CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GERHARD REISCHL

apresentadas em 19 de Setembro de 1978 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

O processo que hoje nos ocupa tem por objecto uma decisão que a Comissão das Comunidades Europeias tomou aplicando o artigo 86.° do Tratado CEE por «exploração abusiva de uma posição dominante no mercado comum».

A recorrente neste processo é a sociedade-mãe do grupo Hoffmann-La Roche, cuja actividade se estende a todo o mundo, cuja sede está situada em Basileia e cujas filiais estão instaladas em quase todos os Estados-membros da Comunidade, com excepção do Luxemburgo e da Irlanda. Hoffmann-La Roche, que passaremos a designar abreviadamente por «Roche» fabrica, designadamente, vitaminas sintéticas não condicionadas. Esta produção começou, em parte, a partir dos anos 30 e 40; entretanto, as licenças para estes produtos, ao que parece, expiraram. No mercado comum, a Roche tem cerca de 5 000 clientes no sector do fabrico de produtos para uso farmacêutico ou destinados à alimentação humana e animal. De 1963 a 1973, a Roche celebrou contratos de fornecimento com uma série deles — a saber, 22 compradores que fabricam e vendem no mercado comum —, de um conteúdo por vezes muito diferente e aos quais voltaremos adiante. Segundo a exposição da Comissão, estes contratos tinham por fim ligar à recorrente compradores principais de vitaminas, e isto quer por intermédio de obrigações expressas de abastecimento relativamente à totalidade ou ao essencial das necessidades, quer por prémios de fidelidade ou por preços preferenciais, com uma estrutura variável segundo os casos.

A Comissão considera alguns acordos relativos às relações que teriam existido até ao fim do ano de 1974 contrários ao direito comunitário. Com efeito, considera poder provar que a Roche tem uma posição dominante numa série de mercados de vitaminas e considera que tais acordos são susceptíveis de afectar a livre escolha e a igualdade de tratamento dos compradores.

A recorrente não partilha deste ponto de vista. Assegurou-nos com efeito que, depois de uma passagem dos funcionários da Comissão no Outono de 1974, tinha começado a revisão dos contratos contestados. Ainda antes da decisão impugnada ter sido adoptada, esses contratos tinham sido suspensos ou modificados. Ao que parece, foram transmitidos novos contratos-quadro àComissão, em Janeiro de 1975, para parecer. Por outro lado, em Junho de 1975, teriam sido submetidos para apreciação à Comissão novas versões dos contratos que deviam ser celebrados com a empresa Merck, um dos compradores em causa.

No entanto, iniciou-se, em Julho de 1975, um processo por concorrência desleal contra a Roche relativamente ao sistema de venda praticado anteriormente. Após a recorrente e os seus parceiros nos contratos terem dado a conhecer a sua opinião sobre as diferentes acusações formuladas pela Comissão, após as partes terem sido ouvi-

* Língua original: alemão.

das e após os clientes, bem como as sociedades filiais da recorrente, instaladas no mercado comum, terem respondido aos pedidos de informações que lhes foram dirigidos, a decisão tomada em 9 de Junho de 1976 encerrou este processo.

Nesta decisão, a Comissão considerou provado que, no interior do mercado comum, a recorrente detinha uma posição dominante sobre sete mercados de vitaminas, a saber, as vitaminas A, B_2, B_6, C, E, H e o ácido pantoténico. Em razão do vínculo obtido por diferentes modos, graças ao qual a Roche se ligava a uma série dos seus compradores e em razão da diferença de tratamento a que estes eram sujeitos, podia-se, considerava a Comissão, imputar à recorrente um abuso, na acepção do artigo 86.° do Tratado CEE. Consequentemente, o artigo 2.° da decisão exigia que se pusesse imediatamente fim ao comportamento contestado. Por outro lado, invocando o facto de a violação do artigo 86.° ter sido cometida deliberadamente, ou pelo menos por negligência, a Comissão infligiu uma multa em aplicação do artigo 15.°, n.° 2, do Regulamento n.° 17, tendo apenas em conta, todavia, o período que vai de 1970 a 1974. Nos termos do artigo 3.° da decisão, esta multa, a pagar no prazo de três meses a contar da sua notificação, eleva-se a 300 000 unidades de conta e, como a recorrente tem uma sociedade filial na República Federal da Alemanha, esta multa foi convertida na decisão em 1 098 000 DM.

Em 27 de Agosto de 1976, a Roche interpôs um recurso desta decisão. Pede, a título principal, a anulação da referida decisão no seu conjunto. Subsidiariamente, pediu a anulação apenas do artigo 3.° da decisão, quer dizer, da disposição que aplicou a multa.

Agora, que extensos articulados trataram abundantemente do litígio — tendo as partes ainda fornecido muitas explicações suplementares em resposta a um catálogo substancial de questões apresentadas pelo Tribunal — e que teve lugar um debate aprofundado na audiência de 31 de Maio de 1978, as nossas conclusões neste processo serão as seguintes.

I — Durante um certo tempo, podiam existir incertezas quanto ao ponto de saber se a recorrente pretendia unicamente a anulação da multa que lhe tinha sido aplicada, quer dizer do artigo 3.° da decisão, ou se, pelo contrário, era a anulação da decisão no seu conjunto que lhe importava. Quanto a este ponto, na sequência precisamente das explicações expressas fornecidas durante a audiência pública, nenhuma dúvida subsiste agora. A recorrente também mantém o seu pedido principal relativo à anulação da declaração segundo a qual tem, em certos mercados de vitaminas, uma posição dominante, da qual fez um uso abusivo pelo modo como preparou os contratos de fornecimento precedentemente celebrados.

II — O exame deve portanto começar pela questão muito controversa de saber se, na época em questão, designadamente, 1970 a 1974, a recorrente detinha uma posição dominante. Indagaremos, a seguir, se a celebração dos referidos contratos de fornecimento deve ser julgada como constitutiva de um abuso no sentido do artigo 86.° do Tratado CEE, e só depois nos dedicaremos ao estudo dos outros fundamentos do recurso, desde que entretanto não tenham sido abandonados, a saber, a imputação de que é sem razão, quer dizer, com violação do artigo 18.° do Regulamento n.° 17 que a Comissão exprimiu na moeda de um Estado-membro a multa que aplicou.

1. Existe já uma certa jurisprudência sobre a noção de «posição dominante» referida no artigo 86.° do Tratado CEE.

Segundo esta jurisprudência, fala-se de posição dominante quando a concorrência é entravada de modo substancial (acórdão de 21 de Fevereiro de 1973, Europemballage Corporation e Continental Company Inc./Comissão, 6/72, Colect., p. 109), ou, como se diz no acórdão de 8 de Junho de 1971, Deutsche Grammophon/Metro, 78/70, Colect., p. 183), quando uma empresa está em posição de criar obstáculos a uma concorrência efectiva numa importante quota do mercado a tomar em consideração. No momento deste exame, deve considerar-se, designadamente — e tal resulta também do acórdão mencionado em último lugar —, se existem fabricantes que distribuam produtos idênticos e examinar qual é a sua posição no mercado.

No processo bem conhecido do açúcar, foi discutida, designadamente, a questão das quotas de mercado no âmbito do artigo 86.° (acórdão de 16 de Dezembro de 1975, Coöperatieve Vereniging «Suiker Unie» UA e o./Comissão, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Colect., p. 563). É possível deduzir desta decisão que quando as quotas detidas sobre mercados determinados e delimitados são muito importantes (85%, 90%, 95%) e quando as importações são muito reduzidas, pode concluir-se sem mais, quer dizer, sem proceder a verificações suplementares, que a empresa em questão tem a possibilidade de entravar uma concorrência efectiva.

O acórdão de 14 de Fevereiro de 1978, United Brands/Comissão (27/76, Colect., p. 77), ao qual a Comissão designadamente se reportou, também forneceu uma importante explicação suplementar. O importante, neste acórdão, é a constatação de ordem geral segundo a qual o que caracteriza uma pessoa que detém uma posição dominante no mercado é não ter necessidade de ter em conta, numa certa medida, a posição dos concorrentes, dos clientes e dos utilizadores. Além disso, este acórdão pôs em evidência o facto de uma posição dominante resultar, geralmente, da reunião de vários factores; é preciso, em primeiro lugar, examinar a estrutura da empresa em causa, e depois a situação concorrencial no referido mercado. No que respeita ao ponto citado em primeiro lugar, o acórdão 27/76 invocava toda uma série de elementos importantes, tais como uma integração vertical muito forte, a presença de meios de transporte próprios, os conhecimentos técnicos, uma publicidade de marca eficaz que determina a preferência do comprador, um número restrito de clientes e a manutenção da oferta dos produtos a um baixo nível. No que respeita à situação concorrencial no mercado — se se quiser, alguns dos elementos que acabam de ser mencionados também lhes são atinentes —, a quota de mercado da recorrente, que oscila entre 40% e 45%, desempenhou um papel importante. Todavia, verificou-se além disso — e só após esta verificação é que o Tribunal de Justiça concluiu pela existência de uma posição dominante — que a recorrente constituía o principal grupo no mercado de bananas; por outro lado, na sequência de inquéritos sobre o número e o poder dos concorrentes, provou-se que, apesar de uma concorrência repetida e muito enérgica em certos mercados, concorrência à qual a recorrente tinha podido fazer face, não tinha havido transferência de quotas do mercado. O facto de o acesso ao mercado se tornar difícil por investimentos importantes que se impunham e que, consequentemente, não se devia contar com a chegada de novos concorrentes ao mercado, também não deixou de ter influência, longe disso; pelo contrário, não se deu relevo a certas considerações sobre a rentabilidade e a possibilidade de determinar os preços.

2. Parece-nos desde já útil lançar uma rápida vista de olhos sobre as ordens jurídicas nacionais que conhecem a noção de domínio do mercado. Segundo as ideias doutrinais e a prática que se formaram neste sector, pode-se efectivamente ter a impressão que o acórdão United Brands que acabámos de

evocar se situa numa via considerada como acertada, em geral, no que respeita à questão das quotas de mercado a tomar em consideração e dos exames complementares que se impõem.

Assim, é interessante verificar que em França se considera frequentemente relevantes quotas de mercado que se situam à volta de 50%, elemento a que se acrescentam então outras considerações relativas, por exemplo, ao poder e à importância de outros concorrentes, à organização técnica e comercial e a outros factores do mesmo género (v. Collin, R. — «La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire», Semaine de Bruges, 1977, pp. 244 e segs.). O direito alemão também tem em conta quotas de mercado da mesma ordem de grandeza (v. as decisões do Bundesgerichtshof de 3 de Julho e de 16 de Dezembro de 1976, *Wirtschaft und Wettbewerb* 1976, p. 783, e 1977, p. 255). Mas, neste estádio, toma-se ainda em consideração investigações detalhadas sobre as relações de concorrência, a saber, a posição dos concorrentes, a estrutura do mercado, a evolução do mercado e o comportamento dos interessados; os recursos financeiros e técnicos de uma empresa à frente do mercado entram também em linha de conta. Parece que a mesma regra também vale para os países nórdicos (v. «La réglementation du comportement des monopoles et entreprises dominantes en droit communautaire», Semaine de Bruges 1977, pp. 301 e segs.). Na Finlândia, por exemplo, fala-se de posição dominante quando o mercado é controlado em mais de 50%. Se é verdade que, nas outras ordens jurídicas (Noruega, Dinamarca e Suécia), bastam quotas de mercado de 25% ou que variam entre 25% e 50%, não se deve esquecer que, nestes países, a noção de mercado em causa é interpretada de modo muito restritivo. Por fim, o exemplo que também dão os Estados Unidos, com a sua importante prática quanto ao direito dos monopólios, é quase o mesmo. É referido com pertinência num resumo de jurisprudência que Holley fornece nas pp. 174 e seguintes da publicação que acabámos de mencionar; Semaine de Bruges 1977. Segundo este resumo, não são necessários outros argumentos quando o mercado é controlado a 90%. Face a quotas de mercado de 75%, esta regra já não se aplica; nesta hipótese, deve-se, para completar, tomar em consideração outros factores, porque é muito evidente que a presunção de domínio do mercado é tão forte que é difícil de elidir. No caso de quotas de mercado inferiores a esta percentagem (60%-70%), os factores a considerar a título complementar aumentam de importância; se as quotas de mercado apenas excederem levemente os 50%, devem existir fortes indícios de outra natureza que apontem em favor da existência de um domínio do mercado e, quando as quotas de mercado são inferiores a 50%, é, ao que parece, muito difícil, segundo o direito dos Estados Unidos, provar a existência de uma posição dominante.

3. Uma vez referido este pano de fundo, devemos, ao efectuar o exame do presente caso, começar por recordar que a Comissão concluiu pela existência de uma posição dominante da requerente essencialmente com base na extensão das quotas de mercado que esta detém nos diferentes mercados de vitaminas e na posição dos produtores que a seguem de perto. Mas, a Comissão também atendeu ao facto de a recorrente ser o maior fabricante de vitaminas, dispor de uma flexibilidade e de um poder de capital correspondentes, de poder oferecer uma gama muito ampla de vitaminas do seu próprio fabrico e de possuir um avanço tecnológico e comercial sobre os seus concorrentes; deve-se, neste contexto, pensar nos conhecimentos técnicos (know-how) e na rede de distribuição muito desenvolvida da recorrente.

