

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

13 de Fevereiro de 1979 *

No processo 85/76,

Hoffmann-La Roche & Co. AG, em Basileia, representada pelos advogados A. Deringer e J. Sedemund, do foro de Colónia, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório do advogado E. Arendt, caixa postal 39,

recorrente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por E. Zimmermann, consultor jurídico, com domicílio escolhido no Luxemburgo junto de Mario Cervino, Bâtiment Jean Monnet, Kirchberg,

recorrida,

que tem por objecto a anulação da decisão da Comissão de 9 de Junho de 1976, relativa a um processo para aplicação do artigo 86.º do Tratado CEE (IV/29.020 — vitaminas),

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

composto por: H. Kutscher, presidente, J. Mertens de Wilmars e Mackenzie Stuart, presidentes de secção, A. M. Donner, P. Pescatore, M. Sørensen, A. O'Keefe, G. Bosco e A. Touffait, juízes,

advogado-geral: G. Reischl

secretário: A. Van Houtte

profere o presente

Acórdão

(A parte relativa à matéria de facto não é reproduzida)

* Língua do processo: alemão.

Fundamentos da decisão

- 1 Em 27 de Agosto de 1976, a sociedade de direito suíço, Hoffmann-La Roche e Co. AG (a seguir «Roche»), com sede em Basileia, interpôs um recurso destinado a obter, a título principal, a anulação da decisão (IV/29.020 — vitaminas) da Comissão, de 9 de Junho de 1976, relativa a um processo para aplicação do artigo 86.º do Tratado CEE, notificada à recorrente em 14 de Junho de 1976 e publicada no JO L 223, de 16 de Agosto de 1976, e, a título subsidiário, a anulação do artigo 3.º desta decisão que aplica uma multa de 300 000 unidades de conta à recorrente, ou seja, 1 098 000 DM.
- 2 Através desta decisão declara-se verificado que a Roche dispunha, no mercado comum, de uma posição dominante na acepção do artigo 86.º do Tratado nos mercados das vitaminas A, B₂, B₃ (ácido pantoténico), B₆, C, E e H (biotina), e que cometeu uma infracção ao referido artigo ao explorar abusivamente esta posição através da celebração, a partir de 1964, mas em especial entre 1970 e 1974, com 22 compradores destas vitaminas, de contratos que incluíam a obrigação ou o incentivo de estes compradores, através da aplicação de prémios de fidelidade, reservarem à Roche a exclusividade ou a preferência através da cobertura da totalidade ou da parte mais importante das suas necessidades em vitaminas (artigo 1.º da decisão).

Esta mesma decisão ordena à Roche que ponha imediatamente termo à infracção (artigo 2.º) e condena-a ao pagamento da multa acima mencionada (artigo 3.º).

- 3 Em apoio do seu pedido, a recorrente invoca os seguintes fundamentos:

- *Primeiro fundamento*: a decisão impugnada viola os princípios fundamentais relativos à determinação e à previsibilidade das regras que incluem sanções.
- *Segundo fundamento*: a decisão impugnada enferma de vários vícios de forma em virtude das irregularidades do processo administrativo em resultado do qual foi adoptada.
- *Terceiro fundamento*: a decisão impugnada viola o artigo 86.º do Tratado CEE considerando que a Comissão interpretou e, de qualquer forma, aplicou incorrectamente as noções de posição dominante e de exploração abusiva de uma posição dominante susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros, ao declarar verificada a existência de semelhante posição por iniciativa da Roche e ao qualificar os contratos controvertidos como constitutivos de uma exploração abusiva.

— *Quarto fundamento*: a decisão impugnada, ao aplicar uma multa à Roche, violou o artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962 (JO L 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22) não tendo as informações alegadas, desde que possam ser provadas, sido cometidas deliberadamente nem por negligência.

No seu recurso a recorrente invocou, além disso, a violação do artigo 18.º do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, e do Regulamento Financeiro n.º 68/313, de 30 de Julho de 1968 (JO L 199, p. 1), pelo facto de a multa ter sido convertida em marcos alemães, mas no decurso do processo renunciou a este fundamento, devendo somente ser analisados os quatro fundamentos acima mencionados.

Primeiro fundamento: a violação do princípio da determinação e da previsibilidade das normas que incluem sanções

- 4 Segundo a recorrente, as noções de posição dominante e de exploração abusiva de semelhante posição, enunciadas no artigo 86.º do Tratado CEE, devem ser incluídas entre as mais indeterminadas e as menos claras, tanto em direito comunitário como em direito nacional dos Estados-membros, e que, por conseguinte, através da aplicação de um princípio fundamental de direito que deve ser deduzido do brocardo *nullum crimen, nulla poena sine lege*, a Comissão só pode aplicar as sanções previstas em caso de violação desta disposição, depois de terem sido suficientemente concretizadas, quer através da prática administrativa quer através da jurisprudência, de modo que as empresas possam estar informadas.
- 5 No entanto, a recorrente não põe em dúvida a competência da Comissão para interpretar e concretizar estas noções nas decisões que adopta relativamente às empresas, mas apenas a sua competência em aplicar sanções enquanto não tiverem sido especificadas, o que ocorreu no caso em apreço.
- 6 Daqui resulta que o fundamento diz unicamente respeito à multa aplicada e que haverá que o analisar, mais adiante, aquando da análise das outras críticas formuladas relativamente à aplicação desta multa.

Segundo fundamento: das irregularidades do processo administrativo

- 7 A este propósito, a recorrente alegava no recurso que interpôs que lhe tinha sido instaurado um processo em aplicação dos artigos 3.º e 15.º do Regulamento n.º 17 do Conselho, com base em documentos destinados a uso interno dos seus serviços e que tinham sido conseguidos de forma irregular pela Comissão.

No entanto, no Tribunal de Justiça, tanto na fase escrita como na fase oral do processo, a recorrente declarou renunciar a este fundamento e juntou aos autos, juntamente com outros, os documentos cuja utilização tinha anteriormente considerado, pela Comissão, irregular.

Perante estes factos deve afastar-se este fundamento sem proceder a uma análise mais aprofundada, dado que o Tribunal de Justiça entende que não deve ser analisado oficiosamente.

- 8 A recorrente argumenta, em segundo lugar, que na decisão impugnada são referidos documentos e elementos de apreciação que não foram, no que respeita aos primeiros, descritos durante o processo administrativo, e que, no que respeita aos segundos, não lhe foram comunicados pela Comissão, invocando esta a obrigação que assumira de respeitar o segredo comercial.

A recorrente refere-se, antes de mais, aos documentos invocados no n.º 12 da decisão impugnada, a saber, quatro circulares internas da Roche que datavam, segundo esta decisão, de Setembro de 1970 (na realidade, de 8 de Setembro de 1972), de Dezembro de 1970, de Maio de 1971 (na realidade, meados de Agosto de 1971) e Agosto de 1971, bem com a um relatório do European Bulk Managers Meeting de 12 e 13 de Outubro de 1971 (na realidade, 12 e 13 de Outubro de 1972).

Por outro, refere-se aos elementos de apreciação recolhidos pela Comissão junto de outros produtores de vitaminas e com a ajuda dos quais calculou as quotas de mercado que atribui à Roche, bem como as informações pedidas e obtidas junto dos clientes da recorrente a fim de provar se os contratos, cuja celebração a Comissão considera constitutiva de uma exploração abusiva de uma posição dominante, tinham ou não um efeito restritivo da concorrência e das trocas entre os Estados-membros.

- 9 O respeito dos direitos da defesa em qualquer processo susceptível de ter como resultado a aplicação de sanções, designadamente, multas e sanções pecuniárias compulsórias, constitui um princípio fundamental do direito comunitário que deve ser observado, mesmo tratando-se de um processo de natureza administrativa.

Ao aplicar este princípio, o artigo 19.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17 do Conselho, obriga a Comissão a dar aos interessados, antes de tomar uma decisão em matéria de multas, a oportunidade de se pronunciarem relativamente às acusações que lhes são imputadas.

- Mesmo o artigo 4.º do Regulamento n.º 99/63 da Comissão, de 25 de Julho de 1963 (JO 1963, p. 2268; EE 08 F1 p. 62), relativo às audições referidas no artigo 19.º do Regulamento n.º 17, prevê que nas suas decisões, a Comissão apenas terá em conta acusações contra as empresas e associações de empresas destinatárias relativamente às quais estas tenham tido a oportunidade de se pronunciar.
- 10 Embora no acórdão de 15 de Julho de 1970, Boehringer (45/69, Recueil, p. 769, Colect. 1969-1970, p. 505), o Tribunal de Justiça tenha verificado que, relativamente à comunicação das acusações — primeiro acto do processo administrativo —, as suas exigências ficam satisfeitas a partir do momento em que esta comunicação enuncia, mesmo sumariamente, mas de forma clara, os factos principais em que a Comissão se baseia, tal só ocorre desde que esta forneça «durante o processo administrativo os elementos necessários à defesa».
- 11 Assim resulta que, tanto das disposições acima referidas como do princípio geral que aplicam, o respeito dos direitos da defesa exige que a empresa interessada tenha tido a oportunidade, durante o processo administrativo, de se pronunciar utilmente sobre a realidade e a pertinência dos factos e circunstâncias invocadas e sobre os documentos considerados pela Comissão em apoio da sua alegação da existência de uma infracção ao artigo 86.º do Tratado.
- 12 A Comissão não nega, dado que se considerou obrigada ao respeito do segredo comercial, ter recusado a comunicação destes dados, recolhidos junto de concorrentes ou clientes da Roche, com base nos quais avaliou, entre outros, as quotas de mercado e baseou a sua apreciação sobre a natureza anticoncorrencial dos contratos controvertidos.
- 13 Se o artigo 20.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 dispõe que «sem prejuízo do disposto nos artigos 19.º e 21.º, a Comissão e as autoridades competentes dos Estados-membros, bem como os seus funcionários e outros agentes, são obrigados a não divulgar as informações obtidas nos termos do presente regulamento e que, pela sua natureza, estejam abrangidos pelo segredo profissional», esta regra deve, como o confirma a remissão expressa para o artigo 19.º, ser compatível com o respeito dos direitos da defesa.
- 14 O referido artigo 20.º, ao dar às empresas, junto das quais foram obtidas estas informações, a segurança de que os seus interesses, relacionados com o respeito do segredo comercial, não serão postos em perigo, permite à Comissão obter elementos consideráveis necessários ao exercício da missão que lhe é confiada pelos artigos 85.º e 86.º do Tratado, sem que as empresas lhe possam opor uma recusa, mas no entanto, não a autoriza a imputar à empresa em questão, através de um processo mencionado no Regulamento n.º 17, factos, circunstâncias ou documentos

que entende não poder divulgar, se esta recusa de divulgação afectar a possibilidade de essa empresa se pronunciar utilmente sobre a realidade ou a relevância dessas circunstâncias, sobre esses documentos ou ainda sobre o que a Comissão deles conclui.

- 15 Se, no entanto, durante o processo perante o Tribunal de Justiça, se evitam efectivamente irregularidades desta natureza, estas não implicam necessariamente a anulação da decisão impugnada desde que os direitos da defesa não sejam afectados por esta regularização tardia.
- 16 Os documentos mencionados pela recorrente são, em primeiro lugar, os referidos no n.º 12 da decisão impugnada, ou seja, os mesmos que tinham sido alvo das críticas da recorrente relativamente ao modo como tinham chegado à posse da Comissão, mas que juntou posteriormente ao processo apresentado no Tribunal de Justiça, possibilitando um debate contraditório que efectivamente se verificou.

Por outro lado, relativamente aos elementos de informação em que a Comissão baseou a sua apreciação das quotas de mercado e a sua análise dos efeitos dos contratos controvertidos, durante a fase escrita do processo, a pedido do Tribunal de Justiça, as partes efectuaram um intercâmbio de informações que resultou num documento comum do qual sobressai que a Comissão revelou, para todas as vitaminas em causa, as bases do seu cálculo das quotas de mercado em valor, relativamente a 1972, 1973 e 1974, de tal modo que a Roche teve a oportunidade, baseando-se nas vendas atribuídas a alguns concorrentes, referidas nos documentos produzidos pela Comissão, de avaliar as suas quotas de mercado relativamente às quantidades vendidas.

- 17 Assim, as partes conseguiram chegar a um acordo sobre uma estimativa das quotas de mercado em quantidade e em valor — continuando em desacordo sobre a questão de saber qual dos dois critérios é determinante — no que diz respeito às vitaminas A, B₃, H e também às vitaminas C e E, sem prejuízo, relativamente a estas últimas, de se tomar em consideração a análise do mercado em virtude da intermutabilidade de algumas utilizações destas duas vitaminas com outros produtos, continuando somente controvertidas as quotas de mercado das vitaminas B₂ e B₆.
- 18 Por fim, durante a tramitação escrita, a Comissão apresentou, a pedido do Tribunal de Justiça, a acta da reunião realizada entre a Roche e a Unilever, mencionada no n.º 3 da decisão impugnada, bem como os relatórios dos inquéritos dos seus funcionários efectuados junto dos clientes da Roche que celebraram os contratos controvertidos ou, para as empresas que pretendiam ficar no anonimato, uma nota que resumia os referidos relatórios.

