

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)
3 de Julho de 1991 *

No processo C-62/86,

AKZO Chemie BV, com sede em Amersfoort (Países Baixos), representada por I. Van Bael, J.-F. Bellis e A. Vanderelst, advogados do foro de Bruxelas, com domicílio escolhido no Luxemburgo, no escritório do advogado F. Brausch, 8, rue Zithe, BP 1107,

recorrente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por B. van der Esch, consultor jurídico principal, assistido por T. van Rijn e L. Gyselen, membros do Serviço Jurídico, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo, no gabinete de G. Berardis, membro do Serviço Jurídico, Centro Wagner, Kirchberg,

recorrida,

que tem por objecto a anulação da decisão da Comissão das Comunidades Europeias de 14 de Dezembro de 1985 relativa a um procedimento de aplicação do artigo 86.º do Tratado CEE (IV/30.698-ECS/AKZO Chemie, JO L 374, p. 1),

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção),

composto por: J. C. Moitinho de Almeida, presidente de secção, G. C. Rodríguez Iglesias, Sir Gordon Slynn, R. Joliet e M. Zuleeg, juízes,

advogado-geral: C. O. Lenz

secretário: J. A. Pompe, secretário adjunto

visto o relatório para audiência,

* Língua do processo: neerlandês.

ouvidas as alegações das partes na audiência de 29 de Novembro de 1988, em que a Comissão foi representada por T. van Rijn, membro do seu Serviço Jurídico, e T. Ottervanger, advogado do foro de Roterdão,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 19 de Abril de 1989,

profere o presente

Acórdão

- 1 Por petição entrada na Secretaria do Tribunal em 5 de Março de 1986, a AKZO Chemie BV interpôs, ao abrigo do artigo 173.º, segundo parágrafo, do Tratado CEE, um recurso destinado a obter a anulação da Decisão 85/609/CEE da Comissão, de 14 de Dezembro de 1985, relativa a um procedimento de aplicação do artigo 86.º do Tratado CEE (IV/30.698-ECS — AKZO Chemie, JO L 374, p. 1).
- 2 Por esta decisão, a Comissão considerou provado que a AKZO tinha infringido o artigo 86.º do Tratado ao adoptar contra uma sociedade concorrente, a Engineering and Chemical Supplies (Epsom and Gloucester) Ltd (a seguir «ECS»), um comportamento destinado a minar a actividade comercial desta e/ou a provocar a sua retirada do mercado comunitário dos peróxidos orgânicos (artigo 1.º).
- 3 A AKZO Chemie e as suas filiais constituem a divisão «especialidades químicas» do grupo neerlandês AKZO NV, que fabrica produtos químicos e fibras artificiais.
- 4 A AKZO UK, filial a 100% da AKZO Chemie (a seguir, a denominação «AKZO» será utilizada para designar a entidade económica constituída pela AKZO Chemie BV e pelas suas filiais), produz, no Reino Unido, peróxidos orgânicos, espe-

cialidades químicas utilizadas na indústria dos plásticos. Esta empresa também fabrica compostos à base de peróxido de bezoilo, um dos peróxidos orgânicos utilizados como agentes de branqueamento da farinha, bem como bromato de potássio e misturas de vitaminas, dois outros aditivos para a farinha.

- 5 O peróxido de bezoilo e o bromato de potássio são comercializados em diferentes diluições, em função das necessidades do cliente. O peróxido de bezoilo vende-se principalmente em diluições de 16% ou de 20% e o bromato de potássio é geralmente comercializado em diluições de 6 ou de 10%.
- 6 Segundo a decisão (n.º 17), três empresas (AKZO, ECS e Diaflex) dispõem para oferta toda, ou quase toda, a gama de aditivos para farinha no Reino Unido e na Irlanda.
- 7 Os compradores de aditivos podem ser repartidos em três categorias. A primeira, abrange os três principais grupos de industriais de moagem, de dimensões análogas, Ranks (RHM), Spillers e Allied Mills que, no seu conjunto, representam cerca de 85% da procura. A segunda, é constituída por industriais de moagem independentes dos três grandes grupos, os «grandes independentes», que representam 10% da procura. Os 5% restantes são comprados por industriais de moagem de menor importância, os «pequenos independentes».
- 8 Antes do conflito entre a AKZO e a ECS, que deu origem à decisão que constitui o objecto do presente recurso, a Ranks partilhava as suas encomendas entre a AKZO e a Diaflex. A Spillers era abastecida sobretudo pela AKZO e na parte restante pela Diaflex. A Allied comprava os seus aditivos à ECS através da sua central de compras Provincial Merchants. Porém, a Coxes Lock, uma das empresas de moagem do grupo Allied, abastecia-se na AKZO. A ECS tinha, por seu lado, dois terços da clientela dos «grandes independentes» e a AKZO o terço restante.
- 9 A Comissão (artigo 1.º da decisão) verificou, nomeadamente, que a AKZO:
 - i) tinha ameaçado directamente a ECS, em reuniões que tiveram lugar em finais de 1979, com o objectivo de conseguir a sua retirada do mercado dos peróxidos orgânicos na sua aplicação aos «plásticos»;

- ii) tinha sistematicamente proposto e fornecido aditivos para farinhas à Provincial Merchants, à Allied Mills e aos clientes da ECS no sector dos «grandes independentes», a partir de Dezembro de 1980, *grosso modo*, a preços anormalmente baixos, com o objectivo de prejudicar a viabilidade comercial da ECS, obrigando esta ou a abandonar o cliente à AKZO, ou a baixar o seu preço até à venda com prejuízo para poder conservá-lo;
 - iii) tinha feito ofertas selectivas aos clientes da ECS dos aditivos para farinhas, ao mesmo tempo que mantinha os preços significativamente superiores (até 60 %) que praticava em relação a compradores análogos que já faziam parte da sua clientela regular;
 - iv) tinha oferecido aos clientes da ECS bromato de potássio e uma mistura de vitaminas (quando, normalmente, não fornecia este género de produto) a um preço-chamariz, no quadro de um contrato global que incluía peróxido de benzoílo, com o objectivo de atrair a clientela para a gama completa dos aditivos para farinhas, afastando assim a ECS;
 - v) no quadro do plano destinado a prejudicar a ECS, tinha mantido os preços dos aditivos para farinhas no Reino Unido a um preço artificialmente baixo, durante um largo período, situação que, para ela, era sustentável devido aos meios financeiros de que dispunha, superiores aos da ECS;
 - vi) tinha prosseguido uma política comercial de afastamento em relação aos fornecedores da RHM e da Spillers, obtendo destes clientes informações detalhadas e precisas sobre as ofertas feitas pelos outros fornecedores de aditivos para farinhas (incluindo a ECS) e apresentando, a seguir, uma oferta a um preço imediatamente inferior à oferta mais baixa da concorrência, para ficar com a encomenda, facto a que acrescia (no caso da Spillers) a obrigação imposta ao cliente de comprar à AKZO todo o seu fornecimento em aditivos para farinhas.
- 10 A mesma decisão condenou a AKZO a pagar uma multa de 10 milhões de ECU, ou seja, 24 696 000 HFL (artigo 2.º) e ordenou-lhe que pusesse imediatamente termo à infracção (artigo 3.º).
- 11 Além disso, a decisão (artigo 3.º, terceiro, quarto e quinto parágrafos) proibiu a AKZO de fazer ofertas ou de fixar preços ou outras condições de venda dos aditi-

vos para farinha que tivessem como efeito que os clientes cujas encomendas ela disputava à ECS pagassem preços diferentes dos que ela praticava em relação a clientes análogos. Esta proibição não impede, porém, a AKZO de fazer variar os preços dos aditivos para farinha em função das categorias de clientes, para poder repercutir, de modo razoável e objectivo, as diferenças de custos de produção e de entrega, resultantes do volume de compras anual do cliente, da importância da encomenda, e de outros factores de natureza comercial. A este respeito, a decisão esclarecia que as ofertas feitas pela AKZO aos industriais de moagem do grupo Allied Mills não podiam prever condições significativamente mais favoráveis do que as feitas aos «grandes independentes».

12 Como fundamentos do seu pedido, a AKZO alegou, no essencial, o seguinte:

- primeiro fundamento: a decisão impugnada estaria eivada de vários vícios de forma, por causa das irregularidades do processo administrativo;
- segundo fundamento: a decisão impugnada infringiria o artigo 86.º do Tratado, na medida em que a Comissão teria feito uma interpretação e uma aplicação inexactas das noções de posição dominante e de exploração abusiva de uma posição dominante, ao decidir que essa posição existia no caso da AKZO e ao qualificar como abusivo o comportamento desta.

13 Para mais ampla exposição dos factos, da tramitação processual, dos fundamentos e argumentos das partes, remete-se para o relatório para audiência. Estes elementos apenas serão adiante retomados na medida do necessário para a fundamentação da decisão do Tribunal.