A recorrente, por um lado, opõe a estas afirmações o argumento segundo o qual a Comissão se fundou em dados inexactos; a recorrente pretende que, na realidade dispõe,

para as diferentes vitaminas, de quotas de mercado mais reduzidas. Além disso, certos elementos — a ampla gama de vitaminas oferecida pela recorrente bem como o poder financeiro desta última — que a Comissão teve em conta complementarmente no exame da situação dos concorrentes — não teriam um carácter concludente no que se refere ao poder da recorrente no mercado. Por outro lado, foi sem razão que a Comissão não teria tomado em conta outros factores. Nesta ordem de ideias, a recorrente pensa, designadamente, no exame da situação do mercado e do comportamento no mercado durante um período mais extenso, sendo precisamente importante que o mercado das vitaminas se encontra num estado de forte expansão; segundo afirma, a recorrente também não dispõe do poder de determinar os preços, sendo a sua evolução, pelo contrário, determinada pela pressão que exercem outros concorrentes e mesmo potenciais concorrentes. Além disso, a Comissão não teria tomado em conta o acesso aos mercados de abastecimento, sector no qual a recorrente, contrariamente aos seus principais concorrentes, depara com dificuldades, porque, no plano das suas matérias-primas, depende de outros fabricantes.

4. Consequentemente, é oportuno examinar de seguida, em primeiro lugar, as quotas de que a recorrente dispõe no mercado das diferentes vitaminas. Quanto a este ponto, existe unanimidade sobre a necessidade de examinar separadamente os mercados de vitaminas, porque cada vitamina exige instalações de fabrico particulares e porque as vitaminas não são intermutáveis. Durante o processo, após a Comissão ter fornecido os números relativos às vendas realizadas pelos concorrentes da recorrente, também se pôde chegar a acordo sobre certos dados, tal como resulta do entendimento comum das partes em resposta ao catálogo de questões postas pelo Tribunal. Na medida em que subsistiram pontos de divergência, consagrar-nos-emos ao respectivo exame no momento das nossas observações sobre os diferentes mercados de vitaminas.

a) Seremos relativamente breves no que respeita à vitamina A. Quanto a este ponto, a recorrente declarou que o número que a Comissão adiantou na decisão impugnada (a saber, 47% do mercado da Comunidade) deve ser considerado como exacto e que pode ser considerado como representativo para os anos de 1970 a 1974.

A recorrente apenas considera, e isto refere-se a todas as vitaminas a examinar, que a Comissão não deveria ter negligenciado o facto de, em mercados parciais (a recorrente forneceu números para a Dinamarca e para a Bélgica bem como para os anos de 1971 a 1974), se poderem distinguir flutuações, em parte consideráveis. É difícil — e isto também vale para todas as vitaminas — qualificar este elemento como importante — e não apenas onde, como no caso das vitaminas B_3 e B_6, se verifica apenas um *aumento* da quota do mercado nas regiões indicadas. Em primeiro lugar, as causas das flutuações não são claras; não se pode designadamente excluir que sejam devidas a uma certa estratégia de mercado. Mas mesmo se se admitir que as flutuações são a expressão de uma concorrência no mercado, assume uma grande importância a verificação feita no acórdão United Brands que acabamos de mencionar, segundo a qual, mesmo a existência de concorrência em mercados parciais não exclui que exista uma posição dominante quanto se demonstra aí — e, para este efeito, a estabilização da quota de mercado relativamente ao conjunto do mercado comum constitui um indício — que a empresa em questão podia resistir com sucesso aos esforços feitos por eventuais concorrentes.

No que respeita à vitamina A, pode-se portanto considerar que existe uma quota de mercado de uma ordem de grandeza susceptível de conduzir àaplicação do artigo 86.° e que deve ser considerada como constituindo um indício da existência de uma posição dominante.

b) Do mesmo modo, a situação não põe quaisquer problemas no que respeita à vitamina B_2. Segundo as indicações fornecidas na posição comum, as quotas de mercado que a recorrente detinha de 1972 a 1974 variavam entre 74,8% e 84,5%, quando se toma por referência as quantidades vendidas, e 80,6% e 87% relativamente ao valor dos fornecimentos. Pelo contrário, relativamente ao ano de 1971, a recorrente considera exacta uma quota que se eleva a cerca de 70%, no máximo.

Podemos perfeitamente basear-nos nestes dados que, seguramente, também atingem ordens de grandeza suficientes. Na realidade, não se vislumbram observações pertinentes aos números avançados. Assim é, em primeiro lugar, quanto às indicações fornecidas pela recorrente, segundo as quais a quota do mercado mundial que pertence à Roche é pretensamente menos elevada. Só por si, estas indicações não permitem naturalmente provar que os números inicialmente determinados pela Comissão são, como pensa a recorrente, exagerados. Também é o caso para a referência da recorrente às fábricas da indústria de fermentação, cujo funcionamento é interrompido; encontram-se, ao que parece, sobretudo nos Estados Unidos da América e é preciso contar que voltarão a arrancar se os preços aumentarem. Com efeito, para o cálculo das quotas de mercado, apenas importa, evidentemente, o que chega ao mercado e não uma concorrência potencial. Apenas abordaremos este último ponto num outro contexto.

c) A situação é totalmente idêntica para a vitamina B_6. Segundo as indicações fornecidas no parecer comum, as quotas de mercado da recorrente, calculadas com base nas quantidades vendidas, situavam-se, de 1972 a 1974, entre 84,2% e 88,4%. Também podemos ater-nos a estes números, porque a recorrente apenas se pôde reportar a apreciações da importância da sua quota do mercado mundial para sustentar a sua versão, segundo a qual eram números menos elevados que deveriam ser considerados.

Pelo contrário, para todo o período precedente — a propósito do qual a Comissão não citou números — é provável que a quota de mercado da recorrente se eleve a cerca de 68%, como ela a avaliou. Mas tomando estes números como base, subsiste sempre, se se considerar, com efeito, os dados que decorrem da nossa jurisprudência e da prática nacional, uma quota largamente suficiente para existir uma posição dominante, na acepção do artigo 86.°

d) No que respeita à vitamina H (biotina), as partes estão de acordo em dizer que, até 1970, a recorrente dispunha de um monopólio a 100% e que, até 1974, a sua quota de mercado se reduziu para atingir 93%.

Abstraindo de observações que serão formuladas mais tarde, relativamente à importância que tem a fase de mercado, a questão que aqui se põe é unicamente a de saber se importa que este produto possa ser substituído na indústria da fermentação por outros produtos, como o pretendeu a recorrente. Em si, a objecção da Comissão, segundo a qual as indicações fornecidas pela recorrente são demasiado imprecisas e imperfeitamente provadas no que respeita, designadamente, à extensão da intermutabilidade que a Comissão contesta, parece-nos bem fundada quanto a este ponto — examinaremos ainda mais tarde e detalhadamente o problema da intermutabilidade para as vitaminas C e E. Por fim, poder-se-á, todavia, renunciar, apesar de tudo, a aprofundar agora esta questão pela simples razão que, mesmo aceitando os números adiantados pela recorrente, para quem a quota de mercado que detém se reduz por este facto a cerca de 50%, subsistiria sempre uma quota de mercado extraordinariamente

elevada, perfeitamente comparável aos números citados até agora e que, portanto, deveria ser tomada em consideração para efeitos do artigo 86.°

e) Relativamente à vitamina C, o cálculo das quotas de mercado não apresenta dificuldades, na medida em que as duas partes impõem como princípio que, de 1972 a 1974, se se considerar apenas a vitamina, a recorrente detinha uma quota que variava de 63% a 64,4%, calculada em quantidade, ou, se nos referirmos ao valor das vendas, uma quota que oscilava entre 64,8% e 66,2%. Para os anos de 1970 e 1971, as quotas da recorrente teriam sido, segundo as suas declarações, inferiores de 1% a 2%, o que manifestamente nada muda à ordem de grandeza susceptível de levar àaplicação do artigo 86.°

Todavia, como já aludimos, é a apreciação do argumento da recorrente relativo à concorrência de substituição que suscita problemas. Sobre este ponto, a recorrente declarou que a vitamina C é utilizada numa quota considerável — 30% das suas vendas, em seu entender (não pôde avançar números mais precisos) — para fins tecnológicos, quer dizer, não pelas suas qualidades bionutritivas, mas em razão das suas características químicas e físicas, designadamente enquanto «antioxidantes». A este título, a vitamina pode, segundo a recorrente, ser substituída por outros produtos. Ora, se se acrescentarem estes produtos para o cálculo do mercado em causa — também sobre este ponto a recorrente deve recorrer a estimativas — a quota da Roche apenas atinge, para o ano de 1974, 46% a 47%.

No que respeita a este problema particular, pode começar-se por deixar em suspenso a questão de saber se, como pensa a Comissão, a recorrente se baseia efectivamente em números exagerados, bastando isto para impor uma correcção aos cálculos efectuados por esta última. A Comissão visa especificamente o ácido cítrico, um produto de substituição que ocupa uma quota considerável (60%) nos cálculos da recorrente. Seja-nos permitido fazer apenas uma observação a este propósito: se é verdade que, segundo as Directivas 70/ /357 e 70/524, já em vigor nessa altura, o ácido cítrico não éconsiderado como um antioxidante, todavia, poderia ser tomado em consideração a este respeito, porque, segundo a Directiva 70/357, reforça o efeito antioxidante de outros produtos e pode, portanto, substituir parcialmente a vitamina C. Por outro lado, não se deve esquecer que, nos seus cálculos, a recorrente apenas considerou um quarto da quantidade total de ácido cítrico introduzida no mercado.

De facto, o essencial é saber como compreender a noção de «intermutabilidade» em direito de concorrência. Sobre este ponto, a Comissão tem razão em reconhecer, em nosso entender, a intermutabilidade apenas nos casos em que, do ponto de vista do comprador e do uso que este último faz de uma mercadoria, se pode dizer que um outro produto serve para satisfazer necessidades idênticas. A este respeito, pode remeter-se para a jurisprudência da Supreme Court americana e à sua concepção da noção de *reasonable interchangeability,* e a mesma regra vale também, segundo o direito alemão da concorrência, como resulta da decisão já citada do Bundesgerichtshof, de 3 de Julho de 1976, e das afirmações que ela contém sobre a intermutabilidade funcional, na óptica dos utilizadores. Parece-nos, todavia, extraordinariamente duvidoso que se possa falar de uma tal intermutabilidade a propósito da vitamina C e de outros antioxidantes. Na realidade, apenas estamos em presença de uma intermutabilidade parcial, uma vez que, para os compradores de vitaminas que procuram uma utilização para fins bionutritivos, está claramente fora de questão substituir esta vitamina por outros antioxidantes. Nestas condições — pode-se, aqui também, pensar na noção da intermutabilidade restrita que

figura no acórdão United Brands — parece efectivamente insustentável delimitar o mercado, como o faz a recorrente, e determinar depois a sua quota, quer dizer, após ter acrescentado as substâncias exclusivamente antioxidantes.

Poder-se-ia, quando muito, admitir não tomar em consideração a quota da vitamina afectada à utilização tecnológica, e isto a despeito do facto de esta utilização não ser exactamente controlada e de os seus fins poderem ser modificados à vontade. Ora, agindo assim, é difícil chegar a uma modificação das quotas de mercado que vá no sentido do que afirma a recorrente. Com efeito — e devemos, quanto a este ponto, partilhar a opinião da Comissão — deve supor-se que os concorrentes da recorrente também afectam uma quota correspondente das suas vendas a tais fins; o esclarecimento desta questão é evidentemente excessivamente difícil. A exposição que faz a recorrente no anexo 3 da posição comum formulada em resposta às questões colocadas pelo Tribunal de Justiça fornece também um argumento, e não dos menores, neste sentido: aí se diz, com efeito, que a percentagem adiantada (30% da venda de vitaminas seria destinada a uma utilização tecnológica) tem um carácter representativo para a venda global de vitamina C na Comunidade.

Por fim, poder-se-ia também indicar que, mesmo se se aceitarem as teses avançadas pela recorrente quanto ao problema da intermutabilidade e se se considerarem como exactas todas as avaliações que menciona, subsiste sempre uma quota de mercado que, à luz das ordens de grandeza invocadas pelo acórdão United Brands, deveria ser considerada como manifestamente susceptível de conduzir à aplicação do artigo 86.° Então apenas continuaria a pôr-se a questão, a que voltaremos posteriormente, de saber se as verificações efectuadas a título complementar pela Comissão permitem falar de uma posição dominante da recorrente sobre o mercado em questão e se as outras considerações mencionadas por esta última bastam para pôr em causa uma conclusão provisória neste sentido.

f) No que respeita à vitamina E, domínio que suscita o mesmo problema, as quotas de mercado que a recorrente detinha eram, segundo as indicações incontestadas da Comissão e abstraindo da concorrência de substituição, de 50% a 60% durante os anos de 1972 a 1974 — em função das quantidades vendidas — e de 54% a 64% — em função do valor das vendas. Segundo a recorrente, de 1970 a 1971, as quotas ter-se-iam situado cerca de 7% abaixo do nível de 1972; deve, portanto, considerar-se uma quota de 43% para o cálculo em quantidade e de 47% para o cálculo em valor.