- 19 Nestas condições, o fundamento baseado na violação dos direitos da defesa já não é de acolher.

Terceiro fundamento: quanto à violação do artigo 86.º do Tratado

- 20 Segundo a recorrente, a Comissão violou o artigo 86.º do Tratado na medida em que:

I. A decisão impugnada não tinha razão ao admitir que a recorrente detinha uma posição dominante, efectuando uma interpretação incorrecta desta noção e aplicando-a erradamente no caso em apreço, nomeadamente quanto à estimativa e à relevância, tanto das quotas de mercado como dos outros elementos considerados a título de indícios da existência da posição dominante invocada.

II. A decisão impugnada, em todo o caso, não tinha razão ao admitir que a recorrente explorou abusivamente semelhante posição, tendo a Comissão efectuado uma análise incorrecta dos contratos cuja celebração era, de acordo com as suas afirmações, constitutiva de uma exploração abusiva, bem como dos efeitos restritivos sobre a concorrência dos ditos contratos.

III. A decisão impugnada não tinha razão ao admitir que o comportamento da recorrente era susceptível de afectar de forma sensível o comércio intracomunitário.

I — Existência de uma posição dominante

Secção 1: determinação dos mercados em questão

- 21 Para apreciar se a Roche detém a alegada posição dominante, devem delimitar-se os mercados em questão, tanto do ponto de vista geográfico como do ponto de vista do produto.

- 22 O mercado geográfico tomado em consideração, como resulta dos n.ºs 3 e 6 da decisão impugnada, estende-se à totalidade do mercado comum, isto é, aos seis Estados-membros, até 31 de Dezembro de 1972 e, posteriormente, aos nove Estados-membros.

- 23 Os produtos abrangidos pela decisão impugnada são as vitaminas não condicionadas que pertencem a treze grupos, sendo oito produzidos e comercializados pela Roche [A, B₁, B₂, B₃ (ácido pantoténico), B₆, C, E e H (biotina)] e cinco comprados aos produtores e revendidos pela Roche (B₁₂, D, PP, K, M).

A Comissão considerou a existência de uma posição dominante em sete dos oito grupos de que a Roche é produtora, a saber, A, B₂, B₃, B₆, C, E e H.

As partes estão de acordo ao verificar que, por um lado, cada um destes grupos tem funções metabolizantes específicas não sendo, por isso, intermutável com os outros e que, por outro, relativamente às três utilizações comuns a estes grupos, a saber, a alimentação humana e animal e o uso farmacêutico, as vitaminas em questão não se deparam com a concorrência de outros produtos.

- 24 Atendendo a estes elementos, a Comissão considerou (decisão impugnada, n.º 20) que cada grupo de vitaminas constitui um mercado distinto e que a Roche, depois de ter inicialmente sugerido que vários grupos podiam em conjunto constituir um mercado, concordou com este ponto de vista, com excepção dos grupos de vitaminas C e E que fariam parte, cada um no que lhe diz respeito, conjuntamente com outros produtos, parte de um mercado mais extenso.

Consequentemente, há que analisar se a Comissão delimitou correctamente os mercados a que pertencem as vitaminas dos grupos C e E.

- 25 É certo que, para além das utilizações na indústria farmacêutica e na alimentação humana ou animal — designadas utilizações bionutritivas —, as vitaminas C e E também são comercializadas, entre outros, como antioxidantes, agentes de fermentação e aditivos — utilizações designadas pelo vocábulo «tecnológicas» — e que, na medida em que são objecto de procura com vista às ditas utilizações tecnológicas, estas vitaminas deparam-se com a concorrência de outros produtos aptos aos mesmos usos.
- 26 Segundo a Roche, daqui se conclui necessariamente que as vitaminas dos grupos C e E fazem parte de mercados mais extensos que englobam os outros produtos e que a Comissão, ao não incluir estes últimos, deu uma imagem exagerada da quota detida pela Roche nos ditos mercados.
- 27 Segundo a Comissão, pelo contrário, estes produtos que podem substituir as vitaminas C e E para usos tecnológicos, não podem ser englobados nos mesmos

mercados que estas vitaminas, sendo o grau de intermutabilidade dos referidos produtos e das vitaminas em questão insuficiente, por ser possível uma dupla afectação destas últimas.

Também não se podem separar, em dois mercados distintos, as vitaminas afectadas a fins bionutritivos das afectadas a usos tecnológicos, tendo os fabricantes e os compradores inteira liberdade, em virtude da dupla utilização a que o produto se presta, de lhe dar o destino que consideram mais vantajoso, sobretudo num mercado em expansão.

No entanto, mesmo supondo que seja necessário eliminar dos mercados em questão as vitaminas vendidas pela Roche com fins tecnológicos, é necessário proceder do mesmo modo relativamente aos seus concorrentes, continuando as quotas de mercado a ser as mesmas.

- 28 Quando um produto é susceptível de ser utilizado para fins diversos e quando estes usos diferentes também correspondem a necessidades económicas diferentes, há que reconhecer que este produto pode pertencer, consoante o caso, a mercados distintos que têm características diferentes tanto do ponto de vista da estrutura como das condições de concorrência.

Esta verificação não justifica, no entanto, a conclusão de que esse produto constitui um só e único mercado com todos os outros que, nas diferentes utilizações a que pode ser afectado, podem substituí-lo e com os quais entra, consoante o caso, em concorrência.

A noção de mercado relevante (relevant market) implica, com efeito, que possa existir uma concorrência efectiva entre os produtos que dela fazem parte, o que supõe um grau suficiente de intermutabilidade com vista à mesma utilização entre todos os produtos que fazem parte de um mesmo mercado.

Em todo o caso, na época considerada, não existia semelhante intermutabilidade entre o conjunto das vitaminas de cada um dos grupos C e E e o conjunto dos produtos que, consoante o caso, podem substituir um ou outro destes grupos de vitaminas nas utilizações tecnológicas, também fortemente diversificadas.

- 29 Pelo contrário, pode hesitar-se relativamente à questão de saber se, para delimitar os mercados, respectivamente, das vitaminas do grupo C e das vitaminas do grupo E, há que englobar o conjunto das vitaminas de cada um destes grupos num mercado

que corresponda a esse grupo, independentemente da sua utilização posterior ou se, pelo contrário, é necessário separar cada um destes grupos em dois mercados distintos, um que inclua vitaminas destinadas a uma utilização bionutritiva, um outro que abranja aquelas que são utilizadas para fins tecnológicos.

- 30 No entanto, para avaliar correctamente as quotas de mercado da Roche e as dos seus concorrentes, não é necessário resolver esta questão, devendo, se for caso disso, como a Comissão tem razão ao observar, efectuar-se esta distinção relativamente à Roche e seus concorrentes e — na falta de qualquer indicação contrária da recorrente — em proporções análogas, de modo que as quotas de mercado, expressas em percentagens, continuassem a ser as mesmas.

Por fim, em resposta a uma questão colocada pelo Tribunal de Justiça, a Roche indicou que o conjunto das vitaminas de cada grupo seguia, independentemente do destino posterior do produto, um mesmo regime de preços, de tal modo que não se podem distinguir mercados específicos.

Destas considerações resulta que, na decisão impugnada, a Comissão delimitou correctamente os mercados em questão.

Secção 2: estrutura dos mercados em questão

- 31 Embora cada grupo de vitaminas constitua um mercado distinto, estes diferentes mercados têm, não obstante, tanto no que respeita às estruturas de produção como de comercialização, características comuns que cabe salientar.
- 32 Em primeiro lugar, as partes estão de acordo em concluir que, entre 1950 e 1974, os mercados de todos os grupos de vitaminas — ainda que em proporções diferentes — tiveram uma forte expansão e não cessaram de aumentar.
- 33 No que diz respeito, em especial, à *produção*, as partes também estão de acordo para concluir que se a síntese da vitamina, sobretudo depois da expiração das patentes detidas pela Roche, relativamente a uma parte não negligenciável, não coloca problemas técnicos particularmente difíceis, a produção, todavia, pressupõe investimentos importantes e necessita de equipamentos muito especializados, em larga medida específicos de cada grupo de vitaminas, tendo como consequência, durante o período acima analisado, que a capacidade das fábricas era determinada com base na expansão prevista das necessidades por um período de dez anos.

Esta estrutura dos mercados, apesar da forte expansão acima referida, teve como resultado, na maior parte dos grupos de vitaminas, um excesso de capacidade de produção a nível mundial.

Esta situação é ilustrada de forma notável pela observação retomada na acta da reunião realizada entre a Unilever e a Roche, de 11 de Dezembro de 1972, de que a capacidade total da Roche bastava, por si só, para satisfazer a procura mundial e, nessa época, a Roche utilizava apenas 50% desta capacidade.

- 34 Esta capacidade de produção estava concentrada, no período tomado em consideração pela Comissão, relativamente aos produtores que operam no mercado comum, nas mãos de um número restrito de empresas, nove no total, segundo o quadro retomado no n.º 4 da decisão impugnada, sendo o número de produtores ainda mais restrito em cada grupo específico, a saber, quatro para as vitaminas A, três para as vitaminas B₂, três para as vitaminas B₃, quatro para as vitaminas B₆, cinco para as vitaminas C, quatro para as vitaminas E e dois para as vitaminas H.

Alguns destes produtores eram, além disso, compradores e revendedores de vitaminas que não produziam, enquanto importantes casas de comércio, que se abasteciam junto de fontes que não os nove produtores referidos na decisão, colocavam no mercado quantidades não especificadas de vitaminas.

- 35 No que se refere à *procura* de vitaminas não condicionadas, a situação no mercado comum é caracterizada pela presença de um número relativamente elevado de compradores — cerca de 5 000 para a Roche —, porém, uma parte apreciável desta procura, que relativamente à Roche pode ser avaliada em cerca de 25% das suas vendas no mercado comum, está, no período considerado, concentrada nas mãos de 22 empresas importantes, das quais sete pertenciam ao sector farmacêutico, cinco ao da alimentação humana e dez ao da alimentação animal.

Todos estes clientes, independentemente do sector de actividade a que pertencem, eram compradores de um grande número de vitaminas, senão de todas as vitaminas que estão em questão; somente a empresa Unilever ao que parece, em todo o caso no que respeita às relações com a Roche, se exclui quanto a isto e é apenas compradora do grupo de vitaminas A.

Secção 3: significado dos indícios da existência de uma posição dominante considerados pela Comissão

- 36 A Comissão entende que a Roche ocupa uma posição dominante nos sete mercados em questão (A, B₂, B₃, B₆, C, E, H) e baseia este ponto de vista, por um lado,

nas quotas de mercado detidas pela recorrente relativamente às dos seus concorrentes e, por outro, na existência de uma série de factores que, não obstante, asseguram à Roche, quando a quota de mercado não é por si só determinante, uma predominância marcada nos mercados em causa.

Daqui conclui (decisão, n.º 21) que «no que diz respeito aos mercados em questão, a Roche possui um grau de independência global de comportamento que (lhe) dá a possibilidade de impedir uma concorrência efectiva no mercado comum, conferindo-lhe, pois, uma posição dominante nestes mercados».

- 37 A Roche impugna a estimativa das suas quotas de mercado, bem como a existência efectiva ou a pertinência dos outros indícios considerados na decisão impugnada.

Também censura à Comissão o facto de não ter analisado, nem ter tomado em consideração o seu comportamento nos mercados questão e, em especial, as quebras contínuas e importantes dos preços das vitaminas que comprovam a existência de uma concorrência efectiva, tendo sido a Roche obrigada a ceder à sua pressão.

- 38 O artigo 86.º é a expressão de um objectivo geral fixado pelo artigo 3.º, alínea f), do Tratado, à acção da Comunidade, a saber, o estabelecimento de um regime destinado a assegurar que a concorrência não seja falseada no mercado comum.

O artigo 86.º proíbe, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros, o facto de uma empresa explorar de forma abusiva uma posição dominante numa parte substancial do mercado comum.

A referida posição dominante diz respeito a uma situação de poder económico detida por uma empresa, que lhe dá o poder de impedir a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em questão, ao possibilitar-lhe a adopção de comportamentos independentes, numa medida apreciável, relativamente aos seus concorrentes, aos seus clientes e, por fim, relativamente aos consumidores.

- 39 Semelhante posição, ao contrário de uma situação de monopólio ou de quase monopólio não exclui a existência de uma certa concorrência embora dê à empresa que dela beneficia a possibilidade de decidir ou, pelo menos, de influenciar consideravelmente as condições em que esta concorrência se desenvolverá e, em todo o caso, de se comportar em larga medida sem ter de a tomar em linha de conta e sem que esta atitude a prejudique.

