II

(Actos cuja publicação não é uma condição da sua aplicabilidade)

COMISSÃO

DECISÃO DA COMISSÃO

de 18 de Julho de 1988

relativa a um processo de aplicação do artigo 86º do Tratado CEE

(Processo nº IV/30.178 Napier Brown — British Sugar)

(Apenas faz fé o texto em língua inglesa)

(88/518/CEE)

A COMISSÃO DAS COMUNIDADES EUROPEIAS,

Tendo em conta o Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia,

Tendo em conta o Regulamento nº 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85º e 86º do Tratado (1), com a última redacção que lhe foi dada pelo Acto de Adesão de Espanha e de Portugal e, nomeadamente, o nº 1 do seu artigo 3º,

Tendo em conta o pedido, na versão posteriormente corrigida e alargada, apresentado à Comissão, em conformidade com o artigo 3º do Regulamento nº 17, pela Napier Brown and Company Limited, entre outras, em 19 de Setembro de 1980, no qual se alegava que a British Sugar plc teria violado as regras da concorrência,

Tendo em conta a decisão da Comissão de 3 de Julho de 1986 de dar início a um processo no presente caso,

Tendo sido dada ao interessado directo oportunidade para apresentar às suas observações relativamente às acusações formuladas pela Comissão, nos termos do nº 1 do artigo 19º do Regulamento nº 17 e do Regulamento nº 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963, relativo às audições referidas nos nºs 1 e 2 do artigo 19º do Regulamento nº 17 do Conselho (2),

Após consulta do Comité Consultivo em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas e de posições dominantes,

Considerando :

(1) JO nº 13 de 21. 2. 1962, p. 204/62 ; edição especial em língua portuguesa, 08. Política de Concorrência, fascículo 01, página 22.

(2) JO nº 127 de 20. 8. 1963, p. 2268/63 ; edição especial em língua portuguesa, 08. Política de Concorrência, fascículo 01, página 62.

FACTOS

A. Introdução

(1) A presente decisão surge na sequência de um pedido nos termos do artigo 3º do Regulamento nº 17 apresentado pela Napier Brown and Company Ltd (designada a seguir por « NB ») e por outros comerciantes britânicos de açúcar, denúncia cujo objecto foi alargado pela NB em meados de 1985. A NB alegou que a British Sugar plc, membro do grande grupo multinacional S & W Berisford, tinha abusado da posição dominante que detinha no mercado britânico do açúcar granulado, violando o artigo 86º do Tratado CEE.

B. As partes

(2) A British Sugar plc (designada a seguir por « BS »), com sede em Peterborough, Reino Unido, constitui o maior produtor e vendedor de açúcar e o único transformador de beterraba no Reino Unido. Em 1984/1985 o volume de negócios da BS foi de 637 712 000 libras esterlinas e o lucro antes da dedução de impostos de 53 564 000 libras esterlinas.

A BS é uma filial da S & W Berisford plc (a seguir designada por « Berisford »). A Berisford adquiriu a BS em Agosto de 1982, na sequência de um inquérito sobre tal fusão efectuado pela Comissão sobre Monopólios e Fusões. Esta comissão recomendava no seu relatório a autorização do prosseguimento da fusão, sugerindo que os seus potenciais efeitos contrários ao interesse público fossem remediados mediante um compromisso pelo qual a Berisford se obrigasse :

— a cessar a comercialização de açúcar e derivados de açúcar da Tate & Lyle, excepto no que diz respeito à aquisição de açúcar para incorporação nos próprios produtos da Berisford e da BS, e

— a manter a BS como uma filial autónoma, não introduzindo alterações significativas nas suas actividades ou objectivos.

Em 1981, tendo-se chegado a acordo com o Secretário de Estado do Reino Unido relativamente a diversos compromissos, a fusão prosseguiu. Em conformidade com tais compromissos, a Berisford vendeu à NB a S & W Berisford (Sugar) Ltd que constituía a empresa de comercialização da Berisford UK Sugar. Os actuais interesses da Berisford no domínio do açúcar limitam-se à produção de açúcar através da BS e a compra e venda de açúcar por sua própria conta no mercado mundial através das suas filiais J.H. Rayner Ltd em Londres, Lonray Inc. em Nova Iorque, Etlafric SA em Paris e Intertransazuckerhandels GmbH em Munique.

(3) O Sugar Act de 1956 concedeu à BS o monopólio legal da produção de açúcar de beterraba no Reino Unido. Nessa altura, a BS decidiu limitar voluntariamente a 640 000 toneladas a quantidade de açúcar refinado por ela produzido, vendendo os excedentes de beterraba aos refinadores de cana. Com a adesão à CEE, o mercado britânico do açúcar ficou sujeito ao regime do açúcar da política agrícola comum.

À BS — único produtor britânico de açúcar de beterraba — foi atribuída a totalidade da quantidade de base do açúcar do Reino Unido prevista pelo regime comunitário do açúcar; por conseguinte, a BS constitui a única empresa britânica a dedicar-se à produção de açúcar de beterraba.

(4) A Napier Brown and Company Limited é o mais importante comerciante de açúcar do Reino Unido. A empresa dedica-se à compra e venda de açúcar (incluindo as operações de importação e transporte), simultaneamente como comerciante nominal e real. Em 1985, o volume de negócios da NB elevou-se a 300 398 479 libras esterlinas e o seu lucro em actividades correntes antes da dedução de impostos atingiu 1 512 817 libras esterlinas.

Na qualidade de comerciante de açúcar, a NB compra e revende açúcar segundo duas modalidades: uma actividade comercial real, em que o comerciante compra o açúcar a granel e o vende a outros clientes a um preço mais elevado, e uma actividade comercial nominal, em que o cliente faz uma encomenda através de um comerciante, cabendo a este obter as melhores condições possíveis para o primeiro, serviço pelo qual recebe uma comissão. O comerciante pode optar por efectuar a entrega do açúcar ao seu cliente utilizando a sua própria rede de transporte. De facto, a NB dispõe, para este efeito, de recursos próprios no domínio dos transportes.

(5) Nos finais de 1984, 39 % das acções da NB foram adquiridas pela Whitworths Holdings Limited (designada a seguir por « Whitworths »). A Whitworths é uma empresa que se dedica à importação e venda de frutos secos, arroz, nozes e açúcares especiais. No âmbito da transacção acima referida, a Whitworths acordou em que, de futuro, todas as vendas de açúcar efectuadas sob a denominação Whitworths passariam a ser efectuadas pela NB e não pela própria Whitworths. Tal princípio era aplicável aos açúcares granulados, brancos e especiais.

C. O produto

(6) O produto a que se refere esta decisão é o açúcar granulado obtido a partir da beterraba ou da cana-de-açúcar.

Este açúcar é vendido para venda a retalho ou para fins industriais. No segundo caso é vendido a granel (camião-cisterna) ou em sacos de 50 quilogramas. Para a venda a retalho o açúcar é empacotado, habitualmente em pacotes de papel de um quilograma. De beterraba ou de cana, para a venda a retalho ou para fins industriais, o açúcar granulado apresenta em qualquer dos casos características semelhantes. O açúcar para a venda a retalho é, de facto, açúcar industrial empacotado para venda a retalho.

D. A denúncia

(7) Através de um pedido formal, nos termos do artigo 3º do Regulamento nº 17, de 19 de Setembro de 1980, a NB e alguns outros comerciantes britânicos de açúcar apresentaram uma denúncia à Comissão alegando que a actuação da BS violava o artigo 86º do Tratado de Roma.

A denúncia original baseava-se em alegações de que a BS, ao aliciar clientes a negociarem directamente consigo em vez de o fazerem através de comerciantes, estaria a abusar da sua posição dominante no mercado. Parte deste contencioso, abrangendo substancialmente as alegações específicas originais feitas na denúncia acima referida, foi resolvido através de negociações ou ultrapassado devido a uma alteração das circunstâncias. Todavia, a NB continuou a alegar que a BS estava a agir no sentido de, em última análise, forçar os comerciantes a abandonar o mercado britânico do açúcar.

(8) Em Outubro de 1983, a NB decidiu dar início à comercialização real de açúcar empacotado no mercado retalhista; anteriormente, a comercialização real de açúcar havia sido praticada exclusivamente por comerciantes que vendiam açúcar industrial em grandes quantidades. A NB solicitou às BS o fornecimento de 50 000 toneladas de açúcar para venda a retalho (Silver Spoon). Após prolongadas negociações, a NB concluiu ser impossível chegar a acordo com a BS relativamente à compra do referido açúcar. Para ultrapassar este problema, a NB estabeleceu um acordo com a Whitworths com vista a empacotar açúcar industrial para a venda a retalho sob a marca « Withworths ». Para este efeito, a NB adquiriu à BS 25 000 toneladas de açúcar industrial a granel para o fornecimento relativo ao período de Julho a Dezembro de 1985 [1], destinan-

[1] Contratos 1/338 e 1/340 de 21. 2. 1985.

do-se parte deste açúcar a ser empacotado para venda a retalho. Aquando da aquisição, a BS não tinha conhecimento da finalidade a que o açúcar se destinava.

A NB começou a comercializar a sua nova marca de 1985, tendo o processo entrado pouco tempo depois numa « nova fase », quando a NB alegou que a BS estaria a tentar excluí-la do mercado retalhista do açúcar. Esta « nova fase » do processo iniciou-se, de facto, a 26 de Julho de 1985 quando, pela primeira vez, a NB chamou a atenção da Comissão para os problemas que estava a registar nas operações de empacotamento devido, segundo ela, à acção da BS. Posteriormente, a NB alargou o objecto da sua denúncia formal, ao arguir que a BS teria — com o objectivo de excluir a NB do mercado retalhista do açúcar — empreendido, entre outras, as acções abaixo referidas. Estas alegadas actividades da BS levaram a NB, em 20 de Dezembro de 1985, a apresentar um pedido de medidas provisórias com vista a salvaguardar a sua posição na pendência de uma decisão final da Comissão relativa às questões de fundo.

E. Comunicação das acusações no âmbito de medidas provisórias ; o compromisso da BS

(9) Em 8 de Julho de 1986, a Comissão enviou à BS uma comunicação das acusações no âmbito de medidas provisórias. Posteriormente, por carta de 5 de Agosto de 1986, a BS apresentou à Comissão um compromisso relativo às questões levantadas na supracitada comunicação das acusações. A Comissão aceitou tal compromisso, por carta de 7 de Agosto de 1986, na qual fazia notar que :

« O facto de este compromisso ser aceite não prejudica o resultado final do processo, que prosseguirá *ceteris paribus* até à tomada de uma decisão final. »

(10) Mais tarde, em Outubro de 1986, a BS informou a Comissão de que era sua intenção aplicar um programa global de cumprimento destinado a assegurar a observância pela empresa de todas as obrigações que lhe incumbem por força do nº 1 do artigo 85º e, em especial, do artigo 86º do Tratado. Este programa foi adoptado ulteriormente (1). Em aplicação deste programa, a BS realiza anualmente uma reunião de controlo da observância das regras antimonopolísticas, na sequência da qual é elaborado um relatório, do qual é enviada uma cópia aos serviços da Comissão. A partir da apresentação do compromisso pela BS, a Comissão não teve conhecimento de que esta empresa tivesse continuado a abusar da sua posição dominante abaixo descrita.

A Comissão aceita que nem os compromissos apresentados pela BS em resposta à comunicação das acusações no âmbito de medidas provisórias, nem a adopção de um programa de cumprimento equivalem, de modo algum, à admissão de responsabilidades por parte da BS relativamente às alegações contra ela efectuadas na comunicação das acusações.