Se se seguisse aqui a interpretação adiantada pela recorrente quanto àintermutabilidade com outros produtos e se se considerassem como exactos os cálculos efectuados sobre este ponto, segundo os quais 60% das vendas seriam destinadas ao uso tecnológico, as quotas de mercado para 1973 e 1974 ainda não se situariam, por certo, fora das ordens de grandeza que já mencionámos por várias vezes, admitindo que as quantidades invocadas pela recorrente neste contexto sejam exactas: com efeito, a redução de 14% que a recorrente considera correcta continuaria a deixar subsistir quotas de mercado que oscilam entre 40% e 44% para 1974 e 46% e 50% para 1973. Mas, para o período precedente, já deixaria de ser praticamente o caso, uma vez que, para 1972, apenas se chegaria a quotas de 36% ou 40% e para os anos anteriores a quotas de 29% ou 33%.

Todavia, o que foi dito sobre a intermutabilidade para a vitamina C mantém aqui também todo o seu valor. Também não

estamos convencidos pela dedução feita pela recorrente segundo a qual, uma vez que o conteúdo de vitamina E exigido segundo as disposições sobre alimentação animal está já satisfeito pelo conteúdo natural dos elementos compostos para animais, deve considerar-se que quando muito 20% da vitamina E acrescentada eram destinados a fins bionutritivos e que, portanto, 80% foram utilizados pelo seu efeito antioxidante, o qual pode também ser obtido através de outras substâncias. Por outro lado, a Comissão pôde, com pertinência, fazer referência a publicações da recorrente que declarava que os clientes tinham vantagem em utilizar a vitamina E em vez de outros antioxidantes, porque esta vitamina possui também outras propriedades favoráveis ao seu emprego na criação dos animais.

Ora, se, como é o caso para a vitamina C, se julgar, no limite do aceitável, não ter em conta as vendas de vitamina E destinada a um uso tecnológico, a apresentação esquemática das quotas de mercado, tal como foi realizada pela Comissão, também não se modificaria, aqui, de modo fundamental. Com efeito, também no que respeita à vitamina E, verifica-se que uma parte correspondente das vendas dos concorrentes da recorrente étambém destinada a um uso tecnológico, tal como resulta das observações que aquela formulou e que acabámos de mencionar.

Verifica-se assim que, também para a vitamina E, a recorrente detinha, durante a integralidade do período em causa neste processo, quotas de mercado de uma ordem de grandeza susceptível, sem qualquer dúvida, de conduzir à aplicação do artigo 86.°

g) Segundo os dados fornecidos na posição comum das partes, só para o ano de 1974, durante o qual a quota de mercado detida pela recorrente se cifraria em 41,2%, em função das quantidades vendidas, e em 51% em função do valor, existem quotas de mercado da vitamina B3 de uma ordem de grandeza susceptível de implicar a aplicação do artigo 86.° Relativamente aos anos precedentes, pelo contrário, foram adiantados números menos elevados, a saber, 23,4% e 34,9% para o ano de 1973 e, para o ano de 1972, 18,9% e 28,9%; além disso, as quotas de que a recorrente dispunha em 1970 e 1971 seriam, uma vez mais, inferiores em 6%. Por outro lado, os cálculos de quotas, quando se baseiam no valor das vendas, são largamente superiores aos que se referem às quantidades, contrariamente ao que se passa com as outras vitaminas.

Com base nestes elementos, pode concluir-se que não se pode tratar de um índice em favor de uma posição dominante a não ser para o ano de 1974 e que mesmo isto parece duvidoso quando atendemos ao cálculo expresso em quantidades, cálculo que a recorrente julga ainda necessário corrigir. No que respeita a este ponto do litígio, a Comissão considera que o cálculo baseado no valor é mais fiável porque as vitaminas são vendidas em quantidades diferentes e, por esta razão, como precisamente resulta se se considerar as importações provenientes da Suíça, existem diferenças de preços muito importantes. A recorrente prefere, pelo contrário, referir-se ao cálculo em quantidade: com efeito, o cálculo em valor falsifica a apresentação esquemática, na medida em que, para as suas vendas, só os preços de venda finais são tomados por base enquanto, para as importações, são os preços à importação sem as taxas alfandegárias, inferiores em 30% aos preços de venda finais. Quanto ao cálculo em quantidade feito pela Comissão, a Roche considera, por outro lado, que não foi tido em conta, incorrectamente, o facto de uma parte das importações não lhe poder ser atribuída e que, no que respeita aos fornecimentos provenientes da Suíça, se trata, em parte, de movimentos efectuados no interior do grupo e, portanto, sobre mercadorias que não foram introduzidas no mercado.

Em nosso entender, é fundamentalmente para o cálculo em quantidade que devem ir as preferências. É ele que, aparentemente, fornece a melhor possibilidade de comparação — um cálculo corrector das mercadorias com diferentes graus de concentração não deveria colocar dificuldades particulares — e parece igualmente que o Bundesgerichtshof procede, em primeira linha, deste modo, como se pode verificar pela leitura das duas decisões citadas. Todavia, temos dúvidas quanto à oportunidade de corrigir efectivamente, numa larga medida, os cálculos em quantidade operados pela Comissão. O que a tal nos inclina é o facto de, no conjunto dos produtos importados da Suíça, dez toneladas terem sido pretensamente atribuídas, erradamente, à recorrente. Na medida em que a recorrente pretende que foi de modo inexacto que a Comissão considerou igualmente para o seu cálculo 23 toneladas de mercadorias objecto de transportes puramente internos ao grupo Roche, pode-se muito bem, quanto a este ponto, remeter para o anexo 1 da posição comum fornecida pelas partes sobre as questões colocadas pelo Tribunal de Justiça, donde decorre que foram atribuídas à Roche importações provenientes da Suíça e que, assim, elas não puderam ser tomadas em consideração sob a rubrica «importação», a qual tem importância para o cálculo das quotas de mercado.

Por último, este ponto, que também foi controvertido na audiência, não necessita verdadeiramente de ser aprofundado, tal como é possível reservar a questão de saber se a dedução visada no anexo 2 da posição comum, e aplicada a mercadorias a 45%, dedução que foi considerada como necessária para a transformação em mercadorias a 100%, basta para corrigir os números de importação. Mesmo admitindo que o cálculo em quantidade fornece um índice em favor da existência de uma posição dominante no que respeita ao ano de 1974, tal não deveria ter interesse no presente processo pela razão de que os contratos de fornecimento foram celebrados, como nos foi dito, o mais tardar em 1973, por conseguinte, numa época em que a recorrente não dispunha ainda no mercado da vitamina B_3 de uma posição dominante e porque a recorrente fez todo o necessário para pôr fim a estes contratos logo após a primeira visita dos funcionários da Comissão no Outono de 1974.

Deste ponto de vista, pode verdadeiramente dizer-se que é sem razão que, na decisão impugnada, o mercado da vitamina B_3 foi tomado em linha de conta para aplicação do artigo 86.°

5. Após estas observações sobre as quotas de mercado, segundo as quais, no que respeita às vitaminas B_2, B_6, H e C, a questão do domínio do mercado já quase não exige exame complementar de um certo alcance (só assim não épara as vitaminas A e E, relativamente a uma parte do período que deve ser aqui examinada), consagrar-nos-emos, a partir de agora, ao exame dos factores que, na sua decisão, a Comissão expressamente mencionou a título suplementar, para ver se pode ser corroborado o julgamento provisório sobre a posição dominante da recorrente no mercado.

a) Em primeiro lugar, são as quotas de mercado detidas pelos concorrentes da recorrente que contam.

Quanto a este ponto, no que se refere ao ano de 1974, resulta que, para as vitaminas B_2, B_6 e a biotina, os concorrentes mais próximos da recorrente apenas detinham quotas de 8,3% e 7%. No que respeita à vitamina C, a recorrente é seguida por um concorrente que dispõe de 15% do mercado, e depois por um outro que detém 7%. Quanto à vitamina A, os números correspondentes são de 27% e 18%, quanto à vitamina E, de 16% e de 6% e quanto à vitamina B_3, de 23% e de 3%.

Quanto às vitaminas que ainda interessam ao caso concreto, tem-se portanto necessariamente a impressão de que a recorrente tem manifestamente uma posição preponderante no mercado, o que lhe permite influenciá-lo de um modo considerável e o que a autoriza a um comportamento independente. Esta verificação também não pode ser posta em dúvida no que se refere à vitamina A, sector no qual existe manifestamente um concorrente financeiramente mais poderoso e pronto a passar ao ataque, a BASF, que, alguns anos antes do seu aparecimento no mercado em 1970, adquiriu a quota de mercado a que nos referimos. Como quer que seja, a recorrente pôde defender a sua posição e obter que a sua quota de mercado permanecesse praticamente imutável. O mesmo se passa com a vitamina E, em cujo mercado a BASF teria entrado em 1971. Aqui, a quota de mercado da recorrente aumentou mesmo consideravelmente de 1970 a 1973 e, mesmo em 1974, tem ainda uma ordem de grandeza tal que permite considerar que a recorrente estava perfeitamente em posição de defender a sua situação no mercado.

Pelo contrário, relativamente à vitamina B_3, um concorrente poderoso, uma sociedade japonesa, detinha quotas de mercado ainda mais elevadas nos anos precedentes, a saber, 30,3% em 1973 e mesmo 43% em 1972.

b) Por outro lado, a Comissão deu importância ao facto da recorrente fabricar uma larga gama de vitaminas e ser a única empresa a produzir todas as principais vitaminas. Para o consumidor que tem necessidade de várias espécies de vitaminas, esta situação de facto exerce um certo atractivo e é, assim, susceptível de reforçar a posição que a recorrente tem no mercado.

A recorrente responde que a situação é a mesma para muitos dos seus concorrentes de envergadura, uma vez que não é o programa de fabrico, mas o programa de comercialização que conta. Por outro lado, pretende que a gama de vitaminas que fabrica não tem influência na maior parte dos seus clientes, na medida em que estes apenas se interessam por um número reduzido delas. Segundo as afirmações da recorrente, deve considerar-se — e não é este um argumento menor — que os compradores principais de vitaminas fabricam produtos destinados à alimentação humana e animal. Interessam-se por numerosas matérias complementares (os aditivos) e apenas por um pequeno número de vitaminas — para a alimentação humana, em geral, só se trata da vitamina C — que não constituem senão uma parte diminuta das matérias complementares. Ora, as raras vitaminas necessárias figurariam também nas propostas dos principais concorrentes da recorrente e estes teriam sobre ela, além disso, a vantagem de poder também fornecer todas as matérias complementares principais.

Quanto a este argumento da recorrente, é conveniente, em primeiro lugar, considerar que, salvo erro da nossa parte, os concorrentes importantes indicados pela recorrente não fabricam todas as vitaminas e estão longe de poder fornecer as quantidades que pode oferecer a recorrente. Ora, estas duas considerações contam no exame da questão da situação no mercado e permitem dizer que a recorrente goza de uma certa vantagem.

No que respeita ao argumento segundo o qual a maior parte dos clientes da recorrente apenas comprariam poucas vitaminas — é assim, por exemplo, que em 1977, de 815 clientes alemães, 589 apenas teriam adquirido uma, duas ou três espécies de vitaminas —, não é o número dos clientes que importa, mas apenas o volume das vendas. Segundo as declarações que a Comissão fez nas suas observações sobre as respostas da recorrente às questões colocadas pelo Tribunal, é certo, a este respeito, que os compradores da re-

corrente com os quais os contratos aqui em causa foram celebrados, e que constituem, sem contestação, um grupo significativo de compradores, tal como, aliás, outros clientes que foram referidos, compram sem excepção um grande número de vitaminas à recorrente.

No que se refere aos outros aditivos utilizados na indústria da alimentação humana e animal, que compra uma parte importante das vitaminas vendidas, écerto que se deve reconhecer que a existência de aditivos na oferta dos concorrentes — na medida em que se trata precisamente de produtos raros ou mesmo de situações de monopólio — é um elemento que interessa para a apreciação da posição no mercado. Por outro lado, todavia, consideramos que este factor não tem tanta importância. Esta conclusão é-nos ditada pelo facto de, em primeiro lugar, o ramo industrial da alimentação animal ter, também, necessidade de um maior número de vitaminas e não apenas de um pequeno número como pretende a recorrente; segundo as indicações fornecidas pela Comissão, os clientes da recorrente que actuam neste sector da alimentação compraram efectivamente, de modo geral, um maior número de vitaminas. Por outro lado, parece evidente que a atracção que exerce a presença de aditivos na oferta dos concorrentes apresenta mais interesse para pequenas e médias empresas, enquanto os grandes fabricantes de alimentos para animais que adquirem grandes quantidades, e designadamente os que são designados como «pré-misturadores» (Vormischer), compram em diversas fontes as matérias de que necessitam, desde que nisso vejam interesse.

No total, o facto de a recorrente poder oferecer em grandes quantidades todos os tipos importantes de vitaminas que provêem da sua própria produção constitui apesar de tudo, mesmo se lhe falta um determinado número de aditivos, um elemento importante para apreciar o poder no mercado. Como quer que seja (nas suas informações sobre o mercado, datadas de Agosto de 1971, a recorrente qualifica de vantagem a larga gama de vitaminas que pode oferecer), esta circunstância não é completamente compensada pelo facto de a recorrente sofrer uma certa desvantagem concorrencial relativamente a certos sectores de venda ou de determinados compradores por não figurarem na sua oferta outros aditivos.

c) Além disso, na sua decisão, a Comissão deu um peso considerável ao facto de a recorrente ser o maior fabricante de vitaminas do mundo e do seu volume de vendas exceder o de todos os outros fabricantes reunidos. Desta posição dominante no mercado à escala mundial, a Comissão tira a conclusão de que a Roche podia prestar menos atenção à concorrência no mercado comum, porque está em medida de melhor absorver as situações conjunturais.