I — Quanto ao primeiro fundamento: irregularidades no processo administrativo

14 A AKZO sustenta que a decisão está eivada de vários vícios de forma, resultantes das irregularidades no processo administrativo. A este respeito alega, em primeiro lugar, que não teve suficiente acesso ao processo, a seguir, que o inquérito da Comissão foi incompleto e, finalmente, que da decisão constam algumas acusações sobre as quais a AKZO não foi ouvida.

A — Acesso ao processo

- 15 A AKZO alega, em primeiro lugar, que, apesar dos seus pedidos reiterados, não teve acesso à totalidade dos relatórios de inquérito elaborados pelos inspectores da Comissão, quando esses documentos eram susceptíveis de conter elementos que poderiam ter-lhe permitido garantir a sua defesa e confirmar a justeza da sua posição. A recusa de que foi alvo estaria em contradição com a linha de conduta que a Comissão declarou pretender seguir nos seus relatórios sobre política da concorrência.
- 16 Quanto a este aspecto, convém salientar que, tal como o Tribunal o decidiu no seu acórdão de 17 de Janeiro de 1984, VBVB e VBBB/Comissão, n.º 25 (43/82 e 63/82, Recueil, p. 19), «se o respeito dos direitos da defesa exige que a empresa interessada tenha podido dar a conhecer, em tempo útil, o seu ponto de vista sobre os documentos que servem à Comissão para dar como provados os factos sobre os quais a decisão se apoia, não há nenhuma norma que imponha à Comissão a obrigação de mostrar os seus processos às partes interessadas».
- 17 Nestas condições, o vício invocado deve ser julgado sem fundamento.
- 18 A AKZO alega, também, que a Comissão baseou a sua decisão em dois documentos que não lhe foram comunicados.
- 19 O primeiro desses documentos seria a resposta que a empresa Steetley Chemicals (uma empresa que fornece a matéria-prima destinada ao fabrico do bromato de potássio) deu a um pedido de informações que a Comissão lhe dirigiu, nos termos do artigo 11.º do Regulamento n.º 17, primeiro regulamento de aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (JO 13, p. 204). Ora, como se verificaria pela contestação da Comissão, esta teria adoptado a sua decisão baseando-se nesse documento para calcular os custos de produção da Diaflex.

- 20 A Comissão não contesta o facto de este documento não ter sido dado a conhecer à AKZO. Limita-se a referir que a AKZO sabia, ou pelo menos podia supor, que os preços que a Steetley Chemicals fazia à Diaflex eram sensivelmente superiores aos que praticava em relação à AKZO.
- 21 Quanto a este aspecto, terá que se decidir que, uma vez que a resposta da Steetley Chemicals não foi comunicada à AKZO, apesar de a Comissão dela ter extraído conclusões, as informações constantes desse documento não podem ser utilizadas no âmbito do presente processo.
- 22 O segundo documento a que a AKZO não teria tido acesso seria a acta de uma declaração feita pela empresa Smith, um dos «grandes independentes», na altura em que a Comissão procedeu a uma averiguação. Este documento diria respeito a uma alegada ajuda da Diaflex à AKZO para permitir a esta ultrapassar o regime de preços mínimos que a Comissão lhe impôs, como uma das medidas provisórias, pela Decisão 83/462/CEE, de 29 de Julho de 1983, relativa a um procedimento ao abrigo do artigo 86.º do Tratado CEE (IV/30.698 — ECS/AKZO — Medidas provisórias, JO L 252, p. 13, a seguir «decisão sobre as medidas provisórias»).
- 23 A Comissão alegou que essa declaração, constante de uma nota manuscrita de um dos seus inspectores, fazia parte do processo de que a AKZO pôde tomar conhecimento nas instalações da Comissão.
- 24 Deve salientar-se que essa nota não figura nos processos apresentados ao Tribunal nem no processo administrativo ou nos anexos deste nem nos articulados da Comissão. A Comissão não fez, pois, prova de que esse documento tinha sido levado ao conhecimento da AKZO. Nestas condições, essa nota não pode servir para dar como assente o carácter abusivo do comportamento da AKZO.

B — Inquérito incompleto

- 25 A AKZO alega que o inquérito da Comissão foi incompleto, nomeadamente porque esta última ignorou a estrutura dos custos das empresas em causa e a política de preços dos principais concorrentes da AKZO no sector dos aditivos para farinha.
- 26 Destinando-se o inquérito a apurar os factos que consubstanciam a infracção, as suas eventuais deficiências não são irregularidades processuais. Só devem ser tomadas em conta quando se trata de indagar se os factos alegados são, na realidade, exactos e se são de molde a justificar as conclusões que deles foram tiradas. Esta averiguação releva do exame dos argumentos quanto ao fundo da questão apresentados pela AKZO.

C — Violação da obrigação de ouvir a empresa

- 27 A AKZO alega que a decisão considera provadas importantes acusações sobre as quais ela não teve oportunidade de dar a conhecer o seu ponto de vista durante o processo administrativo. A AKZO sublinha que, mesmo quando foi ouvida sobre a realidade material de certos factos, não o foi quanto à sua qualificação jurídica como abusos.
- 28 As acusações em causa são a utilização do bromato de potássio como produto-chamariz, os pedidos de informações da AKZO a certos clientes para obter detalhes precisos sobre as ofertas feitas pelos concorrentes e o contrato de exclusividade imposto a um cliente.
- 29 A comunicação das acusações deve mencionar, de maneira clara, os factos em que a Comissão se apoia, bem como a qualificação que deles é feita.
- 30 Deve dizer-se que a exigência foi satisfeita no que diz respeito à utilização do bromato de potássio como produto-chamariz. A carta complementar à comunicação das acusações (n.º 10) coloca, efectivamente, este produto, na altura em que o comportamento foi averiguado, no mesmo pé que as misturas de vitaminas que, segundo a Comissão, eram vendidas pela AKZO a preços-chamariz.

- 31 No que respeita à obtenção das informações pela AKZO e ao contrato de exclusividade, deve referir-se que, na comunicação das acusações (n.º 70), a Comissão qualificou como abusiva a estratégia global da AKZO consistente na tentativa de afastar a ECS do sector dos plásticos, proferindo ameaças, e (acusou-a) de, a seguir ao falhanço das suas diligências, ter posto em prática o seu plano visando obrigar a ECS à liquidação. Os diferentes elementos desse plano foram descritos na parte da comunicação das acusações relativa à «execução do plano destinado a afastar a ECS» (n.ºs 27 e seguintes). Entre esses elementos figurava a obtenção de informações e o contrato de exclusividade. Não houve, pois, ofensa dos direitos de defesa da recorrente.
- 32 Finalmente a AKZO alega que, no que respeita à acusação relativa aos preços anormalmente baixos, não teve possibilidade de dar a conhecer o seu ponto de vista sobre o carácter fixo ou variável de alguns dos seus custos de produção, quando esta questão é de importância primordial, tendo em conta o critério de licitude, que pretende ser o aplicável quando se trata de apreciar o comportamento de uma empresa dominante.
- 33 Esta argumentação não pode ser admitida. Só a resposta da AKZO à comunicação das acusações fez aparecer as divergências de opinião entre as partes quanto ao carácter fixo ou variável de certos elementos dos custos. No entanto, a AKZO teve a possibilidade de dar a conhecer o seu ponto de vista na resposta às questões que os representantes da Comissão lhe colocaram a este respeito, quando foi ouvida, a 18 de Junho de 1985 (p. 33 e seguintes do relatório de audição).

II — Quanto ao segundo fundamento: violação do artigo 86.º do Tratado

- 34 Segundo a AKZO, a Comissão teria infringido o artigo 86.º do Tratado, na medida em que:
- a decisão impugnada teria definido erradamente o sector dos peróxidos orgânicos como o mercado em causa, teria considerado erroneamente que o mercado dos peróxidos orgânicos era um mercado único e, finalmente, ter-se-ia baseado em factos inexactos para dar como provada a existência da alegada posição dominante;
 - a decisão impugnada teria considerado, sem razão, que tinha havido comportamento abusivo da AKZO.

A — Quanto à existência de uma posição dominante**1. Sobre a especificação do mercado em causa**

- 35 A decisão reteve, a título principal, como mercado em causa o dos peróxidos orgânicos (incluindo o peróxido de bezoílo utilizado na indústria dos plásticos), com fundamento no facto de que se trata do mercado do qual a ECS deveria ser excluída, a longo prazo, pela AKZO (n.º 66). A título subsidiário, a decisão situa o abuso no mercado dos aditivos para farinha (incluindo o peróxido de bezoílo na sua aplicação no sector das moagens) no Reino Unido e na Irlanda (n.º 91).
- 36 Deve analisar-se, em primeiro lugar, se a Comissão tinha fundamento para determinar que o mercado em causa era o dos peróxidos orgânicos.
- 37 A AKZO contesta esta delimitação, tendo em conta o objecto da decisão, que só diz respeito ao seu alegado comportamento ilícito no campo dos aditivos para farinha. Lembra, a este propósito, que o Tribunal decidiu no seu acórdão de 6 de Março de 1974, *Commercial Solvents/Comissão*, n.º 21 (6/73 e 7/73, Recueil, p. 223), que o mercado em que se manifestam os efeitos do abuso «não tem relevância quanto à especificação do mercado que deve ser tomado em consideração para se apurar a existência de uma posição dominante».
- 38 Este argumento deve ser examinado à luz das circunstâncias específicas do caso em apreço.
- 39 Quanto a este aspecto da questão, deve sublinhar-se liminarmente que o peróxido de bezoílo, um dos principais peróxidos orgânicos utilizado no fabrico dos plásticos, é também um dos principais aditivos para farinha, visto que é usado no Reino Unido e na Irlanda como agente branqueador da farinha.
- 40 Deve salientar-se a seguir que até 1979 a ECS exercia a sua actividade unicamente no sector dos aditivos para farinha. Efectivamente, foi só no decorrer desse ano que decidiu alargar as suas actividades ao sector dos plásticos. A ECS não dispunha, pois, quando o conflito começou, de uma parte do mercado extremamente reduzida neste último sector.

