.

86 — P. 40 do Relatório, n.º 34.

87 — V, no mesmo sentido, Ehlermann, C. D.: «Developments in Community Competition Law Procedures», in *Droits de la défense et droits de la Commission dans le droit communautaire de la concurrence* — Actas do colóquio organizado em 24 e 25 Janeiro de 1994 pela Association européenne des avocats, Bruylant, 1994, pp. 201 e 202.

88 — *Op. cit.*, p. 326.

89 — V. igualmente Joshua, J. M.: «The right to be heard in EEC competition procedures»: «The statement has no statutory or regulatory force, and the Commission expressly reserved the possibility of adjusting its practice in this area in the light of experience», *Fordham International Law Journal*, volumes 15 e 16, 1991-1992, pp. 16, 49.

104. O que equivale a dizer que a obrigação de comunicar a totalidade do processo fica à discrição da Comissão, que impõe isso a si própria enquanto não reconsiderar a posição adoptada no *Décimo Segundo Relatório*.

105. Apesar de tal alteração chocar com o princípio da confiança legítima, que as empresas estariam, em nossa opinião, no direito de opor à Comissão, não pensamos que o parecer emitido pela Comissão nos relatórios sobre a política de concorrência possa constituir um fundamento jurídico satisfatório para o direito de acesso ao processo.

106. Pensamos descortinar no acórdão Cimenteries CBR e o./Comissão⁹⁰ uma evolução na jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância. Essa decisão, diferentemente do acórdão Hercules, já não faz referência ao princípio recordado no n.º 25 do acórdão VBVB e VBBB e, para reconhecer às empresas implicadas num procedimento de aplicação do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado um direito de acesso aos documentos contra e a favor constantes do processo, já não se baseia somente na «Selbstbindung»⁹¹ da Comissão vinculada pelos compromissos que ela própria assumiu no *Décimo Segundo Relatório*

90 — Já referido.

91 — Aliás só referida incidentalmente («Deve aliás...», n.º 40, sublinhado nosso).

sobre a Política de Concorrência. O acórdão afirma como princípio que:

«O acesso ao processo é... uma das garantias processuais destinadas a proteger os direitos da defesa e a assegurar, designadamente, o exercício efectivo do direito a ser ouvido, consagrado nos artigos 19.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento n.º 17, e 2.º do Regulamento n.º 99/63. De onde se conclui que o direito de acesso ao processo constituído pela Comissão se justifica pela necessidade de garantir às empresas em causa a possibilidade de se defenderem eficazmente das acusações contra ela formuladas na CA (comunicação de acusações)»⁹².

107. Este ponto é retomado literalmente no acórdão recorrido⁹³.

108. Deverá aprovar-se esta evolução?

92 — N.º 38. Notar igualmente a fórmula inequívoca do n.º 47 do acórdão «... se, por hipótese, o Tribunal viesse reconhecer, no quadro de um recurso de uma decisão que pusesse fim ao processo, a existência de um direito de acesso completo ao processo que não tivesse sido respeitado e, por isso mesmo, viesse a anular a decisão final da Comissão por violação dos direitos da defesa, seria o conjunto do processo que ficaria ferido de ilegalidade» (sublinhado nosso).

93 — N.º 30.

109. As posições reticentes não carecem de argumentos⁹⁴: vê-se com dificuldade a Comissão esconder documentos a favor que estarão aliás, o mais das vezes, em poder da própria empresa acusada. Certos elementos do processo podem só ter uma relação remota com a decisão adoptada.

110. Pensamos que a posição adoptada pelo Tribunal de Primeira Instância nos acórdãos Cimenterie CBR e o./Comissão e BPB/ /Comissão deve ser aprovada.

111. O acesso aos documentos contra e a favor permite não somente verificar que a Comissão não ignorou estes últimos (o que é improvável), mas sobretudo que os avaliou com exactidão.

112. Erigir em princípio fundamental do direito comunitário o direito de acesso ao processo na fase contraditória dos procedimentos baseados nos artigos 85.º e 86.º do Tratado é, aliás, dar seguimento a uma evolução já muito adiantada.