(1) O texto deste programa poder ser obtido na Comissão, Bruxelas, tel. : 02/235 23 64.

F. Questões objecto da presente decisão

(11) A parte da denúncia da NB objecto da presente decisão diz respeito às alegações da NB as quais, na sequência do alargamento das suas actividades ao mercado retalhista do açúcar, a BS, entre outras acções :

— recusou-se a vender açúcar à NB,

— envolveu-se em práticas de preços destinados a excluir a NB do mercado retalhista do açúcar,

— recusou-se a fornecer açúcar numa base à saída da fábrica,

— recusou-se a fornecer à NB açúcar obtido exclusivamente a partir de beterraba,

— ofereceu « bónus de fidelidade ou de compromisso de grupo » a um determinado grupo de clientes, alguns dos quais compravam açúcar à Napier Brown, a fim de persuadir todos os membros do grupo a adquirir açúcar exclusivamente à British Sugar.

(12) A presente decisão toma igualmente em consideração a « política de eliminação das listas » da BS, questão que a Napier Brown não levantou na sua denúncia, mas relativamente à qual os funcionários da Comissão obtiveram informações durante uma inspecção às instalações da BS e através de posteriores inquéritos.

G. « Eliminação das listas »

(13) A Comissão tomou conhecimento dos factos expostos neste ponto através de determinados documentos copiados pelos inspectores da Comissão aquando de uma inspecção às instalações da BS. Apesar de a Comissão não pretender tomar uma decisão nos termos do nº 1 do artigo 85º ou do artigo 86º relativamente aos factos a seguir referidos, é necessário resumir algumas das acções da BS a fim de enquadrar num contexto a sua estratégia de base, consistente na prática de certas acções que, de acordo com a Comissão, constituem um abuso da sua posição dominante.

(14) A Whitworths empacota para a NB açúcar industrial em pacotes próprios para venda a retalho. Posteriormente a NB vende este açúcar sob a marca « Whitworths ».

(15) A Comissão apurou que, na mesma altura em que a NB entrou no mercado retalhista do açúcar, a BS adoptou uma política nos termos da qual tencionava visitar os mais importantes pontos de escoamento do açúcar para venda a retalho e oferecer-lhes um ou mais produtos BS a preços excelentes, na condição de que o cliente « riscasse da lista » os produtos da Whitworths ou se recusasse a armazená-los.

(16) Deste modo, a BS pretendia fazer ofertas que não dependessem necessariamente do facto de o cliente concordar em satisfazer todos os seus pedidos de fornecimento através do recurso a um ou mais produtos da BS, mas sim do facto de o cliente se comprometer a não comprar nenhum produto da Whitworths. De acordo com os documentos internos copiados nas instalações da BS durante a inspecção ali efectuada, é evidente que esta última discutiu e ponderou tal política. Existem outros documentos que atestam que a BS tentou igualmente pô-la em acção, tendo mesmo tentado posteriormente a eliminação da Whitworths da lista dos seus clientes, não só no que diz respeito aos açúcares granulados, mas também quanto aos açúcares especiais e aos frutos secos, produtos relativamente aos quais a Whitworths detém uma reputação de longa data.

(17) Documentos obtidos na BS reveladores da sua tentativa de concretizar tais intenções incluem um documento intitulado « acção anti-Whitworths », relativo aos açúcares da marca Whitworths, que refere o seguinte :

« A Whitworths dispõe de uma boa distribuição relativamente à Browns, à Dems, etc. É necessário identificar os seus pontos fortes nas contas de cada um e apresentar propostas específicas para que estas empresas eliminem a Whitworths das suas listas. Temos de ser agressivos. Reconheço que já muito trabalho foi feito neste domínio. É necessário actualizar os resultados.

...

Para nos conseguirmos livrar da ameaça que a Whitworths representa, TEMOS de atacar em todas as frentes. É chegada a altura de nos mostrarmos desagradáveis ! »

(18) Documentos obtidos na BS reveladores de que posteriormente esta empresa tentou executar esta política incluem as actas de uma reunião efectuada em resposta à nota « acção anti-Whitworths ». Tais actas contêm uma lista dos maiores compradores de açúcar especial, com indicação daqueles que incluem ou não a Whitworths nas suas listas. Dentre as empresas consideradas é conveniente referir as seguintes :

[...] (1) — Totalmente eliminada.

[...] — Está efectivamente presente. A nossa proposta é unicamente de fornecimento (actualmente T & L e Whitworths). NTG deve passar à acção.

Cash & Carry/Wholesale — Forte presença de Whitworths. Dispomos de boas listas mas a distribuição é fraca. NGT/SP devem levantar esta questão na próxima reunião de negociações. »

(19) Destes factos resulta claramente que a BS adoptou uma política com o objectivo de tentar, por todos os meios à sua disposição, provocar a exclusão da NB do mercado retalhista do açúcar. Contudo, os serviços da Comissão não descobriram qualquer caso em que tal política tenha sido bem sucedida. Por conseguinte, a Comissão não considera necessário, no presente caso, tomar qualquer decisão em que se estabeleça que, ao adoptar tal política, a BS abusou da posição dominante que detinha.

H. Os abusos alegados

Recusa de fornecimento

(20) Na sua denúncia, a NB alegou que a BS se recusou implicitamente a vender-lhe açúcar, obrigando-a a abastecer-se a preços mais elevados junto de empresas situadas noutros Estados-membros, e acrescentou que a recusa da BS tinha por objectivo garantir a retirada da NB do mercado retalhista do açúcar.

(21) Os contratos de 21 de Fevereiro de 1985 entre a BS e a NB relativos ao fornecimento de açúcar entre Julho e Dezembro de 1985 caducaram em Dezembro de 1985. No que diz respeito aos fornecimentos posteriores a Dezembro de 1985, a NB alertou telefonicamente a BS, em 3 de Outubro de 1985, de que iria solicitar-lhe o fornecimento de açúcar, facto que foi seguido de uma encomenda formal de 30 000 toneladas de açúcar, efectuada por carta de 17 de Outubro de 1985. Seguidamente, a BS informou os serviços da Comissão de que se iria ocupar do pedido de fornecimento da NB após a sua reunião com a Direcção Geral IV (DG IV) prevista para 28 de Novembro de 1985. Os serviços da Comissão informaram a BS de que a Comissão não aceitaria como justificação para a recusa em vender açúcar à NB, o argumento de que a BS teria vendido a totalidade da sua quota A/B entre a altura do pedido de fornecimento de açúcar da NB e a reunião da BS com os serviços da Comissão.

(22) Na supracitada reunião com os serviços da Comissão, a BS resumiu as suas intenções :

— nos termos do contrato anterior, a NB tinha rejeitado várias remessas de açúcar com o fundamento de que a dimensão dos grânulos de açúcar era excessivamente grande comparada com a do açúcar-padrão da BS, facilmente disponível. A BS propôs-se, por conseguinte, vender 30 000 toneladas de açúcar por ano de dimensões especiais mediante o pagamento de um montante mínimo de 26,32 libras esterlinas por tonelada acima do preço do açúcar granulado normal (contrato por cinco anos com prémio de resultado), iniciando-se o fornecimento por volta de Julho de 1986, altura em que era possível instalar um equipamento especial de triagem,

— a BS sabia que iria ter reservas limitadas de açúcar para venda, devido ao regime comunitário do açúcar, tendo previsto que iria deparar com uma escassez de açúcar durante a campanha de 1985/1986, uma vez que tinha registado uma procura inesperadamente elevada por parte dos seus clientes nos primeiros meses da nova campanha. Com vista a assegurar a

(1) No texto da presente decisão destinado a publicação, foi omitida alguma informação de acordo com as disposições do artigo 21º do Regulamento nº 17 relativo à não divulgação dos segredos de negócios.

continuidade dos fornecimentos aos seus clientes, a BS criou um sistema de quotas : cada cliente apenas poderia adquirir quantidades de açúcar equivalentes às que comprara na campanha anterior (e não às estipuladas no contrato). No caso da NB e de acordo com este sistema de quotas, a BS far-lhe-ia a seguinte proposta : nos termos dos contratos 1/338 e 1/340 relativos aos fornecimentos entre Julho e Dezembro de 1985 e segundo os cálculos a utilizar por este sistema, a NB teria adquirido 17 148 toneladas durante a campanha açucareira de 1984/1985 (de 1 de Outubro de 1984 a 30 de Setembro de 1985). Consequentemente, no caso de a NB não aceitar a oferta de « açúcar de dimensões especiais», teria direito a 17 148 toneladas no ano açucareiro de 1985/1986, 10 000 das quais já tinham sido adquiridas pela NB entre Outubro e Dezembro através dos contratos 1/338 e 1/340. A BS celebraria, pois, contratos adicionais para açúcar de dimensões normais num total de 7 148 toneladas (17 148 toneladas menos 10 000 toneladas) para fornecimento à NB no ano açucareiro de 1985/1986.

A BS comunicou esta proposta à NB por carta datada de 11 de Dezembro de 1985, dando-lhe posteriormente execução através dos contratos 1/872 e 1/873.

(23) A Comissão investigou as alegações da NB apresentando para tal um pedido de informações nos termos do artigo 11º do Regulamento nº 17 e recorrendo ulteriormente a uma inspecção às instalações da BS, nos termos do nº 2 do artigo 14º do mesmo regulamento. Na sequência destas investigações, a Comissão concluiu que a recusa da BS em satisfazer os pedidos de fornecimento de açúcar industrial efectuados pela NB não podia ser justificada por uma escassez de açúcar. O sistema de quotas adoptado pela BS era desnecessário, foi aplicado de modo discriminatório em detrimento da NB e foi adoptado unicamente a fim de justificar a recusa de fornecimento por parte da BS.

Além disso, esta recusa não pode ser justificada pela oferta pela BS de « açúcar de dimensões especiais ». Após tê-la examinado à luz de todos os factos conhecidos, a Comissão concluiu que, tal como o sistema de quotas, esta oferta era desnecessária e havia sido adoptada exclusivamente para tentar justificar a recusa da BS em fornecer açúcar industrial normal à NB.

Os factos que levaram a Comissão a chegar a estas conclusões são os seguintes :

a) Determinados documentos, descobertos pela Comissão durante a inspecção às instalações da BS, revelam que esta empresa considerou e discutiu a hipótese de se recusar a vender açúcar à NB. Uma nota redigida pelo director executivo para o sector da comercialização e vendas (1) arquivada em « Whitworths », refere o seguinte :

« NB/Whit.

...

NB — contingente
— encargos
— cessar contrato
— não celebrar novo contrato
— T/L não concluir novo acordo ».

Segundo o referido director, este documento foi escrito por volta de Agosto de 1985. O documento demonstra que, nessa altura, a BS considerava a hipótese de recusar o fornecimento à NB. É neste contexto que devem ser analisados os factos a seguir referidos, reveladores de que o sistema de quotas só foi adoptado como justificação para a recusa da BS em abastecer a NB ;

b) Não obstante o facto de, durante uma reunião com os serviços da Comissão ocorrida nos finais de Novembro de 1985, o director-geral da BS (2) ter declarado que o sistema de quotas tinha sido e continuava a ser aplicado de forma generalizada a todos os clientes da BS, a Comissão veio a descobrir posteriormente que a BS tinha celebrado contratos com determinados clientes com vista à venda, durante a campanha de 1985/1986 de uma quantidade de açúcar consideravelmente maior do que a vendida durante a campanha de 1984/1985.