- 41 Por outro lado, é um facto que, para a AKZO, o sector dos plásticos sempre foi mais importante que o dos aditivos para farinha, visto que naquele realizava um volume de negócios nitidamente superior.
- 42 A AKZO praticava, portanto, reduções de preços num sector — o dos aditivos para farinha — que era essencial para a ECS, mas que para ela revestia apenas uma importância limitada.
- 43 Por outro lado, a AKZO tinha a possibilidade de compensar eventuais perdas por ela sofridas no sector dos aditivos para farinha através dos lucros que retirava da sua actividade no sector dos plásticos, possibilidade de que a ECS não dispunha.
- 44 Finalmente, conclui-se das declarações de um quadro da AKZO (anexo 20 à comunicação das acusações, p. 35), que serão analisadas quando examinarmos a acusação relativa às ameaças, que esta empresa não optou por um comportamento com o objectivo de reforçar a sua posição no sector dos aditivos para farinha, mas para conservar a que detinha no sector dos plásticos, impedindo a ECS de alargar neste as suas actividades.
- 45 Nestas condições, a Comissão tinha razão ao considerar que o mercado em causa era o dos peróxidos orgânicos, ainda que o alegado comportamento abusivo se destinasse a minar a actividade principal da ECS num mercado diferente.
- 46 Admitindo que se devesse considerar que o mercado em causa era o dos peróxidos orgânicos, a AKZO acusa ainda a Comissão de não ter procedido a um inquérito aprofundado sobre este mercado. Por um lado, não teria analisado as alegadas ofertas da AKZO a preços predadores neste sector, apesar de uma parte importante das acusações da ECS a elas se referir. Por outro lado, não teria verificado se a posição da AKZO no sector dos peróxidos orgânicos tinha sido reforçada pelo seu comportamento em matéria de aditivos para farinha.

- 47 Quanto a este aspecto da questão, bastará referir que estes elementos, que dizem respeito ao carácter abusivo do comportamento, são irrelevantes no que concerne à delimitação do mercado em causa.
- 48 A AKZO sustenta, finalmente, que este mercado não pode, em nenhum caso, ser considerado como um mercado único pela manifesta impossibilidade de substituição dos peróxidos orgânicos entre si. Estes não poderiam, também, reunir-se num único mercado com fundamento numa pretensa complementaridade, uma vez que os clientes não se dirigiriam a um único fornecedor para satisfazer o conjunto das suas necessidades em peróxidos.
- 49 A decisão (n.º 7) refere que os peróxidos orgânicos são produtos químicos que desempenham um papel essencial no fabrico dos plásticos, onde servem de iniciadores de diversas operações. Os seus três principais domínios de aplicação são:
- iniciadores do processo de polimerização ou de copolimerização dos vinilos monómeros,
 - agentes de endurecimento dos elastómeros e resinas,
 - agentes de reticulação dos etilenos/propilenos e da borracha sintética ou dos silicones.
- 50 A decisão esclarece ainda (n.º 8) que os dois primeiros domínios representam respectivamente 40% do consumo de peróxidos orgânicos, enquanto o terceiro atinge cerca de 10% deste.
- 51 O Tribunal decidiu no acórdão de 11 de Dezembro de 1980, L'Oréal/De Nieuwe AMCK, n.º 25 (31/80, Recueil, p. 3775), que, para examinar a posição, eventualmente dominante, de uma empresa num determinado mercado «se devem [...] analisar as possibilidades de concorrência no quadro do mercado que agrupa o conjunto dos produtos que, pelas suas características, são especificamente aptos a satisfazer necessidades constantes e só são substituíveis por outros produtos numa pequena parte».

- 52 Deve salientar-se que os peróxidos orgânicos podem, certamente, ser individualizados na sua fórmula, na sua concentração, ou na sua apresentação, para responder às necessidades específicas da clientela; mas isso não impede que, em 90% dos casos, tenham uma utilização em diversas operações da indústria dos plásticos e que sejam, portanto, adequados a satisfazer necessidades constantes, na acepção do referido acórdão. Por outro lado, os peróxidos orgânicos não estão sujeitos à concorrência de outros produtos, como os compostos à base de enxofre, utilizados no domínio restrito da vulcanização da borracha sintética, uma vez que estes últimos são insusceptíveis de os substituir cabalmente, por não possuírem todas as propriedades técnicas requeridas.
- 53 Finalmente, conclui-se da própria documentação interna da AKZO (anexo 2 à comunicação das acusações) que ela própria considera que os peróxidos orgânicos pertencem a um único mercado, visto que avalia globalmente a sua parte de mercado relativa a estes produtos.
- 54 Resulta do que precede que os fundamentos alegados pela AKZO para contestar a especificação do mercado em causa não procedem.

2. Quanto à posição dominante

- 55 A Comissão considera que a AKZO ocupa uma posição dominante no mercado dos peróxidos orgânicos, baseando-se na quota-parte do mercado desta, bem como na existência de uma série de factores que, associados a essa quota-parte do mercado, lhe garantiriam uma predominância acentuada.
- 56 O n.º 69 da decisão descreve assim estes factores:
- « i) a quota-parte do mercado da AKZO é importante, não apenas em si mesma, mas porque é equivalente à de todos os outros produtores reunidos;
 - ii) com excepção da Interrox e da Luperox, os outros produtores só têm uma gama restrita de produtos e/ou só têm importância ao nível local;

- iii) a quota-parte do mercado da AKZO (tal como a dos produtores que estão na segunda e na terceira posição, ou seja, a Interox e a Luperox) permaneceu estável durante o período examinado e a AKZO derrotou sempre todas as arremetidas de que foi alvo por parte dos produtores menos importantes;
 - iv) a AKZO conseguiu, mesmo em períodos de conjuntura desfavorável, manter a sua margem global, aumentando regularmente os preços e/ou os volumes de venda;
 - v) a AKZO propõe uma gama de produtos muito mais vasta do que qualquer dos seus rivais, possui a organização de *marketing* mais desenvolvida, em termos comerciais e técnicos, bem como conhecimentos de ponta em matéria de segurança e toxicologia;
 - vi) como a própria AKZO o confessa, foi capaz de eliminar eficazmente do mercado concorrentes “incómodos” (além da ECS) ou de os enfraquecer seriamente: o exemplo de SCADO, entre outros, mostra claramente que a AKZO pode afastar um produtor menos poderoso, quando pretende fazê-lo;
 - vii) depois de eliminar esses produtores, potencialmente perigosos apesar das suas pequenas dimensões, a AKZO pôde aumentar o preço do produto em relação ao qual a concorrência se tinha feito sentir.»
- 57 A AKZO contesta a avaliação da sua quota-parte do mercado, bem como a realidade ou a pertinência dos outros factores que a decisão julgou provados. Alega, nomeadamente, que a sua parte do mercado foi avaliada de forma errada, visto que a Comissão não deveria ter considerado o mercado dos peróxidos de carbono como um mercado único. Defende ainda que o facto de propor uma gama mais vasta de produtos do que os seus concorrentes não pode constituir um indício de uma posição dominante.
- 58 Estes argumentos não podem ser aceites. Tendo o mercado dos peróxidos de carbono sido correctamente considerado como um mercado único, daí se conclui que a parte do mercado da AKZO deve ser calculada relativamente aos peróxidos orgânicos no seu conjunto. Nesta perspectiva, é óbvio que o facto de propor uma gama de produtos mais vasta do que a dos principais rivais contribuía para garantir à AKZO uma posição dominante nesse mercado.

- 59 Deve salientar-se ainda que, segundo a sua própria documentação interna, a AKZO detinha, entre 1979 e 1982, uma parte estável do mercado, na ordem dos 50% (anexos 2 e 4 à comunicação das acusações e quadro A anexo à comunicação das acusações). Aliás, a AKZO não forneceu elementos susceptíveis de demonstrar que essa parte diminuiu no decurso dos anos seguintes.
- 60 Relativamente a partes de mercado, o Tribunal decidiu (acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche, n.º 41, 85/76, Recueil, p. 461) que partes extremamente importantes constituem por si só, e salvo circunstâncias excepcionais, prova da existência de uma posição dominante. É assim que deve considerar-se uma quota-parte de mercado de 50%, como a que se verifica existir no presente caso.
- 61 Acresce que a Comissão tem razão ao salientar que outros factores confirmam a predominância da AKZO no mercado. Além do facto de ela própria se considerar líder mundial no mercado dos peróxidos, deve salientar-se que a AKZO possui, como ela própria o confessou, a mais desenvolvida organização de *marketing* tanto do ponto de vista comercial como técnico, bem como conhecimentos mais vastos do que os dos seus concorrentes em matéria de segurança e de toxicologia (anexos 2 e 4 à comunicação das acusações).
- 62 Os fundamentos invocados pela AKZO para contestar que detinha uma posição dominante no mercado dos peróxidos orgânicos no seu conjunto devem, portanto, ser julgados improcedentes.