Em nosso entender, a recorrente também não pôde opor qualquer argumento decisivo quanto a este ponto. Como não se trata aqui do poder financeiro de quaisquer empresas, a referência que a Roche faz ao volume global das vendas e ao poder financeiro dos concorrentes que fabricam também vitaminas, mas que apenas detêm neste mercado uma quota relativamente pequena, não pode ter consequências. Como, para mais, só a posição no mercado das vitaminas tem um valor decisivo, o facto de saber que alguns grandes concorrentes têm a possibilidade de compensar riscos com outros produtos só apresenta seguramente um interesse reduzido. Por outro lado, é inteiramente exacto que estas grandes empresas, que fazem concorrência à recorrente em certos mercados, gerem frequentemente os seus diferentes departamentos de modo descentralizado, o que restringe a possibilidade de compensar os riscos, do mesmo modo que é também importante saber que, para a própria recorrente, as vitaminas apenas constituem, grosso modo, um terço do volume total das vendas.

d) Ao referir-se também, seguidamente, ao avanço tecnológico e comercial de que a recorrente goza, a Comissão considera que, na qualidade de pioneira no domínio do fabrico sintético de vitaminas e da sua utilização industrial, a Roche tem uma técnica mais importante e mais aprofundada do que os seus concorrentes, mesmo se entretanto as patentes de fabrico caducaram. Além disso, refere-se, por outro lado, à rede especial de comercialização fortemente desenvolvida de que a recorrente dispõe e que, graças a um pessoal bem formado, permite fornecer em grandes quantidades, rapidamente e de modo seguro, vitaminas sempre recentes e assegurar uma assistência pós-venda apreciável.

Quanto a este ponto, segundo os documentos juntos ao processo, a nossa impressão é de que a recorrente também não conseguiu modificar eficazmente o alcance destes elementos.

aa) Em primeiro lugar, no que respeita ao avanço tecnológico da recorrente, pode, no estádio actual, deixar-se em suspenso a questão de saber se a remessa inicial da Comissão para o *time-sharing-service,* assegurado mediante pagamento pela recorrente e que consiste na elaboração de programas de computador para os fabricantes de alimentos para animais constitui efectivamente um argumento importante. Como quer que seja, a recorrente pôde observar, a este respeito, que muitas outras empresas estão numa situação idêntica, que este serviço não atinge nela senão uma importância muito limitada e que, como foi provado com a ajuda de documentos internos, é quase sem interesse para os compradores.

Pode também deixar-se sem resposta a questão da determinação do alcance da objecção formulada pela recorrente segundo a qual existem numerosas descobertas para os processos de fabrico de vitaminas e que processos essenciais de fabrico de cinco vitaminas estariam nas mãos de outras empresas. De facto, trata-se aqui unicamente de determinadas vitaminas e, quanto às vitaminas A, B_1, B_2, B_3, B_6, E e H é incontestado que a recorrente efectua um trabalho de pioneiro essencial e que obteve no mercado um enorme sucesso. Ora, nestas circunstâncias não é, para a Comissão, uma simples presunção verificar que, em razão de uma experiência de vários anos, adquirida no fabrico de grandes quantidades, a Roche écapaz de oferecer artigos de melhor qualidade e um serviço pós-venda de primeira escolha com uma assistência técnica do mesmo nível. Aliás, quanto a este ponto, pode não apenas fazer-se referência às experiências adquiridas pela recorrente na utilização industrial de vitaminas para o fabrico de produtos destinados à alimentação humana e animal, mas também às explicações que a Roche fornece nas suas publicações quando, invocando, por exemplo, os *improvement of manufacturing methods,* sublinha o seu domínio técnico e insiste no facto de que, ao abrir novos domínios de aplicação, se pôde afirmar no mercado. Tal basta, sem qualquer dúvida, para concluir pela existência de uma vantagem tecnológica.

bb) No que se refere à verificação da Comissão quanto à rede de distribuição da recorrente, está quase fora de dúvida que a recorrente dispõe de um excelente sistema de distribuição. Na maior parte dos Estados-membros, o fabrico de vitaminas é efectuado por empresas filiais. A Roche possui aí, na proximidade dos clientes, depósitos de vitaminas frescas e assegura uma assistência pós-venda à qual ela própria se refere nas suas publicações.

Durante o processo, a recorrente alegou que dois concorrentes importantes (a saber, a BASF e a AEC) dispunham de uma rede de distribuição ainda mais densa e podiam, pelo

menos, no que se refere ao sector da alimentação animal, entrar mais facilmente em contacto com os compradores porque dispunham de um sistema de venda de adubos e insecticidas. Além disso, segundo a recorrente, o facto de quase todas as vitaminas serem susceptíveis de ser armazenadas durante um longo período é importante.

Todavia, não temos a impressão de que esta argumentação possa infirmar os argumentos adiantados pela Comissão ou reduzir o seu alcance de modo substancial. É seguro que não basta, para isto, fazer referência ao sistema de venda de dois concorrentes cujas vendas de vitaminas ficam muito aquém das da recorrente e dos quais não se pode, aliás, dizer, diversamente do que se passa com a recorrente, que as vitaminas sejam a sua especialidade.

e) Por fim, na sua decisão, a Comissão sublinhou as dificuldades de arranjar lugar nos mercados das vitaminas, dificuldades ligadas àsnecessidade de efectuar investimentos específicos importantes e de planificar as capacidades a longo prazo. Segundo a Comissão, deve daqui concluir-se que, «no momento actual», o aparecimento de novos concorrentes não pode modificar de modo sensível a posição da recorrente.

Também sobre este ponto, se conclui necessariamente pela impossibilidade de pôr substancialmente em dúvida a verificação da Comissão. Uma vez que são necessárias instalações especiais para cada tipo de vitamina e como a capacidade das fábricas é função das necessidades a longo prazo, a construção de novas instalações — talvez seja diferente no caso de investimentos destinados a ampliações — requer, em todo o caso, grandes quantias que só podem ser reunidas por empresas poderosas, designadamente do sector da química pesada. Entre o momento da concepção e o da produção, incluindo o período de arranque e de ensaio, passa-se em geral muito tempo, tal como o ilustra claramente o exemplo da penetração no mercado da BASF. Por isso não é erróneo supor que não é preciso contar, num breve prazo, com uma modificação substancial das relações de produção e de mercado no que respeita precisamente ao conjunto da gama de vitaminas. Esta interpretação é também confirmada, designadamente, pelo facto de a BASF e a AEC se limitarem ao fabrico de menores quantidades de vitaminas e de a Hoechst não ter ultrapassado o estádio experimental. No momento em que foi ouvida pela Comissão, a própria recorrente declarou que as empresas de química pesada se interessavam de preferência por outros sectores de produção; é incontestado, por outro lado, que, à escala mundial, se verifica existir excesso de capacidade no sector do fabrico das vitaminas. Além disso, aos exemplos de extensão próxima das capacidades que a recorrente apresenta na página 49 do seu recurso não se pode conferir um peso decisivo, pela simples razão que se referem, ao que parece, antes de tudo, a países situados fora da Comunidade e visam vitaminas diferentes das aqui em causa. Por outro lado, os seus efeitos apenas se farão sentir no futuro e, portanto, não podem ter influência na apreciação do poder da recorrente no mercado durante o período que é decisivo neste processo.

f) No fim desta parte, podemos portanto verificar que as considerações formuladas a título complementar pela Comissão — no que respeita à questão do poder da recorrente no mercado — são inteiramente pertinentes. Tal basta para reconhecer a justeza do entendimento da Comissão, na medida em que se trata de vitaminas em cujo mercado a recorrente detém uma quota muito grande, tal como as vitaminas B_2, B_6, H e C, bem como, relativamente a certas quotas do período aqui em causa, a vitamina E.

6. Ora, como o exame das quotas de mercado em certos sectores (a saber, a vitamina A e parcialmente a vitamina E, podendo a vitamina B_3, por outras razões, ficar fora de questão) apenas permitiu chegar a números que estão na fronteira das ordens de grandeza susceptíveis de conduzir à aplicação do artigo 86.° e como, nesta hipótese, o acórdão United Brands, que acabámos de mencionar, efectua diversas verificações minuciosas e complementares, queremos agora examinar ainda os pontos referidos pela recorrente que podem permitir pôr em dúvida o seu poder no mercado.

a) Para a recorrente, são considerações relativas aos resultados e ao comportamento no mercado, designadamente a evolução dos preços nos mercados aqui em causa que são preponderantes na sua actuação. Segundo afirma, resulta claramente que não dispõe do poder de determinar os preços; não pode, de qualquer modo, fixar à sua vontade os preços das vitaminas, tendo de se orientar segundo os preços do mercado. É nomeadamente digno de nota, em seu entender, verificar que, quanto às vitaminas, tiveram lugar baixas de preço em certa medida consideráveis, e isto apesar dos aumentos gerais dos custos e de um crescimento da procura.

aa) Em primeiro lugar, pode aqui pôr-se em dúvida a justeza da tese segundo a qual, na óptica do Tratado CEE, apenas se pode considerar haver posição dominante se houver poder para determinar os preços. Mesmo a remissão para o Tratado CECA e para a jurisprudência correlativa (acórdão de 18 de Maio de 1962, «Geitling» e o./Alta Autoridade, 13/60, Colect. 1962-1964, p. 47) não pode corroborar esta tese. Pelo contrário, o acórdão United Brands, já referido, contém, ao que nos parece, uma verificação importante: a rentabilidade e o poder de determinar os preços não constituem questões decisivas e a presença de uma concorrência não proíbe também concluir pela existência de uma posição dominante, desde que militem em favor desta tese um número suficiente de outros indícios. Como quer que seja, não se pode, em nosso entender, basear no poder de determinar os preços, quando se está, como no caso concreto, na presença de um caso de abuso que não respeita ao âmbito da formação dos preços, mas à consolidação da estrutura concorrencial e à penetração no mercado de outros concorrentes.

bb) Mas, todavia, se se quiser integrar a evolução dos preços no exame, épreciso sublinhar, para começar, que não seria oportuno ater-se aos quadros que figuram na petição, que devem reflectir as tendências que existem no mercado mundial relativamente às quantidades e aos preços. No presente contexto têm pouco valor, não apenas porque se trata unicamente de «tendências» (trends), mas também porque a escolha de diferentes indicadores de preços e de quantidades dá um quadro erróneo. Nem por isso deixa de ser interessante verificar que se pode também aí descobrir aumentos de preços. É o que se passa para o período que vai de 1970 a 1974, para as vitaminas C e B_2; quanto às vitaminas A, B_6, E e B_3, podem notar-se aumentos de preços, pelo menos durante os anos de 1972 a 1974.

cc) Se nos ativermos aos outros quadros apresentados durante o processo, elaborados com base em preços médios na Comunidade, válidos para as formas de venda mais importantes e que constituem cerca de 70% do volume das vendas, chega-se, em detalhe, aos seguintes resultados:

Para a *vitamina A*, os preços caíram de 1970 a 1972, depois aumentaram de novo para atingirem, em 1974, quase o seu nível de 1971. Os preços da *vitamina E*, também baixaram de 1970 a 1972, depois subiram de novo e situavam-se, em 1974, acima do nível

de 1971. No que respeita à *vitamina C* — aqui o número de base é o do ano de 1971 —, os preços aumentaram de 1971 a 1972, depois desceram até 1973, para voltar a aumentar mais tarde para além do nível de 1971. Relativamente à *vitamina* B_2 os preços subiram fortemente de 1970 a 1971, baixaram então um pouco sem atingirem, todavia, o nível de 1970 e, em 1974, situavam-se também a um nível que ultrapassava largamente, quer dizer, em cerca de 50%, o de 1970; de 1970 a 1972, os preços da *vitamina* B_6 caíram, depois subiram e estabeleceram-se também em 1974 num nível superior em 6% ao nível de 1970. No que respeita à *vitamina H*, os preços baixaram pouco de 1970 a 1971, subiram ligeiramente em 1972 para baixarem de novo. Por fim, no que se refere à *vitamina* B_3, sector onde se pode falar, quando muito, de uma posição dominante da recorrente no ano de 1974, os preços aumentaram claramente de 1973 a 1974, e depois diminuíram de novo consideravelmente.

Do exposto resulta, em primeiro lugar, que a evolução dos preços não se desenrolou de modo uniforme em nenhum caso, e isto nem sequer em mercados relativamente aos quais a recorrente — assim é com as vitaminas A, E e B_3 — citou o nome de concorrentes que fizeram prova de um espírito particularmente agressivo.

Por outro lado, importa também incorporar no exame a evolução das quotas de mercado da recorrente, bem como a sua produção e o seu volume de vendas. No que respeita às quotas de mercado, sabe-se já que elas, em parte, não conheceram quase nenhuma modificação (vitaminas A e C), que aumentaram mesmo em parte (vitaminas B_3 e B_6) ou que surgiram, quando muito, de certos recuos que não têm, de modo algum, um carácter espectacular (como para a vitamina E em 1974, relativamente à qual se nota um aumento dos preços; para a vitamina B_2 em 1973 e para a vitamina H, se se comparar os anos de 1970 e 1974).

