ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção)
6 de Abril de 1995 *

No processo C-310/93 P,

BPB Industries plc, sociedade de direito inglês, com sede em Slough (Reino Unido),

e

British Gypsum Ltd, sociedade de direito inglês, com sede em Nottingham (Reino Unido),

representadas por Michel Waelbroeck e Denis Waelbroeck, advogados no foro de Bruxelas, e por Gordon Boyd Buchanan Jeffrey, solicitor, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório dos advogados Arendt e Medernach, 8-10, rue Mathias Hardt,

recorrentes,

que tem por objecto um recurso em que se pede a anulação do acórdão proferido pelo Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (Segunda Secção)

* Língua do processo: inglês.

de 1 de Abril de 1993, BPB Industries e British Gypsum/Comissão (T-65/89, Colect., p. II-389),

sendo recorrida

Comissão das Comunidades Europeias, representada por Julian Currall, membro do Serviço Jurídico, na qualidade de agente, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de Georgios Kremlis, membro do Serviço Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

apoiada por

Iberian UK Ltd, anteriormente **Iberian Trading (UK) Ltd**, sociedade de direito inglês, com sede em Londres, representada por John E. Pheasant e Simon W. Polito, solicitors, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório dos advogados Loesch e Wolter, 11, rue Goethe,

interveniente,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção),

composto por: F. A. Schockweiler, presidente de secção, P. J. G. Kapteyn (relator), G. F. Mancini, C. N. Kakouris e J. L. Murray, juízes,

advogado-geral: P. Léger
secretário: R. Grass

visto o relatório do juiz-relator,

ouvidas as conclusões do advogado-geral apresentadas na audiência de 13 de Dezembro de 1994,

profere o presente

Acórdão

1 Por petição entrada na Secretaria do Tribunal em 8 de Junho de 1993, a BPB Industries plc e a British Gypsum Ltd (a seguir «BPB» e «BG») interpuseram, nos termos do artigo 49.° do Estatuto (CEE) do Tribunal de Justiça, recurso do acórdão de 1 de Abril de 1993, BPB Industries e British Gypsum/Comissão (T-65/89, Colect., p. II-389, a seguir «acórdão recorrido»), em que o Tribunal de Primeira Instância negou provimento ao seu recurso de anulação da Decisão 89/22/CEE da Comissão, de 5 de Dezembro de 1988, relativa a um processo de aplicação do artigo 86.° do Tratado CEE (IV/31.900 — BPB Industries plc, JO 1989, L 10, p. 50, com rectificação no JO 1989, L 52, p. 42, a seguir «decisão»), e as condenou nas despesas.

2 Resulta das conclusões do Tribunal de Primeira Instância no acórdão recorrido (n.^{os} 2 a 10) que:

— A BPB é a sociedade gestora de participações sociais (*holding*) britânica de um grupo que controla cerca de metade da capacidade de produção de placas de

estuque na Comunidade, e cujo volume de negócios líquido consolidado ascendeu a 1 116 milhões de ecus para o exercício que terminou no fim de Março de 1987. Na Grã-Bretanha, a BPB actua, nos sectores do estuque para construção e das placas de estuque, essencialmente por intermédio de uma filial que controla a 100%, a BG. Na Irlanda, os produtos à base de gesso, em especial os estuques para construção e as placas de estuque, são fabricados pela filial irlandesa da BPB, a Gypsum Industries plc, que abastece o mercado da Irlanda, bem como, por intermédio da BG, o da Irlanda do Norte.

— Na Grã-Bretanha, a BG produz placas de estuque em oito fábricas situadas nos Midlands, no sudeste e no norte de Inglaterra. A BPB abastece normalmente o mercado britânico das placas de estuque a partir de fábricas instaladas na Grã-Bretanha, ao passo que as suas unidades da Irlanda fornecem a Irlanda e a Irlanda do Norte.

— As placas de estuque utilizadas no Reino Unido e na Irlanda são, na sua quase totalidade, distribuídas por grossistas (a seguir «revendedores»). O sistema dos revendedores permite assegurar uma cadeia de distribuição eficaz para as empresas da construção. Os revendedores suportam, além disso, os riscos do crédito concedido às empresas. Durante o período considerado, registou-se uma tendência para a concentração no sector dos revendedores.