B — Quanto à existência de uma exploração abusiva de uma posição dominante

1. Considerações preliminares — Critério da licitude do comportamento de uma empresa dominante em matéria de preços

- 63 Segundo a decisão impugnada (n.º 75), a AKZO teria explorado abusivamente a sua posição dominante, tentando eliminar a ECS do mercado dos peróxidos orgânicos principalmente através de reduções de preços, maciças e prolongadas, no sector dos aditivos para farinha.

- 64 Segundo a Comissão, o artigo 86.º não faz da questão dos custos o critério decisivo para determinar o carácter abusivo das reduções de preços efectuadas por uma empresa dominante (n.º 77 da decisão). Um critério desse tipo não teria minimamente em conta os objectivos gerais das regras comunitárias de concorrência definidas no artigo 3.º, alínea f), do Tratado, nomeadamente a necessidade de impedir atentados a uma estrutura efectiva da concorrência no mercado comum. Um critério mecânico não atribuiria peso suficiente ao aspecto estratégico do comportamento baseado na redução de preços. Uma redução de preços poderia ser inspirada por uma intenção anticoncorrencial, independentemente da questão de saber se o transgressor fixa os seus preços acima ou abaixo dos seus custos, qualquer que seja a forma por que estes sejam entendidos (n.º 79 da decisão).
- 65 No entanto, a análise detalhada dos custos da empresa dominante pode desempenhar um papel considerável na avaliação do carácter normal ou anormal atribuível ao seu comportamento em matéria de preços. Os efeitos de afastamento (de concorrentes), em consequência de uma campanha de redução de preços conduzida por um produtor dominante podem ser tão evidentes em si mesmos que não seja necessário demonstrar a intenção de eliminar o concorrente. Ao invés, quando o baixo nível de preços é susceptível de interpretações diversas, pode tornar-se necessário, para demonstrar a existência da infracção, fazer também prova da intenção de eliminar um concorrente, ou de restringir a concorrência (n.º 80 da decisão).
- 66 A AKZO contesta a pertinência do critério de licitude escolhido pela Comissão, critério que, segundo ela, é nebuloso, ou, pelo menos inaplicável. Alega que a Comissão deveria ter escolhido um critério objectivo fundado nos seus custos.
- 67 Defende, quanto a este aspecto, que a licitude de um determinado nível de preços não pode ser dissociada da situação concreta de mercado em que esse preço foi fixado. Não se poderia falar de abuso quando uma empresa dominante procura um preço de venda óptimo e uma margem de cobertura positiva. Um preço seria óptimo quando uma empresa pode razoavelmente considerar que a oferta a outro preço ou a ausência de preços levem a curto prazo a um resultado de exploração menos favorável. Por outro lado, a margem de cobertura seria positiva quando o valor da encomenda ultrapassa a soma dos custos variáveis.

- 68 Um critério fundado na procura de um preço óptimo, a curto prazo, não pode ser afastado com fundamento no facto de que ele poria em perigo, a longo prazo, a viabilidade da empresa. Só passado algum tempo é que a empresa em causa poderia tomar medidas para suprimir as perdas ou para se separar de um ramo de actividade deficitário. Entretanto, a empresa deveria aceitar as «encomendas óptimas» para reduzir o seu défice e garantir a continuidade da exploração.
- 69 Convém lembrar que, tal como o Tribunal decidiu no acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão, n.º 91 (85/76, Recueil, p. 461), a noção de exploração abusiva é uma noção objectiva que se refere ao comportamento de uma empresa em posição dominante susceptível de influenciar a estrutura de um mercado onde, exactamente por causa da presença da empresa em questão, o grau de concorrência já se encontra enfraquecido e daí derivam obstáculos à manutenção do grau de concorrência que ainda existe no mercado, ou ao desenvolvimento dessa concorrência através de meios diferentes dos que regulam a normal competição dos produtos ou serviços baseados nas prestações dos operadores económicos.
- 70 Por aqui se conclui que o artigo 86.º do Tratado proíbe que uma empresa em posição dominante elimine um concorrente e reforce desse modo a sua posição, recorrendo a outros meios que não os que resultam de uma concorrência de méritos. Nesta perspectiva, nenhuma concorrência de preços pode, portanto, ser considerada lícita.
- 71 Preços inferiores à média dos custos variáveis (quer dizer, dos custos que variam em função das quantidades produzidas) de que uma empresa dominante se serve para tentar eliminar um concorrente devem ser considerados abusivos. Uma empresa dominante não tem, efectivamente, nenhum outro interesse em praticar tais preços, que não seja o de eliminar os seus concorrentes para poder, a seguir, aumentar os preços utilizando a situação de monopólio, uma vez que cada venda implica para ela uma perda, ou seja, a totalidade dos custos fixos (quer dizer, dos que permanecem constantes, qualquer que seja a quantidade produzida), e uma parte, pelo menos, dos custos variáveis atribuíveis à unidade produzida.
- 72 Por outro lado, preços inferiores à média dos custos totais, incluindo os custos fixos e os variáveis, mas superiores à média dos custos variáveis, devem considerar-se abusivos, quando são fixados no quadro de um plano que tem como finali-

dade eliminar um concorrente. Estes preços podem, de facto, afastar empresas do mercado que podem ser tão eficazes como a empresa dominante mas que, pela sua menor capacidade financeira, são incapazes de resistir à concorrência que lhes é movida.

73 São estes os critérios que devem ser aplicados à situação em causa.

74 E, sendo o critério da licitude a reter, um critério baseado nos custos e na estratégia da própria empresa dominante, deve julgar-se totalmente improcedente a alegada insuficiência do inquérito da Comissão sobre a estrutura dos custos e a política de preços dos seus concorrentes.

2. *Quanto aos vários aspectos do abuso*

75 O alegado comportamento abusivo refere-se às ameaças que a AKZO teria proferido, nos finais de 1979, contra a ECS, bem como aos preços que propôs ou praticou para três aditivos para farinha, entre Dezembro de 1980, data das primeiras propostas litigiosas, a Julho de 1983, data da já referida decisão sobre as medidas provisórias, que impôs à AKZO o respeito de um regime de preços mínimos.

a) *Quanto às ameaças*

76 A Comissão considerou provado que a AKZO tinha proferido ameaças directas contra a ECS, no decurso de reuniões havidas no final de 1979 com os dirigentes desta empresa, com o objectivo de a obrigar a retirar-se do mercado dos peróxidos orgânicos na sua aplicação aos plásticos [artigo 1.º, alínea i), da decisão].

77 A AKZO contesta ter ameaçado a ECS. Teria apenas informado a ECS de que esta não poderia contar com a continuação da sua colaboração no sector dos aditivos para farinha se persistisse em fazer ofertas a preços muito baixos no sector dos plásticos. Antes do conflito, a ECS e a AKZO forneciam-se, efectivamente, certos aditivos para farinha a preços reduzidos para completar uma produção insuficiente ou para responder às necessidades da que não fabricava um desses produtos. A

AKZO fornecia à ECS uma parte das suas reservas de peróxido de bezoílo e a ECS fornecia à AKZO misturas de vitaminas.

- 78 Para decidirmos sobre o fundamento da acusação, é necessário determinar qual foi o teor das conversas que tiveram lugar em 16 de Novembro e 3 de Dezembro de 1979. O Tribunal dispõe, quanto a este aspecto, das actas das reuniões que foram redigidas por responsáveis da ECS, de uma declaração de um quadro da AKZO, e de uma nota de que é autor um outro responsável desta empresa.
- 79 As indicações constantes dos diferentes documentos redigidos pelos quadros da ECS são, no essencial, concordantes (anexos 12, 13, 14, 15, 16, 17 e 18 à comunicação das acusações). Deles se extrai, nomeadamente, que, na primeira reunião, a AKZO anunciou a sua intenção de proceder a uma redução geral dos preços no sector dos aditivos para farinha se a ECS continuasse a vender peróxido de bezoílo no sector dos plásticos, e a sua decisão de vender, se fosse preciso, abaixo dos seus preços de custo, mesmo que sofresse uma perda avaliada em 250 000 UKL. Na segunda reunião, a AKZO teria confirmado que estava disposta a vender, se necessário, abaixo dos seus preços de custo.
- 80 Estas reuniões levaram a ECS a pedir à High Court de Londres, com fundamento em violação do artigo 86.º do Tratado, que proibisse a AKZO de pôr em prática as suas ameaças. Foi no âmbito deste processo que um responsável da AKZO foi levado a relatar, sob juramento, o teor das conversas. Essa declaração (anexo 20 à comunicação das acusações, p. 35) revela também que a AKZO estava disposta a vender abaixo dos seus preços de custo e, se necessário, a sofrer perdas se a ECS não se retirasse do mercado dos plásticos.
- 81 O teor desses encontros é ainda confirmado por uma nota de 7 de Dezembro de 1979 elaborada por um quadro da AKZO (anexo 21 à comunicação das acusações). Esta nota esclarece que a AKZO tomaria medidas agressivas no sector dos produtos para moagens, se a ECS não renunciasse a fornecer os seus produtos à indústria dos plásticos. Por outro lado, desta nota constava um plano detalhado, com números, das medidas que seriam postas em prática, caso a ECS não transigisse. Conclui-se deste plano, nomeadamente, que a AKZO iria tentar ganhar o conjunto dos clientes da ECS, propondo-lhes, a preços que implicavam perdas, a gama completa de aditivos para farinha.