É ainda mais interessante examinar a evolução, durante o período em questão, dos volumes de vendas e de negócios da recorrente no mercado comum. O volume de vendas aumentou claramente em 1970 e 1974 quanto às vitaminas A (43%), E (150%), C (54%), B_2 (33%), B_6 (100%), H (186%) e B_3 (25%). Segundo as declarações não contestadas feitas pela Comissão (v. as suas observações sobre as respostas formuladas pela recorrente às questões colocadas pelo Tribunal de Justiça, p. 9), a venda, expressa em termos de valor, das vitaminas A e E, relativamente às quais se disse que existia uma concorrência particularmente intensiva, pôde ser aumentada em todos os Estados-membros de 1972 a 1974. Tendo em conta estes factos (é interessante notar, por exemplo, o aumento da quota de mercado da vitamina B_6, enquanto, na mesma época, os preços diminuíam e que se assistia a uma pretensa penúria temporária, sendo a situação a mesma para a vitamina E), não se pode efectivamente rejeitar o argumento segundo o qual teria sido a própria recorrente que teria contribuído para a evolução dos preços para aumentar as vendas e que, consequentemente, esta evolução não era de nenhum modo devida unicamente à concorrência; sobre este ponto, pode-se, por exemplo, no que respeita à entrada da BASF no mercado da vitamina A, remeter para uma informação da direcção da recorrente, datada de 1970. Em qualquer hipótese, não se pode, face à situação do mercado e da concorrência, tal como é apercebida, concluir que a recorrente não se encontrou numa posição dominante, embora tenha defendido com sucesso as suas quotas de mercado.

b) A recorrente remete ainda para a concorrência potencial, que a Comissão não teve em conta, se bem que o acórdão de 21 de

Fevereiro de 1973, Europemballage e Continental Can (6/72, Colect., p. 109) a tenha qualificado como importante. A Roche considera que uma pressão no mercado também pode resultar da existência de tal concorrência, de modo que, apesar das quotas de mercado elevadas, não há posição dominante.

Em nosso entender, também esta ideia pode, tal como os argumentos expostos detalhadamente a este propósito, dificilmente abalar a verificação a que chegou a Comissão.

Assim, é importante verificar que, no que respeita ao mercado da vitamina B_2, as capacidades de fermentação não utilizadas que se encontrariam, antes de mais, nos Estados Unidos, não tinham aparentemente nenhum efeito sobre a evolução dos preços, porque é precisamente para a vitamina B_2 que se verifica um aumento de preços de 50% de 1970 a 1974.

No que se refere às sobrecapacidades que existem à escala mundial para o fabrico de vitaminas, nada de mais preciso nos foi dito. Por outro lado, ao supor que tenham tido efeitos sobre o comportamento e os resultados no mercado pode, a este respeito, insistir-se no facto de a recorrente ter podido, pelo menos durante anos, manter a sua posição nos mercados de vitaminas em causa neste processo.

Por fim, no que se refere à possibilidade de que dispõem os grandes grupos químicos de iniciar em qualquer instante a produção de vitaminas, se é que as não fabricam já, é interessante notar que, até agora, tal não teve lugar a não ser num pequeno número de mercados e sem que a posição da recorrente tenha sido com isso enfraquecida. Neste contexto, é possível que a existência das sobrecapacidades a que acabámos de aludir, e a verificação feita no processo, segundo a qual os interesses destes grupos eram fundamentalmente orientados noutra direcção, tenham desempenhado um papel. Em todo o caso, parece-nos muito pouco verosímil que tal se tenha podido traduzir por uma pressão efectiva sobre os preços do mercado — designadamente porque a realização de programas de investimento necessita de muito tempo — e que assim tenha podido justificar-se a verificação de que, apesar das suas importantes quotas de mercado, a recorrente não exerce uma influência preponderante sobre este.

c) Para a recorrente, o que também conta é considerar a fase em que o mercado se encontra analisado. O que caracteriza os mercados das vitaminas é, ao que afirma, que se verifica neles, desde há muitos anos, uma forte expansão que continua a persistir. Ora, em tal situação, importantes quotas do mercado teriam um significado menor do que na hipótese de um mercado estagnado, porque o mercado é suficientemente aberto a todos os interessados e deixa a todos os concorrentes uma margem de manobra suficiente.

É certo que não é possível negar algum fundamento a esta ideia, mesmo se, para as vitaminas com excepção da biotina, se é mais tentado a falar de uma fase de maturidade, porque se sabe que a sua fabricação artificial se efectua com sucesso há muito tempo. Por fim, este argumento não permite de forma alguma negar, no caso concreto, a existência de uma posição dominante da recorrente no mercado.

Sobre este ponto, pensamos que a possibilidade de tornar impossível ou consideravelmente mais difícil o acesso ao mercado dos outros concorrentes não tem uma importância decisiva. Mesmo se outros fabricantes podem perfeitamente operar num mercado,

o elemento determinante é, pelo contrário, que a recorrente tenha podido defender a sua excelente posição num mercado em forte expansão durante numerosos anos e se tenha oposto com sucesso à concorrência dos que chegaram de novo, tendo aliás, os contratos de exclusividade que serão examinados de seguida, contribuído também, muito provavelmente, para esta situação.

No que respeita mais particularmente à biotina, é perfeitamente exacto que só se desenvolveu um mercado nos últimos tempos. Decorre dos documentos apresentados pela recorrente que ela iniciou a sua produção no fim dos anos 40, que efectuou as suas primeiras vendas em meados dos anos 50 e que, apenas há poucos anos, uma série de concorrentes japoneses apareceu no mercado. Considerando também isto, e não obstante o facto do volume das vendas de todos os operadores no mercado ter fortemente progredido, inclinamo-nos a considerar o facto de a recorrente ter podido quase manter a situação de monopólio de que beneficiava na origem, uma vez que dispõe sempre, mesmo após quatro anos de concorrência, de uma quota de mercado de 93%. Deveria ter contribuído para isso o facto de a Roche ter reagido à entrada dos concorrentes no mercado por contratos de fidelidade (fidelity contracts); deste ponto de vista parece aliás importante que os produtos da recorrente apresentem vantagens que não têm os produtos dos concorrentes — remetemos, quanto a isto, para as notas apresentadas como anexo 7 à petição de recurso, relativa a uma reunião dos «European Bulk Managers».

d) Por fim, remetendo, designadamente, para o artigo 22.° da Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (lei alemã relativa às restrições da concorrência), a recorrente pretende que, para apreciar a posição no mercado, também se deve ter em consideração o acesso ao mercado de abastecimento, o que a Comissão também não fez. Sob este ângulo, a situação é caracterizada, segundo a recorrente, pelo facto de os concorrentes principais desta, grandes empresas químicas, fabricarem, eles próprios, os produtos químicos primários e intermediários utilizados no fabrico de vitaminas, enquanto, relativamente às matérias-primas, ela depende quase totalmente de terceiros, e, para algumas destas matérias-primas, está mesmo reduzida aos fornecimentos de concorrentes. Assim compraria em grande quantidade à BASF, à Hoechst e a uma empresa do grupo AEC as matérias-primas necessárias ao fabrico de vitamina B_6; compraria as matérias-primas destinadas ao fabrico da vitamina A, em grande parte à BASF, e as necessárias à produção da vitamina E viriam a ser fornecidas no futuro e em grande parte também pela BASF. Por outro lado, as matérias-primas utilizadas para o fabrico da vitamina C, ser-lhe-iam fornecidas por uma empresa francesa que tem relações estreitas com o grupo AEC, bem como por uma empresa americana.

Um exame mais aprofundado mostra seguramente que este argumento não pode ter, também ele, uma importância crucial no presente processo.

Assim, um elemento importante em si é o facto de não se tratar de substâncias que não existem a não ser em quantidades reduzidas no estado natural, mas de produtos que podem ser fabricados à vontade. O acesso a estas substâncias não está reservado a quem as fabrica, o que a recorrente, enquanto empresa química, também poderia manifestamente fazer, mas a quem possa, sem dificuldades, adquiri-las no mercado. Ora, não foi alegado durante o processo que a recorrente tenha encontrado tais dificuldades.

No que respeita precisamente às relações da recorrente com alguns dos seus concorrentes, o processo revelou que os fabricantes de

produtos primários relativos à vitamina B_6 não fabricam esta vitamina e que a Hoechst, *um* fabricante do produto primário destinado à vitamina A, também não fabrica esta vitamina. Só no que respeita à vitamina A é que pode em estar questão uma relação de concorrência, porque os produtos primários, necessários para este efeito, são comprados à BASF e a BASF fabrica vitamina A. Ora, só por si, este estado de facto, sem que seja necessário juntar explicações mais precisas relativas a quaisquer problemas de fornecimento, não permite seguramente, no caso da recorrente, pôr em dúvida a existência de uma posição dominante que é corroborada por numerosos indícios no que respeita também à vitamina A.

7. Face a isto é necessário não esquecer que na decisão impugnada a Comissão teve razão ao verificar que a recorrente detém uma posição dominante nos mercados das vitaminas A, B_2, B_6, C, E e H. Apenas se justifica um entendimento diferente para a vitamina B_3. É certo que, em 1974, a recorrente também dispunha de uma quota de mercado relativamente a este produto de uma ordem de grandeza susceptível de levar à aplicação do artigo 86.° Atendendo à dimensão das quotas de mercado dos concorrentes e à evolução dos preços desta vitamina, mais precisamente porque os contratos aqui em questão apenas foram celebrados, o mais tardar, em 1973, este mercado parcial não deveria ser tomado em consideração.

III — Agora há que analisar se a recorrente abusou efectivamente da sua posição dominante.

A Comissão vê a existência de um tal abuso na celebração, num período situado entre 1963 e 1973, de 26 contratos assinados com 22 compradores da recorrente. Segundo a Comissão estes contratos vincularam, através de formas diferentes, os compradores da Roche relativamente ao abastecimento de algumas ou de todas as espécies de vitaminas de que os diferentes clientes necessitavam. Além do mais, estes contratos reservavam aos clientes vantagens diferentes que não dependiam das poupanças de gastos efectuadas pela Roche. A Comissão entende que se pode falar de uma violação do princípio mencionado no artigo 3.°, alínea f), do Tratado CEE, nos termos do qual é necessário velar que a concorrência não seja falseada, dado que esta situação influenciou a liberdade de escolha dos compradores, restringiu a concorrência a que se dedicavam os fabricantes de vitaminas e impediu que outros fabricantes entrassem em contacto com estes compradores. Por outro lado, a Comissão entende que há violação do princípio da igualdade de tratamento na acepção do artigo 86.°, segundo parágrafo, alínea c).

A recorrente alega que não se pode falar de um sistema uniforme de vendas; designadamente os acordos celebrados com a Unilever e a Merck têm características que justificam uma análise separada. Além disso, um elemento importante é o facto de os contratos não terem sido celebrados com base numa posição dominante no mercado, isto é, de não estarem ligados a uma posição de força e, por outro lado, deverem também ser considerados de uso perfeitamente corrente no comércio. A recorrente entende que, para fazer a sua apreciação é necessário, pelo menos, tomar em conta os interesses em presença e considerar precisamente o facto de a referida cláusula inglesa, que figura nos contratos, ter deixado uma margem de manobra suficiente à concorrência. Quanto às diferenças mencionadas pela Comissão, a Roche entende que estas se justificam, pelo menos em parte, visto as diferentes despesas que tem de suportar. Em caso algum eram de uma ordem de grandeza que prejudicasse a competividade dos compradores. Por fim, também se deve ter em consideração os efeitos dos contratos no mercado. Se afastarmos algumas convenções relativamente às quais

se pode dizer que não levantam nenhum problema é absolutamente impossível aceitar a conclusão de que a concorrência e o comércio entre os Estados-membros foram influenciados de *forma sensível.*

1. Para efectuar uma apreciação sobre esta controvérsia, começaremos pela análise de alguns argumentos de ordem geral apresentados pela recorrente.

a) Na verdade, o certo é que só se pode concordar com o argumento da recorrente de que não se pode falar de um sistema uniforme de contratos. Com efeito, de uma simples análise superficial dos contratos resulta uma estrutura diversificada relativamente ao âmbito de aplicação *ratione materiae et loci,* o momento da assinatura, a duração, bem como a sua restante economia interna. Contudo, a nosso ver, este elemento não tem uma importância decisiva do ponto de vista da apreciação jurídica. Face a um caso como o vertente, o artigo 86.° não supõe, de modo algum, que os contratos de fornecimento sejam a expressão de uma concepção uniforme e que constituam, no seu conjunto, um sistema coerente. Apenas tem interesse saber se os efeitos dos contratos com os quais se tem de contar, de acordo com a sua formulação, podem, no seu conjunto, ser abrangidos pelo tipo de abuso de que se trata. Mais adiante, será necessário analisar este aspecto em pormenor. Por enquanto, queremos apenas acrescentar, que não parece efectivamente incorrecto sublinhar, como o fez a Comissão, que se discirna nos contratos uma ideia de base que tende para a dominação, a saber, a manutenção da quota de mercado e a protecção contra uma concorrência indesejável. Relativamente a esta questão pode remeter-se para os documentos internos da recorrente que a própria nos apresentou durante o processo, isto é, uma nota de 8 de Maio de 1971 e os seus anexos, contendo informações dirigidas à direcção, bem como para um relatório referente a uma reunião dos «European Bulk Managers».

b) Na medida em que a recorrente afirma, além disso, que contratos como os que estão aqui em questão são frequentes no comércio, basta fazer duas observações.