— Antes de 1982, não havia importações regulares de placas de estuque na Grã-Bretanha. Nesse ano, a Lafarge UK Limited (a seguir «Lafarge»), uma sociedade do grupo francês Lafarge Coppée, começou a importar placas de estuque produzidas em França. A Lafarge aumentou gradualmente as suas importações. Todavia, em virtude de dificuldades de abastecimento ligadas à sua dependência da sua unidade de fabrico situada em França, a Lafarge não estava em condições de garantir entregas normais a um grande número de clientes.

— Em Maio de 1984, a Iberian Trading UK Limited (a seguir «Iberian») começou a importar placas de estuque fabricadas em Espanha pela Española de Placas de Yeso. Os seus preços eram inferiores aos da BG, variando essa diferença em

geral entre 5% e 7%, se bem que se tenham notado algumas divergências mais importantes nos preços. A gama dos produtos fornecidos pela Iberian limitava-se a placas de estuque de um número restrito de dimensões, entre os modelos mais procurados. Além disso, em diversas ocasiões, a Iberian confrontou-se igualmente com dificuldades de abastecimento.

— Em 1985 e em 1986, a BG forneceu cerca de 96% das placas de estuque vendidas no Reino Unido e a Lafarge e a Iberian partilharam entre si o resto do mercado.

— Em 17 de Junho de 1986, a Iberian enviou à Comissão um pedido de que esta declarasse, nos termos do artigo 3.° do Regulamento n.° 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85.° e 86.° do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22, a seguir «Regulamento n.° 17»), a existência de infracções ao disposto no artigo 86.° do Tratado CEE cometidas pela BPB. Em 3 de Dezembro de 1987, a Comissão decidiu dar início ao processo, nas condições previstas no artigo 3.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17.

— Após ter dado às empresas a oportunidade de se pronunciarem sobre as acusações por ela formuladas, nos termos do artigo 19.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17, e do Regulamento n.° 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963, relativo às audições referidas nos n.os 1 e 2 do artigo 19.° do Regulamento n.° 17 (JO 1963, 127, p. 2268; EE 08 F1 p. 62), e depois de ter consultado o Comité Consultivo em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas e de posições dominantes, a Comissão adoptou, em 5 de Dezembro de 1988, a decisão controvertida.

3 A decisão tem o seguinte dispositivo:

«Artigo 1.°

Entre Julho de 1985 e Agosto de 1986, a British Gypsum Ltd violou o disposto no artigo 86.° do Tratado CEE consistindo a infracção no abuso da sua posição domi-

nante no fornecimento de placas de estuque na Grã-Bretanha através de um regime de pagamentos a revendedores de materiais de construção que acordaram em comprar placas de estuque exclusivamente à British Gypsum Ltd.

Artigo 2.°

A concretização em Julho e Agosto de 1985 de uma política que favorecia clientes que não negociavam com placas de estuque importadas na concessão de prioridade nas encomendas para fornecimento de estuque de construção num período de atraso das entregas desse produto constituiu um abuso da posição dominante da British Gypsum Ltd no fornecimento de placas de estuque na Grã-Bretanha, proibido pelo artigo 86.° do Tratado CEE.

Artigo 3.°

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

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

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

Artigo 4.°

São aplicadas as seguintes coimas:

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

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

...»

4 O recurso de anulação interposto da decisão pela BPB e pela BG deu lugar ao acórdão ora recorrido, cuja parte decisória é a seguinte:

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

2) É negado provimento ao recurso quanto ao restante.

...»

5 Em apoio do seu recurso, as recorrentes invocam quatro fundamentos principais e um subsidiário.

6 O primeiro fundamento baseia-se em violação dos artigos 86° e 190° do Tratado CEE, porque o Tribunal de Primeira Instância considerou que era supérflua uma verificação da capacidade de influência da casa-mãe na sua filial a 100% — já que se presumia o controlo da primeira sobre a segunda — e que a imputabilidade à BPB da infracção declarada no artigo 3.° da decisão estava suficientemente fundamentada.