82 Perante estes elementos de facto concordantes, deve concluir-se que a AKZO, no final do ano de 1979, ameaçou a ECS para conseguir o afastamento desta do mercado dos peróxidos orgânicos na sua aplicação aos plásticos.

b) *Quanto ao comportamento da AKZO em matéria de preços*

i) Os custos da AKZO

83 Tendo em conta o critério adoptado para apreciar o comportamento de uma empresa dominante em matéria de preços, devem determinar-se os custos totais e os custos variáveis da AKZO relativamente a cada um dos aditivos em causa, durante o período em questão.

Os custos totais da AKZO

84 A Comissão juntou à carta complementar à comunicação das acusações (quadro F) uma avaliação dos custos totais da AKZO, calculados com base na contabilidade desta empresa. A Comissão tornou claro, porém (n.º 9 da carta complementar à comunicação das acusações e quadro G), que os custos totais reais da AKZO deviam ser superiores a esta avaliação.

85 A AKZO juntou aos seus articulados o relatório de uma empresa de auditoria de onde consta, entre outros aspectos, uma avaliação destes custos para o mesmo período (anexo 3 à petição, anexo 12 à réplica).

86 Estas avaliações mostram que os custos totais da AKZO ora são inferiores, ora superiores aos que resultam das avaliações efectuadas pelos serviços da Comissão.

87 No decurso do processo perante este Tribunal, a Comissão não contestou aqueles números. Por um lado, afirmou que estes confirmavam a sua «opinião de que o cálculo dos custos que tinha efectuado com base nos próprios documentos da AKZO estava certo» (n.º 104 da contestação). Por outro lado, sublinhou que aqueles números não contrariavam a sua tese «segundo a qual as propostas de

preços feitas pela AKZO aos clientes tradicionais da ECS eram praticamente sempre geradoras de perdas» (n.º 52 da tréplica).

88 Nestas condições, deve julgar-se provado que os custos totais da AKZO são os que constam do relatório junto aos seus articulados.

89 Esses custos, expressos em UKL por tonelada, são os seguintes:

— para o peróxido de bezoílo 16%:

1981: 557,90; 1982: 578,10; 1983: 519,20;

— para o peróxido de bezoílo 20%:

1981: 649,60; 1982: 700,29; 1983: 582,57;

— para o bromato de potássio 6%:

1981: 290,14; 1982: 316,84; 1983: 308,14;

— para o bromato de potássio 10%:

1981: 350,34; 1982: 370,98; 1983: 360;

— para as misturas de vitaminas (nutramin):

1981: 665,86; 1982: 714,40.

Os custos variáveis da AKZO

- 90 As partes submeteram ao Tribunal avaliações dos custos variáveis da AKZO muito diferentes. No essencial, essas diferenças têm a ver com o facto de que as partes não estão de acordo sobre o carácter fixo ou variável de certos elementos dos custos.
- 91 A decisão afirma (n.º 54) que elementos de custos como a mão-de-obra, a manutenção, a armazenagem e a expedição devem ser considerados custos variáveis, com fundamento no facto de que a maior parte dos sistemas contabilísticos os consideram como tal.
- 92 A AKZO alega que o único critério para definir o carácter fixo ou variável de um elemento dos custos é determinar se este varia ou não em função das quantidades produzidas. No caso em apreço, as despesas de mão-de-obra deveriam ser consideradas como custos fixos. Concluir-se-ia, efectivamente, da comparação entre a evolução do custo anual da mão-de-obra durante os anos de 1980 a 1985, com as quantidades produzidas durante o mesmo período, que não existiria qualquer relação entre estes dois parâmetros (anexo 3 ao recurso, relatório de auditoria, nomeadamente o anexo 7 deste relatório).
- 93 A Comissão responde que, por um lado, os documentos da contabilidade da AKZO mostram que uma boa parte do que esta considera como custos fixos variavam, de facto, com as alterações da produção (n.º 99 da contestação), e que, por outro lado, a AKZO contratou em Março de 1984 dois novos trabalhadores para reforçar a sua capacidade de produção, de modo que existiria uma relação entre o volume da mão de obra e o da produção (n.º 48 da tréplica).
- 94 Deve sublinhar-se que um elemento do custo não releva por natureza dos custos fixos ou dos custos variáveis. Ter-se-á, assim, que examinar se os custos de mão-de-obra variaram, no caso em apreço, em função das quantidades produzidas.
- 95 Conclui-se pelos números citados pela AKZO que não existe uma relação directa entre as quantidades produzidas e o custo da mão-de-obra. Assim, em 1982 e em

1983, altura em que a produção de peróxido de bezoílo da AKZO aumentou, os custos relativos à mão-de-obra, deduzida a inflação, baixaram. Ao invés, em 1983 e em 1984, altura em que a produção de bromato de potássio por esta empresa baixou, os custos relativos à mão-de-obra, deduzida a inflação, aumentaram. Os encargos relativos à mão-de-obra devem, assim, no presente caso, ser considerados custos fixos.

- 96 Nestas condições, deve julgar-se provado que os custos variáveis da AKZO são os que figuram nos documentos que esta empresa submeteu ao Tribunal.
- 97 Estes custos, expressos em UKL por tonelada, são os seguintes:
- para o peróxido de bezoílo 16%:
1981: 298,30; 1982: 324,70; 1983: 314,10;
 - para o peróxido de bezoílo 20%:
1981: 352,80; 1982: 383,10; 1983: 359,50;
 - para o bromato de potássio 6%:
1981: 169,40; 1982: 188,60; 1983: 200,70;
 - para o bromato de potássio 10%:
1981: 229,60; 1982: 242,74; 1983: 252,56;
 - para as misturas de vitaminas (nutramin):
1981: 541,02; 1982: 578,00.

ii) Os preços anormalmente baixos praticados em relação à clientela da ECS

- 98 A Comissão considerou provado que, a partir *grosso modo* de Dezembro de 1980, a AKZO propôs e forneceu sistematicamente aditivos para farinha à Provincial Merchants, Allied Mills e aos clientes da ECS no sector dos «grandes independentes», a preços anormalmente baixos, com o objectivo de atentar contra a viabilidade da ECS [artigo 1.º, alínea ii), da decisão].

As propostas feitas à Allied e às indústrias de moagem do grupo Allied

- 99 A AKZO nega ter proposto aditivos à Allied e às indústrias moageiras do grupo Allied a preços anormalmente baixos com o objectivo de prejudicar a ECS. Em primeiro lugar, não teria tido essa intenção. Teria apenas tentado ganhar novos clientes para aumentar o seu volume de negócios e reduzir, por essa forma, a quebra significativa das suas margens de lucro provocada pelas ofertas feitas pela ECS à Ranks e à Spillers em 1980. Em segundo lugar, os preços propostos não poderiam ser qualificados como anormalmente baixos. Por um lado, os que propôs à Allied, em Janeiro de 1981, seriam iguais aos que a ECS propôs à Spillers em Outubro de 1980. Por outro lado, os preços propostos durante o período considerado seriam superiores à média dos seus custos variáveis.

- 100 Deve considerar-se provado que a AKZO propôs à Allied e às indústrias moageiras da Allied os seguintes preços:

— para o peróxido de bezoílo 16%:

de Janeiro de 1981 a Janeiro de 1983: 517,90 UKL; em Fevereiro de 1983: 512 UKL;

— para o bromato de potássio 10%:

a partir de Janeiro de 1981: 314,90 UKL;

— para as misturas de vitaminas:

em Setembro de 1981: 565 UKL; em Outubro de 1982: 455 UKL para uma mistura barata.