94 — V. Joshua, J. M.: «Balancing the Public Interests: Confidentiality, Trade Secret and Disclosure of Evidence in EC Competition Procedures», 1994, 2 *ECLR*, pp. 68, 71, que invoca designadamente a jurisprudência do Supremo Tribunal dos Estados Unidos (nota 18).

113. Em primeiro lugar, não será paradoxal que este direito seja institucionalizado, reconhecido e aplicado no domínio das concentrações, onde precisamente, tratando-se de um controlo *a priori*, a questão da confidencialidade é particularmente sensível? A exploração de uma estratégia futura, dos dados quantitativos sobre a situação presente e futura da empresa parecem-nos ser informações tão dignas de ser protegidas como as fornecidas no âmbito da fiscalização jurisdicional, efectuada *à posteriori*, de um acordo, decisão ou prática concertada ou de uma posição dominante — como o volume de negócios da empresa acusada quatro anos antes.

114. Em segundo lugar, será indiferente que o direito da concorrência de certos Estados-Membros tenha consagrado tal princípio⁹⁵? Refira-se também aqui um paradoxo. O direito de acesso ao processo poderá continuar limitado quando o domínio é europeu e a sanção em que se incorre é calculada em

95 — Para nos atermos ao exemplo francês, o respeito do princípio do contraditório nos processos levados ao Conselho da Concorrência necessita da comunicação do processo na integralidade. O decreto de 1 de Dezembro de 1986, referido na nota 67, reserva todavia o caso do segredo comercial. V. o acórdão da cour d'appel de Paris (1ere chambre, section concurrence) de 30 de Junho de 1988, Syndicat national des courtiers d'assurances, BOCCRF n.º 14 de 9 de Julho de 1988. Em direito alemão, o direito de acesso ao processo é regulamentado pelo n.º 71 da «Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen» nos «Beschwerdeverfahren», pelo n.º 29 da «Verwaltungsverfahrensgesetz» nos «Verwaltungsverfahren» e pelo n.º 147 da «Strafprozessordnung» nos «Bußgeldverfahren». O direito de acesso ao processo é particularmente amplo nesta última hipótese. Esse direito tem o seu fundamento no artigo 103.º, primeiro parágrafo, da «Grundgesetz» relativo aos direitos de defesa. V. Schmidt, K., *Drittschutz, Akteneinsicht und Geheimnisschutz im Kartellverfahren*, C. Heymanns Verlag, 1992, e Rohlfing, S.: *Das kartellrechtliche Untersuchungsverfahren nach deutschem, französischem und europäischem Kartellrecht — und die Berücksichtigung der Verteidigungsrechte*, Lang, 1989, pp. 148 e segs. Sobre os princípios aplicáveis em direito inglês, v. as observações de Joshua, J. M., em «Information in EEC Competition Law Procedures», *ELR*, 1986, volume 11, pp. 409, 418.

milhões de ecus, quando este direito de acesso é total para processos puramente nacionais com riscos financeiros limitados?

115. Em terceiro lugar, vemos tanto menos obstáculos à sua consagração como princípio fundamental do direito comunitário quanto a Comissão não hesita em impô-lo a si mesma. Com o *XXIII Relatório sobre a Política da Concorrência* de 5 de Maio de 1994⁹⁶, esta, com efeito, enveredou resolutamente pela via da transparência:

«Juntamente com a comunicação de acusações a Comissão envia uma cópia de todos os documentos em que se baseia para estabelecer a existência de uma infracção. Envia igualmente todos os documentos que, após um cuidadoso exame do processo, parecem contrariar ou contradizer as conclusões da Comissão (habitualmente designados por 'exculpatory documents'). Caso uma empresa apresente seguidamente um pedido fundamentado para que a Comissão reexamine o seu processo, a fim de determinar se possui ou não quaisquer documentos suplementares relativos a um assunto específico que a empresa considere útil para a sua defesa, a Comissão fá-lo-á e enviará à empresa os referidos documentos»⁹⁷.

116. Convidamos, por conseguinte, o Tribunal a completar a evolução dos acórdãos do

96 — COM(94) 161 final.