7 O segundo fundamento baseia-se em violação dos artigos 85.°, n.° 3, e 86.° do Tratado CEE, porque o Tribunal de Primeira Instância considerou que os acordos de fornecimento e os pagamentos promocionais eram abrangidos pelo artigo 86.°, e que uma isenção nos termos do artigo 85.°, n.° 3, ainda que existisse, em nada prejudicaria a aplicação do artigo 86.°

8 O terceiro fundamento baseia-se em violação do artigo 86.°, por o Tribunal ter decidido que os fornecimentos prioritários de estuque constituíam abuso de posição dominante.

9 O quarto fundamento baseia-se em violação dos direitos de defesa, por o Tribunal ter considerado que a recusa da Comissão de divulgar às recorrentes determinados documentos invocando o seu carácter confidencial não era, no presente caso, susceptível de afectar a legalidade da decisão.

10 Subsidiariamente, as recorrentes pedem a redução do montante das coimas aplicadas.

Quanto aos três primeiros fundamentos

11 Pelas razões indicadas, respectivamente, nos pontos 20 a 31, 42 a 69 e 76 a 86 das conclusões do advogado-geral, os primeiro, segundo e terceiro fundamentos devem ser julgados improcedentes.

Quanto ao quarto fundamento

12 Através deste fundamento, censura-se ao Tribunal de Primeira Instância o ter considerado que o procedimento administrativo na Comissão decorreu dentro do respeito dos direitos de defesa.

13 As recorrentes sustentaram, com efeito, perante o Tribunal de Primeira Instância (n.° 21 do acórdão recorrido) que a decisão devia ser anulada, uma vez que a Comissão não lhes tinha fornecido todos os documentos relevantes que tinha em seu poder e que essa omissão as prejudicara gravemente.

14 Para chegar à conclusão de que o procedimento administrativo decorrera com respeito pelos direitos de defesa, o Tribunal de Primeira Instância recordou que a Comissão impôs a si própria, no seu *Décimo Segundo Relatório sobre a Política de*

Concorrência (pp. 40 e 41), um determinado número de regras em matéria de acesso ao processo nos casos de concorrência, e que o próprio Tribunal de Primeira Instância inferiu daí, no acórdão de 17 de Dezembro de 1991, Hercules Chemicals/Comissão (T-7/89, Colect., p. II-1711, n.^{os} 53 e 54), que a Comissão tem «a obrigação de tornar acessível às empresas implicadas num processo para aplicação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado CEE o conjunto dos elementos contra e a favor que recolheu no decurso de diligências de instrução, com a ressalva dos segredos comerciais de outras empresas, documentos internos da Comissão e outras informações confidenciais» (n.° 29 do acórdão recorrido).

15 Recordou ainda que decidira, no acórdão de 18 de Dezembro de 1992, Cimenteries CBR e o./Comissão (T-10/92, T-11/92, T-12/92 e T-15/92, Colect., p. II-2667, n.° 38), que «a possibilidade de acesso ao processo nos processos de concorrência tem por objectivo permitir aos destinatários de uma comunicação de acusações tomar conhecimento dos elementos de prova que constam do processo da Comissão, a fim de poderem pronunciar-se eficazmente sobre as conclusões a que a Comissão chegou na comunicação das acusações com base nesses elementos» (n.° 30 do acórdão recorrido).

16 O Tribunal de Primeira Instância observou ainda que, em conformidade com os compromissos acima recordados — que a Comissão impôs a si mesma —, a comunicação das acusações continha, em anexo, uma lista dos 2 095 documentos que constituíam o processo da Comissão, esclarecendo, em relação a cada documento ou grupo de documentos, se estes eram acessíveis às recorrentes, tendo identificado seis categorias de documentos cuja consulta fora recusada: em primeiro lugar, os documentos de carácter puramente interno da Comissão; em segundo lugar, certas trocas de correspondência com empresas terceiras; em terceiro lugar, certas trocas de correspondência com os Estados-Membros; em quarto lugar, certos estudos e informações publicados; em quinto lugar, certos relatórios de verificações; em sexto lugar, uma resposta a um pedido de informações efectuado nos termos do artigo 11.° do Regulamento n.° 17 (n.^{os} 31 e 32 do acórdão recorrido).