Nalguns casos, os contratos relativos a estes aumentos de fornecimentos de açúcar industrial só foram celebrados em Outubro de 1985, mês em que a NB solicitou à BS os fornecimentos adicionais de açúcar industrial ;

c) Vários documentos copiados durante a inspecção às instalações da BS revelam que mesmo após a introdução formal do sistema de quotas, a BS continuou activamente a propor a venda de açúcar, sobretudo de açúcar para a venda a retalho a outros clientes, especialmente a clientes ou ex-clientes da NB.

O interesse da BS em aumentar as suas vendas a compradores de açúcar é revelado, por exemplo, nas actas de 14 de Novembro de 1985 do Comité Coordenador da Produção e Vendas :

« Mercado retalhista

i) SP confirmou que, contrariamente às previsões, se registara um défice de 4 000 toneladas durante o período 1, tendo sido prevista a redução para 1 000 toneladas do défice relativo ao período 2, não obstante a contracção global do mercado britânico em cerca de 6 %.

ii) Apesar dos factos acima referidos, a previsão de [...] toneladas para este ano deverá ser atingida.

iii) SP resumiu do seguinte modo as principais evoluções das contas dos clientes :

(...) [(...) consumo global] — as negociações continuam.

(1) Em meados de 1986 foi nomeado um novo director executivo para o sector de comercialização e vendas.

(2) Em meados de 1986 foi nomeado um novo director-geral.

[...] — detemos [...] dos negócios deles, estando a ser envidados todos os esforços para que tal proporção aumente para [...].

[...] — actualmente detemos [...] do consumo global deles e esperamos aumentar tal valor para [...].

Contas da Solus — incluem a [...] etc. e o máximo que podemos esperar é manter a nossa posição relativamente a estes clientes.» ;

d) Alguns documentos da BS copiados durante a inspecção indicam que a «escassez de açúcar» que, segundo a BS, justificaria a aplicação do seu sistema de quotas, não foi reconhecida pela BS como constituindo uma verdadeira escassez. Apesar de os fornecimentos aos clientes industriais terem aumentado em relação ao ano anterior, a redução no sector retalhista compensou aquele aumento de modo que, de facto, não se registou qualquer escassez de açúcar.

Um documento, «vendas de açúcar até ao presente» (30 de Dezembro de 1985), refere :

«Ao actual nível de actividade, a previsão anual de vendas de açúcar industrial ronda as [...] quilotoneladas. Já foi negociada [...] da previsão da pré-campanha. Apesar deste facto, ainda não se pode avaliar o efeito da actividade em curso sobre o ano inteiro, pois subsiste ainda a possibilidade de conclusão desfavorável de negociações com os clientes no segundo semestre do ano.

Consequentemente, a previsão anual mais recente (Janeiro de 1986) relativamente às vendas de açúcar industrial é de [...] quilotoneladas, o que representa mais [...] quilotoneladas que as [...] da previsão da pré-campanha.

As vendas de [...] quilotoneladas para venda a retalho ficaram [...] quilotoneladas aquém do previsto. Tal reflecte o efeito da quebra líquida verificada até agora nos negócios. Perderam-se três clientes dos incluídos na previsão de [...] quilotoneladas da pré-campanha, com um valor anual combinado de [...] quilotoneladas. Por outro lado, registaram-se vários ganhos com efeito líquido de as vendas anuais serem inferiores em [...] quilotoneladas à previsão anual (Janeiro de 1986) de [...] quilotoneladas. O sector de comercialização prevê que a quebra poderá ser compensada mais tarde.»

Além disso, um relatório de actividades elaborado para a reunião da administração de 28 de Fevereiro de 1986 refere que :

«Vendas + Comercialização

a) Venda a retalho

Segundo as previsões actuais, em 1985/1986 o volume das vendas para retalho será inferior ao do ano passado em cerca de 6 %, partindo do princípio que a actual distribuição se mantém. Actualmente, a conquista de novos clientes a fim de recuperar parte da perda do volume de vendas está limitada pela acção intentada pela NB junto da Comissão da CEE.

b) Vendas de açúcar industrial

As tendências actuais do volume de vendas permanecem firmes e a campanha de 1985/1986 deveria, pelo menos, atingir os níveis previstos no orçamento ; tal representará um aumento de 4 % em relação ao ano passado.

As importações mantêm-se a um nível reduzido e são ainda objecto de maiores restrições devido às actuais disparidades de preços entre o continente e o Reino Unido.» ;

e) A Comissão está na posse de elementos de prova que revelam que, de facto, o sistema de quotas foi aplicado exclusivamente em relação à NB, visto a BS estar disposta a abastecer os clientes, comprando açúcar a outros produtores, se tal se revelasse necessário para cobrir quaisquer vendas acima da quota. Por exemplo, uma nota interna ao seu director-geral (Janeiro de 1986) refere que os objectivos da BS relativamente às vendas de açúcar eram :

«optimizar a nossa clientela e aumentar a parte de mercado para além das restrições de quota, através da compra de açúcar ; proteger as vendas para retalho contra a NB ; aumentar as margens das vendas industriais para além do preço de apoio.» ;

f) Um documento copiado na BS revela que a aplicação concreta do regime de quotas foi efectuada de modo discriminatório ; nem sequer foi oferecida à NB a quantidade de açúcar a que tinha direito sob o referido regime. Se este último tivesse sido correctamente aplicado, a NB — segundo os cálculos da própria BS — receberia na campanha de 1985/1986 a mesma quantidade de açúcar que comprara e recebera durante a campanha precedente. Todavia, uma nota interna da BS refere :

«Factores positivos após Dezembro de 1985 — [... ...]
Factores negativos após Dezembro de 1985 — [... ...]
NB [...]» ;

g) O sistema de quotas da BS poderia ter tido consequências consideráveis sobre qualquer dos seus clientes que desejasse adquirir à BS mais açúcar na campanha açucareira de 1985/1986 do que havia adquirido na campanha anterior, visto que, devido ao regime de quotas, a BS teria sido forçada a recusar-se a fornecer-lhe açúcar para além da sua quota. Seria, portanto, de esperar de qualquer empresa responsável a prevenção dos seus clientes habituais quanto ao seu regime de quotas para lhes permitir tomar as devidas precauções.

Todavia, em resposta a um pedido de informação nos termos do artigo 11º do Regulamento nº 17, relativo aos clientes a quem a BS informara que havia posto em prática um regime de quotas, a BS respondeu que tinha informado três comerciantes de açúcar juntamente com a [...] (uma empresa à qual a BS vendeu mais açúcar na campanha de 1985/1986 do que na campanha precedente) e a [...]. De facto, a BS apenas informou estas empresas e comerciantes de açúcar que estava « a prever vir possivelmente a registar dificuldades de abastecimento em 1986 (e que, portanto) é essencial discutirmos quaisquer indicações de um potencial aumento dos referidos volumes. »

O facto de a BS não ter efectuado qualquer diligência no sentido de informar os seus clientes habituais da existência do regime de quotas demonstra que, de facto, tal regime apenas se destinava a ser aplicado à NB;

h) Documentos internos da BS de Janeiro de 1986 revelam que a BS só se preocupou com a aplicação do regime de quotas, em relação a outros clientes que não a NB, três meses após a introdução do sistema de quotas e que o seu interesse em aplicar este sistema não se ficou a dever a uma escassez de açúcar, mas antes à acção da Comissão.

O director executivo para o sector da comercialização e vendas enviou a seguinte nota datada de 23 de Janeiro de 1986 ao director-geral e ao responsável-geral das vendas industriais:

« Açúcar industrial — inquéritos aos novos consumidores

Junto envio dois inquéritos que me chegaram às mãos. Devemos ter presente que é possível que nas actuais circunstâncias estejam a tentar « arquitectar um processo contra nós » e que estes inquéritos tenham sido efectuados com esse objectivo. Creio ser prática da casa comunicar estas situações aos comerciantes; gostaria, pois, de lhe pedir que tome providências para que o mesmo aconteça nestes dois casos.

Concordamos em não revelar publicamente os nossos acordos de repartição por razões comerciais óbvias. Todavia, é necessário ter muitíssimo cuidado em relação aos pedidos de fornecimentos adicionais de clientes que, se forem satisfeitos sem a devida ponderação, nos poderão ser prejudiciais. Não pretendo de modo algum desencorajar o sector das vendas de tentar aumentar a nossa clientela e o volume de vendas que podemos realizar de modo lucrativo e espero que consigamos encontrar formas de satisfazer as necessidades dos nossos clientes sem prejudicar a nossa reputação. Você irá, sem dúvida, analisar pessoalmente os inquéritos relativos aos abastecimentos adicionais. Gostaria que me mantivesse informado sobre estes assuntos. »;

i) A oferta de « açúcar de dimensões especiais », feita pela BS, não justifica esta recusa de abastecimento pois os factos revelam que tal oferta não foi solicitada pela NB e que, além disso, ao propor tal oferta, a BS devia ter tido conhecimento de que a NB não podia comprar e utilizar o açúcar em causa aos preços fixados pela BS.

Tomando em consideração o facto de uma pequena diferença no preço do açúcar (que é um produto de base) provocar consideráveis efeitos sobre a possibilidade de um comerciante poder ou não revender o açúcar a um cliente industrial ou empacotá-lo de forma lucrativa para venda a retalho, fazendo concorrência a outros fabricantes de açúcar para venda a retalho, a BS deve ter-se apercebido claramente de que ao fazer a oferta do açúcar de dimensões especiais à NB, esta última não a poderia aceitar, pois não lhe seria possível revender o açúcar com lucro, quer para venda a retalho, quer a clientes industriais, nos termos de contratos de comercialização real.

A política de preços da BS

(24) A NB sustenta que, entre o início de 1985 e 1986, a BS praticara, relativamente a clientes ou a potenciais clientes, preços inferiores aos preços da NB para o açúcar para venda a retalho, de tal modo que nenhum reempacotador de açúcar no Reino Unido poderia sobreviver a longo prazo sem uma fonte interna de açúcar industrial, mantendo assim, de forma artificial, uma margem ficticiamente reduzida entre os seus preços para o açúcar industrial e para o açúcar para venda a retalho, com o objectivo de forçar a NB a abandonar o mercado. A NB alega igualmente que, até finais de 1986, a BS se recusou a fornecer a qualquer cliente açúcar destinado a ser utilizado no mercado relevante, a não ser a um preço em que já estivessem incluídas as despesas de entrega.

Factos apurados pela Comissão relativos à prática de preços da BS

(a) A política de preços da BS em relação às vendas de açúcar para venda a retalho

(25) Num caso destes, em que, alegadamente, uma empresa detém uma posição dominante simultaneamente nos mercados de fornecimento de uma matéria-prima e de um produto a jusante e em que, além disso, tal empresa mantém uma margem artificialmente reduzida entre o preço da matéria-prima (açúcar industrial) e o preço do produto a jusante (açúcar a retalho), a análise da fixação do preço deve centrar-se na diferença entre os preços de venda estabelecidos pela empresa dominante para a matéria-prima e para o seu produto a jusante, no caso em apreço, na margem entre o preço do açúcar industrial e o do açúcar para venda a retalho praticado pela BS (a margem de reempacotamento).

(26) Referem-se em seguida as margens de reempacotamento fornecidas pela NB e pela BS (preço em libras esterlinas por tonelada) respeitantes ao período em causa:

	NB	BS
Custos de empacotamento (incluindo custos de armazenagem e custos financeiros relevantes)	[...] (1)	[...]
Custos de transporte	[...]	[...]
Custos publicitários	[...]	[...]
Margem de lucro	[...]	[...]
Total	[...]	[...]