Em primeiro lugar, este facto não está de modo algum provado no que diz respeito ao mercado das vitaminas. Durante o processo foram citados alguns casos a título de exemplo, mas não são de modo algum suficientes para este efeito. Por outro lado, pressupondo que tais contratos estivessem largamente divulgados, também não se pode enunciar como princípio que o que é autorizado para as empresas em situação de concorrência se aplica de igual modo às empresas que detêm uma posição dominante. Com efeito, no primeiro caso, as condições de fornecimento apenas reduzem de certo modo a concorrência existente. No segundo caso, pelo contrário, uma empresa está em condições de impedir uma concorrência eficaz e pode, por conseguinte, fortalecer as relações existentes entre os fornecedores e os clientes, de forma a conseguir uma consolidação e um reforço no mercado, das posições que já existem e que são postas em causa.

c) Também não se pode concordar com o ponto de vista da recorrente, segundo a qual o comportamento da empresa que detém uma posição dominante no mercado, criticável à luz do artigo 86.°, deve poder ser qualificado como «ligado a uma posição de força» (machtbedingt). A recorrente alega que falta um elemento destes no caso em apreço, porque os contratos não foram celebrados em virtude do poder da recorrente no mercado; em especial, a cláusula inglesa não foi imposta aos compradores, tendo tido muitas

vezes como origem o poder negocial dos compradores.

Pode acontecer que um tal entendimento da noção de «abuso» se aplique eventualmente a algumas situações abrangidas pelo artigo 86.°, quando, por exemplo, se coloca a questão de impor preços não equitativos [artigo 86.°, segundo parágrafo, alínea a)], mas não se aplica decerto, em termos globais, ao artigo 86.° Foi o que determinou claramente o acórdão Europemballage Continental, já referido, que dizia respeito à aquisição de um importante concorrente por uma empresa dominante. Este acórdão declara que o que é determinante não é a utilização do poder no mercado, sendo necessário, pelo contrário, falar de abuso a partir do momento em que uma empresa em posição dominante exerce, através da sua acção, uma influência sobre a estrutura da concorrência. O processo em apreço apresenta uma certa semelhança com a situação assim descrita, na medida em que, também aqui, se trata, decididamente, de uma estrutura de mercado influenciada por vínculos existentes com os compradores. No presente processo podemos igualmente basear-nos numa noção objectiva de abuso. Mas, além do mais, ainda estamos dispostos a pensar que se pode proceder do mesmo modo relativamente àcrítica referente à ilegalidade do tratamento dado aos compradores. Esta também não supõe, de modo algum, a utilização do poder no mercado, porque tem de se situar num mercado que relativamente a este ponto tem falta de transparência.

2. Prosseguindo a análise do processo, dedicar-nos-emos, em primeiro lugar, aos vínculos existentes entre os compradores e a recorrente. Ao proceder assim, é necessário, de qualquer modo, de acordo com a argumentação da recorrente, excluir por enquanto os contratos celebrados com a Unilever e a Merck, porque têm supostamente características especiais que necessitam, em cada caso, de uma apreciação diferente.

Verificamos dois tipos de vínculos nos contratos, a saber, por um lado, as obrigações expressas de fornecimento ligadas a promessas de abatimento de preços e, por outro, aos vínculos que se baseiam exclusivamente em descontos de fidelidade, se assim puderem ser qualificadas sucintamente as vantagens prometidas.

a) Vamos começar pelos contratos que prevêem *obrigações expressas de abastecimento*. Estes dizem respeito à totalidade ou a uma certa percentagem (oscilando entre 70% e 80%), ou seja, o essencial das necessidades dos diferentes compradores e aplicam-se a *todas* as vitaminas, a todas aquelas que estão em questão no presente processo ou a um certo número indicado em pormenor. Entram no âmbito deste tipo de contratos aqueles que foram celebrados com a Afico, Dawe's, Organon, Provimi, Purina e Upjohn (totalidade das necessidades), Cyanamid (pelo menos 90% das necessidades), Animedica (pelo menos 80% das necessidades totais), Guyomarc'h (pelo menos 70% das necessidades totais), bem como os acordos celebrados com a Nitrovit e a Isaac (que dizem respeito à parte mais importante das operações).

Relativamente a este ponto, é decerto necessário partilhar o ponto de vista da Comissão segundo o qual tais obrigações de abastecimento são inconciliáveis com as regras de concorrência do Tratado CEE quando o fornecedor detém uma posição dominante. Estas obrigações privam os compradores da liberdade de escolha aquando da compra, excluem outros concorrentes destes mercados e contribuem assim para uma consolidação das relações de concorrência e para um reforço da posição dominante no mercado que, de qualquer modo, já existe. O facto de as necessidades serem cobertas na sua totalidade ou em parte apenas pela empresa dominante no mercado não altera nada no caso *sub judice*, na medida em que, de qualquer

modo, se trata de uma parte essencial das necessidades. Também não é o mais importante saber se estão abrangidas todas as vitaminas de que os compradores necessitam ou apenas algumas, uma vez que se sabe que a Roche detém uma posição dominante em todos os mercados em questão neste processo, excluindo o da vitamina B_3.

Aqui há quando muito que indagar, por um lado, se tem relevo o facto de algumas convenções terem uma duração limitada a um ano ou de nelas estarem incluídas cláusulas de resolução, isto é, que apenas se consubstanciam num vínculo limitado ou rescindível a relativamente curto prazo e, por outro, se a existência da cláusula inglesa pode implicar qualquer modificação desta apreciação de princípio.

aa) Se o nosso entendimento é correcto, a recorrente deu, relativamente a este primeiro ponto, especial relevo ao argumento da *tomada em consideração dos interesses*. Deduz a pertinência deste argumento da decisão GEMA da Comissão (JO 1972, L 166). De resto, remete, relativamente a esta questão, para o acórdão de 21 de Março de 1974, BRT/ /SABAM (127/73, Colect., p. 167), no qual se refere, a propósito do artigo 86.°, que o que é determinante é saber se um vínculo de exclusividade excede o que é aceitável e que, relativamente a este ponto, é necessário tomar em consideração os interesses das partes, devendo existir uma relação de equilíbrio entre estes. Segundo a recorrente, por isso mesmo, é importante verificar que os próprios compradores tinham um interesse nos contratos. Estes permitiam uma racionalização das compras a preços vantajosos e garantiam uma segurança dos abastecimentos num mercado em parte caótico, sem ter em conta a escassez momentânea. Para além do mais, segundo a recorrente, para muitos compradores é importante uma garantia de qualidade constante, na medida em que, com efeito, estas misturas prévias são raramente modificadas e as instalações industriais especiais não permitem modificações das mercadorias compradas. Segundo a Roche, na óptica de uma planificação razoável da sua produção, o fornecedor tem interesse em conhecer de modo fiável o volume das suas vendas; além disso, não se pode exigir deste que se obrigue unilateralmente a fornecer sem exigir uma garantia de compra. Por fim, os interesses de terceiros, tal como os dos compradores são ainda tomados em consideração graças a uma limitação no tempo das convenções, bem como através do sistema da cláusula inglesa que permite ter em conta as propostas mais vantajosas efectuadas por terceiros.

Relativamente a este problema há que reconhecer que no acórdão 127/73 se encontra efectivamente a ideia de uma tomada em consideração dos interesses. Além disso, é exacto que este raciocínio também surge na doutrina (v. Von Gamm — «Das Kartellrecht des EWG», p. 81, que evoca a necessidade de uma tomada em consideração dos interesses e segundo o qual só se pode falar de abuso quando os justos interesses dos concorrentes ou dos utilizadores são lesados de uma forma que ofenda as conveniências). Contudo, pode duvidar-se, em primeiro lugar, que se trate de uma interpretação jurídica definitiva do artigo 86.° Por outro lado, pode parecer criticável transpor, sem mais, para o presente processo o raciocínio desenvolvido no acórdão já referido, a propósito dos factos específicos. Além disso, cabe indagar se, no mercado da vitamina, é habitual e muito comum que os grandes compradores encomendem de uma só vez o volume das suas necessidades anuais, havendo, consequentemente, poderosos interesses dos compradores a favor da licitude de um tal vínculo. Seja como for, parece estar provado de forma bastante que apenas um pequeno número de compradores da recorrente celebrou contratos deste tipo.

Finalmente, podemos deixar, contudo, esta questão em suspenso pelas razões seguintes.

Nalguns contratos que prevêem obrigações expressas de fornecimento, a saber, os contratos celebrados com a Guyomarc'h, a Purina e a Upjohn, não havia limite no tempo. Não se aplicam pois as considerações tecidas, que permitem quanto muito, de qualquer forma, aceitar os vínculos existentes relativamente a períodos curtos.

É certo que existem outros contratos que prevêem uma limitação a um ano (Isaac), sendo celebrados por uma duração de um ano com possibilidade de prolongação na falta de resolução em 1 ou 31 de Outubro (Afinco, Cyanamid, Animedica, Organon), ou ainda, que permitem a resolução, sem prejuízo, de serem respeitados prazos variáveis — 30 dias, 2 ou 3 meses — (Isaac, Nitrovit, Dawe's e Provimi). Relativamente a esta questão não se pode ignorar o facto que, em todos os casos, também é relevante a atribuição de descontos. Relativamente a estes contratos coloca-se, pois, pelo menos, a questão de saber se a vantagem que constitui a concessão de um desconto não tem por efeito criar um vínculo susceptível de implicar uma renúncia à supressão das relações de negócios. Eis a razão pela qual, em nossa opinião, não é defensável excluir, desde já, a análise dos contratos em questão, com base no argumento de que não levantam qualquer problema; pelo contrário, tem fundamento tomá-los em consideração quando mais adiante analisarmos a questão dos vínculos resultantes da atribuição de descontos.

bb) Além do mais, no que diz respeito à dita *cláusula inglesa* segundo a qual as propostas mais vantajosas feitas pelos concorrentes podem ser relevantes, é decerto conveniente reconhecer que, nestas condições, a concorrência dispõe de uma certa margem de manobra. No entanto, abstraindo o facto de a cláusula não existir de todo no contrato celebrado com a Guyomarc'h, a questão essencial é que o vínculo estabelecido com a recorrente não é de modo algum suprimido, quando muito atenuado. Com efeito, regra geral, a cláusula em questão tinha uma formulação tal que, desde que houvesse uma proposta mais vantajosa, os compradores pura e simplesmente já não eram livres, mas deviam informar a recorrente e deixar-lhe a possibilidade de aplicar condições mais vantajosas. Este raciocínio também se aplica ao contrato celebrado com a Afinco, se for interpretado como deve ser; com efeito, a formulação «se a Roche... não puder fornecer a um preço concorrencial» deve decerto ser entendida no sentido de que era necessário deixar à Roche a possibilidade de fornecer em tais condições. Consequentemente, a possibilidade de os concorrentes obterem ou não uma encomenda dependia exclusivamente da decisão da recorrente, em virtude da cláusula inglesa. Além disso, é necessário recordar que, em vários aspectos, a cláusula estava formulada de uma forma muito restritiva. É assim que apenas estava em questão propostas feitas por fabricantes e não por negociantes (Animedica), ou mesmo unicamente por fabricantes reputados (Afinco, Cyanamid e Povimi) ou por fabricantes concorrentes do mesmo nível (Organon) o que significa, no caso em apreço — embora esta questão possa ficar em suspenso por enquanto —, que era necessário revelar a identidade do concorrente. Nalguns casos, também se trata de propostas escritas sérias (Isaac e Nitrovit) e de um fornecimento regular comparável.