97 — N.º 202, *in fine*.

Tribunal de Primeira Instância Cimenteries CBR e o./Comissão e BPB/Comissão, e a consagrar, para lá do próprio texto do Regulamento n.º 17 e como corolário do princípio do respeito dos direitos de defesa, o princípio fundamental do direito de a empresa incriminada ter acesso à totalidade do processo, com reserva dos segredos comerciais de outras empresas, dos documentos internos da Comissão⁹⁸ e outras informações confidenciais.

117. Este princípio fundamental do direito de acesso aos elementos do processo deve ser cuidadosamente delimitado⁹⁹. Ele pressupõe que a Comissão tenha a possibilidade de utilizar uma *reserva de confidencialidade*, que lhe permite aliar a eficácia da sua acção ao respeito dos direitos de defesa e ao respeito dos direitos de terceiros. Esta reserva tem o seu fundamento nos artigos 20.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, e 214.º do Tratado CE. A Comissão é tanto mais incitada a fazer dele uma utilização cuidadosa quanto uma violação da confidencialidade pode dar lugar a acções de responsabilidade com consequências particularmente pesadas. O acórdão do Tribunal de Justiça de 7 de Novembro de 1985, Adams/Comissão¹⁰⁰, é particularmente significativo a este respeito.

98 — Assim, o direito de acesso ao processo da Comissão não inclui a comunicação do parecer do comité consultivo, que não é tornado público em conformidade com o artigo 10.º, n.º 6, do Regulamento n.º 17 (acórdão *Musique Diffusion française/Comissão*, já referido, n.º 36) ou a tomada de posição do comissário auditor (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 24 de Outubro de 1991, *Petrofina/Comissão*, T-2/89, Colect., p. II-1087, n.º 55).

99 — V., quanto a este ponto, o *XXIII Relatório sobre a Política da Concorrência*, já referido, n.º 202.

100 — 145/83, Recueil, p. 3539.

118. A utilização dessa reserva deve ser colocada sob a fiscalização do juiz comunitário chamado a pronunciar-se sobre a legalidade da decisão definitiva da Comissão¹⁰¹, único que está em condições de avaliar se um documento qualificado de confidencial pela Comissão podia ser qualificado dessa forma. Subscrevemos a observação do professor Vandensanden:

«A não divulgação de determinados documentos por razões de confidencialidade, do segredo comercial ou do seu carácter puramente interno não pode ser deixada à exclusiva apreciação da Comissão devido ao seu papel de inquiridor e de acusador»¹⁰².

119. Não pode aqui exigir-se da empresa acusada uma argumentação elaborada ou um conjunto de indícios quanto aos efeitos que terá na decisão adoptada um documento que, por hipótese, não lhe foi nunca comunicado, cujo conteúdo ignora, e de que conhece apenas o número e o título, em suma, uma «*probatio diabolica*». Exigir do particular que faça a prova de que, se tivesse tido acesso ao

101 — No estado actual do direito comunitário, não é concebível, em nossa opinião, que um contencioso sobre a comunicação dos documentos se inicie antes da decisão final da Comissão sem uma revisão do Regulamento n.º 17 e uma redefinição do estatuto do consultor auditor. O acórdão *Cimenteries CBR e o./Comissão* deve, nesse aspecto, ser aprovado. Salientemos que aqui nem todos os riscos são para as empresas mas para a Comissão, que poderia ver, depois de o processo ter chegado ao termo, a sua decisão invalidada por uma não comunicação de documentos não justificada.

102 — Vandensanden, G.: «L'importance des droits de la défense en droit communautaire de la concurrence», *Actes du colloque sur les procédures en matière de concurrence*, organizado em 16 e 17 de Setembro de 1993 pela DG IV da Comissão, p. 20.

documento não comunicado, teria podido modificar a sua defesa e teria talvez obtido uma decisão diferente, é deixar fora do âmbito da investigação do tribunal um aspecto que não deveria escapar ao seu poder de fiscalização: o órgão jurisdicional comunitário deve poder verificar se o direito de acesso ao processo, tomado em si mesmo enquanto direito fundamental, foi ou não respeitado¹⁰³, quaisquer que tenham podido ser os efeitos de uma violação desse direito na decisão final.