(1) Este montante teria sofrido uma redução de [...] por tonelada se a NB tivesse recebido apenas açúcar de beterraba para reempacotamento.

Importa assinalar que a diferença maior entre as duas margens de reempacotamento fornecidas respectivamente pela BS e pela NB se verifica relativamente ao transporte. Tal deve-se ao facto de a BS apenas ter utilizado um sistema de preços em que estão incluídas as despesas de entrega. Assim, a margem calculada pela BS (ou seja, a margem superior ao preço do açúcar industrial, que já incluía, ele próprio, um encargo fixo para a entrega do referido açúcar industrial), consiste simplesmente nos custos suportados pela BS pela entrega do açúcar para venda a retalho, adicionada aos seus custos de entrega do açúcar industrial. Por seu lado, a NB teve de pagar um encargo fixo pela entrega do açúcar industrial da BS incluído no preço pago (a BS não permitiu que a NB fosse, ela própria, levantar o açúcar) tendo, além disso, que suportar os custos de transporte do açúcar para venda a retalho.

(27) Durante o período em questão a NB recebeu propostas e comprou açúcar industrial à BS a [...] por tonelada.

À [...] os principais clientes ou ex-clientes da NB, a BS apresentou como última proposta o preço líquido de [...] para o açúcar empacotado. A [...] um cliente habitual da BS abordado pela NB, recebeu igualmente a mesma oferta (ver quadros que seguem).

Além do preço muito aliciante de [...] aceite numa reunião do conselho de administração de 17 de Dezembro de 1985, a [...] beneficiou posteriormente deste preço com efeitos retroactivos a partir de [...], através de um desconto de pronto pagamento pago directamente aos seus [...].

A [...] que recebeu a oferta líquida de [...] por tonelada no [...], beneficiou de efeitos retroactivos desde [...].

A [...] explicou que, quando um determinado acordo de fornecimento de açúcar caduca sem que tenham sido concluídas as negociações relativas a futuros fornecimentos, é prática corrente manter os antigos preços de açúcar, partindo-se do princípio que o novo preço terá efeitos retroactivos a partir do termo do acordo anterior.

No caso presente, o preço pago pela [...] à BS foi actualizado em [...], não tendo qualquer contrato caducado em [...]. Assim, tomando em consideração o facto de o preço ter efeitos retroactivos a partir de uma data aparentemente fictícia e não desde uma data a partir da qual se tenham iniciado negociações para um novo contrato de fornecimento de açúcar, tais descontos devem ser vistos como reduções adicionais de preço concedidas à [...] a fim de que ela deixe de ser cliente da NB e passe a abastecer-se junto da BS. De facto, durante este período, [...] adquiriram [...] toneladas de açúcar durante um período de aproximadamente [...], tendo beneficiado de uma redução de [...]. Partindo do princípio de que [...] comprariam quantidades idênticas no ano seguinte, tal equivaleria a um preço real líquido (incluindo o desconto) de [...] por tonelada.

(28) Os quadros seguintes revelam as oscilações de preços e as propostas feitas a estas três empresas: [...].

Preço ao qual a [...] adquiriu açúcar granulado para revenda (fonte: resposta da [...] à carta enviada nos termos do artigo 11º; com base na máxima dimensão do fornecimento e tendo em conta as promoções anuais):

Data da proposta	Proponente	Preço	Aceitação ou não
...	...	...	...
.	.	.	.
.	.	.	.
.	.	.	.
...	...	...	...

Preço ao qual a [...] adquiriu açúcar granulado para venda a retalho (fonte: [...]).

Data da proposta	Proponente	Preço	Aceitação ou não
...	...	...	...
.	.	.	.
.	.	.	.
.	.	.	.
...	...	...	...

Preço ao qual a [...] adquiriu açúcar granulado para venda a retalho (fonte : [...]).

Data da proposta	Proponente	Preço	Aceitação ou não
...	...	...	...
...	...	...	...

(29) Além disso, a BS vendeu açúcar granulado em pacotes de um quilograma às seguintes empresas a um preço inferior a [...] por tonelada :

[...]

Não é necessário, no âmbito deste processo, prosseguir as investigações para descobrir os nomes de todas as empresas às quais a BS vendeu açúcar granulado em pacotes de um quilograma a preços iguais ou inferiores a [...] por tonelada.

(30) Partindo do princípio de que a margem de reempacotamento da BS de [...] está correcta (ou seja, não tomando em consideração a margem de lucro do reempacotamento), o preço mínimo a que a NB poderia vender açúcar empacotado sem prejuízo (utilizando açúcar industrial comprado à BS e pressupondo que a eficiência da NB seria comparável à da BS) seria de [...]. Assim, com preços de retalho inferiores a [...] a NB ou qualquer outro reempacotador tão eficiente quanto a BS, dispunha de uma margem insuficiente para reempacotar e vender o açúcar para venda a retalho, mesmo sem tentar obter lucros.

(31) Algumas das ofertas da BS a clientes ou a potenciais clientes da NB previam preços inferiores aos praticados por esta empresa e não foram feitas para fazer concorrência às ofertas efectuadas pela NB, tal como foi alegado pela BS. Além disso, no memorando do director executivo para o sector de comercialização e vendas ao director-geral e aos demais directores executivos, datado de 8 de Abril de 1985, referia-se que :

« Até ao presente, a Whitworths/NB não conseguiu conquistar nenhum grande cliente para a sua distribuição de açúcar granulado, mas parece que, num acto algo desesperado, fizeram uma proposta à [...] consideravelmente inferior ao nosso preço. Consequentemente, não tivemos outra saída senão reagir com um novo preço inferior ao da oferta do nosso concorrente » (sublinhado acrescentado).

À luz destes factos e tomando em consideração que a BS praticou preços inferiores aos da NB em relação aos clientes acima mencionados, a Comissão não aceita que a BS não tivesse conhecimento que estava efectivamente a praticar preços mais baixos do que os da NB.

b) Fixação de preços com inclusão das despesas de entrega

(32) Antes de Agosto de 1986, a BS não permitiu qualquer opção por compras à saída de fábrica.

Durante as reuniões entre a BS e os serviços da Comissão realizadas em Novembro de 1986, a BS comprometeu-se a vender açúcar não só a preços em que já estão incluídas as despesas de entrega, mas igualmente a preços à saída da fábrica e aceitou elaborar um estudo sobre a melhor maneira de concretizar esta opção.

Posteriormente, a BS apresentou à Comissão, como parte do seu programa de cumprimento, um sistema segundo o qual os compradores de açúcar podem optar por levantarem eles próprios o açúcar ou por este lhes ser entregue pela BS. Tal sistema foi subsequentemente posto em prática.

Açúcar de beterraba; discriminação

(33) A NB queixou-se de que, apesar do contrato relativo ao período de Setembro de 1985 a Março de 1986 se referir a açúcar granulado do código « 701 », que, segundo a NB, significa açúcar obtido exclusivamente a partir de beterraba, a BS se recusou a fornecer açúcar deste tipo, mesmo apesar de tal exigência estar especificada nas encomendas da NB nos termos do referido contrato, tendo frequentemente fornecido açúcar de cana comprado à Tate & Lyle. A NB considera que, tendo em conta que outros clientes receberam, de facto, tal como pediram, unicamente açúcar de beterraba, se trata aqui de um caso de discriminação.

Independentemente da discordância relativamente ao significado de « código 701 », os contratos de Fevereiro de 1986 (nºs 1/872 e 1/873) entre a BS e a NB estipulavam que não era possível garantir o fornecimento de açúcar de beterraba.

(34) A NB solicita o fornecimento de açúcar de beterraba porque recebe um desconto de armazenagem da CEE para armazenar esse tipo de açúcar produzido na Comunidade, que não se aplica à armazenagem de açúcar preferencial de cana.

(35) Foi enviado aos beneficiários da ajuda à armazenagem comunitária no Reino Unido um pedido formal de informação nos termos do artigo 11º do Regulamento nº 17. A [...] declararam que, tal como haviam encomendado, tinham recebido açúcar de beterraba da BS. A empresa [...] respondeu o seguinte : « Temos com a BS um acordo de longa data, segundo o qual esta empresa nos entrega exclusivamente açúcar de beterraba britânico. Fomos nós que fizemos este pedido. » Foi fornecida uma cópia da carta da BS a confirmar este facto, datada de 22 de Março de 1983.

A NB não pretendia adquirir o açúcar industrial em causa apenas para empacotar para venda a retalho, mas também para vender aos seus clientes através das suas actividades comerciais normais. É, pois, evidente que, pelo menos neste aspecto, a NB está a concorrer directamente com a [...] que, durante o mesmo período, teve a possibilidade de armazenar o açúcar que comprara à BS e de receber o respectivo desconto de armazenagem, de que a NB não pôde beneficiar. É igualmente claro que a BS é perfeitamente capaz de fornecer grandes quantidades de açúcar de beterraba se assim o desejar, como prova o caso da [...]. Consequentemente, a Comissão não aceita o argumento invocado pela BS de que estaria a enfrentar dificuldades insuperáveis quanto ao fornecimento de açúcar de beterraba à NB.

Bónus de « fidelidade » ou de « compromisso de grupo »

Factos apurados pela Comissão relativos à oferta pela BS de bónus de fidelidade

(36) O [...] é um grupo de [...] empresas que actuam na qualidade de grupo de compradores.

Antes da entrada da NB no mercado retalhista do açúcar, todas as empresas cooperativas tinham de comprar açúcar granulado ao agrupamento de compradores National Co-operative, CWS, uma vez que a BS e a T & L não negociavam com os membros a título individual.

(37) Em Junho de 1986, dois membros deste grupo, a [...] decidiram começar a comprar pacotes de açúcar granulado de um quilograma à NB, que concordou em vender directamente a empresas cooperativas individuais em vez de vender unicamente à CWS.

A NB fez as seguintes ofertas ao [...] (preços líquidos):

[...]
[...]

(38) Ao aperceber-se de que havia perdido 2 dos 7 clientes deste grupo de compradores, a British Sugar fez a seguinte oferta directamente ao grupo [...] com efeitos a partir de [...]:

i) Preço não dependente do número de membros do agrupamento de compradores que se abastecem na BS: [...];

ii) Bónus de fidelidade (« compromisso de grupo »): [...], a conceder unicamente se todos os membros do [...] Group comprarem açúcar granulado exclusivamente à BS (ou seja, preço líquido de [...]).

(39) Posteriomente, a [...] concordou em voltar a comprar à BS apesar da recusa da [...]. A BS aceitou que nessas condições os [...] membros que se abastecessem na BS podiam beneficiar do « bónus de compromisso de grupo ».

APRECIAÇÃO JURÍDICA

Artigo 86º

(40) Nos termos do artigo 86º, é incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.

A. O mercado relevante

(41) Para que a Comissão possa determinar se a BS detém uma posição dominante na acepção do artigo 86º é necessário definir, em primeiro lugar, o mercado relevante. Este consiste na área e no sector de produtos em relação aos quais deve ser julgado o poder económico da empresa em causa face aos seus clientes e concorrentes.

O mercado relevante do produto

(42) O mercado relevante do produto é o do açúcar granulado. Este mercado pode subdividir-se em dois submercados: o do açúcar para venda a retalho e o dos clientes industriais.

Uma vez que são utilizados para fins diferentes dos dos açúcares granulados, os açúcares especiais, açúcares no estado líquido e xaropes não satisfazem as mesmas necessidades, não fazendo, pois, parte do mercado relevante do produto, já que, do ponto de vista dos consumidores, tais produtos não são substituíveis.