Nestas circunstâncias, face à cláusula inglesa em relação à qual a Comissão teve razão ao dizer que provavelmente facilitou a celebração de contratos de exclusividade, não é efectivamente possível negar a existência de um vínculo abusivo. Uma outra apreciação é quando muito possível relativamente ao contrato celebrado com a Upjohn, que contém tão somente uma simples cláusula de concorrência («se... os preços da Roche forem concorrenciais»). Pode dizer-se que aqui a Roche não obteve o poder de influenciar os abastecimentos junto de outros fabricantes e poder-se-ia cair na tentação de considerar que

este tipo de vínculo não suscita qualquer crítica se nos recusarmos, no caso vertente, a dar uma importância determinante ao facto de se tratar de um vínculo que não estava limitado no tempo.

b) O outro tipo de *vínculo* impugnado pela Comissão é, como já dissemos, aquele que se concretizava *através dos descontos.*

Relativamente a esta questão é decertó necessário reconhecer que, quando as vantagens em matéria de fornecimentos são concedidas em função da fidelidade dos clientes e não em função das poupanças realizadas nas despesas que incumbem ao fornecedor, o resultado pode ser a criação de uma força de atracção, muito próxima da que resulta de um vínculo propriamente dito. Com efeito, se um comprador obtém um desconto em função da totalidade dos seus abastecimentos (desconto em função do volume total de vendas), bem como na condição de suprir a totalidade ou uma grande parte das suas necessidades junto do fornecedor que efectua o desconto, um concorrente só conseguirá obter a encomenda se a sua proposta compensar a perda do desconto. O que é muitas vezes excessivamente difícil ou mesmo impossível, mesmo quando o desconto não é muito elevado, de tal forma que de facto a possibilidade de chegar a tais clientes se encontra bloqueada. É por esta razão que no processo do açúcar, Coöperatieve Vereniging «Suiker Unie» UA e o./Comissão, já referido, se entendeu que os descontos concedidos na hipótese de um fornecimento exclusivo constituíam um abuso. No direito nacional da concorrência tais convenções também são objecto de críticas muito vivas. Relativamente a esta questão remetemos para Mestmaeker — «Europäisches Wettbewerbsrecht», p. 390, bem como para uma decisão do Bundeskartellamt alemão (serviço federal dos cartéis), de 10 de Setembro de 1971 (Wirtschaft und Wettbewerb/Entscheidungen des Bundeskartellamtes 1361). Sobre este assunto são interessantes, no direito francês, uma sentença de 5 de Fevereiro de 1966, proferida pelo tribunal de grande instance de Paris (J.C.P. 67, II. 15029) e um parecer da Comissão Técnica em Matéria de Acordos, Decisões e Práticas Concertadas e de Posições Dominantes, de 28 de Março de 1963 (JO Documents administratifs n.° 66, p. 2609). Quanto ao direito belga podemos citar um acórdão da cour d'appel de Bruxelas, de 16 de Maio de 1963 (Journal des tribunaux 1963, pp. 434 e segs.); por outro, é interessante consultar sobre esta questão o «Report on Supply of Flat Glass» da Monopoly's Commission britânica de 1968.

Nesta óptica, os contratos impugnados no caso vertente apresentam-se da seguinte forma:

Numa série deles, a concessão do desconto está ligada à condição que o conjunto das necessidades seja suprida junto da recorrente (Dawe's, Organon, Provimi, Radar e Purina); há outros contratos que prevêem a concessão de um desconto quando uma certa parte dos abastecimentos é fornecida pela recorrente (Cyanamid, Animedica, Guyomarc'h, Protector, Ramikal e Trouw); num terceiro grupo, os descontos estavam escalonados em função das vendas, sendo concedidos a partir de um certo volume mínimo de vendas (Afico, Beecham, Capsugel, Nitrovit, Sandoz, Upjohn e Wyeth); por fim, assemelham-se a estes contratos aqueles que prevêem descontos escalonados em função da parte da estimativa do volume de operações efectuadas com a Roche (Beecham, Isaac, Pauls). A este propósito, mesmo nos casos em que o desconto não está formalmente ligado a uma exclusividade de abastecimento, uma interpretação dos contratos (alguns utilizam a noção de «descontos de fidelidade»; para outros é esclarecedora uma comparação com acordos paralelos) leva a estabelecer esta conexão (como, por exemplo, no caso da Afico, da

Cyanamid, da Organon, da Protector, da Provimi e da Purina).

Atendendo a esta situação, é efectivamente necessário concluir que, em princípio, a Comissão tem razão ao entender que todos estes contratos entravam no âmbito dos abusos mencionados no artigo 86.°

Ao tentar, em parte, qualificar estes descontos como descontos concedidos em razão do volume ou das encomendas prévias, estando justificados do ponto de vista das poupanças realizadas a nível dos custos de fabrico e em razão da supressão da assistência técnica para os grandes clientes, a recorrente nada muda a esta situação. Com efeito, os descontos são concedidos sobre a totalidade das vendas, isto é, também se aplicam a fornecimentos de pequenas quantidades de diferentes vitaminas, sendo neste caso difícil falar de poupanças deste tipo. Por outro lado, nas informações da direcção da recorrente pode ler-se que, para todas as compras efectuadas no âmbito dos contratos de fidelidade, é necessário aplicar o preço mais vantajoso relativamente ao volume em questão, o que significa que estes já foram tomados em consideração aquando da formação do preço.

De igual modo, não permite chegar a outra interpretação o ponto de vista que defende tratar-se, nos contratos em que esta qualificação foi utilizada (a saber, para a Afico, a Capsugel, a Provimi e a Upjohn), de verdadeiros descontos de «percentagem». Relativamente a esta questão a Comissão teve razão ao sublinhar que para sociedades filiais de grandes grupos muito conhecidos, e é delas que se trata permanentemente, não pode estar causa um verdadeiro risco de pagamento que deva ser coberto e honrado. Além disso, é interessante verificar, a este propósito, que a designação dos descontos mudou, em parte, nos contratos (v., por exemplo, os contratos celebrados com a Afico e a Provimi).

Assim, neste contexto, também se coloca a única questão que consiste em saber se a existência da cláusula inglesa altera esta apreciação de uma forma ou doutra. Teremos, desde já, de dar uma resposta negativa relativamente à maioria das convenções. A este propósito, pouco importa, ao que parece, que esta cláusula não seja aplicada em caso de igualdade de preços e, como a própria Roche admite, que não tenha por efeito que as encomendas realizadas junto dos concorrentes sejam incluídas no cálculo dos descontos, o que significa que é necessário compensar as perdas que correspondem aos descontos dos concorrentes. Pelo contrário, também aqui, o que importa é que a Roche, segundo a economia da cláusula, pode decidir se o abastecimento será feito junto de terceiros — em nossa opinião isso também se aplica ao contrato celebrado com a Capsugel —, e que em caso de intervenção da Roche, o comprador já não tem liberdade e já não preenche as condições exigidas para beneficiar dos descontos se se abastecer noutro lado. Além do mais, é importante notar que, também aqui, a cláusula inglesa está parcialmente formulada de um modo muito restritivo, na medida em que permite que apenas sejam tomadas em consideração as propostas feitas pelos produtores (Ramikal e Trouw), na medida em que refere produtores reputados, fabricantes de primeira categoria ou fabricantes considerados de primeira categoria (Radar, Purina, Sandoz, Wyeth), na medida em que são necessárias propostas sérias formuladas por escrito (Beecham, Paul's) ou na medida em que se mencionam fornecimentos regulares comparáveis ou condições de fornecimento idênticas (Beecham, Paul's, Trouw).

Num único caso (o da Protector), ou em dois casos, se incluirmos desde já o contrato celebrado com a Upjohn, já mencionado neste contexto, se pode chegar a uma conclusão diferente, porque nestes contratos consta uma simples cláusula de concorrência e porque não prevêem nenhum direito de intervenção da Roche. Nesta situação é possível afirmar que o vínculo estava de tal modo enfraquecido que os concorrentes dispunham de uma

verdadeira margem de manobra, não podendo estar em questão um obstáculo abusivo ao exercício da concorrência.

c) Por fim, relativamente à realidade do vínculo e antes de poder determinar definitivamente a existência de um abuso na acepção do artigo 86.°, é necessário, em conformidade com os argumentos apresentados pela recorrente, indagar ainda se, *na prática, a utilização efectiva dos contratos* é importante do ponto de vista da sua apreciação. Relativamente a este ponto, a recorrente declarou que a cláusula inglesa tinha sido plenamente aplicada, que tinham sido efectuados importantes abastecimentos junto de concorrentes e que, por este facto, estes não tinham sido amplamente excluídos. Por várias vezes, contrariamente ao que prevê a cláusula inglesa, os compradores nem sequer informaram a Roche e não perderam o direito ao desconto, mesmo nos casos em que a Roche não teve a possibilidade de intervir com propostas mais vantajosas. Por isso, a recorrente refere, entre outros, os relatórios relativos a verificações efectuadas junto dos seus clientes, que a Comissão apresentou durante o processo; além do mais, remete para as observações sobre a comunicação das acusações da Comissão, formuladas por alguns parceiros contratuais da recorrente durante o processo administrativo.

Em nossa opinião, tais considerações não entram no âmbito desta discussão. Entendemos que é pertinente o ponto de vista defendido pela Comissão segundo o qual, apenas são determinantes para apreciar a questão da existência de abuso, na acepção do artigo 86.°, o teor dos contratos e os efeitos com os quais era razoavelmente necessário contar posteriormente. É possível justificar este ponto de vista simplesmente porque se pode entender que as cláusulas contratuais, cuja adopção foi provavelmente objecto de árduas discussões, também tinham um alcance prático.

Em todo o rigor, é possível tomar em consideração as consequências reais do sistema de vendas da recorrente quando se refere a questão da gravidade da violação que lhe é imputada — prejuízo causado às relações de concorrência no mercado comum — por ocasião do cálculo da multa que lhe foi aplicada. Eventualmente teremos que voltar a abordar esta questão num outro contexto.

3. Depois de ter provado que a Comissão teve razão — pelo menos no que diz respeito à maioria dos contratos em questão — ao entender que existia um vínculo abusivo com a recorrente, pretendemos ainda analisar os contratos celebrados com as empresas Merck e Unilever para descortinar se, neste caso, se justifica uma apreciação particular.

a) A recorrente celebrou com a empresa Merck três contratos de fornecimento das vitaminas A, E, e B_6. Estes tinham por objecto o conjunto das necessidades da empresa ou as suas necessidades suplementares que excedessem a sua capacidade de produção; aplicavam-se por uma duração de cinco anos e eram prorrogáveis de cada vez, posteriormente, por mais dois anos, na falta de uma resolução prévia efectuada em tempo útil. Tinham sido prometidos descontos à empresa Merck da ordem dos 20% para a vitamina B_6. Relativamente às duas outras vitaminas aplicavam-se descontos mínimos e máximos que oscilavam entre 12,5% (15) e 20% em função da evolução dos preços. Dois contratos também continham a cláusula inglesa que garantia à Roche o direito de intervir se outros fabricantes apresentassem propostas de preços e de negócios mais interessantes.

Relativamente aos descontos, a recorrente baseia-se essencialmente no facto de se tratar, para as vitaminas E e B_6, de descontos de quantidade e, para a vitamina A, de

descontos funcionais, dado que a empresa Merck revendia este produto e a recorrente efectuava poupanças a nível das despesas de comercialização. Por outro lado, a Roche afirma que, em virtude do seu próprio plano de produção, a empresa Merck tinha interesse em obter um fornecimento regular de grandes quantidades, e que pretendia abastecer-se junto de um único fornecedor passando, relativamente a terceiros, por um fabricante.

Contudo, em nossa opinião, tudo isto não permite excluir do âmbito de aplicação do artigo 86.°, que proíbe os abusos, os contratos celebrados com a Merck. Relativamente a este aspecto, a questão de qualificação dos descontos pode ficar sem resposta, porque, como nos foi dito, a Comissão não atribui uma importância primordial a este facto, mas sim ao vínculo de exclusividade. Ora, também aqui, temos de negar a existência deste vínculo e, designadamente, a sua longa duração. Mesmo entendendo que o interesse da Merck em obter fornecimentos regulares e seguros é digno de tutela, não fica justificado um vínculo tão longo e tão estreito como aquele que existia. Outra hipótese é duvidar que, tal como a Comissão, ao esforçar-se por passar, perante terceiros, por um fabricante, quando na realidade desempenhava apenas funções de revendedor, a empresa Merck tenha um interesse digno de ser tomado em consideração e tutelado. Por fim, relativamente à cláusula inglesa, verifica-se que o vínculo não foi suprimido, mas apenas atenuado, e isto, na medida em que a Roche o aceitou e também na medida em que se tratava apenas de outros *fabricantes* e não de distribuidores.

b) Por outro lado, relativamente ao contrato celebrado com a Unilever é necessário verificar que este previa uma obrigação de cobertura do conjunto das necessidades em vitamina A para o ano de 1974 e uma obrigação do mesmo tipo para o ano seguinte, devendo a quantidade avaliada ser comunicada em Dezembro de 1974. Neste caso não havia descontos mas preços preferenciais, devendo as direcções dos grupos Unilever e Roche compensar, posteriormente, relativamente a cada contrato, a diferença entre os preços constantes da factura e os preços mencionados no contrato. O contrato também continha uma cláusula inglesa que atribuía à Roche um direito de preferência com o objectivo de esta se adaptar aos preços menos elevados de outros fabricantes.

Relativamente a esta questão, a recorrente entende, antes de mais, que não pode ser feita qualquer crítica relativamente aos preços especiais convencionados. Estes justificam-se em virtude das relações de negócios de há vários anos e do volume dos fornecimentos, mas, sobretudo, porque a Roche tem custos de distribuição menos elevados e pode poupar a nível do serviço de assistência técnica. Além do mais, segundo a recorrente, estes contratos foram elaborados sob a pressão das propostas da concorrência, como resulta de uma acta redigida, em Londres, em Dezembro de 1971, depois de uma reunião com a Roche. Quanto a este aspecto, a forma de facturar não tem, como afirma a Roche, nenhum significado especial e explica-se simplesmente por razões fiscais e de técnica contabilística.