Uma posição dominante também deve ser distinguida dos paralelismos de comportamentos próprios das situações de oligopólio, na medida em que, num oligopólio, os comportamentos se influenciam reciprocamente, enquanto em caso de posição dominante o comportamento da empresa que beneficia desta posição é, em larga medida, determinado unilateralmente.

A existência de uma posição dominante pode resultar de vários factores que, tomados isoladamente, não são necessariamente determinantes, mas entre esses factores, a detenção de quotas de mercado é altamente significativa.

- 40 A detenção de uma quota considerável de mercado, como elemento de prova da existência de uma posição dominante, não é um dado imutável e o seu significado varia de um mercado para o outro em função da sua estrutura, designadamente, no que diz respeito à produção, à oferta e à procura.

Embora cada grupo de vitaminas constitua um mercado distinto, estes diferentes mercados têm, apesar disso, como resultou da análise da sua estrutura, características comuns suficientes para que lhes possam ser aplicados os mesmos critérios no que se refere ao significado das quotas de mercado com vista à consideração da existência ou não de uma posição dominante.

- 41 Além disso, embora o significado das quotas de mercado possa ser diferente consoante os mercados, tem fundamento entender-se que quotas de mercado extremamente importantes constituem por si só, e salvo circunstâncias excepcionais, a prova da existência de uma posição dominante.

Com efeito, a posse de uma quota de mercado extremamente importante coloca a empresa que a detém durante um certo período, em razão do volume de produção e de oferta que representa — sem que os detentores de partes sensivelmente mais reduzidas tenham a possibilidade de satisfazer rapidamente a procura que pretende afastar-se da empresa que detém a quota mais importante —, numa situação de força, transformando-a num parceiro obrigatório e que, só por isso, lhe assegura, pelo menos durante períodos relativamente longos, a independência de comportamento característico da posição dominante.

- 42 A decisão impugnada salientou, para além das quotas de mercado, a existência de uma série de outros elementos, que, conjugados com as suas quotas de mercado, asseguram à Roche, nalguns casos, uma posição dominante.

Estes indícios, que a Comissão qualifica como critérios suplementares, são os seguintes:

- a) as quotas de mercado da Roche não são apenas importantes, havendo, além disso, uma diferença considerável entre as suas partes e as dos concorrentes que ocupam a posição imediatamente a seguir (decisão, n.ºs 5 e 21);
- b) a Roche fabrica uma gama de vitaminas muito mais extensa que a dos seus concorrentes (decisão, n.º 21);
- c) a Roche é o maior produtor mundial de vitaminas cujo volume de negócios ultrapassa o do conjunto dos outros produtores e líder de um grupo multinacional que, em virtude do seu volume de negócios, é o primeiro grupo farmacêutico mundial (decisão, n.ºs 5, 6 e 21);
- d) embora as licenças de fabrico de vitaminas que a Roche detinha tenham expirado, em razão do papel de pioneira que desempenhou neste domínio, possui vantagens tecnológicas relativamente aos seus concorrentes que se manifestam através da posse de um serviço muito aperfeiçoado de ajuda e de informações aos clientes (decisão, n.ºs 7 e 8);
- e) a Roche dispõe de uma rede de comércio muito extensa e especializada (decisão, n.º 8);
- f) a ausência de concorrência potencial (decisão, n.º 21).

Além disso, no decurso do processo perante o Tribunal de Justiça, a Comissão referiu, como indício da posição dominante da Roche, a capacidade de esta manter, apesar de uma concorrência viva, quotas de mercado largamente intactas.

- 43 Antes de examinar se os indícios considerados pela Comissão podem efectivamente ser provados no caso da Roche, há que averiguar, embora a recorrente tenha contestado a sua relevância, se estes elementos, considerando as particularidades dos mercados em questão e das quotas de mercado detidas, são susceptíveis de revelar a existência de uma posição dominante.
- 44 A este propósito, há que rejeitar o critério baseado na manutenção das quotas de mercado, podendo esta manutenção ser tanto a consequência de uma atitude

concorrencial eficaz como de uma posição que assegure à empresa em questão uma possibilidade de comportamento independente da concorrência. A Comissão não indicou os factores aos quais pode ser atribuída a estabilidade das quotas de mercado nos domínios em que foi provada.

No entanto, no caso de existir uma posição dominante, a manutenção das quotas de mercado pode ser reveladora da manutenção desta posição e, por outro lado, os métodos a que se recorre com o objectivo de manter a posição dominante podem eventualmente ser constitutivos de uma exploração abusiva na acepção do artigo 86.º do Tratado.

- 45 Também deve ser rejeitado o valor indicativo do facto de a Roche produzir uma larga gama de vitaminas mais extensa que a dos seus concorrentes.

A Comissão vê neste facto um indício revelador de uma posição dominante, porque «tendo em conta que as necessidades de numerosos utilizadores abrangem vários grupos de vitaminas, a Roche pode utilizar uma estratégia de vendas e, nomeadamente, de preços muito menos dependente das condições de concorrência em cada mercado que as dos outros produtores».

- 46 Não obstante, a Comissão determinou que cada grupo de vitaminas constitui um mercado específico que não é ou é pouco intermutável com outros grupos ou outros produtos (decisão, n.º 20), de modo que as vitaminas que pertencem a grupos diferentes constituem produtos também tão diferentes entre si como as vitaminas comparativamente a outros produtos do sector farmacêutico e alimentar.

Além disso, não foi impugnado o facto de concorrentes da Roche, designadamente os que pertencem à indústria química, colocarem no mercado, para além das vitaminas que fabricam, outros produtos que também são objecto de procura por parte dos compradores de vitaminas, de forma que a possibilidade de a Roche oferecer vários grupos de vitaminas não lhe assegura, por essa simples razão, uma vantagem relativamente aos seus concorrentes que podem, para além de uma gama menos ou pouco extensa de vitaminas, oferecer outros produtos também procurados pelos compradores dessas vitaminas.

- 47 Reflexões análogas levam igualmente a afastar o indício baseado no facto de a Roche ser o maior produtor mundial de vitaminas, do seu volume de negócios ultrapassar o do conjunto dos outros produtores e de ser líder do grupo farmacêutico mundial mais importante.

Segundo a Comissão, estes três factos consubstanciam uma posição dominante porque: «daqui resulta que a recorrente ocupa uma posição preponderante não apenas no mercado comum mas também no mercado mundial; beneficia, por conseguinte, de uma grande liberdade de acção e a sua posição permite-lhe adaptar-se facilmente à evolução dos diferentes mercados regionais. Uma empresa que opera no conjunto do mercado mundial e que possui uma quota de mercado tal, deixa todos os seus concorrentes muito atrás e não precisa de se preocupar sobremaneira com os concorrentes que pode ter no mercado comum.»

Semelhante argumentação, baseada nas vantagens que resultam da existência de economias de escala e na possibilidade de uma estratégia diferente em função dos diferentes mercados regionais, nada prova, visto que se reconhece que cada grupo de vitaminas constitui um grupo de produtos distintos que necessita de instalações específicas, constituindo um mercado particular, na medida em que o volume da produção global de produtos diferentes entre si não acarreta uma vantagem concorrencial para a Roche relativamente aos seus concorrentes, designadamente os da indústria química que para além das vitaminas produzem à escala mundial outros produtos e, em princípio, têm as mesmas possibilidades de compensação dos mercados que aquelas que são conferidas através de uma produção global considerável de produtos tão diferentes entre si como os diferentes grupos de vitaminas.

- 48 Em compensação, constituem indícios válidos a relação entre as quotas de mercado detidas pela empresa em questão e pelos seus concorrentes, em especial aqueles que ocupam a posição imediatamente a seguir, o avanço tecnológico de uma empresa relativamente aos seus concorrentes, a existência de uma rede de comércio extremamente aperfeiçoada e a ausência de concorrência potencial; o primeiro factor, porque permite avaliar a capacidade concorrencial dos concorrentes da empresa em questão, o segundo e o terceiro, porque constituem, por si só, vantagens técnicas e comerciais, e o quarto porque é o resultado da existência de barreiras à entrada de novos concorrentes no mercado.

No que diz respeito à existência ou não de uma concorrência potencial, impõe-se, no entanto, verificar se é exacto que em virtude da importância dos investimentos necessários — e isto para todos os grupos de vitaminas em causa —, a capacidade das fábricas é determinada com base na expansão prevista para um longo período, de tal modo que a entrada de novos produtores no mercado é muito difícil; é também necessário ter em conta o facto de a existência de numerosas capacidades de produção não utilizadas criar, entre os produtores estabelecidos, uma situação de concorrência potencial.

Não obstante, a Roche encontra-se numa situação privilegiada porque, tal como reconhece, a sua capacidade de produção, na época referida na decisão impugnada

da, bastava por si só para satisfazer a procura mundial sem que, no entanto, esta sobre capacidade a tenha colocado numa situação económica ou financeira difícil.

- 49 É à luz das considerações que antecedem que há que averiguar as partes detidas pela Roche em cada um dos mercados em questão e, a título complementar, os indícios que, conjugados com as quotas de mercado, permitem descobrir a existência de uma eventual posição dominante.

Finalmente, também há que indagar se os argumentos que a Roche invocou relativamente ao significado do seu comportamento no mercado, essencialmente no que se refere aos preços, são susceptíveis de alterar as conclusões que podiam resultar da análise das quotas de mercado e dos outros indícios considerados.

Secção 4: aplicação de critérios relativos aos diferentes grupos de vitaminas

a) Quanto ao grupo das vitaminas A

- 50 As partes estão de acordo em reconhecer que a quota de mercado da Roche no mercado comum pode ser avaliada em 47%, tanto em valor como em quantidade.

De acordo com os dados fornecidos pela Comissão, e que não foram impugnados pela Roche, as quotas de mercado dos outros produtores, em 1974, podem ser avaliadas em 27%, 18%, 7% e 1%.

- 51 O mercado em questão tem características de mercado oligopolístico estreito, em que o grau de concorrência já está por si mesmo enfraquecido, demonstrando a quota da Roche, que é igual à soma das dos seus dois concorrentes mais próximos, que dispõe de uma liberdade de acção peculiar que lhe permite determinar o seu comportamento perante a concorrência.

O facto de a Roche ter um avanço tecnológico relativamente aos seus concorrentes, por ter sido a inventora e a detentora de numerosas licenças respeitantes à vitamina A, mesmo após a expiração dessas licenças, constitui um indício complementar da existência da sua posição dominante.

O mesmo ocorre, como acima foi referido, relativamente à ausência de concorrência potencial de novas empresas, enquanto a concorrência resultante da

sobrecapacidade de produção nas empresas existentes era, antes de mais, favorável para a Roche, como resulta de um extracto do Management Information de meados de Agosto de 1971, segundo o qual «Although BASF will continue to intensify its activities, we expect to achieve a further steady increase of our turnover. However, the present overcapacity of production is such, that a firming of prices cannot be expected for the next few years. Such a development would, of course, be accelerated if one of our smaller competitors ceased production».

- 52 Por conseguinte, a Comissão teve razão ao reconhecer a existência de uma posição dominante da recorrente no mercado das vitaminas A.

O facto de a Roche ter de se abastecer relativamente às matérias-primas que se destinam à produção das vitaminas do grupo A junto de uma empresa da indústria química que também fabricava vitaminas A e que era, por conseguinte, seu concorrente não é susceptível de modificar as conclusões da Comissão, uma vez que a Roche não alegou ter enfrentado quaisquer dificuldades relativamente ao ritmo da sua produção, nem relativamente aos preços.

b) Quanto ao grupo das vitaminas B₂

- 53 Na decisão impugnada a Comissão tinha avaliado a quota de mercado da Roche em 86%.

No documento elaborado em comum, durante a tramitação escrita, a Comissão comunicou as bases sobre as quais tinha fundado os seus cálculos das quotas de mercado da Roche, tanto em valor como em quantidade, e que, além disso, dos quadros que apresenta resulta que foram tomadas em consideração todas as importações de vitaminas no mercado comum recenseadas estatisticamente.

Com base nestes dados, chega aos seguintes valores:

vitamina B ₂ parte de mercado da Roche	1972 (6 Estados-membros)	1973 (9 Estados-membros)	1974 (9 Estados-membros)
em valor	87,0%	81,2%	80,6%
em quantidade	85,5%	74,8%	80,8%

- 54 Em suma, a Roche cingiu-se a afirmar que «estando limitada, relativamente à concorrência, a simples estimativas, não tem possibilidades de apresentar prova em contrário», mas que considera a sua quota de mercado mundial sensivelmente menor e que aquela que detém no mercado comum não ultrapassa os 50%.

Para justificar esta última estimativa relativamente à da Comissão, refere que «quando se adicionam a estes números as unidades de fermentação, em especial nos Estados Unidos da América, de 200 a 300 toneladas por ano, cuja actividade foi reduzida no início de 1970, mas que podem ser reactivadas a qualquer momento, a sua quota atinge apenas cerca de 50%», invocando assim — sem outra especificação — quer a existência de uma concorrência potencial, quer a diminuição da sua própria capacidade de produção nos Estados Unidos.