Os substitutos do açúcar produzidos industrialmente, tais como a sacarina, os ciclamatos e o aspartamo estão em concorrência com o açúcar natural unicamente no que diz respeito a determinadas utilizações, tais como os produtos de « dieta », não fazendo, portanto, parte do mesmo mercado relevante do produto que o açúcar granulado [1].

O mercado relevante do ponto de vista geográfico

(43) Na CEE [2], é atribuída uma quantidade de base de açúcar de beterraba a cada Estado-membro, que a divide em quotas entre a suas empresas transformadoras de beterraba. Este açúcar é conhecido sob a designação de açúcar A/B. A BS recebe a totalidade da quantidade de base do Reino Unido (presentemente 1 144 000 toneladas por ano), visto ser a

[1] Para mais pormenores relativamente aos diferentes edulcorantes existentes no mercado e às suas características específicas, ver os pontos 2.59 a 2.75 do relatório da Comissão sobre Monopólios e Fusões respeitante às fusões existentes e previstas entre a Tate & Lyle plc ou a Ferruzzi Finanziaria SpA e a S & W Berisford (HMSO Cm 89) (designado, a seguir, « o segundo relatório CMF »).

[2] Para uma análise mais aprofundada dos mecanismos e regulamentos que constituem o regime comunitário sobre o açúcar, ver o relatório da Comissão sobre Monopólios e Fusões de empresas relativo à fusão entre a S & W Berisford e a British Sugar Corporation Limited, de 25 de Março de 1981 (ISBN 0 10 224181 3) (designado, a seguir, por « o primeiro relatório CMF »), e o segundo relatório CMF.

única empresa britânica transformadora de beterraba. Esta « quota » constitui a quantidade máxima de açúcar produzida pela BS que esta empresa está autorizada a vender na CEE, dado existir um sistema de preço de intervenção que funciona relativamente ao açúcar vendido na CEE. Esta quota pode igualmente ser vendida para fora da Comunidade, caso em que beneficia de uma restituição à exportação. Todo o açúcar produzido acima desta quota deverá ser exportado para fora da CEE sem restituição à exportação (açúcar C) ou transferido para a quota A/B do ano seguinte. Algumas empresas açucareiras que armazenam açúcar podem beneficiar de um desconto comunitário à armazenagem. Esse desconto só é concedido à armazenagem de açúcar de beterraba.

A quantidade de base do Reino Unido abrange aproximadamente metade das necessidades globais de açúcar do país. O equilíbrio é obtido, em grande parte, através da importação de cana dos países ACP nos termos de um Protocolo da Convenção de Lomé (1). Este açúcar é refinado pela Tate & Lyle plc (designada, a seguir, por T & L). Tendo em conta a produção da BS e da T & L, produz-se no Reino Unido açúcar suficiente para fazer face à procura interna.

(44) Durante os últimos anos, as importações atingiram cerca de 5 a 10 % do consumo global de açúcar no Reino Unido. Esta quantidade parece constituir em grande medida um limite estrutural às importações que dificilmente excederão tal quantidade pelas seguintes razões :

i) Devido à barreira natural constituída pelo canal da Mancha, que origina custos de transporte adicionais, é possível aos produtores britânicos de açúcar cobrarem um montante adicional sobre o preço do açúcar relativamente ao preço do continente. Normalmente, a BS estabelece o preço britânico a um nível ligeiramente inferior ao do preço a que o açúcar pode ser importado do continente e vendido de forma lucrativa. Este facto foi reconhecido pelo Relatório da Comissão Especial da Câmara dos Lordes sobre a Política do Açúcar (2) que refere que :

« São estas importações (comunitárias) que fixam o nível de preços do mercado no Reino Unido e que determinam que tanto o preço do açúcar de cana como o do açúcar de beterraba sejam fixados a níveis imediatamente inferiores aos seus. Consequentemente, verifica-se a inexistência de uma concorrência a nível de preços, uma vez que a totalidade da margem de refinação da Tate & Lyle se encontra coberta pelo montante adicional cobrado no mercado britânico, não lhe sendo possível reduzir os preços de modo significativo, enquanto que a BS diminui os preços até ao nível necessário para conseguir vender a sua produção crescente, mas não abaixo desse nível. Confrontados com esta situação, os consumidores de açúcar industrial têm optado pelas importações a partir do continente como uma terceira fonte de abastecimento ».

Esta conclusão foi defendida pela CMF no ponto 16.25 do seu segundo relatório ;

ii) A importação de açúcar para venda a retalho a partir de outros Estados-membros é ainda mais difícil do que a importação de açúcar industrial, já que é necessário imprimir pacotes em língua inglesa especialmente para o efeito e porque o transporte é ainda mais oneroso dadas as « dimensões dos fornecimentos » serem geralmente mais pequenas para açúcar para venda a retalho do que para açúcar industrial. A CMF reconheceu este facto nos seus dois relatórios ;

iii) A cotação da libra esterlina constitui, para além do custo do frete, um outro factor determinante. Se a libra estiver forte em relação às outras moedas comuntárias, as importações serão mais baratas. Se estiver fraca, as importações serão mais caras. As flutuações monetárias podem aumentar ou reduzir o preço até 15 libras esterlinas por tonelada. Apesar do sistema comunitário dos MCMs se destinar a minorar o efeito das flutuações monetárias, nem todas as distorções serão eliminadas. No primeiro trimestre de 1986, por exemplo, a libra esterlina desvalorizou-se em relação às moedas dos outros Estados-membros, tornando mais caras as importações. Consequentemente, tendo em conta as grandes oscilações de preço do açúcar importado, nenhuma empresa se tornará muito dependente das importações de açúcar. No entanto, durante certos períodos, a importação de açúcar torna-se lucrativa, devido sobretudo às flutuações monetárias e, nesses períodos, os comerciantes procedem a tais importações ;

iv) Muitos clientes que têm necessidade de entregas importantes, frequentes e rápidas na sequência das suas encomendas, teriam de ser abastecidos através do recurso às existências de açúcar importado armazenado na Grã-Bretanha, o que implicaria uma despesa adicional ;

v) Além disso, tal como a CMF referiu no seu segundo relatório, para assegurar um considerável volume de importações seria necessário um preço substancialmente mais elevado no Reino Unido do que no continente, pois os

(1) Protocolo III sobre o açúcar ACP anexo à Convenção de Lomé ACP-CEE, assinado em 28 de Fevereiro de 1975 e incluído no Protocolo VII da Terceira Convenção ACP-CEE, assinada em Lomé em 8 de Dezembro de 1984.

(2) Sessão da Câmara dos Lordes 1979/1980, 44º Relatório da Comissão Especial sobre a « Política de Açúcar da CEE » das Comunidades Europeias, de 19 de Março de 1980.

potenciais exportadores podem exigir uma importante diferença de preços para se convencerem a exportar grandes quantidades de açúcar para o Reino Unido, com receio de exportações retaliatórias dos produtos britânicos.

(45) A BS tem portanto uma margem dentro da qual pode fixar os preços na Grã-Bretanha, entre o preço comunitário de intervenção para o açúcar e o preço de entrada na Grã-Bretanha de importações em grandes quantidades. Pode fixar os preços a um nível imediatamente inferior àquele a que (excluindo os breves períodos em que as flutuações monetárias tornam as importações lucrativas) as importações do continente não são competitivas. Foi o que a BS fez, efectivamente, durante o período em causa.

(46) Todavia, as importações entram todos os anos no Reino Unido em pequenas quantidades, variando entre 5 a 10 % do total de vendas anuais. Tais importações ocorrem principalmente porque todos os principais compradores de açúcar exigem uma terceira fonte de fornecimentos não britânica, para assegurar a continuidade dos fornecimentos em caso de escassez de açúcar, tal como aconteceu na campanha de 1974/1975, e para dispor de uma ameaça de concorrência perante os produtores britânicos. Além disso, os comerciantes importam açúcar quando as condições são favoráveis.

(47) Por conseguinte, tendo em conta o acima exposto, o papel das importações no mercado britânico é mais o de um complemento ao açúcar doméstico do que o de uma efectiva alternativa em termos de concorrência.

(48) A única parcela do território do Reino Unido em que prevalecem condições diferentes é a Irlanda do Norte, que não faz parte do mercado geográfico relevante para efeitos do presente caso. Não existe aí produção de açúcar e, dadas as despesas de transporte, a maioria dos fornecimentos são importados da Irlanda.

Esta conclusão é corroborada pelo segundo relatório CMF (ver ponto 16.27).

(49) A Comissão considera, portanto, que para efeitos de aplicação do artigo 86º, o mercado relevante é o mercado do açúcar para venda a retalho e do açúcar industrial na Grã-Bretanha, que constitui uma parte substancial do mercado comum.

B. Posição dominante

A BS detém uma posição dominante no mercado britânico de açúcar

(50) Os factores a tomar em consideração para determinar se a BS detém ou não uma posição dominante no mercado britânico do açúcar granulado industrial e para venda a retalho são os seguintes :

i) Partes de mercado no mercado britânico do açúcar

Segundo os dados fornecidos pela NB, a BS detinha, na campanha de 1984/1985, 58 % do mercado relevante (açúcares granulados na Grã-Bretanha), a Tate & Lyle 37 %, sendo 5 % constituídos por importações. A parte de mercado assim avaliada está em conformidade com os cálculos efectuados pela própria BS quanto à sua parte de mercado (incluídos na notificação do programa de cumprimento da BS), que esta declara rondar os 58 % na campanha de 1984/1985.

No segundo relatório CMF, calculou-se que a BS detinha uma parte de mercado variável entre 57 % e 61 % da totalidade do segmento do mercado de açúcar branco granulado (ver ponto 2.66 do relatório).

ii) Capacidade de concorrência das outras forças presentes no mercado relevante

Tate & Lyle

(51) A posição da T & L como refinadora de açúcar de cana coloca-a numa situação bastante desfavorável relativamente à BS. Devido à estrutura de preços da CEE, refinar açúcar de cana representa para a T & L uma desvantagem em termos de custos em relação à produção de açúcar de beterraba, o que faz com que a T & L tenha que seguir o preço fixado no mercado para o produto. Tal facto foi reconhecido, em 1980, pela Comissão Especial da Câmara dos Lordes sobre a Política de Açúcar da CEE :

« Já se está a registar uma ausência de concorrência a nível de preços no mercado britânico, uma vez a estrutura institucional de preços da Comunidade faz com que a Tate & Lyle tenha uma margem demasiado reduzida para lhe permitir continuar a refinar e a vender açúcar de cana no Reino Unido, a não ser que o preço do mercado seja consideravelmente superior ao preço de intervenção, enquanto que a mesma estrutura de preços permite à BSC uma margem muito confortável (13 libras esterlinas por tonelada na colheita de 1978/1979 contra 2 libras esterlinas por tonelada da Tate & Lyle).

A Comissão registou a denúncia apresentada pelos utilizadores de açúcar acerca da falta de concorrência a nível de preços no mercado britânico, pois que, apesar de se pretender que existe uma concorrência severa em termos de preços, tudo indica que os preços do mercado brintânico são ditados pelo preço a que o açúcar proveniente do continente chega à Grã-Bretanha. A Comissão considera igualmente que um dos dois principais fornecedores de açúcar no mercado não tem possibilidades de competir de modo eficaz por motivos relacionados com os custos, devido à insuficiente margem de refinação concedida às refinarias de açúcar de cana no âmbito da estrutura institucional comunitária dos preços de apoio ao açúcar de beterraba. »

(52) A Comissão secunda a opinião da Câmara dos Lordes e considera os factos que estão na base desta opinião não mudaram substancialmente desde 1981. O facto da BS fixar os preços e da T & L ter de os seguir, devido à margem relativamente pequena de que dispõe para a refinação de açúcar de cana, foi igualmente objecto do segundo relatório da CMF (ver pontos 16.37 e 16.59).