17 No n.° 33, o Tribunal de Primeira Instância considerou que resulta

«deste exame que as recorrentes não podem utilmente queixar-se de a Comissão não ter permitido a consulta de certos documentos de carácter puramente interno acerca dos quais o Tribunal já decidiu que não tinham de ser comunicados. Deve adoptar-se uma solução idêntica para as trocas de correspondência com os Estados-Membros. O mesmo se diga quanto aos estudos e documentos publicados. A mesma solução deve ser adoptada no que toca aos relatórios de verificações, à resposta a um pedido de informações enviado pela Comissão ou a certas trocas de correspondência com empresas terceiras, cuja consulta a Comissão recusou legitimamente, baseando-se no seu carácter confidencial. Com efeito, uma empresa destinatária de uma comunicação de acusações, que se encontra em posição dominante no mercado, é por esse facto susceptível de adoptar medidas de retaliação contra uma empresa concorrente, um fornecedor ou um cliente que tenha colaborado na instrução efectuada pela Comissão. Finalmente, pelo mesmo motivo, as recorrentes não podem afirmar não ter havido razão para que a denúncia apresentada à Comissão, com base no artigo 3.° do Regulamento n.° 17, só tenha sido parcialmente posta à sua disposição (documentos 1 a 233). Por conseguinte, a recusa de comunicação destes documentos, oposta às recorrentes pela Comissão, não é, no presente caso, susceptível de afectar a legalidade da decisão.»

18 Em apoio do seu fundamento, as recorrentes salientam em primeiro lugar que o Tribunal de Primeira Instância considerou erradamente que a Comissão respeitou a sua obrigação de facultar a consulta de todos os documentos favoráveis e desfavoráveis que constam dos seus processos e que não têm carácter confidencial.

19 Em segundo lugar, as recorrentes alegam que o próprio Tribunal de Primeira Instância deveria ter examinado os documentos que constam do processo.

20 Em terceiro lugar, as recorrentes criticam o facto de o Tribunal de Primeira Instância ter aprovado o facto de a Comissão não divulgar determinados documentos apenas com o fundamento — insuficiente — de que, em caso de divulgação destes, poderiam ser tomadas medidas de retaliação contra quem fornecera os documentos. Para as recorrentes, o facto de se recusar categoricamente o acesso a uma qualquer das informações contidas num documento que não é estritamente confidencial viola o princípio da proporcionalidade.

21 Para apreciar a procedência do argumento invocado, há que recordar antes de mais que o respeito dos direitos de defesa exige, entre outros aspectos, que a empresa interessada tenha tido a possibilidade de dar a conhecer utilmente o seu ponto de vista sobre os documentos considerados pela Comissão em apoio da sua alegação de existência de uma infracção (acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 1983, Michelin/Comissão, Recueil, p. 3461, n.° 7).

22 Há que observar em seguida que as recorrentes não contestam que o Tribunal de Primeira Instância podia decidir, sem violar o princípio do respeito dos direitos de defesa, que a Comissão não está obrigada a facultar o acesso a documentos internos e outras informações confidenciais. Elas limitam-se a censurar o Tribunal de Primeira Instância por ter violado esse princípio ao considerar que os documentos mencionados no n.° 33 do acórdão recorrido se incluíam nas categorias especificadas, que não deviam ser divulgadas, ou, pelo menos, por não ter fundamentado suficientemente essa conclusão.

23 Por fim, como o advogado-geral observou no ponto 125 das conclusões, as recorrentes não se queixaram, no Tribunal de Primeira Instância, da não comunicação de um documento que as incriminava, e sim do facto de os documentos não divulgados poderem ser úteis para a sua argumentação. Com efeito, elas alegaram que o critério para a não divulgação de um documento devia ser o do seu carácter confidencial e não o da sua eventual utilização pela Comissão (n.° 22 do acórdão impugnado).

24 Assim, há que examinar se o Tribunal podia com razão concluir que os documentos não divulgados se incluíam na categoria de documentos que a Comissão pode, legitimamente, recusar comunicar devido ao seu carácter confidencial.

25 Quanto à recusa de comunicar às recorrentes os documentos com carácter puramente interno da Comissão, as trocas de correspondência com os Estados-Membros e os estudos e informações publicados, basta observar que foi legitimamente que o Tribunal de Primeira Instância concluiu que as duas primeiras categorias de documentos tinham carácter confidencial e que a última categoria dizia respeito a documentos a que, por definição, as recorrentes tinham acesso.