- 101 No que diz respeito às misturas de vitaminas (vendidas em 1981), o peróxido de bezoílo 16% e o bromato de potássio 10%, estes preços são inferiores à média dos custos totais da AKZO, mas superiores à média dos custos variáveis acima considerados provados (ver *supra* n.ºs 89 e 97). Quanto ao preço de 455 UKL, proposto pela AKZO em 1982, para uma mistura de vitaminas barata, é inferior, em qualquer caso, à média dos custos totais que ascendem a 714,40 UKL para a mistura de vitaminas *standard*.
- 102 Por outro lado, o conjunto das ofertas só pode explicar-se pela vontade da AKZO de prejudicar a ECS, e não pela intenção de recuperar as suas margens de lucro. Conclui-se de uma nota redigida por um dos representantes da AKZO (anexo 51 à comunicação das acusações) que esta definiu os preços propostos à Allied, em Janeiro de 1981, considerando que estes eram claramente inferiores aos praticados pela ECS em relação à Allied. O que demonstra que a intenção da AKZO não era apenas a de ficar com a encomenda, o que a teria levado a só baixar os preços na medida do necessário para este fim. Além disso, ao propor à Allied um preço equivalente ao proposto pela ECS à Spillers, o objectivo da AKZO foi o de fixar os preços ao mais baixo nível possível, sem infringir o compromisso que tinha assumido perante a High Court de Londres de não reduzir os preços de venda do peróxido de benzoílo com o objectivo de eliminar a ECS.
- 103 Teve, pois, razão a Comissão quando considerou que a AKZO tinha proposto e fornecido aditivos para farinha à Allied Mills e às indústrias moageiras do grupo Allied a preços anormalmente baixos, com o objectivo de prejudicar a viabilidade da ECS.

As propostas feitas aos «grandes independentes», clientes da ECS

- 104 Quanto à acusação relativa às propostas feitas aos «grandes independentes», clientes da ECS, a AKZO invoca argumentos, no essencial, idênticos aos que aduziu para contestar a acusação relativa às propostas de preços anormalmente baixos ao grupo Allied.

105 Dá-se como provado que a AKZO propôs aos «grandes independentes», clientes da ECS, os seguintes preços:

— para o peróxido de bezoílo 16%:

em Janeiro de 1981: 532 UKL; a partir de Abril de 1981: 530 UKL;

— para o bromato de potássio 6%:

em Dezembro de 1980: 260 UKL; em Janeiro e em Abril de 1981: 245 UKL, em Junho de 1983: 320 UKL;

— para o bromato de potássio: 10%:

em Dezembro de 1980: 339 UKL; em Maio de 1981: 336 UKL; em Maio de 1982: 325 UKL;

— para as misturas de vitaminas:

em Dezembro de 1980: 595 UKL; em Maio de 1981: 575 UKL; em Outubro de 1982 (nutramin 50): 489 UKL; em Junho de 1983 (nutramin 50): 757 UKL.

106 Deve salientar-se que as propostas da AKZO são inferiores à média dos seus custos totais, mas superiores à média dos seus custos variáveis, tal como estes foram definidos *supra* (n.ºs 89 e 97), e que, no caso da proposta de Outubro de 1982 relativa às misturas para vitaminas, são mesmo inferiores aos custos variáveis.

107 As propostas de Junho de 1983 relativas ao bromato de potássio 6% e às misturas de vitaminas são, elas, superiores à média dos custos totais. Não são, no entanto, significativas do comportamento da AKZO durante o período em causa. Foram feitas dois dias antes da AKZO ser ouvida no processo relativo ao pedido de medidas provisórias (23 de Junho de 1983) e um mês e pouco antes da decisão sobre as medidas provisórias (29 de Julho de 1983).

- 108 Deve salientar-se, por outro lado, que os preços propostos pela AKZO, em Dezembro de 1980, a esta parte da clientela da ECS demonstram que a intenção da AKZO era a de prejudicar aquela e não a de reconstituir as suas próprias margens. Estes preços são, efectivamente, nitidamente inferiores ao que seria necessário para fazer face à concorrência da ECS, porque representam, relativamente aos preços praticados nessa altura pela ECS para aquela categoria de clientes, uma diferença de mais de 70 UKL para o peróxido de bezoilo 16%, de mais de 100 UKL para o bromato de potássio 6% e, finalmente, de mais de 60 UKL para as misturas de vitaminas.
- 109 Teve, portanto, razão a Comissão, quando considerou provado que a AKZO tinha proposto e fornecido aditivos para farinha aos clientes da ECS da faixa dos «grandes independentes», a preços anormalmente baixos, com o objectivo de prejudicar a viabilidade da ECS.

iii) Os preços selectivos

- 110 A Comissão acusa também a AKZO de ter feito propostas selectivas aos clientes da ECS, ao mesmo tempo que mantinha os preços nitidamente superiores que praticava relativamente aos compradores equiparáveis que faziam parte da sua clientela regular [artigo 1.º, alínea iii) da decisão].
- 111 Extrai-se dos articulados da Comissão que a acusação diz respeito a duas categorias distintas de clientes. Por um lado, a Comissão considera provada a infracção cometida pela AKZO, por ter proposto preços vantajosos aos «grandes independentes», clientes da ECS, ao mesmo tempo que mantinha preços significativamente mais elevados para os «grandes independentes» que já eram seus clientes. Por outro lado, considera infracção ao artigo 86.º, o facto de a AKZO ter proposto aos industriais de moagem individuais do grupo Allied preços mais vantajosos do que os propostos aos «grandes independentes» que faziam parte da sua clientela tradicional.

Quanto à selectividade das propostas feitas aos «grandes independentes»

- 112 Para a AKZO, a acusação não tem fundamento, nem de facto nem de direito. De facto, ela não teria fixado preços diferentes em função da clientela ser sua ou da ECS. A comparação deveria ter sido feita entre os clientes em relação aos quais a ECS e a AKZO se disputaram as encomendas e os clientes da AKZO aos quais

não foram oferecidas propostas concorrenciais. A acusação não teria fundamento jurídico porque, ao fixar preços superiores para alguns dos seus clientes tradicionais, a AKZO não teria prejudicado a ECS.

- 113 A AKZO não contestou que tinha praticado preços diferentes em relação a compradores de dimensões equivalentes. Além disso, nada alegou para provar que essas diferenças resultavam da qualidade dos produtos vendidos ou de custos de produção particulares.
- 114 Os preços praticados pela AKZO relativamente aos seus próprios clientes eram superiores à média dos seus custos totais, enquanto que os que propunha aos clientes da ECS eram inferiores a essa média.
- 115 A AKZO podia, por essa forma, compensar, pelo menos parcialmente, as perdas resultantes das vendas aos clientes da ECS com os lucros obtidos nas vendas aos «grandes independentes» que faziam parte da sua clientela. Comportamento que prova que a intenção da AKZO não era a de praticar uma política geral de preços vantajosos, mas a de adoptar uma estratégia susceptível de prejudicar a ECS. A acusação tem, pois, fundamento.

Quanto à selectividade das propostas feitas aos industriais de moagem individuais do grupo Allied

- 116 A Comissão considera que a AKZO se deveria ter absterido de propor, a partir de Janeiro de 1981, aos industriais individuais de moagem do grupo Allied, que são essencialmente clientes da ECS, preços mais vantajosos do que os que praticava em relação aos «grandes independentes» que faziam parte da sua própria clientela. A Comissão justifica este ponto de vista pelo facto de, segundo ela, as indústrias de moagem individuais do grupo Allied e os «grandes independentes» constituírem clientes comparáveis. Sublinha, a este propósito, que a AKZO praticava, antes de Janeiro de 1981, em relação à Coxes Lock, a única indústria de moagem individual do grupo Allied que fazia parte da sua clientela, preços idênticos aos que fazia aos «grandes independentes».
- 117 A AKZO contesta a acusação, alegando que as indústrias individuais de moagem do grupo Allied e os «grandes independentes» não são clientes comparáveis.

- 118 Deve considerar-se provado que os preços propostos pela AKZO, durante o conflito, aos moageiros individuais do grupo Allied eram idênticos aos que propunha à Provincial Merchants, a central de compras do grupo Allied. Esses preços eram efectivamente mais vantajosos do que os que ela praticava relativamente aos «grandes independentes», que faziam parte da sua própria clientela.
- 119 A este respeito deve salientar-se, em primeiro lugar, que a política prosseguida pela AKZO não implicou uma discriminação entre as indústrias de moagem do grupo Allied. De facto, a AKZO propôs, a partir de Janeiro de 1981, preços idênticos ao conjunto das moageiras do grupo Allied, incluindo a Coxes Lock, de modo que não é possível acusá-la de ter praticado relativamente aos moageiros individuais do grupo Allied, clientes da ECS, preços mais vantajosos do que os que praticava em relação à única moageira do grupo que fazia parte da sua clientela.
- 120 Deve salientar-se, de seguida, que não houve uma política de discriminação abusiva entre as moageiras individuais do grupo Allied e os «grandes independentes», porque estas duas categorias de clientes não são comparáveis. Por um lado, a central de compras do grupo Allied (30% das compras do peróxido de bezoílo) beneficiou sempre, qualquer que fosse o fornecedor, de preços mais vantajosos do que os praticados em relação aos «grandes independentes», que só compram pequenas quantidades do produto (no conjunto, 10% das compras de peróxido de bezoílo). Por outro lado, uma moageira do grupo Allied pode sempre abastecer-se de aditivos por intermédio da sua central de compras. Uma proposta a uma moageira individual só tem, portanto, hipóteses de sucesso, se se situar ao nível do preço proposto à central. Não se pode efectivamente considerar que, normalmente, um industrial de moagem individual aceite pagar ao seu fornecedor um preço superior ao que pode conseguir por intermédio da central.
- 121 Do exposto se conclui que a acusação relativa à selectividade das propostas feitas às moageiras individuais do grupo Allied não tem fundamento.

iv) Quanto aos preços-chamariz

- 122 A Comissão acusa ainda a AKZO de ter proposto aos clientes da ECS bromato de potássio e uma mistura de vitaminas (quando, normalmente, não fornecia este género de produto) a um preço-chamariz, no âmbito de um contrato global que

incluía peróxido de bezoílo, com o objectivo de obter as encomendas daqueles para a gama completa de aditivos para farinha, afastando, assim, a ECS [artigo 1.º, alínea iv), da decisão].