(53) Assim, a Comissão concluiu que a BS está a agir no mercado relevante como definidora de preços e a T & L como seguidora de preços. A Comissão aceita que, tal como a CMF referiu, a T & L — com um volume de vendas de açúcar semelhante ao da BS — é concorrente da BS no que diz respeito a clientes individuais; considera, porém, que esta concorrência marginal, tendo em conta que a T & L « é incapaz, por si só, de aplicar aumentos de preços e que, dada a sua posição financeira, não está interessada em ter a iniciativa de reduções generalizadas de preços [1] », não impede que a BS detenha uma posição dominante no mercado relevante.

Importações

(54) O açúcar importado funciona como um limite ao preço que a BS pode cobrar pelo seu açúcar de origem nacional, concedendo a esta empresa uma margem dentro da qual pode fixar os preços do açúcar no Reino Unido. Durante o período em análise, a BS fixou os preços para a Grã-Bretanha a um nível imediatamente inferior àquele em que seria efectivamente lucrativo proceder a importações. O papel das importações no mercado britânico foi, consequentemente, mais o de um complemento ao açúcar doméstico que o de uma real alternativa em termos de concorrência. Tendo em conta este facto, a Comissão considera que a concorrência movida pelo açúcar importado, durante o período em questão, não impediu a BS de usufruir de uma posição dominante na acepção do artigo 86º

iii) Capacidade da BS de aumentar unilateralmente os preços, posteriormente seguidos pelo mercado

(55) Em 1 de Julho de 1986, a BS aumentou em 10 libras esterlinas por tonelada o preço do açúcar para venda a retalho para todos os seus clientes. Posteriormente, em 20 de Outubro de 1986, agravou-o de novo em 10 libras esterlinas por tonelada. A British Sugar tem podido manter estes aumentos de preços, tendo os outros produtores de açúcar para venda a retalho igualmente aumentado os seus preços em valores semelhantes.

Isto indica que a BS tem o « poder de fixar os preços (...) em relação a uma parte significativa dos produtos em questão » [2] e que, além disso, tem « o poder de, em grande medida, actuar independentemente dos seus concorrentes, dos seus clientes e, em última análise, dos consumidores [3] ».

iv) Obstáculos à importação

Açúcar de beterraba

Nos termos dos Regulamentos (CEE) nº 1785/81 [4] com a última redacção que lhe foi dada pelo Regulamento (CEE) nº 1107/88 [5], e nº 193/82 [6], o governo britânico tem o poder, mas não a obrigação, de redistribuir pelos vários produtores a quantidade de base de açúcar recebida pelos produtores britânicos. Presentemente, a BS recebe a quantidade de base britânica na sua totalidade. Tendo em conta que a BS dispõe já de meios suficientemente modernos e eficazes para produzir a totalidade da quantidade de base britânica de açúcar, parece improvável que o governo britânico atribua uma parte da quantidade de base a um novo produtor.

(56) A BS possui um sistema integrado de produção bem desenvolvido, sendo responsável por todas as fases de produção, desde o fornecimento de semente aos produtores até à venda do produto acabado. Estas operações bem estabelecidas, desenvolvidas e integradas dificultam a acção de um novo produtor que intervenha a um único nível de produção.

(57) Existem, pois, consideráveis obstáculos ao acesso ao mercado de produção de açúcar de beterraba. Com efeito, o facto de desde 1936 nenhum novo produtor de açúcar de beterraba se ter estabelecido no Reino Unido, apesar da actividade da BS ter sido sempre lucrativa, revela que estes obstáculos ao acesso ao mercado são concretos e não despiciendos.

Açúcar de cana

(58) Não parece provável que qualquer nova empresa vá entrar no mercado através da importação e refinação de açúcar de cana devido à desvantagem em termos de custos que os produtores de açúcar de cana estão a ter presentemente em comparação com os produtores de açúcar de beterraba.

Importações

(59) Como se referiu acima, as importações funcionam mais como um complemento do açúcar interno britânico do que como uma alternativa plenamente concorrencial.

Conclusão

(60) A Comissão conclui, por conseguinte, que tomando em consideração a elevada parte de mercado detida pela BS no mercado relevante, a incapacidade dos seus principais concorrentes de competirem eficazmente com a BS, os obstáculos ao acesso prevalecentes no mercado britânico de açúcar e a demonstrada capacidade da BS de influenciar unilateralmente o preço de venda de açúcar na Grã-Bretanha, a BS detém uma posição dominante, na acepção do artigo 86º, no mercado relevante do açúcar branco granulado para venda industrial e para venda a retalho da Grã-Bretanha.

C. Abuso de posição dominante

Recusa de fornecimento

(61) A BS recusou-se a fornecer açúcar industrial à NB. Durante o ano açucareiro de 1985/1986, a NB soli-

(1) Segundo relatório CMF, ponto 16.6.
(2) Ver a definição de « posição dominante » dada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no processo Continental Can, processo 6/72, Colectânea da Jurisprudência 1973, página 215.
(3) Ver a decisão do Tribunal de Justiça proferido no processo United Brand, Colectânea da Jurisprudência 1978, página 207.
(4) JO nº L 177 de 1. 7. 1981, p. 4.
(5) JO nº L 110 de 29. 4. 1988, p. 20.
(6) JO nº L 21 de 29. 1. 1982, p. 3.

citou o fornecimento adicional de 30 000 toneladas de açúcar, dispondo-se a BS a fornecer-lhe apenas 7 148 toneladas ou, em alternativa, 30 000 toneladas de « açúcar de dimensões especiais » a um preço tão elevado que a NB seria incapaz de utilizar o referido açúcar. A BS argumenta que a sua recusa em satisfazer o pedido de fornecimento da NB é justificada pela necessidade de aplicar o sistema de quotas.

(62) Todavia, os elementos de prova acima resumidos demonstram que o sistema de quotas aplicado pela BS era desnecessário e foi adoptado unicamente a fim de justificar a recusa de fornecimento por parte da BS.

A BS recusou-se a fornecer açúcar à NB com o objectivo de a excluir, enquanto produtor, do mercado retalhista do açúcar; é evidente que a consequência natural e previsível da recusa de fornecimento à NB seria a de provocar a retirada da NB do mercado retalhista do açúcar. Com efeito, o documento manuscrito do director executivo para o sector de comercialização e vendas propondo a recusa de fornecimento à NB, bem como os documentos descobertos nas instalações da BS relativos à política da « eliminação das listas », revelam que a recusa de fornecimento por parte da BS foi decidida exactamente com tal intenção.

(63) Relativamente à recusa de fornecimento em questão, não pode considerar-se a NB como constituindo um cliente novo da BS. Já anteriormente a BS tinha fornecido açúcar industrial à NB, por exemplo, 30 000 toneladas em 1984/1985, numa quantidade e tipo de açúcar semelhantes aos solicitados pela NB no presente caso. O facto de a NB pretender empacotar parte deste açúcar em embalagens para retalho e vender o restante a clientes industriais como fizera no passado, não pode resultar na consideração da NB como um cliente novo para efeitos deste processo.

(64) A Comissão considera que a BS abusou da sua posição dominante ao recusar o fornecimento de açúcar industrial à NB sem qualquer necessidade objectiva, com a intenção ou o resultado previsível de excluir a NB do mercado retalhista do açúcar do Reino Unido, reduzindo deste modo a concorrência no mercado.

Esta conclusão encontra apoio no acórdão do Tribunal de Justiça proferido nos processos apensos 6/73 e 7/73, ICI e CSC contra Comissão (« Comercial Solvents ») (1). Neste processo o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias decretou que :

« ... uma empresa que detém uma posição dominante quanto à produção de matérias-primas e que tem, por conseguinte, a possibilidade de controlar o seu fornecimento aos fabricantes de derivados, não pode, unicamente pelo facto de decidir fabricar tais derivados (em concorrência com os seus anteriores clientes), actuar de forma a eliminar os seus concorrentes, o que no caso em análise corresponderia à eliminação de um dos principais fabricantes comunitários de etambutol. Uma vez que tal comportamento é contrário aos objectivos referidos na alínea f) do artigo 3º do Tratado e previstos mais pormenorizadamente nos artigos 85º e 86º, deduz-se que uma empresa que detém uma posição dominante no mercado das matérias-primas e *que, com o objectivo de reservar tais matérias-primas para o fabrico dos seus próprios derivados, se recusa a abastecer um cliente, ele próprio fabricante dos referidos derivados, ameaçando, por conseguinte, eliminar toda a concorrência que lhe pode ser movida por este cliente, pratica um abuso da sua posição dominante, na acepção do artigo 86º* » (sublinhado pela Comissão)

A política de preços da BS

i) A política de preços da BS relativamente às suas vendas de açúcar para venda a retalho desde a entrada da NB no mercado retalhista do açúcar

(65) As informações, relativas aos preços, acima mencionadas revelam que a BS empreendeu uma campanha de redução de preços que deixou a um empacotador e vendedor de açúcar para retalho — tão eficiente quanto a própria BS nas suas operações de empacotamento e venda — uma margem insuficiente para permitir a sua sobrevivência a longo prazo.

(66) A manutenção, por uma empresa em posição dominante simultaneamente no mercado das matérias-primas e no do correspondente produtor derivado, de uma margem entre o preço cobrado pela matéria-prima às empresas que com ela competem no fabrico do produto derivado e o preço cobrado pelo produto derivado, insuficiente para reflectir os próprios custos de transformação da empresa dominante (no caso presente, a margem mantida pela BS entre os seus preços para o açúcar para fins industriais e o açúcar para venda a retalho comparada com os seus custos de reempacotamento) e que produz o resultado de restringir a concorrência relativamente ao produto derivado, constitui um abuso de posição dominante (2).

No caso em análise, a atitude da BS de reduzir a margem entre os seus preços para o açúcar industrial e para o açúcar para retalho de tal forma que o preço de venda do açúcar para retalho deixou de reflectir os seus próprios custos de transformação, resultou num abuso de posição dominante e na restrição da concorrência na acepção do artigo 86º Tendo em conta os factos acima descritos, é evidente que se a BS tivesse mantido a referida margem a longo prazo, a NB, ou qualquer outra empresa tão eficiente quanto a BS nas operações de reempacotamento, e que não dispusesse de uma fonte própria de abastecimento de açúcar industrial, teria sido obrigada a retirar-se do mercado retalhista

(1) De 6 de Março de 1974, Colectânea da Jurisprudência 1974, página 223, fundamento 25 ; igualmente no processo United Brands contra Comissão (processo 22/76, de 14 de Fevereiro de 1978, Colectânea da Jurisprudência 1978, página 207).

(2) Para um caso semelhante no domínio do Tratado CECA, ver National Carbonising Company contra Comissão, 109/75, de 22 de Outubro de 1975, Colectânea da Jurisprudência 1975, página 1193.

do açúcar da Grã-Bretanha. Assim, enquadrado este comportamento no contexto dos demais abusos acima referidos — e considerando o facto de a intenção ou a consequência natural e previsível da manutenção da referida política de preços pela BS ser a exclusão da NB do mercado retalhista do açúcar do Reino Unido — a Comissão considera que a política de preços da BS constitui um abuso de posição dominante na acepção do artigo 86º

(67) Na sua resposta por escrito à comunicação das acusações, a BS afirma que certos documentos apenas foram colocados à disposição dos seus advogados e não da própria BS. Tais documentos revelam com grande pormenor os custos de reempacotamento pela NB do açúcar industrial em pacotes para venda a retalho. A BS argumenta que tais documentos só podem ser correctamente analisados pela BS e não pelos seus advogados, pelo que a Comissão não poderia confiar nos dados obtidos.