26 No que respeita às trocas de correspondência com empresas terceiras e à resposta a um pedido de informações, deve observar-se que uma empresa em posição dominante no mercado é susceptível de adoptar medidas de retaliação contra concorrentes, fornecedores ou clientes que tenham colaborado na instrução efectuada pela Comissão. Daqui resulta que, nessas condições, as empresas terceiras que, no decurso de averiguações realizadas pela Comissão, entregam a esta documentos, entrega essa que julgam ser susceptível de acarretar represálias contra elas, só podem fazê-lo sabendo que o seu pedido de confidencialidade será tomado em consideração.

27 Assim, foi com razão que o Tribunal de Primeira Instância considerou que a Comissão podia recusar o acesso a esses documentos invocando o seu carácter confidencial.

28 Por fim, quanto aos relatórios das verificações, as recorrentes reconheceram na petição que eles dizem respeito a verificações efectuadas em empresas terceiras. A este respeito, basta observar que documentos susceptíveis de revelar infracções

cometidas por terceiros, aliás sem relação com o caso em apreço, não são manifestamente susceptíveis de comunicação às recorrentes.

29 Quanto à acusação que as recorrentes fazem ao Tribunal de Primeira Instância, de não ter fundamentado suficientemente a sua decisão sobre a recusa da Comissão de lhes comunicar os documentos mencionados, deve notar-se que as suas alegações relativas a uma pretensa violação dos direitos de defesa apenas foram apresentadas «a título dubitativo e hipotético», como resulta das conclusões daquele Tribunal no n.° 35 do acórdão impugnado.

30 Ora, tendo em conta esta conclusão, a fundamentação do acórdão impugnado, tal como foi resumida *supra* (n.^{os} 14 a 17), revela claramente os fundamentos considerados pelo Tribunal de Primeira Instância para rejeitar essas alegações. Nestas circunstâncias, também não se poderia censurar àquele Tribunal, como as recorrentes fazem, o ter examinado a natureza dos documentos em causa de uma forma genérica, sem ter consultado por sua própria iniciativa cada documento não divulgado, para confirmar os argumentos que a Comissão invocou para não os comunicar.

31 Por fim, as recorrentes censuram ainda o Tribunal de Primeira Instância por não ter considerado que a Comissão deveria ter posto à sua disposição pelo menos resumos não confidenciais de determinados documentos.

32 Esta acusação deve também ser rejeitada. De facto, não está provado nem que esses resumos tenham sido pedidos pelas recorrentes, nem que tal pedido se justificasse.

33 Resulta de quanto antecede que as recorrentes não podem sustentar que o Tribunal de Primeira Instância violou o princípio do respeito dos direitos de defesa, pelo que o quarto fundamento deve ser julgado improcedente.

Quanto ao fundamento subsidiário

34 No que respeita ao fundamento subsidiário, basta observar que não compete ao Tribunal de Justiça, quando se pronuncia sobre questões de direito no âmbito de um recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância, substituir, por motivos de equidade, pela sua própria apreciação a apreciação do Tribunal de Primeira Instância, que se pronunciou, no exercício da sua plena jurisdição, sobre o montante das coimas aplicadas a empresas devido à violação, por estas, do direito comunitário.

35 Não tendo podido ser acolhido nenhum dos fundamentos, deve ser negado provimento ao recurso na totalidade.

Quanto às despesas

36 Por força do n.° 2 do artigo 69.° do Regulamento de Processo, aplicável aos recursos de decisões do Tribunal de Primeira Instância por força do artigo 118.°, a parte vencida deve ser condenada nas despesas. Tendo as recorrentes sido vencidas, há que condená-las nas despesas do presente processo, incluindo as da interveniente.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA (Sexta Secção)

decide:

1) **É negado provimento ao recurso.**

2) **As recorrentes são condenadas nas despesas, incluindo as da interveniente.**

Schockweiler Kapteyn

Mancini Kakouris Murray

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 6 de Abril de 1995.

O secretário

R. Grass

O presidente da Sexta Secção

F. A. Schockweiler