Os preços-chamariz do bromato de potássio

- 123 Resulta dos autos que, segundo a Comissão, o abuso de que a AKZO seria responsável consistiria no facto de ter proposto aos clientes da ECS bromato de potássio a preços anormalmente baixos para os levar a encomendar-lhe o conjunto dos seus aditivos.
- 124 A AKZO sustenta que a utilização de um produto para uma política de preços-chamariz só faz sentido se forem propostas quantidades mínimas desse produto. Como, pelo contrário, sempre forneceu grandes quantidades de bromato de potássio, a acusação não teria fundamento. A AKZO salienta que não ofereceu este produto só aos clientes da ECS.
- 125 A este respeito, deve salientar-se que se conclui da comparação entre os custos de produção do bromato de potássio e do peróxido de bezoílo, que o bromato de potássio era proposto a preços proporcionalmente mais vantajosos que o peróxido de bezoílo.
- 126 Os preços mais vantajosos do bromato de potássio, produto que a AKZO propunha geralmente ao mesmo tempo que o peróxido de bezoílo, visavam aumentar a atracção do leque de aditivos proposto. A acusação tem, portanto, fundamento.

Os preços-chamariz das misturas de vitaminas

- 127 A Comissão considera um abuso o facto de a AKZO ter proposto misturas de vitaminas a preços anormalmente baixos aos clientes da ECS, quando não fornecia esse produto à sua própria clientela.

- 128 A AKZO contesta a acusação, sublinhando que os factos a desmentem. Certas moageiras, às quais a AKZO propôs a gama completa dos aditivos, aí incluindo as misturas de vitaminas, teriam preferido comprar apenas peróxido de bezoílo e bromato de potássio. Por outro lado, as ofertas deste produto, sob a forma de um serviço prestado à clientela, só poderiam ter sido feitas a um nível de preços muito baixo, tendo em conta os preços competitivos praticados pela Vitrition, o principal fornecedor de misturas para vitaminas.
- 129 Deve salientar-se que o facto de certos clientes terem optado por não comprar misturas de vitaminas não é susceptível de contrariar a existência de uma política de preços-chamariz por parte da AKZO.
- 130 Por outro lado, dois outros factos demonstram a justeza da acusação. Em primeiro lugar, a AKZO tornou mais atraente o seu leque de aditivos ao aí incluir, para os clientes da ECS, as misturas de vitaminas, quando não vendia esse produto aos seus principais clientes, Ranks e Spillers. Em segundo lugar, propôs estas misturas a preços particularmente vantajosos, posto que, como ela própria o reconheceu, estes não cobriam, nalguns casos, a média dos seus custos variáveis (n.º 185 da petição). Os preços competitivos da Vitrition não justificam que a AKZO tenha proposto este produto, tendo em conta a sua própria estrutura de custos, a preços anormalmente baixos.
- v) Quanto à manutenção dos preços a um nível artificialmente baixo durante um largo período
- 131 A Comissão acusa a AKZO de ter mantido os preços dos aditivos para farinha, no Reino Unido, a um nível artificialmente baixo durante um largo período, situação a que ela podia fazer face em função dos seus meios financeiros superiores aos da ECS, no quadro do plano que visava prejudicar a ECS [artigo 1.º, alínea v) da decisão].
- 132 A AKZO e a Comissão estão de acordo em considerar que esta acusação respeita aos preços propostos à Ranks e à Spillers.

Quanto aos preços propostos à Ranks

- 133 A AKZO defende que estes preços não eram abusivos, uma vez que se justificavam pelos alinhamentos destinados a fazer face às ofertas da ECS ou da Diaflex.
- 134 A Comissão não põe em causa, no plano dos princípios, o direito de uma empresa dominante ao alinhamento. Não admite, contudo, que os preços da AKZO tenham sido reduzidos por causa da forte concorrência movida pela Diaflex (n.º 45 da decisão). Diversos documentos fariam prova de que a AKZO exercia, de facto, um controlo sobre os preços praticados pela Diaflex. De onde se concluiria que, no caso em apreço, os alinhamentos da AKZO com os preços da Diaflex seriam ilícitos.
- 135 Os documentos a que a Comissão se refere revelam nomeadamente:
- que em Junho de 1979 a AKZO e a Diaflex se consultaram mutuamente sobre as modalidades de majoração dos preços que praticavam em relação à Ranks e à Spillers (anexo 119 à comunicação das acusações);
 - que em 1980 um dos consultores da Diaflex se referiu a uma regra não escrita que proibia a Diaflex de tirar clientes à AKZO (anexo 117 à comunicação das acusações);
 - que em Novembro de 1980 a Diaflex informou a AKZO sobre o montante de uma proposta da ECS à Ranks. Segundo este documento, a Diaflex e a AKZO teriam que reduzir os preços que praticavam em relação à Ranks, se quisessem conservar este cliente (anexo 38 à comunicação das acusações);
 - que em Novembro de 1982 um quadro da AKZO foi encarregado de entrar em contacto com a Diaflex para levar esta a subir os seus preços (anexo 120 à comunicação das acusações).
- 136 Conclui-se destes documentos que a AKZO e a Diaflex mantiveram contactos estreitos sobre a política a seguir em matéria de preços durante o período que prece-

deu a decisão sobre as medidas provisórias. Nestas condições, a Comissão podia considerar que os alinhamentos da AKZO com os preços praticados pela Diaflex eram ilícitos. As propostas da Diaflex não devem, portanto, ser tidas em conta para se apurar o bom fundamento da acusação.

- 137 Quanto ao peróxido de bezoílo 20%, deve considerar-se provado que a AKZO praticou, relativamente à Ranks, entre Janeiro de 1981 e Março de 1982, o preço de 640 UKL sem ter que se confrontar com propostas de outras empresas, além da Diaflex. Em Março de 1982, a AKZO baixou o seu preço para 629 UKL para fazer face à oferta de um negociante independente, de montante equivalente. Essa oferta não pode justificar que a AKZO tenha mantido este preço até à decisão sobre as medidas provisórias, uma vez que, posteriormente, não teve que se confrontar com outras propostas competitivas. Os preços de 640 e de 629 UKL eram inferiores à média dos seus custos totais, mas superiores à média dos custos variáveis, acima considerados provados (ver n.ºs 89 e 97).
- 138 Relativamente ao bromato de potássio 10%, a AKZO praticou, entre Janeiro de 1981 e Março de 1982, o preço de 314 UKL, entre Março de 1982 e Fevereiro de 1983, o preço de 309 UKL, entre Fevereiro de 1983 e Junho de 1983, o preço de 325 UKL e, finalmente, a partir de Junho de 1983, o de 339 UKL. Estes preços, praticados sem que houvesse propostas concorrentes, eram inferiores à média dos custos totais, mas superiores à média dos custos variáveis.
- 139 De onde se conclui que os preços praticados pela AKZO relativamente à Ranks não foram influenciados por propostas concorrentes, com excepção do de 629 UKL relativo ao peróxido de bezoílo (Março de 1982).
- 140 Ao manter preços inferiores à média dos seus custos totais durante um período prolongado sem justificação objectiva, a AKZO pôde assim prejudicar a ECS, dissuadindo-a de se atacar à sua clientela.