(68) Relativamente à divulgação de documentos, a Comissão faz as seguintes observações :

— os documentos em questão constituem claramente segredo profissional na acepção do artigo 20º do Regulamento nº 17 (a NB insistiu em mantê-los secretos relativamente à BS), não sendo razoável que a BS tivesse acesso a eles,

— os custos da NB, agregados em rubricas gerais, foram fornecidos à BS na comunicação das acusações. As informações em questão, extremamente pormenorizadas, foram colocadas à disposição dos advogados da BS na condição de estes se comprometerem a não revelar os dados pormenorizados à própria BS. Possibilitou-se, pois, aos advogados da BS a confirmação perante esta empresa de que a Comissão estava na posse de documentos que reflectiam com exactidão os dados gerais agregados fornecidos na comunicação das acusações. A BS pôde, por conseguinte, comentar claramente os dados globais fornecidos na comunicação das acusações.

À luz destes factos, e tomando igualmente em consideração o facto de os dados apenas virem referidos na comunicação das acusações e da decisão ter por fim a obtenção do objectivo limitado de mostrar que o resultado das acções da BS tendentes a manter a supracitada margem de preço seria logicamente o de obrigar a NB a retirar-se do mercado retalhista do açúcar do Reino Unido, a Comissão considera que os direitos de defesa da BS foram salvaguardados no presente caso.

ii) Preços à saída da fábrica

(69) A BS admitiu ter recusado antes do termo de 1986, o fornecimento de açúcar aos seus clientes a não ser que estes aceitassem que a própria BS prestasse também o serviço da entrega do açúcar (era irrelevante que a BS fizesse a entrega do açúcar por si própria ou através de terceiros contratados). A BS estava, deste modo, a reservar para si própria a actividade separada, mas auxiliar, da entrega do açúcar que poderia, em condições normais, ser efectuada separadamente por um contratante distinto, actuando, por exemplo, como um comerciante real responsável pela entrega do açúcar a terceiros clientes mediante a utilização da sua própria rede de transportes. Como refere a CMF no ponto 2.104 do seu segundo relatório « ... os comerciantes vendem igualmente por sua própria conta açúcar adquirido aos dois produtores britânicos. Esta forma de concorrência impediria os produtores britânicos de cobrar demasiado pela distribuição (excepto se estes se recusarem a fornecer açúcar numa base à saída da fábrica) ».

(70) A Comissão não tem conhecimento de qualquer necessidade objectiva que exigisse que a BS reservasse tal actividade para si própria ; o facto de na sequência do compromisso por si apresentado, a BS ter possibilitado aos seus clientes a escolha entre açúcar numa base à saída da fábrica e açúcar a preço em que já estão incluídas as despesas de entrega, revela a inexistência de tal necessidade objectiva.

(71) A Comissão considera que a BS abusou da sua posição dominante no mercado do açúcar ao recusar alconcessão aos seus clientes de opção entre a compra de açúcar a preço à saída da fábrica e a sua compra a preço em que já estivessem incluídas as despesas de entrega, reservando, por conseguinte, para si própria, a actividade da entrega do açúcar e eliminando, assim, toda a concorrência relativamente à entrega dos produtos.

(72) Esta conclusão é apoiada pelo acórdão do Tribunal de Justiça proferido no processo Centre Belge d'Etudes de Marché — Télémarketing SA contra Compagnie Luxembourgeoise de Télédiffusion SA e Information Publicité Benelux SA.

Neste processo o Tribunal decretou que :

« ... é cometido um abuso na acepção do artigo 86º quando, sem qualquer necessidade objectiva, uma empresa que detém uma posição dominante num determinado mercado reserva para si própria ou para uma empresa pertencente ao mesmo grupo, uma actividade auxiliar que poderia ter sido executada por outra empresa como parte das suas actividades num mercado contíguo, mas separado, com a possibilidade de eliminar toda a concorrência movida por esta empresa. »

Açúcar obtido a partir de beterraba ; discriminação

(73) A Comissão considera que a BS aplicou, « relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes, colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência » (1), tendo, deste modo, abusado da posição dominante ao recusar à NB açúcar obtido exclusivamente a partir de beterraba, enquanto fornecia tal tipo de açúcar a outros compradores.

(1) Alínea c) do artigo 86º do Tratado CEE.

Bónus de fidelidade ou de « compromisso de grupo »

(74) A BS fez uma proposta ao [...] que incluía a concessão pela BS de um desconto sobre o preço que esta empresa estava disposta a oferecer aos membros do grupo comprador — que, na altura, compravam exclusivamente à BS — se, de futuro, todos os membros do grupo [...] concordassem em comprar exclusivamente à BS.

Este tipo de proposta, que implicaria a exigência de que alguns clientes da BS já existentes « vinculassem » outras empresas à compra exclusiva à BS com vista à obtenção de um preço reduzido para o açúcar para venda a retalho, pretende, de modo semelhante ao do funcionamento de um desconto de fidelidade, limitar ou privar os compradores em questão das suas possibilidades de escolha das fontes de abastecimento e, além disso, negar o acesso ao mercado a outros produtores, neste caso específico à NB.

Devido ao bónus de compromisso, os membros do grupo [...] que não compravam à BS foram pressionados para que recomeçassem as suas compras não apenas porque eles próprios beneficiariam do bónus, mas também porque, no caso de pretenderem efectuar as suas compras a outro fornecedor, por razões de preço ou de qualidade, os restantes membros do grupo seriam consequentemente obrigados a pagar um preço mais elevado pelo seu açúcar. Na sequência da proposta da BS, um membro do grupo, a [...] que anteriormente comprava à NB, passou a comprar açúcar à BS.

(75) A Comissão considera que a BS abusou da sua posição dominante ao propor, e posteriormente celebrar, um contrato onde se incluía uma disposição que previa um bónus de compromisso de grupo.

(76) Esta conclusão é confirmada pelo acórdão do Tribunal de Justiça proferido no processo Hoffman-La-Roche contra Comissão (1), no qual o Tribunal analisou a aplicação do artigo 86º aos contratos de compra exclusiva e aos descontos de fidelidade em que uma empresa dominante é parte.

D. Efeitos no comércio entre os Estados-membros

(77) A Comissão considera que os factos acima resumidos demonstram que a BS se envolveu em práticas que tinham o resultado previsível de obrigarem a NB a retirar-se do mercado retalhista do açúcar. Com efeito, neste caso, os elementos de prova (por exemplo, os documentos relativos à « eliminação das listas ») revelam que os alegados abusos foram praticados com a intenção de excluir a NB do mercado retalhista do açúcar.

A exclusão da NB do mercado retalhista do açúcar da Grã-Bretanha teria tido consequências nítidas no comércio entre os Estados-membros e para além disso teria afectado a estrutura da concorrência e do comércio no interior do mercado comum.

(78) Um comerciante de açúcar britânico como a NB possui duas fontes de abastecimento de açúcar: a interna e as importações e procede à importação de açúcar para revenda sempre que, por exemplo, as flutuações monetárias tornam tal operação lucrativa. Por conseguinte, a NB adquiriu açúcar a outros Estados-membros da CEE no passado e tenciona adquiri-lo no futuro quer para as suas actividades industriais quer a retalho, sempre que existam condições favoráveis para tal. Contrariamente aos argumentos da BS, estas importações não podem ser consideradas anormais e artificiais, antes cabem no modelo normal das trocas comerciais.

No passado, as importações de açúcar no Reino Unido tinham por objecto, quase exclusivamente, açúcar industrial (as importações de açúcar para retalho são difíceis, não só devido à necessidade de para tal mandar imprimir sacos com os rótulos em inglês mas, além disso, porque as dimensões dos grânulos são normalmente menores para retalho do que para a utilização industrial) (2).

A NB entrou no mercado utilizando e tencionando continuar a utilizar nas suas operações de reempacotamento simultaneamente açúcar industrial doméstico e importado. A entrada da NB no mercado teve como consequência a criação de um meio pelo qual o açúcar industrial importado podia, pela primeira vez, ser utilizado no reempacotamento para venda a retalho nos casos em que a conjuntura fosse favorável à utilização de tal açúcar, já que a NB, constituindo o único reempacotador britânico que não possui a sua própria fonte doméstica de açúcar, era, consequentemente, o único reempacotador que podia livremente optar por reempacotar o açúcar a partir de açúcar doméstico ou de açúcar importado, conforme o mais barato no momento. Se a NB tivesse sido excluída do mercado, este meio pelo qual o açúcar importado podia livremente e com facilidade ser vendido no mercado retalhista britânico teria efectivamente desaparecido.

A NB entrou no mercado retalhista do açúcar da Grã-Bretanha porque considerava que o diferencial existente entre o preço de venda do açúcar empacotado e o do açúcar a granel excedia em muito o custo de um empacotamento eficiente (3). Este grande diferencial ocorria devido ao facto de, como acima se reconheceu, o açúcar importado limitar efectivamente o preço susceptível de ser praticado na Grã-Bretanha em relação ao açúcar industrial, não podendo o açúcar importado efectivamente limitar os preços de venda a retalho dadas as dificuldades de importação para retalho acima referidas.

A entrada da NB no mercado retalhista estabeleceu a primeira ligação, independentemente da produção interna do açúcar industrial, entre o preço do

(1) Colectânea da Jurisprudência 1979, página 461, fundamento 89. Ver também United Brands contra Comissão. Colectânea da Jurisprudência 1978, página 207.

(2) Ver, por exemplo, o ponto 5.8 do primeiro relatório CMF.
(3) Ver o ponto 2.104 do primeiro relatório da CMF.

açúcar industrial, que é limitado pelo preço das importações, e o açúcar para venda a retalho, cujo preço não é, na mesma medida, limitado pelo preço do açúcar importado. Se a NB tivesse sido excluída do mercado retalhista do açúcar, esta ligação autónoma entre os preços britânicos do açúcar industrial e do açúcar para venda a retalho e, consequentemente, entre o preço do açúcar industrial importado e o preço britânico do açúcar para retalho teria efectivamente desaparecido. Por conseguinte, a Comissão conclui que a exclusão da NB do mercado teria produzido efeitos no comércio entre os Estados-membros. Este facto é confirmado pelo seguinte argumento avançado pela BS perante a CMF em 1981, no qual a BS reconhece a importância do açúcar importado pelos comerciantes como uma restrição real imposta aos preços máximos susceptíveis de serem cobrados pela BS no mercado britânico:

« Uma vez que a BS era o líder de preços no Reino Unido e que a Tate & Lyle (por causa das suas margens diminutas), ajustava os seus preços pelos da BS, o açúcar continental importado constituía a chave da concorrência a nível de preços. Enquanto existissem excedentes substanciais de açúcar na CEE o preço continental podia efectivamente fixar um limite máximo do preço no Reino Unido, sendo do interesse comercial dos comerciantes venderem o produto importado (nas quais realizavam uma margem que excedia a remuneração da operação) que garantia a concorrência entre os comerciantes e a BS. »

(79) Conforme o Tribunal de Justiça defendeu no processo 27/62 United Brands (fundamento 201), quando o detentor de uma posição dominante estabelecido no mercado comum tem por objectivo eliminar um concorrente igualmente estabelecido no mercado comum, é irrelevante que este comportamento se relacione directamente com o comércio entre os Estados-membros a partir do momento em que tenha sido demonstrado que tal eliminação terá repercussões na estrutura da concorrência no âmbito do mercado comum.