120. Mas é necessário que a empresa em causa não possa contestar levemente a não comunicação de qualquer documento. É necessário que o documento em causa seja identificado¹⁰⁴ e tenha tido alguma possibilidade — mesmo reduzida — de ser favorável ao recorrente e de ser «... *relevante para o seu direito a ser ouvido*»¹⁰⁵.

103 — Recorde-se o n.º 24 do acórdão AEG/Comissão, já referido, segundo o qual não compete à Comissão «... apreciar se um documento ou uma parte de um documento era ou não útil para a defesa da empresa interessada».

104 — Acórdão VBVB e VBBB/Comissão, já referido, n.º 24.

105 — A expressão é utilizada pela Comissão no n.º 122 da sua Decisão 94/601/CE, de 13 de Julho de 1994, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CE (IV/C/33.833 — Cartão) (JO L 243, p. 1, sublinhado nosso) e no n.º 202 da *XXIII Relatório sobre a Política da Concorrência* já referido. V. igualmente o n.º 38 do acórdão Cimenteries CBR e o n.º 30 do acórdão impugnado, que referem «... a necessidade de garantir às empresas em causa a possibilidade de se defenderem eficazmente...» (sublinhado nosso). Esta solução pode ser comparada com a adoptada pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem no acórdão de 24 de Fevereiro de 1994, Bendenoun/França (série A, n.º 284), a propósito de uma não comunicação de documentos em que a administração aduaneira não se tinha baseado: «O Tribunal não exclui que em tal circunstância a noção de processo equitativo possa ainda assim comportar a obrigação, para o fisco, de aceitar fornecer ao particular determinados documentos, ou mesmo a totalidade, do seu processo. Mas é necessário, pelo menos, que o interessado tenha feito acompanhar o seu pedido, ainda que sumariamente, de uma fundamentação específica.» N.º 52, sublinhado nosso.

121. Pensamos que, quando a empresa acusada contesta no Tribunal de Primeira Instância, no quadro do recurso de anulação da decisão definitiva da Comissão, a classificação como documento confidencial ou a recusa da Comissão de comunicar um documento do processo, cabe ao Tribunal pedir o documento e examiná-lo. Todavia, não pode ser esse o caso quando os documentos em causa são, *por natureza, insusceptíveis de divulgação*.

122. Note-se, finalmente, que o contencioso relativo ao acesso ao processo não pode dar lugar a manobras dilatórias. Actos da Comissão que recusem o acesso ao processo são impugnáveis apenas juntamente com a decisão de fundo, depois de o procedimento administrativo ter terminado¹⁰⁶.

123. É à luz dos princípios assim identificados que convidamos o Tribunal de Justiça a examinar o quarto fundamento do recurso.

124. É pacífico que a Comissão comunicou à empresa acusada a totalidade dos documentos a seu favor e contra, excluindo seis categorias de documentos: i) documentos puramente internos da Comissão, ii) certas trocas

106 — V. acórdão Cimenteries CBR e o./Comissão, já referido.

de correspondência com empresas terceiras, iii) certas trocas de correspondência com os Estados-Membros, iv) certos estudos e informações publicados, v) certos relatórios de verificações e vi) uma resposta a um pedido de informações, formulado ao abrigo do artigo 11.º do Regulamento n.º 17¹⁰⁷.

125. É evidente que a BG não se queixa da não comunicação de um documento que a incrimina, mas do facto de os documentos não divulgados poderem ter sido úteis à sua argumentação¹⁰⁸.

126. Ora, é *manifesto* que os documentos não divulgados entram nas categorias de documentos que a Comissão pode, legitimamente, recusar comunicar.

127. Os documentos internos da Comissão, como os projectos de decisão ou as trocas de correspondência com os Estados-Membros, não são elementos de prova.

128. Os estudos e as informações publicados não são já, por definição, confidenciais, e a BG pôde ter delas conhecimento.