- 55 Se a primeira hipótese se revelar exacta pode levar a supor que, posteriormente a 1970, os concorrentes da Roche foram, em parte, eliminados do mercado.

Supondo mesmo que seja aludido o encerramento de unidades de produção pertencentes à Roche, o que não foi especificado, este facto não pode ser invocado para impugnar os cálculos da Comissão, enquanto não tiver sido provado que não ocorreram encerramentos de unidades análogas dos concorrentes e, em todo o caso, que tiveram como resultado necessário uma diminuição das quotas de mercado da Roche no mercado comum e não uma racionalização da produção.

Além disso, se a existência de sobrecapacidade de produção pode, no caso em apreço, constituir um factor de concorrência potencial susceptível de influenciar a existência de uma posição dominante — ainda que tenha sido provado que tal não é o caso para a Roche durante o período tomado em consideração —, não pode influenciar a estimativa das quotas de mercado efectivamente realizadas.

- 56 Nestas condições, os cálculos corrigidos da Comissão, que têm, além do mais, garantia de seriedade suficiente para poder ser aceites, não são postos em dúvida com base nas objecções acima formuladas e as quotas de mercado que revelam são de tal forma importantes que por si só provam a existência de uma posição dominante.

c) Quanto ao grupo das vitaminas B₃ (ácido pantoténico)

- 57 A Comissão reconheceu que havia que corrigir os valores mencionados na decisão impugnada e que as duas partes estão de acordo para avaliar as quotas de mercado da seguinte forma:

vitamina B ₃ parte de mercado da Roche	1972 (6 Estados-membros)	1973 (9 Estados-membros)	1974 (9 Estados-membros)
em valor	28,9%	34,9%	51,0%
em quantidade	18,9%	23,4%	23,2%

58 Quotas de mercado desta importância, quer em quantidade, quer em valor, completadas através da indicação, na posição comum das partes, de que os valores para 1971 eram ainda inferiores em 6% relativamente aos de 1972, não constituem por si um indício suficiente da existência de uma posição dominante no que se refere à maior parte do período considerado pela Comissão.

Pelo contrário, resultou que a rectificação que esta teve de efectuar se devia ao facto de ter omitido de tomar em consideração importações provenientes de um concorrente japonês que em 1973 detinha uma quota de 30% do mercado.

Por outro lado, a Comissão não indicou, para este mercado em especial, quais seriam os indícios complementares que, em conjunto com a quota de mercado tal como tinha sido corrigida, eram, apesar disso, susceptíveis de perfazer a existência de uma posição dominante.

Estas constatações levam à conclusão que não está suficientemente demonstrada a existência de uma posição dominante detida pela Roche relativamente às vitaminas B₃ no que toca ao período considerado.

d) Quanto ao grupo das vitaminas B₆

59 A Comissão avaliou a quota de mercado da Roche em 95%, enquanto a Roche, que não forneceu indicações sobre o mercado comum, admite deter, no que se refere ao mercado mundial, uma quota de mercado da ordem dos 60% a 70%.

Depois de as partes terem confrontado os dados (tomada de posição comum, anexos 1/e e 2/g) não conseguiram chegar a acordo sobre uma estimativa comum e a Comissão corrigiu a sua estimativa apresentando os seguintes números:

vitamina B ₆ parte de mercado da Roche	1972 (6 Estados-membros)	1973 (9 Estados-membros)	1974 (9 Estados-membros)
em valor	87,0%	90,0%	83,9%
em quantidade	84,2%	86,4%	88,4%

60 Há que observar que, se as vitaminas dos grupos B₆ e H fazem parte da mesma rubrica aduaneira, as quotas de mercado, pelo menos quando expressas em valor, incluem os dois grupos B₆ e H, não tendo a Roche, no entanto, impugnado o facto de tal não ser susceptível de alterar as ordens de grandeza que daí resultam.

A Roche sustenta, sem fornecer mais explicações, que esta estimativa deve sofrer uma redução de pelo menos 20%, mas que, mesmo aceitando sem mais este ponto de vista, as partes da Roche continuam a ser de tal modo importantes que comprovam a existência de uma posição dominante.

É tanto assim que, na época considerada, nenhum dos quatro concorrentes que se situava na posição a seguir à Roche detinha uma quota que atingisse os 10%, sendo algumas muito provavelmente inferiores a 5%.

e) Quanto ao grupo das vitaminas C

- 61 Na decisão impugnada, a Comissão tinha avaliado a parte de mercado da Roche em 68%, enquanto a Roche, durante o processo, apresentou o valor de 50%.

Depois de terem confrontado os seus pontos de vista, as partes chegaram a acordo para avaliar da seguinte forma as quotas de mercado, na hipótese de ser tomado em consideração apenas o mercado das vitaminas:

vitamina C parte de mercado da Roche	1972 (6 Estados-membros)	1973 (9 Estados-membros)	1974 (9 Estados-membros)
em valor	65,7%	66,2%	64,8%
em quantidade	64,4%	63,8%	63,0%

- 62 Segundo a Roche, esta estimativa deve ser corrigida no sentido de o mercado em questão também incluir os produtos que entram em concorrência com as vitaminas C no que se refere aos usos tecnológicos e sustenta que, neste caso, a sua parte de mercado não ultrapassaria os 47%.
- 63 As considerações acima desenvolvidas, relativamente à delimitação do mercado no que diz respeito às vitaminas que se destinam tanto a usos bionutritivos como tecnológicos, levaram a rejeitar a tese exposta pela Roche, mas as quotas de mercado relativamente às quais as partes tinham chegado a acordo, no que se refere ao mercado das vitaminas C enquanto tal, devem ser aceites e provam a existência de uma posição dominante.

Também a respeito deste mercado — no qual existiu em 1971, aliás, uma situação de escassez — a desproporção entre as partes da Roche (64,8%) e as dos seus concorrentes imediatos (14,8% e 6,3%) era de tal ordem que confirma a conclusão a que tinha chegado a Comissão.

f) Quanto ao grupo das vitaminas E

- 64 Na decisão impugnada a Comissão tinha avaliado a quota de mercado da Roche relativamente às vitaminas E em 70%, tendo a Roche, durante o processo, apresentado o valor de 40%.

Depois de terem confrontado os seus pontos de vista, as partes chegaram a acordo na tomada de posição comum para avaliar do seguinte modo as quotas de mercado, na hipótese de apenas ser tomado em consideração o mercado das vitaminas E:

vitamina E parte de mercado da Roche	1972 (6 Estados-membros)	1973 (9 Estados-membros)	1974 (9 Estados-membros)
em valor	54,0%	64,0%	58,0%
em quantidade	50,0%	60,0%	54,0%

Segundo a estimativa da Roche, em 1970 e 1971, a sua quota de mercado era ainda inferior em 7% relativamente à de 1972;

- 65 Na opinião da Roche, e pelas mesmas razões que invocou a propósito das vitaminas C, o mercado em questão também deveria englobar os produtos que entram em concorrência com as vitaminas E no que diz respeito aos usos tecnológicos e alega que, neste caso, a sua quota de mercado em 1974 não ultrapassaria os 40%.
- 66 Não tendo sido acolhido o ponto de vista da Roche, pela razões acima indicadas, no que se refere à delimitação do mercado em questão, há que considerar as quotas de mercado relativamente às quais as partes chegaram a acordo.

A importância destas partes, já por si significativa, é reforçada pelo facto de as partes detidas pelos concorrentes da Roche deverem ser estimadas, de acordo com a correcção acima referida, relativamente ao ano de 1974, como atingindo 16%, 6% e 1% para os outros produtores e 19% para um ou vários importadores, geralmente casas de comércio, que operam a partir de países terceiros.

A situação assim verificada corresponde, de forma ainda mais característica que para as vitaminas A, ao modelo de um mercado oligopolístico estreito, no qual a quota da Roche é largamente superior à soma das quotas dos dois concorrentes mais próximos.

Por conseguinte, a Comissão tem razão ao declarar verificada a existência de uma posição dominante no mercado.

g) Quanto ao grupo das vitaminas H

67 A recorrente reconheceu ter detido 100% deste mercado e que, durante o período considerado, a sua quota ainda atingia os 93%, de tal modo que, de facto, se encontra numa posição de monopólio.

h) Conclusão geral

68 Das considerações que antecedem resulta que estavam reunidos os elementos de uma posição dominante relativamente aos grupos das vitaminas A, B₂, B₆, C, E, e H, não tendo sido demonstrada a existência de semelhante posição relativamente às vitaminas B₃.

Secção 5: comportamento da recorrente no mercado

69 No entanto, há que analisar se as conclusões anteriores não são desmentidas através do comportamento da recorrente nos mercados em questão, o qual, em sua opinião, demonstrava não apenas a existência de uma concorrência viva, mas ainda a pressão que sofreu por parte desta concorrência.

A este propósito invoca, em especial, o facto de os preços dos diferentes grupos de vitaminas terem constantemente baixado, bem como as diminuições das suas quotas de mercado nalguns Estado-membros.

Também se refere às indicações contidas nos diferentes documentos internos, em especial os «Management informations» e o «Marketing news», que divulga regularmente e que contêm uma análise da situação do mercado de cada grupo de vitaminas, bem como a documentação relativa à reunião dos «European Bulk managers» organizado pela Roche em Basileia em Outubro de 1972.

70 O Tribunal de Justiça declarou, designadamente no seu acórdão de 14 de Fevereiro de 1978, United Brands (27/76, Colect., p. 77), que a presença da concorrência, mesmo viva, num determinado mercado, não exclui a existência de uma posição dominante nesse mesmo mercado, caracterizando-se a referida posição fundamen-

talmente pela capacidade de não ter de tomar em consideração esta concorrência na sua estratégia de mercado e sem, no entanto, sofrer os efeitos prejudiciais desta atitude.

- 71 Contudo, o inconveniente de uma empresa ter de baixar os seus preços, sob a pressão de reduções da iniciativa dos seus concorrentes, é, regra geral, incompatível com a independência de comportamento característica de uma posição dominante.

A recorrente apresentou, em anexo ao seu recurso, uma série de gráficos que continham dois indicadores diferentes, servindo um para medir as diminuições de preços e o outro os aumentos de produção dos diferentes grupos de vitaminas da Roche no mercado mundial durante um período que se inicia, conforme os casos, entre 1940 e 1954, e dura até finais de 1974.

- 72 No entanto, há que observar que estes gráficos abrangem o mercado mundial e a própria Roche que insistiu, por várias vezes, sobre as diferenças entre movimentos de preços de um Estado-membro para outro, não pode, conseqüentemente, sustentar que as variações no mercado mundial são necessariamente representativas da evolução dos preços na Comunidade.

Mesmo admitindo que a evolução dos preços, transposta à escala mundial, possa ser considerada o reflexo da tendência geral dos preços no mercado comum, da análise dos gráficos resulta que, não obstante e em larga medida, os preços dos diferentes grupos de vitaminas diminuíram em proporções consideráveis, progredindo a produção apenas lentamente, mas que estas diminuições foram fortemente atenuadas e, deram mesmo lugar, gradualmente, a uma grande estabilidade a partir do momento em que, para cada grupo de vitaminas, a produção registava uma progressão importante, a saber: para a vitamina A a partir de 1964. para a B₂ desde 1956; para a B₆ desde 1966; para a C desde 1958; para a B₃ desde 1960; para a E desde 1965, enquanto para as vitaminas H (biotina), a curva dos preços, estável até 1970, diminui ligeiramente a partir desta altura dando-se simultaneamente um aumento da produção.

Estes dados indicam uma correlação, por um lado, entre os preços e, por outro, entre o volume da produção e os custos e não entre os preços e uma pressão da concorrência.

- 73 Em resposta às questões colocadas pelo Tribunal de Justiça, a Roche apresentou uma série de quadros (tomada de posição comum, anexo 4 a-i) que indicam as

variações dos preços da vitamina que a Roche considerou mais representativa em cada grupo, entre 1970 e 1976, para cada Estado-membro, bem como os preços médios obtidos a partir dos preços nacionais relativamente ao conjunto da Comunidade.

- 74 Destes quadros resultam, efectivamente, variações de preços não negligenciáveis, tanto no sentido da subida como da redução.

Estas variações são, no entanto, sensivelmente diferentes relativamente a um mesmo produto, numa mesma época, nos diferentes Estados-membros, o que revela uma compartimentação dos mercados e pode levar a supor uma estratégia de preços correspondente.

É de assinalar que, no que se refere à vitamina H (biotina), relativamente à qual a Roche reconhece que a sua quota de mercado era de 100% em 1970 e 93% em 1974, se verificam, tal como resulta do anexo 4 da tomada posição comum das partes, também quebras sensíveis dos preços, que, expressas em francos suíços e em médias, passam, para o conjunto do mercado comum, de 40,54 francos suíços em 1970, para 30,72 francos suíços em 1973 e para 29,85 francos suíços em 1974, diminuições que, para uma empresa que possui entre 100% e 93% do mercado, não podem ser atribuídas à pressão da concorrência, resultando antes de uma política de preços propositada e livremente escolhida e que, em todo o caso, não está em contradição com a existência de uma posição dominante.