Tal é nomeadamente o caso em que uma empresa que detém uma posição dominante tenta, como no caso presente, excluir do mercado um concorrente cujas actividades incluem a importação, transformação e revenda de um produto.

Conforme acima se refere, as acções da BS, adoptadas com a intenção ou com o resultado previsível de excluir a NB do mercado retalhista do açúcar tiveram um efeito potencial sobre a estrutura da concorrência e do comércio no interior do mercado comum e, por conseguinte, sobre o comércio entre os Estados-membros, na acepção do artigo 86º

(80) A recusa da BS em vender açúcar industrial à NB produziu efeitos directos consideráveis no comércio interestatal. Dado que a NB não podia comprar à BS açúcar obtido a partir da beterraba, adquiriu-o (aos preços mais elevados das condições de mercado em 1986) a outros produtores comunitários em França, na Dinamarca e nos Países Baixos. Até 5 de Junho de 1986, a NB não pôde utilizar o açúcar industrial da T & L para reempacotamento, uma vez que [...]. Mesmo que a NB tivesse podido comprar açúcar da T & L para reempacotamento, não estaria ainda assim interessada em utilizá-lo para tal fim, já que não poderia receber o desconto comunitário à armazenagem relativamente ao açúcar obtido a partir de cana-de-açucár. A este respeito, é significativo que a NB tenha encomendado para importação, entre Outubro de 1985 e Junho de 1986, mais do dobro do açúcar continental relativamente às quantidades adquiridas entre Outubro de 1984 e Setembro de 1985.

Deste modo, criaram-se fluxos artificiais de comércio entre os Estados-membros uma vez que, se não fosse a recusa de fornecimento da BS, a NB não teria efectuado grande parte das referidas importações, mas antes comprado açúcar mais barato à BS. O facto de a recusa de fornecimento da BS ter efectivamente aumentado o nível do comércio entre os Estados-membros não impede que a acção da BS tenha afectado o comércio na acepção do artigo 86º Como refere o Tribunal de Justiça no processo Consten e Grundig contra Comissão (1):

« ... o que é particularmente importante é saber se o acordo é susceptível de constituir uma ameaça, directa ou indirecta, real ou potencial, à liberdade de comércio entre os Estados-membros de uma forma que possa prejudicar a realização dos objectivos de um mercado único entre os Estados. Deste modo, o facto de um acordo encorajar um aumento, mesmo que importante, do volume do comércio entre os Estados, não é suficiente para excluir a possibilidade de o acordo poder "afectar„ o referido comércio da forma supracitada. »

Consequentemente, a recusa da BS em fornecer açúcar industrial à NB afectou o comércio entre os Estados-membros, na acepção do artigo 86º

A Comissão conclui, por conseguinte, que o supracitado comportamento da BS afectou o comércio na acepção do artigo 86º do Tratado de Roma.

E. Conclusão

(81) Com base nas considerações acima referidas, a Comissão considera que a BS violou o artigo 86º do Tratado CEE pelo seguinte:

1. Ao recusar o fornecimento de açúcar industrial granulado à NB;
2. Ao reduzir os seus preços do açúcar para venda a retalho a um nível tal que deixou de existir uma margem suficiente entre os preços da BS para o açúcar para venda a retalho e os aplicáveis ao açúcar para fins industriais;

(1) Colectânea da Jurisprudência 1966, página 299.

3. Ao recusar a venda de açúcar, excepto a preços em que já estão incluídas as despesas de entrega;
4. Ao discriminar a NB através da recusa de lhe fornecer açúcar obtido exclusivamente a partir de beterraba, quando tal tipo de açúcar era fornecido a outros compradores, a pedido destes;
5. Ao conceder bónus de «compromisso de grupo».

CESSAÇÃO DA INFRACÇÃO — MEDIDAS

(82) A Comissão considera que, tendo em conta o programa global de cumprimento adoptado pela BS e o comportamento exemplar desta empresa desde a recepção da comunicação das acusações no âmbito de medidas provisórias, não é necessário tomar uma decisão nos termos do artigo 3º do Regulamento nº 17 para obrigar a BS a pôr termo às infracções acima mencionadas, uma vez que, na opinião da Comissão — que a denunciante NB partilha — a BS, de sua própria iniciativa, pôs termo a tais infracções.

No entanto, deve salientar-se que os abusos em questão foram de tal modo graves para justificar coimas relativas às acções passadas da BS. A cobrança de tais coimas exige uma decisão formal da Comissão.

MEDIDAS

a) Coimas

(83) Nos termos do artigo 15º do Regulamento nº 17, as infracções ao artigo 86º podem ser sancionadas por coimas que podem atingir um milhão de ECUs ou 10 % do volume de negócios realizado pela empresa durante o exercício anterior, se este montante for superior ao primeiro. Deverão ser tomadas em consideração, além da gravidade da infracção, a duração da mesma.

(84) Os elementos de prova demonstram que a BS abusou da sua posição dominante de diversos modos. Estes diversos abusos foram todos concebidos para produzir os mesmos efeitos, nomeadamente para prejudicar seriamente a posição de um concorrente recém-estabelecido no mercado ou mesmo para o eliminar.

A BS pretendeu, como resultado do seu comportamento, manter ou reforçar a sua posição dominante.

Com efeito, as infracções em questão foram concebidas com vista a afectar negativamente a estrutura da concorrência numa parte substancial do mercado comum. Além disso, caso a Comissão não tivesse emitido a comunicação das acusações que esteve na origem do compromisso da BS, um concorrente teria sido irreversivelmente excluído do mercado.

(85) À luz das considerações precedentes, a Comissão é de opinião que deve aplicar uma coima à BS. Ao fixar o nível de tal coima, a Comissão toma em consideração não apenas o comportamento abusivo da BS tal como foi acima descrito, mas também a forma exemplar como a BS se comportou após a recepção da comunicação das acusações no âmbito das medidas provisórias.

(86) Uma vez que a presente decisão diz unicamente respeito às acções passadas da BS, a coima é fixada tendo em conta o facto de os abusos em questão terem ocorrido no período que decorreu entre os acontecimentos que levaram ao empacotamento pela NB de açúcar para venda a retalho e a adopção pela BS do seu compromisso e do subsequente programa de cumprimento a nível comunitário, isto é, aproximadamente entre Abril de 1985 e o início de Agosto de 1986.

(87) É prática da Comissão tomar em consideração, ao fixar a coima, o facto de as regras da concorrência do Tratado CEE terem ou não sido objecto de suficiente desenvolvimento nas decisões da Comissão relativas a qualquer domínio específico (1). De acordo com o que acima se refere, a Comissão decide pela presente que a BS, ao vender açúcar exclusivamente a preços em que já estão incluídas as despesas de entrega, abusou da sua posição dominante nos termos do artigo 86º Tal decisão constitui a primeira vez que a Comissão afirma que a manutenção por uma empresa em posição dominante de um sistema exclusivo de preços em que já estão incluídas as despesas de entrega pode constituir um abuso de posição dominante, na acepção do artigo 86º do Tratado CEE. Atendendo a este facto, a Comissão não tenciona aplicar uma coima à BS relativamente a este abuso específico.

No que diz respeito às práticas de preços da BS relativas ao açúcar para venda a retalho, a BS argumenta que as regras de concorrência não tinham sido suficientemente desenvolvidas aquando da ocorrência do abuso de forma a justificar a aplicação de uma coima. A Comissão considera que tais práticas de preços, adoptadas com a intenção ou com o resultado previsível de excluir a NB do mercado retalhista do açúcar, constituem tipos de práticas nocivas claramente abrangidas pelo artigo 86º, entendendo pois que a BS abusou da sua posição dominante a este respeito, se não intencionalmente, pelo menos com negligência. Por conseguinte, justifica-se a aplicação de uma coima relativamente a este abuso. A Comissão admite, no entanto, que as disposições respeitantes ao referido abuso não tenham sido tão exaustivamente clarificadas através de decisões da Comissão ou do Tribunal quanto aos outros abusos cometidos pela BS, tendo tido tal facto em conta na determinação do nível da coima.

(1) Ver, por exemplo, a Decisão 78/252/CEE da Comissão de 1977 (IV/29 176 — pergaminho vegetal, JO nº L 70/54 de 13 de Março de 1978, ponto 83).

(88) No entanto, a Comissão considera que, no que diz respeito aos demais abusos acima referidos, a BS cometeu esses abusos intencionalmente ou, pelo menos, com negligência. Além disso, as regras da concorrência do Tratado CEE foram suficientemente desenvolvidas por decisões da Comissão e do Tribunal de Justiça anteriores ou resultam com suficiente clareza das disposições do Tratado de Roma referentes aos domínios abrangidos por tais abusos, de forma a justificar a aplicação de coimas,

ADOPTOU A PRESENTE DECISÃO:

Artigo 1º

A British Sugar plc violou o artigo 86º do Tratado CEE ao adoptar, relativamente à Napier Brown, um comportamento destinado a prejudicar as actividades desta empresa ou a garantir a sua exclusão do mercado britânico retalhista do açúcar, ou ambos. Tal comportamento consistiu fundamentalmente:

1. Na recusa implícita do fornecimento à Napier Brown de açúcar granulado para fins industriais;
2. Na redução dos preços do açúcar para venda a retalho a um nível tal que deixou de existir uma margem suficiente entre os preços da BS para o açúcar para venda a retalho e os aplicáveis ao açúcar para fins industriais;
3. Na oferta de açúcar a preços em que já estão incluídas as despesas de entrega;
4. Na discriminação contra a Napier Brown através da recusa de lhe fornecer açúcar obtido exclusivamente a partir de beterraba, quando tal tipo de açúcar era fornecido a outros compradores a pedido destes;
5. Na concessão de bónus de « compromisso de grupo ».

Artigo 2º

É aplicada à British Sugar plc uma coima de três milhões de ECUs pelas infracções descritas no artigo 1º

A coima será paga por depósito na:

a) Conta nº 59000204, Comissão das Comunidades Europeias, Bruxelas (para pagamento em ECUs), Lloyds Bank plc, The Manager Payments Section, Overseas Centre, PO Box 63, 38a Paradise Street, UK-Birmingham B1 2AB;

ou

b) Conta nº 108.63.41, Comissão das Comunidades Europeias (para pagamento em libras esterlinas), Lloyds Bank plc, Overseas Department, PO Box 19, 6 East-cheap, UK-London EC3P 3AB,

no prazo de três meses a contar da data da notificação da presente decisão. Depois de três meses, serão automaticamente devidos juros à taxa aplicada pelo Fundo Europeu de Cooperação Monetária nas suas operações em ECUs, a partir do primeiro dia útil do mês em que a presente decisão foi adoptada, majorada de 3,5 pontos percentuais, ou seja, 9,75 %.

Se o pagamento for efectuado em libras esterlinas, a taxa de câmbio aplicável será a prevalecente no dia anterior ao pagamento.

Artigo 3º

A presente decisão é dirigida à British Sugar plc, PO Box 26, Oundle Road, Peterborough PE2 9QV, United Kingdom.

A presente decisão constitui título executivo nos termos do artigo 192º do Tratado CEE.

Feito em Bruxelas, em 18 de Outubro de 1988.

Pela Comissão

Peter SUTHERLAND

Membro da Comissão