129. Por outro lado, não vemos como, na hipótese de um abuso de posição dominante, as trocas de correspondência entre a Comissão e empresas terceiras, como as empresas concorrentes, os fornecedores ou os clientes da BG poderiam ser documentos comunicáveis.

130. Com efeito, por natureza, a empresa em posição dominante está em condições de exercer pressões de ordem económica ou comercial sobre os seus concorrentes. Como já se observou correctamente, «... a necessidade de preservar a ordem pública económica... implica que as empresas terceiras que entregam à Comissão, durante inquéritos efectuados por esta, documentos acerca dos quais têm razões para pensar que a sua entrega seria susceptível de estar na origem de represálias contra elas, possam fazê-lo sabendo que o seu pedido de confidencialidade será tomado em consideração. Caso contrário, com efeito, poder-se-ia récear que as empresas, entendendo que as garantias de que dispõem não são suficientes, se abstivessem de entregar espontaneamente tais documentos à Comissão»¹⁰⁹.

131. Foi, portanto, com razão, em nossa opinião, que, excepcionalmente sem examinar os documentos em causa, o Tribunal de Primeira Instância justificou a recusa da sua comunicação pelo facto de uma empresa em posição dominante no mercado poder adop-

107 — V. n.ºs 31 e 32 do acórdão recorrido.

108 — N.º 22 do acórdão recorrido.

109 — Geneste, B.: «La confidentialité des documents recueillis au cours de l'enquête: le cas British Gypsum», em *Droits de la défense et droits de la Commission dans le droit communautaire de la concurrence*, colóquio organizado em 24 e 25 Janeiro 1994 pela Association européenne des avocats, Bruylant, 1994, pp. 119, 124.

tar medidas de retaliação contra concorrentes, fornecedores ou clientes que tenham colaborado na instrução efectuada pela Comissão ¹¹⁰.

132. Quanto aos relatórios de verificações, resulta dos próprios escritos das recorrentes que eles dizem respeito a verificações realizadas em empresas terceiras ¹¹¹. Tais documentos não são manifestamente susceptíveis de comunicação às empresas acusadas. Com efeito, um documento susceptível de revelar infracções cometidas por terceiros, sem relação com o caso em apreço, não tem qualquer utilidade para as recorrentes ¹¹².

133. Finalmente, a Comissão pode aceitar, «... quando uma empresa solicite, por um motivo justificado, a consulta de um documento não acessível» ¹¹³ pôr à sua disposição um resumo não confidencial desse documento. As recorrentes no processo principal não podem censurar a Comissão por não ter elaborado tais relatórios quando não está provado nem que estes tenham sido solicitados nem que tal pedido se justificasse.

138. Em conclusão, propomos que seja negado provimento ao recurso, que se confirmem as coimas aplicadas e se condenem as recorrentes na totalidade das despesas, incluindo as das intervenientes.

134. É significativo que o Tribunal de Primeira Instância tenha notado que as alegações das recorrentes relativas a uma pretensa violação dos direitos de defesa tenham sido apresentadas «só... em sentido dubitativo e hipotético...» ¹¹⁴.

135. Concluimos, por conseguinte, pela rejeição deste fundamento.

136. Subsidiariamente, a BPB e a BG pedem a redução do montante das coimas ¹¹⁵. Todavia, não invocam qualquer elemento novo que o Tribunal de Primeira Instância não tivesse tomado em conta na sua apreciação da validade da decisão quanto a este ponto.

137. Estando fundamentada com exactidão e desprovida de erros de direito, a decisão do Tribunal de Primeira Instância quanto ao montante das coimas deve igualmente ser confirmada.

110 — N.º 33 do acórdão recorrido.

111 — V. n.º 82 da petição de recurso para o Tribunal de Justiça e o seu anexo 8.

112 — Em nossa opinião, o n.º 74 *ter do Décimo Terceiro Relatório sobre a Política de Concorrência* só prevê a comunicação dos relatórios de verificação ao operador económico que é objecto dessa verificação.

113 — V. n.º 25 do *Décimo Segundo Relatório sobre a Política de Concorrência*.

114 — N.º 35.

115 — N.ºs 101 e 102 da petição de recurso para o Tribunal de Justiça.