- 75 Esta conclusão é largamente confirmada através dos diferentes documentos internos acima mencionados.

No que diz respeito, designadamente, às vitaminas H (biotina), o Management Information, de 8 de Setembro de 1972, revelou que embora um primeiro concorrente — a empresa Sumitomo — tenha iniciado a produção da biotina em finais de 1971, preferiu vender uma parte da sua produção à Roche e escoar o restante para os Estados Unidos e que, ao prever a entrada, em 1973, de um outro produtor, a Roche resolveu antecipar-se e abandonar a sua «inflexible price policy at once».

É precisamente em 1973 que se verifica uma quebra significativa do preço da vitamina H.

- 76 Estes elementos demonstram que em vez de sofrer uma pressão dos concorrentes, a Roche, em virtude da sua posição, tem a possibilidade de adoptar uma política de preços com o objectivo de se proteger.

Além disso, entre os cuidados a tomar, este mesmo Management Information recomenda a adopção de contratos de fidelidade.

- 77 No que diz respeito às vitaminas C, relativamente às quais a quota de mercado da Roche entre 1972 e 1974 pode ser avaliada em cerca de 65%, o Marketing News de 6 de Dezembro de 1971 refere que, dada a escassez deste produto, recomenda aos representantes e filiais da Roche, tendo em conta a estratégia de mercado a longo prazo, «to give preference to the *food industry*, both in respect of supplies and price advantages», relativamente à indústria farmacêutica que deverá abastecer-se parcialmente junto dos *brokers*.
- 78 Embora os números e documentos apresentados mostrem que podem ocorrer variações de preços, por vezes não negligenciáveis, nos mercados das diferentes vitaminas, estas variações não têm, nalguns casos, qualquer relação com a existência de concorrência, enquanto noutros, pelo menos, é a Roche que desempenha frequentemente o papel de *price leader*.

O conjunto dos documentos apresentados revela, além disso, a existência de uma organização comercial e de *marketing* de primeira ordem, com possibilidades não só de prospectar sistematicamente os mercados, mas ainda de detectar qualquer veleidade de eventuais concorrentes para entrar no mercado de um ou outro produto e capaz, não só de reagir instantaneamente, mas também de prevenir estas tentativas através de iniciativas apropriadas.

Resulta, do conjunto destas considerações, que as variações de preços invocadas e efectivamente verificadas não provam a existência de uma pressão concorrencial susceptível de comprometer o grau de independência considerável de que gozava a Roche na sua estratégia de mercado, e também não podem infirmar as verificações da existência de uma posição dominante baseadas, relativamente a cada grupo de vitaminas, na conjugação das quotas de mercado e de outros indícios considerados.

- 79 Consequentemente, foi com razão que na decisão impugnada se reconheceu, relativamente ao mercado das vitaminas A, B₂, B₆, C, E e H, a existência de semelhante posição.

Pelo contrário, foi erradamente reconhecido relativamente ao mercado das vitaminas B₃.

II — *Existência de uma exploração abusiva de uma posição dominante**Secção 1: considerações prévias*

80 Segundo a decisão impugnada, a recorrente explorou abusivamente a sua posição dominante através da celebração de contratos de compra e venda com 22 importantes compradores de vitaminas — cerca de 30 (aliás, alguns apenas retomavam, com ou sem modificações, um contrato anterior) — através dos quais estes compradores se comprometiam a abastecer-se exclusivamente junto da Roche para a totalidade ou para uma parte essencial das suas necessidades em vitaminas ou em certas vitaminas expressamente designadas, ou que os incitavam a fazê-lo, mediante a promessa de abatimentos que a Comissão qualificou como descontos de fidelidade.

Segundo a Comissão (decisão impugnada, n.os 22 a 24), os contratos de exclusividade ou os descontos de fidelidade incriminados constituíam, por um lado, uma exploração abusiva na acepção do artigo 86.º do Tratado porque falseavam a concorrência entre produtores ao retirarem aos clientes da empresa em posição dominante qualquer possibilidade de escolha relativamente às fontes de abastecimento e, por outro, porque tinham como efeito a aplicação, relativamente a parceiros comerciais, de condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência. neste sentido, a Roche praticava dois preços diferentes relativamente a dois compradores para uma quantidade idêntica de um mesmo produto, consoante os compradores aceitassem ou não renunciar a abastecer-se junto dos concorrentes da Roche.

81 Os contratos em questão dizem respeito às vendas de vitaminas de um ou de vários grupos relativamente aos quais se reconheceu a existência de uma posição dominante de compradores que possuem empresas no mercado comum às quais se destinam, na totalidade ou em parte, estas vitaminas.

Estes contratos podem ser ordenados da seguinte forma e serão a seguir designados pelo nome do comprador:

1. Afico/Nestlé: *um* contrato com duração de um ano a contar de 1 de Janeiro de 1968, renovável tacitamente;
2. America Cyanamid: *um* contrato com duração de um ano a contar de 1 de Janeiro de 1971, renovável tacitamente;

3. Animedica: *dois* contratos, um multinacional, de 12 de Janeiro de 1973, o outro relativo a fornecimentos na República Federal da Alemanha, de 9 de Maio de 1972, ambos com duração de um ano, renováveis tacitamente;
4. Beecham: *três* acordos sucessivos de 1 de Abril de 1972, de 1 de Abril de 1973 e de 31 de Dezembro de 1973 relativos, respectivamente, aos períodos 1.4.1972-31.3.1973, 1.4.1973-31.12.1973 e o ano de 1974;
5. Capsugel/Parke Davis: *um* contrato de 22 de Março de 1967, com início em 15 de Março de 1967;
6. Dawe's: *um* contrato com início em 1 de Agosto de 1971 sem especificação da sua duração;
7. Guyomarc'h: *um* contrato com início em 1 de Maio de 1972, com duração de um ano, renovável tacitamente;
8. Isaac Spencer: *dois* contratos, o primeiro abrangendo o período entre 1 de Julho e 31 de Dezembro de 1973, o segundo abrangendo o ano 1974;
9. Merck: *três* contratos, o primeiro de 3 de Março de 1972, relativo às vitaminas A, concluído por cinco anos e posteriormente renovável tacitamente, cada vez por dois anos; o segundo, de 3 de Março de 1972, referente às vitaminas E, contendo uma estipulação quase idêntica ao anterior contrato relativamente à sua duração; o terceiro, de 5 de Julho de 1971, referente à vitamina B₆, para um período que vai até 31 de Dezembro de 1976 e posteriormente renovável tacitamente, por períodos sucessivos de dois anos;
10. Nitrovit/Imperial Foods: *dois* contratos, um de 22 de Dezembro de 1972, o outro de 11 de Janeiro de 1974, válidos em ambos os casos por um ano;
11. Organon: *um* contrato de 15 de Abril de 1970, alterado em 10 de Outubro de 1974 e abrangendo períodos anuais, renovável tacitamente;
12. Pauls and Whites: *três* contratos de 2 de Março de 1972, 16 de Julho de 1973 e 22 de Janeiro de 1974, abrangendo respectivamente os períodos 1.4.1972-31.3.1973, 1.4.1973-31.12.1973 e o ano de 1974;

13. Protector: *um* contrato produzindo efeitos a partir de 1 de Julho de 1968, para o ano de 1968, renovado de facto de ano em ano, de qualquer forma até finais de 1972;
14. Provimi: *um* contrato de 30 de Setembro de 1972, sem estipulação da sua duração, modificado em 27 de Novembro de 1974;
15. Radar: *um* contrato de 23 de Fevereiro de 1971, que abrange o ano de 1971 e se refere a um compromisso análogo convencionado anteriormente para o ano de 1970;
16. Ralston Purina: *um* contrato de 19 de Janeiro de 1970, que abrange o ano de 1970, prolongado, pelo menos, até finais de 1974;
17. Ramikal: *um* contrato de 22 de Agosto de 1972, que produz efeitos a partir de 1 de Janeiro de 1972, com duração indeterminada e substitui um contrato de 1964;
18. Sandoz: *um* contrato com início em 1965, aplicável por um ano civil, renovável tacitamente de ano em ano;
19. Trouw: *um* contrato de 1 de Julho de 1971, que produz efeitos a partir de 1 de Janeiro desse mesmo ano, modificado em 27 de Novembro de 1972;
20. Unilever: *três* contratos de 9 de Janeiro de 1974, sendo os dois primeiros relativos a fornecimentos no Reino Unido, o primeiro de vitaminas A, tipo b), o segundo das outras vitaminas A, enquanto o terceiro tinha por objecto fornecimentos de vitaminas A no continente, nos três casos para 1974 e 1975;
21. Upjohn: *um* contrato com início em 1 de Novembro de 1967, sem qualquer especificação relativamente à duração;
22. Wyeth: *um* contrato que se iniciou em 1 de Janeiro de 1964, sem especificar a sua duração.

Secção 2: análise dos contratos controvertidos

- 82 Estes contratos, embora redigidos em épocas diferentes e nem sempre formulados de forma idêntica, podem, relativamente à relevância do compromisso de abastecimento aceite pelo comprador, ser classificados em três categorias.
- 83 Um certo número de entre eles continha um compromisso firme de o comprador se abastecer exclusivamente junto da Roche:
- a) no que se refere à totalidade ou quase totalidade das suas necessidades em vitaminas não acondicionadas, fabricadas pela Roche; Afico/Nestlé, Dawe's, Organon, Provimi (salvo 10% a título de elemento de comparação), Ralston Purina, Upjohn (todas as vitaminas, exceptuando quatro especialidades da vitamina A, destinadas à alimentação animal relativamente às quais a Roche concede à Upjohn uma licença da sua marca Injacom);
 - b) ou no que se refere à totalidade das suas necessidades relativamente a certas vitaminas expressamente designadas: Merck (vitaminas A, B₆, além das 200 toneladas fabricadas anualmente pela própria Merck e as vitaminas E);
 - c) ou no que se refere a uma percentagem das suas necessidades totais, indicada no contrato (America Cyanamid, Animedica Alemanha e Animedica International: 80%), ou das necessidades relativamente a algumas vitaminas designadas (Guyomarc'h: 75% das necessidades em vitaminas A, B, C, E);
 - d) ou, finalmente, no que se refere «à maior parte» (major part, überwiegender Teil) das suas necessidades em vitaminas ou de algumas vitaminas (Beecham, Isaac Spencer, Nitrovit, Pauls and Whites, Ramikal, Trouw).
- 84 Um certo número de contratos continha o compromisso de o comprador «give preference to Roche» (Wyeth) ou expressava a intenção de se abastecer exclusivamente junto da Roche (Capsugel/Parke Davis) ou de recomendar às suas filiais de proceder do mesmo modo (Sandoz), quer no que se refere à totalidade das suas necessidades em vitaminas quer para algumas vitaminas designadas (Capsugel/Parke Davis: A, B₁, B₂, B₆, C, E, H) ou, ainda, relativamente a uma determinada percentagem da totalidade das necessidades (Protector: 80%).
- 85 Por fim, os contratos celebrados, respectivamente, com a Merck e a Unilever, têm particularidades que justificam uma análise separada dos compromissos que continham.

- 86 A maioria dos contratos era celebrada por uma duração indeterminada, nos termos da sua formulação ou através da utilização de uma cláusula de renovação tácita e que, manifestamente, tinham sido concebidos para estabelecer relações que se deviam prolongar por vários anos.

A grande maioria dos contratos foi celebrada a partir de 1970 e esteve em vigor durante todo ou uma parte do período situado entre 1970 e 1974.

- 87 Todos os contratos acima enumerados, com excepção dos que foram celebrados com a Unilever, previam a concessão, utilizando diferentes qualificações, de abatimentos ou descontos calculados sobre a totalidade das compras de vitaminas, independentemente do grupo a que estas pertencem, durante um dado período, a maior parte das vezes anual ou semestral.

Os contratos Beecham, Isaac Spencer, Nitrovit, Pauls and Whites, Sandoz e Wyeth tinham a particularidade da percentagem dos abatimentos previstos não ser única, mas aumentar — em geral de 1% a 3% — em função das quantidades compradas anualmente.

Nos contratos, com excepção da Animedica International, Guyomarc'h, Merck B6, Protector e Upjohn, dita cláusula inglesa, estava inserida a chamada cláusula inglesa, por força da qual os clientes podiam optar — segundo diferentes modalidades a seguir analisadas — à Roche propostas mais favoráveis provenientes da concorrência e, conseqüentemente, se a Roche não alinhasse os seus preços, o cliente interessado ficava exonerado, no que se refere a esta compra, da sua obrigação de abastecimento exclusivo ou podia, quando não estava estipulada semelhante obrigação firme, comprar ao referido concorrente sem perder, no entanto, em qualquer dos casos, relativamente às compras que já fizera ou faria no futuro, o benefício do desconto acima mencionado.