Quanto aos preços praticados em relação à Spillers

- 141 Pelas razões acima expostas, não devem ser consideradas as propostas da Diaflex à Spillers.
- 142 Relativamente ao peróxido de bezoílo 16%, deve considerar-se provado que a AKZO praticou em relação à Spillers o preço de 489 UKL, entre Novembro de 1980 e Março de 1982. Preço este inferior à média dos custos totais da AKZO, mas superior à média dos seus custos variáveis, tal como estes foram considerados provados (ver n.ºs 89 e 97). Não se explica pela necessidade de fazer face a ofertas concorrentes.
- 143 Mais tarde, a AKZO praticou em relação à Spillers, ainda em relação ao peróxido de bezoílo, preços ainda mais vantajosos (425 UKL, a partir de Março de 1982 e 435 UKL, a partir de Junho de 1983), que, no entanto, não incluíam o montante das despesas de transporte que a AKZO avaliava em 35 UKL por tonelada (anexo 3 à petição). Não se descortinam no processo, para este período, ofertas concorrentes.
- 144 Relativamente ao bromato de potássio 10%, deve assinalar-se que a AKZO propôs durante todo o período considerado, sem ter que defrontar ofertas concorrentes, o preço de 309 UKL, preço inferior à média dos seus custos totais, mas superior à média dos seus custos variáveis.
- 145 De onde se conclui que, tal como em relação à Ranks, os preços praticados pela AKZO em relação à Spillers não foram influenciados por ofertas da concorrência.
- 146 Ao manter preços inferiores à média dos seus custos totais durante um período prolongado, sem justificação objectiva, a AKZO pôde assim prejudicar a ECS, dissuadindo-a de se atacar à sua clientela.

vi) Quanto à obtenção de informações relativas às ofertas da concorrência e quanto ao contrato de exclusividade

147 A Comissão considera ainda abusivo por parte da AKZO o facto de esta ter prosseguido uma política comercial de afastamento dos fornecedores da RHM e da Spillers, obtendo destes clientes detalhes precisos sobre as ofertas feitas pelos outros fornecedores de aditivos para farinha e fazendo, a seguir, uma proposta a um preço imediatamente inferior à oferta mais baixa da concorrência, prática a que se acrescenta, segundo a Comissão (no caso da Spillers) a obrigação imposta ao cliente de comprar à AKZO todo o seu abastecimento em aditivos para farinha [artigo 1.º, alínea vi), da decisão].

148 Relativamente à obtenção de informações, deve salientar-se que quando uma prática desse tipo se inscreve, como no presente caso, no quadro de um plano que visa eliminar um concorrente, não deve ser considerada como um meio normal de concorrência.

149 Relativamente ao contrato de exclusividade, deve lembrar-se que o Tribunal decidiu, no seu acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão, já referido, n.º 89, que, para uma empresa que se encontre em posição dominante num mercado, o facto de vincular compradores — ainda que a pedido destes — a uma obrigação ou promessa de abastecimento da totalidade ou de uma parte considerável das suas necessidades, exclusivamente nessa empresa, constitui uma exploração abusiva de uma posição dominante, na acepção do artigo 86.º do Tratado.

150 O contrato celebrado pela AKZO com a Spillers deve, pois, ser considerado como uma prática abusiva.

III — Quanto às sanções aplicadas

151 A AKZO sustenta que algumas das medidas que lhe foram aplicadas para pôr termo à infracção devem ser anuladas.

- 152 Essas medidas, constantes do terceiro e quinto parágrafos do artigo 3.º da decisão, proibem que a AKZO pratique preços diferenciados em relação a clientes de dimensões comparáveis e, nomeadamente, que aplique aos industriais de moagem individuais do grupo Allied preços mais favoráveis do que os que pratica em relação aos «grandes independentes».

Quanto à proibição de preços diferenciados

- 153 O terceiro parágrafo do artigo 3.º da decisão tem a seguinte redacção:

«A AKZO Chemie BV e as suas filiais deverão, nomeadamente, e sem prejuízo de outras obrigações decorrentes do artigo 1.º, alíneas i) a vi), abster-se de fazer propostas ou de aplicar preços ou outras condições de venda aos aditivos para farinha na Comunidade que tenham como consequência fazer pagar, aos clientes cujas encomendas disputa à ECS, preços diferentes dos praticados pela AKZO Chemie BV em relação a clientes com aqueles comparáveis (salvo em execução de encomendas a preços aceites anteriormente à data da notificação da presente decisão).»

- 154 Segundo a AKZO, a medida não é equitativa. Efectivamente, no caso de a ECS contactar os seus clientes, colocá-la-ia perante a alternativa ou de alinhar e alargar a todos os seus clientes de dimensões comparáveis os preços que tiver sido obrigada a praticar para conservar o cliente — o que seria muito oneroso — ou de perder o cliente.

- 155 A este propósito, deve sublinhar-se que a medida impugnada visa impedir que se repita a infracção e eliminar as consequências desta. É nesta perspectiva que se deve encarar a medida. Por um lado, proíbe à AKZO que contacte de novo os clientes da ECS para lhes oferecer preços mais vantajosos, sem alargar esse benefício à sua clientela. Por outro lado, proíbe-lhe, no caso de a ECS tentar retomar a clientela de que ela, AKZO, se apropriou ilicitamente, que se alinhe sobre esses preços, sem fazer beneficiar a sua própria clientela dessas vantagens.

156 Ao invés, a situação invocada pela AKZO, em apoio do que alega, não é visada por esta medida. Efectivamente, esta não lhe proíbe que efectue alinhamentos defensivos, mesmo em relação aos preços da ECS, para conservar os clientes que eram seus desde o princípio.

157 A medida impugnada não poderá ser caracterizada como injusta, visto que se limita a proibir a AKZO de persistir no seu comportamento ilícito e a permitir à ECS que restabeleça a situação que existia antes do conflito. A acusação deve, pois, ser julgada sem fundamento.

Quanto às propostas às moageiras individuais do grupo Allied

158 O quinto parágrafo do artigo 3.º tem a seguinte redacção:

«Para evitar qualquer dúvida a este respeito, esclarece-se que as ofertas feitas pela AKZO Chemie BV para fornecimento de aditivos para farinha às diversas moageiras do grupo Allied, não poderão prever condições significativamente mais favoráveis do que as feitas aos “grandes independentes”.»

159 Provou-se, quando se analisou a acusação relativa aos preços selectivos, que as moageiras individuais do grupo Allied e os «grandes independentes» não se encontravam numa situação comparável. Não existe, assim, discriminação proibida pelo artigo 86.º

160 Ao fixar à AKZO o dever de propor às moageiras individuais do grupo Allied preços equivalentes aos que pratica em relação aos «grandes independentes», a Comissão impôs à AKZO uma condição que ultrapassa a medida do necessário para garantir o respeito da proibição de discriminação decorrente do artigo 86.º, alínea c), do Tratado. O quinto parágrafo do artigo 3.º da decisão impugnada deve, pois, ser anulado.

IV — Quanto à multa

- 161 A título subsidiário, a AKZO pede que a multa que lhe foi aplicada pelo artigo 2.º da decisão seja anulada, ou, pelo menos, reduzida.
- 162 A este respeito, deve sublinhar-se que a infracção cometida pela AKZO é de uma particular gravidade, uma vez que o comportamento impugnado visava impedir um concorrente de alargar as suas actividades a um mercado onde a AKZO ocupava uma posição dominante.
- 163 Três elementos levam, contudo, a reduzir o montante da multa. Assinale-se, em primeiro lugar, relativamente aos preços anormalmente baixos que a AKZO propôs ou praticou tanto em relação aos seus clientes como em relação aos clientes da ECS, que os abusos desta natureza relevam de um domínio do direito, em que as regras da concorrência nunca tinham sido explicitadas. Deve, por outro lado, ter-se em conta, a incidência limitada do conflito que opôs a AKZO à ECS, visto que a infracção não influenciou de modo significativo a parte respectiva de cada uma destas empresas no sector dos aditivos para farinha. Decorre, efectivamente, da decisão (n.º 18) que, antes do conflito, a ECS detinha 35% deste sector contra 30% em 1984, enquanto a parte da AKZO passou de 52% a 55%. Finalmente, a Comissão não podia transformar o desrespeito da decisão sobre as medidas provisórias, consistente no alinhamento com os preços da Diaflex, numa circunstância agravante, susceptível de justificar o montante elevado da multa. Efectivamente, aquela decisão permitia o alinhamento com os preços de quaisquer concorrentes, sem excluir o alinhamento com os preços da Diaflex. Incumbia, portanto, à Comissão, a partir do momento em que dispôs de provas de que a Diaflex não era um concorrente real, e de que os alinhamentos não eram, pois, efectuados de boa fé, fazer uso dos poderes, que se tinha reservado, de aplicar sanções.
- 164 Nestas condições, a multa deverá ser reduzida num quarto e ser fixada em 7 500 000 ECU, ou seja, 18 522 000 HFL.

Quanto às despesas

165 Por força do disposto no artigo 69.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, a parte vencida deve ser condenada nas despesas. Tendo a recorrente sido vencida quanto ao essencial, é condenada no pagamento das despesas, incluindo as do processo de medidas provisórias.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Quinta Secção)

decide:

- 1) É anulado o artigo 1.º, iii), da Decisão 85/609/CEE da Comissão, de 14 de Dezembro de 1985, relativa a um processo de aplicação do artigo 86.º do Tratado CEE, na medida em que diz respeito às ofertas da AKZO às fábricas de moagem individuais do grupo Allied.
- 2) É anulado o artigo 3.º, quinto parágrafo, da decisão.
- 3) A multa é fixada em 7 500 000 ECU, isto é, 18 522 000 HFL.
- 4) Quanto ao demais é negado provimento ao recurso.
- 5) A recorrente é condenada nas despesas, incluindo as do processo de medidas provisórias.

Moitinho de Almeida

Rodríguez Iglesias

Slynn

Joliet

Zuleeg

I - 3477

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 3 de Julho de 1991.

O secretário
J.-G. Giraud

O presidente da Quinta Secção
J. C. Moitinho de Almeida