- 88 É à luz destas particularidades que há que analisar se os contratos controvertidos eram constitutivos de uma exploração abusiva de posição dominante por parte da Roche.

Secção 3: qualificação, à luz do artigo 86.º do Tratado, dos contratos de abastecimento exclusivo e dos sistemas de descontos

- 89 Constitui uma exploração abusiva de uma posição dominante, na acepção do artigo 86.º do Tratado, o facto de uma empresa que se encontra em posição dominante num mercado, vincular — embora a seu pedido — compradores através de uma

obrigação ou promessa de se abastecerem exclusivamente, relativamente à totalidade ou a uma parte considerável das suas necessidades, junto da referida empresa, quer a obrigação em questão esteja estipulada sem mais, quer seja a contrapartida da concessão de descontos.

A situação é idêntica quando a dita empresa, sem vincular os compradores através de uma obrigação formal, aplica, quer em virtude de acordos celebrados com os compradores quer unilateralmente, um sistema de descontos de fidelidade, isto é, de abatimentos ligados à condição de que o cliente — seja qual for o montante, considerável ou mínimo, das suas compras — se abasteça exclusivamente, na totalidade ou numa parte importante das suas necessidades, junto da empresa em posição dominante.

- 90 Efectivamente, os compromissos de abastecimento exclusivo desta natureza, com ou sem a contrapartida de descontos ou a concessão de descontos de fidelidade destinados a incentivar o comprador a abastecer-se exclusivamente junto da empresa em posição dominante, são incompatíveis com o objectivo de uma concorrência não falseada no mercado comum, porque não se baseiam — salvo circunstâncias excepcionais que tornem eventualmente admissível um acordo entre empresas no âmbito do artigo 85.º e, em especial, do n.º 3 desta disposição — numa prestação económica que justifique este encargo ou esta vantagem, mas destinam-se a retirar ou restringir a possibilidade de escolha do comprador relativamente às fontes de abastecimento e impedir a entrada dos outros produtores no mercado.

O desconto de fidelidade, ao contrário dos descontos de quantidade, relacionados exclusivamente com o volume das compras efectuadas junto do produtor interessado, tem por objectivo impedir o abastecimento dos clientes junto dos produtores concorrentes através da concessão de uma vantagem financeira.

Além disso, os descontos de fidelidade têm como efeito a aplicação de condições desiguais a parceiros comerciais no caso de prestações equivalentes, na medida em que dois compradores de uma mesma quantidade de um produto pagam um preço diferente consoante se abasteçam exclusivamente junto da empresa em posição dominante ou diversifiquem as suas fontes de abastecimento.

Por fim, estas práticas visam reforçar a posição dominante de uma empresa detentora dessa posição, em especial, num mercado em expansão, mediante uma concorrência que não está baseada em prestações e, consequentemente, falseada.

- 91 Para afastar a qualificação de exploração abusiva de posição dominante não se pode aceitar a interpretação proposta pela recorrente segundo a qual a exploração

abusiva implica que a utilização do poder económico, conferido através de uma posição dominante, seja o meio graças ao qual se efectuou o abuso.

A noção de exploração abusiva é uma noção objectiva que abrange os comportamentos de uma empresa em posição dominante susceptíveis de influenciar a estrutura de um mercado no qual, precisamente na sequência da presença da empresa em questão, o grau de concorrência já está enfraquecido e que têm como consequência impedir, através de meios diferentes daqueles que regem uma competição normal de produtos ou serviços com base em prestações dos operadores económicos, a manutenção do grau de concorrência ainda existente no mercado ou o desenvolvimento desta concorrência.

Secção 4: natureza dos descontos controvertidos

92 A recorrente alega, no entanto, que os descontos convencionados não são descontos de fidelidade mas de quantidade ou que correspondem a uma prestação económica do cliente justificando uma contrapartida deste tipo.

93 Há que fazer, na análise deste fundamento, uma distinção entre os contratos que prevêm um desconto a uma taxa uniforme e aqueles que estipulam descontos a uma taxa crescente.

a) Quanto aos contratos que prevêm descontos a uma taxa uniforme

94 Em primeiro lugar, a tese da recorrente não pode ser aceite relativamente aos contratos que prevêm um desconto a uma taxa uniforme.

95 Efectivamente — e sem prejuízo da observação que, em caso de exclusividade formalmente aceite, a concessão ou não de um desconto é, afinal de contas, irrelevante —, nenhum dos referidos contratos contém compromissos relativos a determinadas quantidades, não estando estas sequer estimadas, ou compromissos relacionados com o volume das compras, mas todos têm por objectivo as «necessidades» ou uma parte dessas necessidades.

Além disso, na maior parte dos contratos, as partes qualificaram a cláusula como desconto de fidelidade (American Cyanamid, Organon, Provimi, Ralston Purina, Trouw) ou utilizaram termos que sublinham vigorosamente o nexo entre a exclusividade e o desconto concedido.

- 96 No contrato Dawe's está estipulado que o desconto é concedido como «contrapartida» (in return) da aceitação da exclusividade; o contrato Ramikal refere um «desconto de confiança» (vertraulicher Jahresbonus) que «constitui um autêntico prémio pela suas compras na Roche» (eine echte Vergütung auf ihre Bezüge von Roche), sem qualquer relação com os descontos de quantidade que são um dado adquirido.

Sem dúvida, nestes quatro contratos, a saber, os contratos Afico/Nestlé, Capsugel/Parke Davis, Provimi (a partir de 1974) e Upjohn, o desconto é concedido sobre a totalidade das compras, de acordo com os termos dos referidos contratos, pelo facto de estes clientes garantirem à Roche o pagamento das sucessivas facturas através de ordens de pagamento efectuadas directamente pelas filiais dos referidos clientes.

No entanto é difícil aceitar que os descontos, calculados em relação a todos os aspectos sobre as mesmas bases que aqueles que, noutros contratos, são considerados descontos de fidelidade, possam ser a contrapartida de um compromisso de sociedades de dimensões mundiais como a Nestlé, a Parke Davis e a Upjohn, com o objectivo garantir de à Roche a solvabilidade das suas filiais.

Também não se pode aceitar o argumento da Roche de que se tratava, pelo menos relativamente a algumas vitaminas como a biotina (vitamina H), de descontos de lançamento, que os contratos não faziam nem permitiam fazer qualquer distinção, de acordo com a sua função, entre os diferentes descontos determinados de forma global e uniforme, por cliente, relativamente às suas necessidades totais ou relativamente a uma parte importante das suas necessidades.

b) Quanto aos contratos que prevêem descontos a uma taxa crescente

- 97 Um certo número de contratos controvertidos, a saber, Beecham (1972, 1973, 1974), Isaac Spencer (1973, 1974), Nitrovit (1973, 1974), Pauls and Whites (1972, 1973, 1974), incluem, por um lado, um compromisso que abrange «a maior parte» das necessidades do comprador e, por outro, uma cláusula de desconto que prevê um abatimento cuja percentagem aumenta — em geral de 1% a 2%, elevando-se depois a 3% —, consoante tenha sido coberta, durante um período anual, uma percentagem maior ou menor das necessidades estimadas do comprador; os contratos incluem, em todos os casos, uma estimativa em valor (UKL) das necessidades totais e, além do mais, em dois casos (Pauls and Whites 1972, Beecham 1972) uma estimativa em quantidade para cada um dos tipos de vitaminas referidas no contrato.

A título de exemplo, pode citar-se o contrato Beecham (1.4.1972-31.3.1973), no qual as necessidades anuais foram avaliadas em 300 000 UKL no máximo, sendo

o desconto previsto de 1% se o volume de negócios atingir os 60%, ou seja, 180 000 UKL, de 1,5% se atingir 70%, ou seja 210 000 UKL e de 2% se atingir 80%, ou seja, 240 000 UKL.

A formulação dos outros contratos é idêntica, variando a estimativa das necessidades de caso para caso e de ano para ano, manifestamente com o objectivo de ser adaptada à capacidade de absorção do cliente.

- 98 Embora os contratos em questão contenham elementos que, à primeira vista, pareçam ser de natureza quantitativa relativamente ao seu nexos com a concessão de um desconto total, a sua análise revela, no entanto, que se trata, na realidade, de uma forma particularmente elaborada de descontos de fidelidade.
- 99 Em primeiro lugar, é notável que esta forma peculiar de descontos esteja precisamente inserida em contratos em que o compromisso de abastecimento foi redigido do modo menos constrangedor, a saber, «a maior parte das necessidades» deixando uma margem apreciável de liberdade ao comprador em questão.

O carácter vago do compromisso assim formulado é, em larga medida, corrigido através de uma estimativa das necessidades anuais, aumentando a concessão de um desconto em função da percentagem das necessidades cobertas; esta taxa crescente constitui claramente um poderoso incentivo que visa cobrir a percentagem máxima das referidas necessidades junto da Roche.

- 100 Este método de cálculo dos descontos difere da concessão de descontos de quantidade, ligados exclusivamente ao volume das compras efectuadas junto do produtor interessado, na medida em que os descontos controvertidos não dependem das quantidades fixadas objectivamente e válidas para o conjunto dos eventuais compradores, mas de estimativas determinadas, caso a caso, para cada cliente em função da sua presumível capacidade de absorção, não sendo o objectivo visado o máximo de quantidade, mas o máximo das necessidades.
- 101 Por conseguinte, a Comissão tem razão ao considerar que os referidos contratos incluíam descontos de fidelidade constitutivos de uma exploração abusiva de posição dominante.

Secção 5: cláusula inglesa

- 102 Considerando que todos os contratos em questão, com excepção de cinco (Animedica International, Guyomarc'h, Merck B₆, Protector e Upjohn) contêm uma cláusula, dita

cláusula inglesa, segundo a qual, se o cliente obtiver, por parte da concorrência, propostas de preços mais vantajosas do que as que resultam da aplicação dos contratos controvertidos, pode pedir à Roche que alinhe os seus preços pela referida proposta; se a Roche não der seguimento a este pedido, o cliente está autorizado, por derrogação do seu compromisso de abastecimento exclusivo, a abastecer-se junto do referido concorrente, sem perder, no entanto, o benefício dos descontos de fidelidade previstos nos contratos para outras compras já efectuadas ou ainda a efectuar junto da Roche.

- 103 Segundo a recorrente, esta cláusula destrói o efeito restritivo da concorrência tanto dos acordos de exclusividade como dos descontos de fidelidade.

Em especial, relativamente aos contratos que não contêm uma obrigação expressa de abastecimento exclusivo, a cláusula inglesa elimina «o efeito de atracção» dos descontos em causa, dado que o cliente não tem a alternativa de aceitar propostas da Roche menos vantajosas para ele ou de perder, para o conjunto das compras já efectuadas junto da Roche, o benefício dos descontos de fidelidade previstos.

- 104 É incontestável que esta cláusula permite prevenir algumas das consequências não equitativas que as obrigações de abastecimento exclusivo ou a previsão de descontos de fidelidade globais, aceites para períodos relativamente longos, podem ter para os compradores.

No entanto, há que salientar que a possibilidade de o comprador fazer funcionar a concorrência em seu benefício é mais limitada do que parece à primeira vista.

- 105 Efectivamente, a cláusula, para além de não existir nos contratos Guyomarc'h, Merck B₆, Animedica International, Protector e Upjohn, tem modalidades que restringem a sua relevância e deixam, de facto, um grande poder de apreciação à Roche relativamente à possibilidade de o cliente recorrer a ela.

Num certo número de contratos não se especifica apenas que a proposta tem de provir de concorrentes sérios, mas também de concorrentes importantes do mesmo nível que a Roche ou ainda que as propostas devem ser comparáveis não apenas do ponto de vista da qualidade do produto, mas também da continuidade da proposta, o que reforça a exclusividade, eliminando um abastecimento mais favorável mas ocasional.

Noutros contratos, refere-se que a proposta deve provir de produtores, excluindo os *brokers* ou agentes comerciais, o que tem por efeito eliminar concorrentes não

européus que agem no mercado através das casas comerciais, como foi provado aquando do exame das quotas de mercado que as partes efectuaram a pedido do Tribunal.

Numa série de contratos a cláusula inglesa está directamente ligada à garantia de a Roche assegurar os melhores preços «no mercado local» e actuar apenas dentro deste limite, o que restringe não só a sua relevância, mas opera uma compartimentação dos mercados, incompatível com o mercado comum.

106 Além disso, a cláusula inglesa não elimina a discriminação, resultante dos descontos de fidelidade, entre os compradores que se encontram em condições idênticas, conforme exerçam ou não a sua liberdade de abastecimento.

107 Há que salientar que, antes de mais, num mercado em que opera uma empresa em posição dominante, mesmo nas circunstâncias mais favoráveis, a cláusula inglesa não tem por efeito evitar consideravelmente a distorção da concorrência que provocam as cláusulas de abastecimento exclusivo e os descontos de fidelidade, uma vez que, por este facto, a estrutura concorrencial deste mercado já está enfraquecida.

Com efeito, ao obrigar os seus clientes a revelar-lhe as propostas mais vantajosas que são apresentadas pela concorrência e a revelá-las com as especificações acima descritas — de tal modo que a Roche individualizará facilmente esse concorrente —, a cláusula inglesa, em virtude da sua natureza, coloca à disposição da recorrente elementos de informação sobre a situação do mercado, bem como sobre as possibilidades e iniciativas dos seus concorrentes, que são especialmente preciosos na direcção da sua estratégia de mercado.

O facto de uma empresa em posição dominante exigir ou obter, contratualmente, dos seus clientes a obrigação de estes lhe assinalarem as propostas da concorrência, ainda que os referidos clientes possam ter um interesse comercial evidente em não as revelar, é susceptível de agravar a natureza abusiva da exploração da posição dominante.

Por fim, em virtude do mecanismo da cláusula inglesa, é à própria Roche que cabe decidir se, ao alinhar ou não os seus preços, permite a intervenção da concorrência.

108 Assim, graças aos elementos de informação fornecidos pelos seus clientes, consegue diversificar a sua estratégia de mercado relativamente a estes e aos seus concorrentes.

De todos estes elementos resulta que é através de uma interpretação e aplicação exactas do artigo 86.º do Tratado que a Comissão considerou que as cláusulas inglesas, inseridas nos contratos controvertidos, não podiam ser excluídas da qualificação de exploração abusiva de posição dominante.

Secção 6: aplicação dos critérios analisados relativamente aos contratos controvertidos (que não a Unilever e a Merck)

- 109 Os os contratos que contêm uma obrigação expressa de exclusividade relativamente à totalidade (Afico, Dawe's, Organon, Provimi, Ralston Purina, Upjohn) ou relativamente a uma percentagem extremamente importante (Animedica Alemanha, Animedica Internacional, American Cyanamid, Guyomarc'h) de todas as necessidades dos compradores de vitaminas ou das suas necessidades nalguns grupos pontualmente designados, reúnem os elementos do comportamento anticoncorrencial acima descrito que é constitutivo de uma exploração abusiva de posição dominante.

O mesmo sucede relativamente aos contratos em que o comprador se compromete a reservar à Roche o abastecimento da «maior parte» (major part, überwiegender Teil) das suas necessidades (Beecham, Pauls and Whites, Nitrovit, Isaac Spencer, Ramikal e Trouw), tanto mais que a natureza menos constrangedora da formulação utilizada foi corrigida, como acima foi provado, através da concessão de descontos especialmente concebidos para produzir este efeito corrector.

- 110 Impõem-se as mesmas conclusões relativamente aos contratos que, embora seja duvidoso que contenham um compromisso firme de abastecimento, incluem, através da concessão dos descontos acima analisados, um incentivo poderoso destinado a reservar à Roche a exclusividade do abastecimento relativo à totalidade ou a uma parte das suas necessidades em vitaminas ou em alguns grupos de vitaminas.

A Comissão teve razão ao salientar (decisão impugnada n.ºs 11 e 24) que este incentivo ainda é reforçado pelo facto de o desconto estar previsto relativamente ao conjunto das compras dos diferentes grupos de vitaminas, de modo que o comprador, se pretender dirigir-se — fora da aplicação da cláusula inglesa cuja relevância foi acima analisada — a um produtor concorrente a respeito de uma vitamina está, no entanto, impedido de o fazer porque desse modo perde o benefício do desconto relativamente a todas as outras vitaminas que continua a comprar junto da Roche.

- 111 O facto, reconhecido pela recorrente como pela Comissão, de os diferentes grupos de vitaminas que constituírem produtos não intermutáveis e mercados distin-

tos, esta globalização do sistema de descontos constitui, além disso, uma prática abusiva na acepção do último parágrafo do artigo 86.º, na medida em que tem por objectivo «subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos parceiros contratuais, de prestações suplementares, que, pela sua natureza ou de acordo com os usos comerciais não têm qualquer relação com o objecto desses contratos».

Por fim, deve salientar-se que, apesar de a inobservância pelo comprador do seu compromisso de abastecimento exclusivo, como sustenta a Roche, não sujeitar esse comprador a acções por incumprimento do contrato, tendo apenas como efeito a perda do benefício do desconto prometido, estes contratos contêm sempre um incentivo suficiente para reservar a exclusividade à Roche caindo assim na alçada da qualificação de exploração abusiva de posição dominante.

Secção 7: aplicação de critérios analisados relativamente aos contratos Merck e Unilever

a) Os contratos Merck

112 A Roche celebrou três contratos com a Merck, o primeiro com data de 5 de Julho de 1971, tendo por objecto o abastecimento da Merck em vitaminas B₆, o segundo de 3 de Março de 1972, relativo ao abastecimento em vitaminas A e o terceiro com a mesma data, para o abastecimento em vitaminas E.

113 No preâmbulo do primeiro contrato, que diz respeito a um produto em que a quota de mercado da recorrente se situa por volta dos 80%, consta que «a Roche duplicará brevemente a capacidade das suas instalações de produção que é actualmente de cerca de 500 toneladas por ano» e, por conseguinte, tem interesse em suprir uma parte das necessidades da Merck e que «a Merck está disposta a suprir as suas necessidades junto da Roche nas condições a seguir fixadas, desde que não ultrapassem a sua capacidade actual de cerca de 200 toneladas por ano».

De acordo com os artigos 6.º e 7.º desta convenção, o preço de fornecimento, devido pela Merck, é o preço médio de venda a terceiros do mesmo produto com um desconto de 20%, estando, no entanto, estipulado que, em qualquer caso, «a Roche aplicará à Merck os preços e/ou as condições mais vantajosas».

Nos termos do artigo 12.º, a Merck está proibida de revender as referidas vitaminas a concorrentes da Roche sem a autorização desta.

De acordo com o artigo 11.º, a Roche compromete-se a abastecer-se exclusivamente junto da Merck e esta compromete-se a efectuar fornecimentos à Roche cobrindo a totalidade das suas necessidades em «ester fosfórico e pyridoscal 5» em condições idênticas às que estavam previstas para o abastecimento da Merck em vitaminas B₆.

Nos termos do artigo 13.º do contrato, este é celebrado por um período de cinco anos, sendo renovável tacitamente de dois em dois anos.

O contrato não inclui qualquer cláusula inglesa.

- 114 Os outros dois contratos, com a data de 3 de Março de 1972, e relativos ao abastecimento da Merck em vitaminas A e E, apresentam, em termos globais, as mesmas características que aquele que foi acima analisado.

Distinguem-se um do outro pelo facto de naquele que se refere às vitaminas E se encontrar no preâmbulo a declaração que «a Roche deverá, dentro em breve, aumentar sensivelmente as suas instalações de produção de vitamina E, desejando, pois, assegurar o abastecimento regular da Merck», enquanto que aquele que se refere às vitaminas A não inclui qualquer declaração deste tipo.

Os dois contratos de 3 de Março de 1972 — diferentemente do de 5 de Julho de 1971 — não prevêem o abastecimento exclusivo recíproco, mas incluem uma cláusula segundo a qual a Merck fica exonerada da sua obrigação de compra exclusiva se receber uma proposta mais vantajosa e se a Roche não alinhar os seus preços.

Por fim, estes dois contratos prevêem a proibição de a Merck revender as ditas vitaminas a concorrentes da Roche sem a autorização desta.

- 115 Resulta das particularidades acima descritas que as obrigações de abastecimento exclusivo, contraídas pela Merck, tiveram como objectivo, relativamente às vitaminas B₆ e E, assegurar antecipadamente à Roche uma distribuição segura relativamente a uma produção cujo aumento estava previsto, e subtrair-se, pelo menos relativamente a uma parte não negligenciável desta produção adicional, aos imprevistos da concorrência.

Uma obrigação de abastecimento exclusivo desta natureza e desta duração em benefício de uma empresa em posição dominante constitui, por parte dessa empresa, uma exploração abusiva na acepção do artigo 86.º do Tratado.

Se este mesmo objectivo não foi expresso relativamente à vitamina A e se não está excluído que este contrato corresponde à pretensão da Merck — como levam a supor várias especificações técnicas rigorosas inseridas no texto — de assegurar um abastecimento regular e constante de um produto do qual esta fabricava apenas pequenas quantidades, este facto não exclui a proibição de uma empresa em posição dominante vincular os seus compradores através de obrigações de abastecimento exclusivo, sobretudo para períodos tão longos como os que estão previstos no referido contrato.

A obrigação de abastecimento exclusivo, associada à concessão de descontos particularmente consideráveis de, conforme os casos, 12,5% a 20% (vitamina A), de 15% a 20% (vitamina E) e de 20% (vitamina B₆), e a proibição de revenda a produtores de vitaminas, comprova a existência da vontade de limitar a concorrência.

- 116 Há que observar que em casos com o vertente e, em especial, relativamente ao contrato de 5 de Julho de 1971, que incluía compromissos de abastecimento exclusivo recíprocos, pode colocar-se a questão de saber se o comportamento em questão não cai na alçada do artigo 85.º do Tratado e, se for caso disso, do n.º 3 desta disposição.

O facto de acordos deste tipo poderem estar abrangidos pelo artigo 85.º e, nomeadamente, pelo n.º 3, não tem, no entanto, como efeito excluir a aplicação do artigo 86.º; efectivamente, esta disposição visa de forma expressa situações que manifestamente têm a sua origem em relações contratuais, de modo que, nestes casos, a Comissão tem a possibilidade, atendendo em especial à natureza dos compromissos recíprocos assumidos e à posição concorrencial dos diversos contratantes no mercado ou nos mercados a que pertencem, de dar continuidade ao processo com base no artigo 85.º ou no artigo 86.º

b) Os contratos Unilever

- 117 A Roche celebrou com a Unilever, em 9 de Janeiro de 1974, três contratos.

- 118 O primeiro, celebrado com a Food Industries Ltd, na qualidade de agente da Unilever, com a filial da Roche no Reino Unido, inclui, em primeiro lugar, uma estimativa das necessidades do comprador em vitaminas sintéticas A, de tipo b, avaliadas em 130-134 biliões de unidades internacionais para o ano de 1974.

Além disso, prevê que o contrato será prorrogado em 1975 e que, conseqüentemente, o comprador deverá comunicar a estimativa das suas necessidades, o mais tardar em Dezembro de 1971.

O segundo, celebrado entre as mesmas partes, tem por objecto os fornecimentos das vitaminas A, que não as do tipo b e inclui, além do mais, estipulações idênticas ao primeiro.

O terceiro contrato foi celebrado directamente entre a Roche/Basileia e a Unilever Inkoop Mij, em Roterdão, e prevê que a Roche «agreed to supply the requirements of your group (Continent only) for the following products: vitamin A for margarine about 30 m.m. in 1974, between 27 and 33 m.m. in 1975; Bêta-carotene (all forms) about 6 000 kg in 1974, between 5 400 kg and 6 600 kg in 1975».

- 119 Os três contratos estipulam os preços convencionados, estando além disso dotados de uma cláusula de câmbio relativamente aos contratos com a Food Industries Ltd.

Estes três contratos não incluem descontos, porém, nos dois contratos que celebrou com a Food Industries, a Roche assegura que aplicará à Unilever o preço mais favorável que conceder a terceiros, enquanto no contrato continental está previsto que se a Unilever receber propostas mais vantajosas dos concorrentes, a Roche alinhar-se-á ou autorizará o comprador a adquirir a quantidade em questão junto dos concorrentes.

- 120 O teor dos contratos não deixa qualquer dúvida sobre o facto de terem por objecto o abastecimento da totalidade das necessidades da Unilever relativamente à vitamina em questão por um período abrangendo os anos de 1974 e de 1975.

Tratando-se de contratos que contêm um compromisso firme de abastecimento exclusivo não é decisivo, com vista à sua qualificação à luz do artigo 86.º do Tratado, saber se são ou não completados através da concessão de descontos.

O facto de o parceiro contratual da Roche ser ele próprio uma empresa poderosa, e que o contrato não é 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 semelhante exploração na violação suplementar

efectuada à estrutura concorrencial de um mercado através da exclusividade de abastecimento, no qual, na sequência da presença de uma empresa em posição dominante, o grau de concorrência já está enfraquecido.

Os acordos deste tipo só podem eventualmente ser admitidos no âmbito e nas condições previstas no artigo 85.º, n.º 3, do Tratado, mas que nenhuma das partes contratantes entendeu dever recorrer a esta possibilidade.

- 121 Da análise dos contratos controvertidos, tanto os celebrados com a Merck como com a Unilever, não resulta qualquer particularidade que permita excluí-los da noção de exploração abusiva que, em princípio, é atribuída a qualquer compromisso de abastecimento exclusivo em benefício de uma empresa em posição dominante.

III — *Da afectação da concorrência e do comércio entre Estados-membros*

- 122 A recorrente nega que a diferença entre os preços que aplica aos seus diferentes clientes, através dos descontos de fidelidade, conforme aceitem ou não abastecer-se exclusivamente junto dela, seja susceptível de lhes infligir uma desvantagem na concorrência na acepção do artigo 86.º, alínea c), do Tratado e que esta diferença não pode ter um efeito sensível sobre a concorrência que os compradores da Roche efectuam entre si.

Além disso, na réplica, parece alegar que o comportamento que lhe é imputado não é susceptível de impedir o comércio entre os Estados-membros.

- 123 Relativamente ao primeiro ponto, tanto a formulação dos contratos controvertidos como as considerações tecidas nos Management Informations e na acta do encontro da Unilever/Roche em Londres, de 11 de Dezembro de 1972, mostram claramente a importância que a própria Roche atribui aos descontos que concede.

Perante estas condições não se pode aceitar que estes descontos não tenham qualquer importância para os clientes.

Além do mais, no âmbito de aplicação do artigo 86.º, tratando-se de comportamentos de uma empresa em posição dominante no mercado e que por essa razão a estrutura concorrencial já está enfraquecida, qualquer restrição suplementar dessa estrutura concorrencial é susceptível de constituir uma exploração abusiva de posição dominante.

124 Relativamente à afectação do comércio entre os Estados-membros é, em primeiro lugar, indubitável que cada uma das vitaminas consideradas possui um mercado que abrange o conjunto do território da Comunidade que, inicialmente, se estendeu a seis e posteriormente a nove Estados-membros.

125 As proibições dos artigos 85.º e 86.º devem ser interpretadas e aplicadas à luz do artigo 3.º, alínea f), do Tratado, que prevê que a acção da Comunidade inclui o estabelecimento de um regime destinado a assegurar que a concorrência não seja falseada no mercado comum e do artigo 2.º do Tratado, que atribui como missão à Comunidade «promover o desenvolvimento harmonioso das actividades económicas no conjunto do mercado comum».

Ao proibir a exploração abusiva de uma posição dominante no mercado, na medida em que seja susceptível de afectar o comércio entre Estados-membros, o artigo 86.º tem por objectivo não apenas as práticas susceptíveis de causar um prejuízo directo aos consumidores, mas também aquelas que lhes causam um prejuízo indirecto ao violarem uma estrutura de concorrência efectiva, como está prevista no artigo 3.º, alínea f), do Tratado.

126 Por outro lado, um certo número de cláusulas inglesas, em razão da sua redacção, implica a manutenção da compartimentação dos mercados, ao permitir, nomeadamente, a prática de preços diferentes de um Estado-membro para outro, verificação que é confirmada pelo facto de, já acima salientado, as variações de preços, para uma mesma vitamina e numa mesma época, divergirem de modo sensível de um Estado-membro para outro.

127 Resulta do que antecede, que os comportamentos controvertidos eram susceptíveis de afectar tanto a concorrência como o comércio entre os Estados-membros.

Quarto fundamento: a multa

a) Relativamente à indeterminação das normas que comportam sanções

128 A recorrente invoca que, em virtude da generalidade e da indeterminação das noções de «posição dominante» e de «exploração abusiva» dessa posição, enunciadas no artigo 86.º do Tratado, a Comissão só lhe pode aplicar multas por violação da disposição mencionada depois de estas noções terem sido concretizadas quer através da prática administrativa quer através da jurisprudência, de forma que os particulares saibam que comportamento adoptar.

- 129 Por força do artigo 87.º do Tratado, o Conselho devia aplicar as disposições necessárias, designadamente com o objectivo de «garantir o respeito das proibições referidas no n.º 1 do artigo 85.º e no artigo 86.º, pela cominação de multas e de adstrições».

Em aplicação desta disposição, o Conselho adoptou o Regulamento n.º 17, de 6 de Fevereiro de 1962, dispondo o n.º 2 do artigo 15.º que a Comissão pode, mediante decisão, aplicar multas às empresas e associações de empresas cujo montante máximo é determinado por esse diploma, sempre que, deliberada ou negligentemente, cometam uma infracção ao disposto nos artigos 85.º, n.º 1, ou 86.º do Tratado.

Por outro lado, de acordo com o artigo 2.º do mesmo regulamento «a Comissão pode declarar verificado, a pedido das empresas e associações de empresas interessadas, que, face aos elementos ao seu dispor, não há razão para intervir, nos termos do n.º 1 do artigo 85.º ou do artigo 86.º, relativamente a um acordo, a uma decisão ou a uma prática».

- 130 Assim, desde 1962, as empresas sabiam, por um lado, que estavam sujeitas a multas em caso de violação das proibições constantes do artigo 86.º e, por outro, que tinham a possibilidade, graças a um processo especialmente organizado, de obter esclarecimentos relativamente ao âmbito de aplicação das referidas proibições no seu caso particular.

A natureza destas proibições e as condições que devem estar preenchidas para que sejam aplicadas não têm, apesar de o artigo 86.º estar formulado em termos necessariamente gerais, uma natureza indeterminada e imprevisível como foi alegado.

- 131 A norma do artigo 86.º do Tratado, como tinha sido anteriormente aplicada, possuía no período de 1970 a 1974, que foi considerado pela Comissão para a determinação da multa, um grau de previsão amplamente suficiente para que a Roche tivesse utilmente em consideração nos seus comportamentos tanto relativamente à existência de uma posição dominante que detém, como relativamente às práticas que lhe são imputadas.
- 132 O artigo 86.º, quando menciona a existência de uma posição dominante e proíbe a sua exploração abusiva, enquadra-se num conjunto sistemático de disposições — tais como os artigos 3.º, alínea f), 37.º, n.º 1, 40.º, n.º 3, segundo parágrafo, 85.º e 90.º, do Tratado — que aspiram todas ao estabelecimento de uma concorrência efectiva e não falseada num mercado com características de um mercado único.

Além disso, o artigo 86.º, quando recorre às expressões «posição dominante» e «exploração abusiva» remete para noções que não são novas, mas que, na maior parte dos Estados-membros, foram essencialmente concretizadas através da prática das autoridades encarregadas de controlar e punir as condutas anticoncorrenciais.

- 133 Em especial, no que toca à noção de posição dominante, não há dúvida que para um operador económico atento, a posse de quotas de mercado importantes tem no entanto, embora não seja necessariamente em todos os casos o único indício determinante relativo à existência de uma posição dominante, uma importância considerável que este deve impreterivelmente tomar em consideração nos eventuais comportamentos que adopta no mercado.

Semelhante apreciação da relevância do artigo 86.º não tem, para a Roche, em qualquer caso para a maior parte dos mercados relevantes, nenhum elemento de imprevisibilidade, nem mesmo de incerteza razoável.

- 134 Relativamente à compatibilidade dos descontos de fidelidade com a proibição do artigo 86.º, para além da experiência que tem de ter qualquer empresa das dimensões da recorrente, e que opera no conjunto do mercado comum, das práticas das autoridades encarregues de aplicar o direito da concorrência nos Estados-membros, a norma precisa do artigo 86.º, alínea b), que se refere à limitação da distribuição, a do artigo 86.º, alínea d), que proíbe subordinar a celebração de contratos à aceitação, por parte dos outros contratantes, de prestações suplementares sem qualquer ligação com o objecto destes contratos e, em especial, a do artigo 86.º, alínea c), que menciona a aplicação, relativamente a parceiros comerciais, de condições desiguais no caso de prestações equivalentes, indicam que era previsível a aplicação desta disposição a um sistema de abastecimento exclusivo e de descontos, como o que foi elaborado pela recorrente.

Ainda menos se pode aceitar a imprevisibilidade alegada, devendo um operador económico atento ter em conta pelo menos a possibilidade, senão mesmo a probabilidade desta aplicação. O artigo 2.º do Regulamento n.º 17 permitia concretizar a título preventivo a aplicação do artigo 86.º aos casos duvidosos, sem que no entanto a recorrente tenha entendido fazer uso desta possibilidade de obtenção da segurança jurídica da qual agora se queixa estar privada.

- 135 A recorrente invoca, por fim, a decisão da Comissão de 5 de Dezembro de 1969 (JO L 323, p. 21) relativa a um processo instaurado nos termos do artigo 85.º do Tratado CEE (IV-24.470-1, Pirelli/Dunlop).

Segundo a recorrente, resulta desta decisão que os acordos de abastecimento exclusivo recíprocos eram válidos desde que deles constasse uma cláusula inglesa.

- 136 A decisão invocada dizia respeito a um acordo celebrado entre duas empresas que não ocupavam uma posição dominante no mercado, relativo ao fabrico, por conta recíproca, de pneumáticos e que devia facilitar a cada uma das duas partes a penetração no mercado da outra.

Além do mais, a cláusula de alinhamento no acordo Dunlop/Pirelli não era acompanhada por numerosas restrições e modalidades que constam nos contratos controvertidos e que restringem extraordinariamente a relevância desta cláusula.

Uma empresa em posição dominante não podia razoavelmente acreditar que um certificado negativo, estabelecido nestas condições, pudesse servir de precedente para justificar o seu próprio comportamento no âmbito do artigo 86.º

- 137 Destas considerações resulta que não é de acolher o fundamento baseado na natureza indeterminada das noções do artigo 86.º

b) Quanto à aplicação do artigo 15.º do Regulamento n.º 17

- 138 A recorrente invoca ainda que, do conjunto dos elementos dos autos e do seu comportamento, resulta que não se pode entender que agiu, deliberada ou negligentemente quando, por um lado, entendeu que não dispunha de uma posição dominante nos mercados em questão e, por outro, que os contratos controvertidos eram compatíveis com o artigo 86.º do Tratado.

- 139 As sugestões e instruções constantes do Management Information e dos outros documentos internos, relativamente à importância e aos efeitos que se esperavam resultar da celebração de acordos de exclusividade e de um sistema de descontos de fidelidade com vista à manutenção das quotas de mercado da Roche, demonstram que a recorrente prosseguia deliberadamente uma política que tinha por objectivo impedir a entrada de novos concorrentes no mercado.

O aumento, a partir de 1970, de contratos de abastecimento exclusivo ou que incitavam à exclusividade, confirma a existência deste propósito deliberado.

Por outro lado, a importância das quotas de mercado que detinha, em todo o caso para a maior parte dos grupos de vitaminas, implica que a convicção da recorrente de que não ocupava uma posição dominante só podia ser o fruto quer de um exame insuficiente da estrutura dos mercados em que operava quer de uma recusa de tomar em consideração essas estruturas.

Por conseguinte, estão preenchidas as condições de aplicação do artigo 15.º do Regulamento n.º 17.

c) Quanto ao montante da multa

- 140 A instrução do processo revelou, no entanto, erros de apreciação da Comissão relativamente à posição dominante da recorrente no mercado das vitaminas do grupo B₃.

Além disso, relativamente às quotas de mercado que provam a existência de uma posição dominante, apenas foram fornecidos pela Comissão elementos precisos para os anos de 1972, de 1973, de 1974 e, em certa medida para 1971, de forma que a duração da infracção a tomar em consideração para a fixação do montante da multa deve ser reduzida para um período apenas ligeiramente superior a três anos e, conseqüentemente, inferior aos cinco anos que a Comissão tomou em consideração.

Por fim, consta que, desde a fase do processo administrativo, a Roche declarou estar de acordo para modificar os contratos controvertidos e, com efeito, levou a cabo essa modificação de comum acordo com os serviços da Comissão.

- 141 Atendendo a estes elementos há que reduzir o montante da multa e afigura-se justificado fixá-lo em 200 000 unidades de conta, ou seja, 732 000 DM, sendo a acção julgada improcedente quanto ao restante.

Quanto às despesas

- 142 Nos termos do disposto no n.º 2 do artigo 69.º do Regulamento Processual, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido.

Por força do n.º 3 do mesmo artigo, o Tribunal pode determinar que as partes suportem as respectivas despesas, no todo ou em parte, se cada parte obtiver vencimento parcial ou em caso de circunstâncias excepcionais.

Tendo cada uma das partes obtido vencimento parcial há que compensar as despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decide:

- 1) **O montante da multa aplicada à empresa Hoffmann-La Roche AG, fixado pelo artigo 3.º, primeiro parágrafo, da decisão da Comissão, de 9 de Junho de 1976 (IV/29.020) em 300 000 unidades de conta, ou seja, 1 098 000 DM, é reduzido para 200 000 unidades de conta, ou seja, 732 000 DM.**

- 2) **Quanto ao restante a acção é julgada improcedente.**

- 3) **As despesas são compensadas.**

Kutscher	Mertens de Wilmars	Mackenzie Stuart	Donner	
Pescatore	Sørensen	O'Keefe	Bosco	Touffait

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 13 de Fevereiro de 1979.

O secretário
A. Van Houtte

O presidente
H. Kutscher