Se o nosso entendimento é correcto, também aqui a Comissão não dá uma importância fundamental aos preços especiais convencionados, mas antes àobrigação imposta à Unilever de se abastecer junto da Roche. Ora, no que toca a esta questão, a apreciação também só se pode fazer com base nos argumentos expostos relativamente aos contratos que acabámos de analisar. Tal também se aplica no que se refere à duração do contrato — mesmo os clientes importantes não celebram necessariamente contratos com uma duração de dois anos; para além disso, também podemos remeter para o que acaba

de ser dito sobre a estrutura da cláusula inglesa no âmbito dos outros contratos. Além do mais, ainda podemos acrescentar que não parece inexacto que a Comissão tenha concluído, considerando a forma de facturação utilizada, que este sistema se destinava efectivamente a controlar o respeito da obrigação de abastecimento. Com efeito, não se consegue descortinar muito bem quais possam ser as circunstâncias imperativas que impedem que os preços relativos ao contrato, convencionados pelas direcções dos grupos, sejam directamente aplicados pelas suas sociedades filiais.

c) Consequentemente, não há certamente qualquer razão para fazer uma apreciação diferente dos contratos celebrados com a Merck e a Unilever. Também se deve entender que constituem um abuso, e isto, pelo menos, no que respeita à obrigação de abastecimento que incumbe aos compradores, isto é, em virtude da restrição à sua liberdade de escolha e das dificuldades acrescidas de terceiros em penetrar nestes mercados.

4. Abordaremos agora a segunda categoria de abusos, a saber, a aplicação de condições desiguais no caso de prestações equivalentes que o artigo 86.°, segundo parágrafo, alínea c) condena se forem praticados por empresas em posição dominante. Também relativamente a esta questão se pode remeter para o processo do açúcar, no qual, precisamente a propósito dos descontos de fidelidade, foi formulada uma crítica deste tipo com o fundamento de que prejudicavam os compradores no plano da concorrência. Além do mais, é interessante salientar que também encontramos tais apreciações no direito nacional: por exemplo, o direito francês proíbe a prática de diferenças de preços que não sejam justificadas com base em diferenças de preço de custo; o direito inglês aplica uma regra idêntica (v. o relatório da «Monopoly's and restrictive practices commission on supply of insulated electric wires and cables»).

No caso vertente, não se pode duvidar do facto de os compradores terem tido um tratamento diferente relativamente ao cálculo dos descontos e, aliás, a recorrente não o contestou. Se se analisar o escalonamento dos descontos sobre o volume total de vendas verificam-se, em parte, diferenças consideráveis relativamente às quantidades mínimas exigidas e os descontos referentes às quantidades, e isto, é verdade, não apenas quando se comparam os contratos expressos numa mesma moeda e aplicáveis num período idêntico, mas também quando se comparam os contratos expressos em moedas diferentes. O mesmo sucede com os outros descontos de fidelidade, incluindo os ditos descontos de «percentagem», cujas taxas variam entre 1% a 7,5%, exceptuando os abatimentos que figuram no contrato celebrado com a Merck e qualificados como descontos de quantidade. Também não é decerto a remissão para os períodos em que se aplicavam estas convenções — que, em parte, se sobrepõem — ou a referência ao volume das necessidades cobertas ou ainda aos abastecimento reais, como nos foram comunicados em 1974, que justificam estas diferenças. Aliás, por enquanto não necessitamos de produzir a sua prova pormenorizada; relativamente a este ponto, a mínima das dúvidas fica esclarecida após uma análise atenciosa dos contratos.

Eis a razão pela qual as tentativas de justificação da recorrente têm um aspecto completamente diferente. Foi assim que ela considerou que, na audição levada a cabo pela Comissão durante o processo administrativo, em virtude das flutuações monetárias, os descontos e diferenças de descontos não tinham sido perceptíveis.

Afirmava, além disso, que em caso algum os clientes tinham sido lesados a nível da sua competitividade. Efectivamente, como salienta, quase todos os compradores efectuam o tratamento das vitaminas. No entanto, nos pro-

dutos finais, as vitaminas desempenham um papel de segundo plano; precisamente no que se refere ao fabrico de produtos destinados à alimentação animal e humana, que concentra a principal parte das vendas, constituem apenas uma ínfima parte do preço final, a saber, 1% ou menos. Eis porque, segundo a recorrente, mesmo uma diferença de desconto de 5% não pode, por conseguinte, produzir efeitos nas relações de concorrência.

No entanto, parece-nos que com estas objecções a recorrente não consegue afastar o abuso que lhe é imputado. Relativamente ao primeiro ponto, basta recordar que as diferenças que existem relativamente às taxas de desconto também figuram nos contratos expressos em moedas idênticas. No que respeita ao segundo ponto da argumentação desenvolvida pela recorrente, parece-nos que a Comissão tem razão ao remeter para o facto de «aplicar uma desvantagem na concorrência», como declara o artigo 86.°, segundo parágrafo, alínea c), não ter o mesmo significado que afectar a competividade. No mesmo sentido, a doutrina (Siraguza — «Semaine de Bruges 1977», p. 452) declara que as discriminações também são irregulares nos casos em que os compradores em questão não estão em concorrência. Por outro lado, não se deve esquecer que, aparentemente, os compradores deram uma grande importância aos descontos e daqui é necessário concluir que eram manifestamente importantes para a sua posição no mercado e para as suas decisões económicas; impõe-se ainda recordar que, no processo do açúcar, o Tribunal de Justiça considerou suficientes as diferenças de preços de 5% para que se pudesse falar de uma violação do artigo 86.°, segundo parágrafo, alínea c).

Por conseguinte — e, na verdade, sem que seja necessário analisar o argumento manifestamente fora de propósito segundo o qual os concorrentes da recorrente também efectuaram descontos desta ordem de grandeza —, apenas se pode considerar que, na decisão impugnada, a Comissão também teve razão quando provou a existência de um abuso relativamente à concessão de condições de negócios diferentes.

5. Depois destas conclusões fundamentais relativas ao abuso de uma posição dominante, resta-nos ainda analisar a questão de saber se a apreciação da Comissão, que como já referimos está, na sua maior parte, bem fundamentada, pode ser posta em causa através da referência ao volume de negócios mencionado nos contratos. É ainda necessário indagar se é importante que a concorrência e o comércio entre Estados sejam afectados de forma *sensível* e se, no caso concreto, de acordo com a opinião da recorrente, se pode afastar a aplicação do artigo 86.° por não estar preenchida a condição acima mencionada. Relativamente a esta questão, afirma precisamente que, se não pusermos em causa os contratos celebrados com a Merck e a Unilever e nos limitarmos aos verdadeiros contratos de fidelidade, excluindo os descontos sobre o volume total das vendas, o sistema de vendas criticado apenas abrangeu, em média, relativamente aos anos 1970 a 1974, 4% da venda das vitaminas no mercado comum.

Em nossa opinião e ainda em relação a este ponto, não podemos seguir os argumentos da recorrente. A Comissão tem razão quando refere que a teoria da sensibilidade foi desenvolvida a propósito do artigo 85.°, isto é, para um domínio em que, em si, a restrição de uma concorrência eficaz e existente se deve a convenções e outros métodos similares. Pelo contrário, perante os factos mencionados no artigo 86.°, a concorrência é quase eliminada, na medida em que uma empresa dominante não está submetida a uma concorrência efectiva. Nesta hipótese, não parece efectivamente possível não tomar em consideração o comportamento de uma tal

empresa, que deve ser considerado abusivo segundo os critérios do artigo 86.°, com o fundamento de que os seus efeitos não se sentem de uma forma sensível sobre as relações de concorrência.

Ora, mesmo supondo que seja defensável neglicenciar os abusos ou, pelo menos, deixá-los impunes quando se trata apenas, por assim dizer, de «quantidades negligenciáveis», não obstante, é necessário duvidar seriamente do facto de o presente processo se inserir nesta categoria. Como já referimos, os contratos celebrados com a Merck e a Unilever não podem, de modo algum, não ser tomados em consideração, mas, quando muito os que foram concluídos com a Protector e a Upjohn e que, no entanto, dizem respeito a menos de meio por cento das vendas globais na Comunidade em 1974. É também importante frisar que se trata de contratos que abrangem os grandes compradores da recorrente, concentrados no sector de fabrico de produtos destinados à alimentação humana e animal. Contudo, é indiferente comparar o seu volume de negócios com o volume das vendas totais da recorrente ou, para responder às pretensões desta, com a venda global de vitaminas no mercado comum; em caso algum, se também for tomada em consideração a cláusula inglesa, estamos perante quantidades de uma ordem de grandeza que nos permitam falar de efeitos completamente insignificantes sobre as relações de concorrência. Por outro lado, como também se trata de contratos celebrados com empresas de tratamento de vitaminas e cuja actividade não se limita ao território de um Estado-membro, esta situação de facto também permite supor que o comércio entre os Estados-membros é afectado de tal forma que, à luz do artigo 86.°, é sempre relevante.

IV — Uma vez que os reparos que formulámos até agora demonstram que legalidade da decisão da Comissão, no essencial, não pode ser posta em causa, na medida em que considera provada a existência de um abuso de posição dominante, permitimo-nos analisar a outra questão que consiste em saber se a condenação no pagamento de uma multa é susceptível de levantar objecções.

Relativamente a esta questão impõe-se, antes de mais, tecer três considerações:

— A primeira baseia-se no facto de o artigo 86.° recorrer a noções indeterminadas (posição dominante no mercado, abuso). A este propósito, a recorrente entende que estas noções deveriam ter sido previamente concretizadas através de decisões de natureza administrativa e, se possível, também judicial — o que ainda não tinha sido o caso aquando da celebração dos contratos em questão — antes que se pensasse na aplicação de uma sanção.

— Uma outra consideração visa a necessária existência de um erro, como o prevê o artigo 15.° do Regulamento n.° 17. Relativamente a este ponto, a recorrente afirma que se encontrava numa situação de erro de direito, o que afasta a imputação de culpa.

— Por fim, a recorrente invoca também o princípio da igualdade de tratamento, na medida em que, perante comportamentos de facto comparáveis — e está a pensar, designadamente, nos descontos de fidelidade de que tratava o processo do açúcar que acabámos de mencionar — não foram aplicadas multas.

1. Relativamente ao primeiro ponto, a recorrente referiu o artigo 22.° da Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen (lei alemã sobre as restrições da concorrência), segundo a qual um comportamento abusivo de uma empresa em posição dominante no mercado não é

sancionado por uma multa, e mencionou outras disposições nacionais relativas à concorrência que apenas prevêem multas nos casos em que não sejam respeitadas injunções concretas formuladas pelas autoridades competentes em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas. Por outro lado, recordou que uma lei de 1973 introduziu, na lei alemã sobre as restrições da concorrência, um processo suplementar de proibição com o fundamento de que as disposições relativas às multas não eram adequadas para a resolução das questões a que se referiam. Ora, se o nosso entendimento é correcto, a Roche não chega a concluir que a disposição relativa às multas, mencionada no artigo 15.° do Regulamento n.° 17, é completamente ilegal, embora se refira ao artigo 86.° do Tratado CEE. Entende apenas que o artigo 15.° deve ser interpretado em conformidade com os direitos fundamentais, na medida em que as multas apenas devem ser aplicadas quando já existem decisões administrativas com uma relevância explicativa.

Esta interpretação tem como principal ponto de partida a tese de que, no caso em apreço, se critica a celebração de alguns contratos perfeitamente correntes, que não levantam qualquer problema no plano do direito da concorrência e que apenas podem ser considerados ilícitos se existir uma posição dominante. Ora, tratando-se da questão da posição dominante, é necessário, como afirma a recorrente, admitir que implica apreciações de facto delicadas e que, por conseguinte, no caso concreto, devem necessariamente existir dúvidas pelo menos fundamentadas, porque tudo depende não apenas das quotas de mercado e da estrutura do mercado, mas de uma série de questões suplementares. Consequentemente, segundo a Roche, a aplicação de uma multa numa situação destas entra em conflito com o princípio de que as disposições penais devem ser especificadas de forma suficiente antes de poderem ser aplicadas. Como decorre da doutrina e da jurisprudência, este princípio da especificação, ligado ao da segurança jurídica, encontra, em parte, o seu fundamento no direito constitucional nacional (artigo 103.° da Lei Fundamental alemã, artigo 25.°, n.° 2, da Constituição italiana); além disso, como também declara a doutrina, este princípio tem a sua expressão no artigo 7.° da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Segundo a Roche, nas ordens jurídicas que não incluem uma tal disposição constitucional, aliás aplicável não apenas às penas criminais, mas também às infracções de direito regulamentar (Ordnungswidrigkeiten), como por exemplo o direito belga, é possível remeter para o princípio in *dubio pro reo* ou *nullum crimen sine lege*, em vigor nos outros Estados-membros. Segundo a recorrente, daqui também se pode deduzir — e tal também é aplicável às infracções do direito regulamentar — que uma sanção desaparece quando as noções são vagas e existem dúvidas relativamente à sua interpretação. Este princípio impõe, pelo menos, uma interpretação restritiva das leis imprecisas.

A Comissão opôs a estas considerações um certo número de dúvidas e de objecções que visam precisamente a relevância das normas constitucionais invocadas na disposição que consta da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, bem como o conhecido princípio do direito belga; segundo as vossas objecções deve duvidar-se da existência de um princípio jurídico geral que corresponda, quanto ao seu conteúdo, ao que diz a recorrente. A Comissão salientou que um tal princípio apenas consta do direito constitucional de dois Estados-membros em que o poder legislativo é controlado através do poder judicial, que se trata de um princípio de um novo tipo e aplicável, antes de mais, no direito penal, não estando ainda definitivamente provado se também abrange as infracções do direito regulamentar nas quais se têm de incluir as multas aplicadas com base no artigo 15.° do Regulamento n.° 17. A Comissão declara que, seja como for, é necessário considerar que este princípio não permite tirar

conclusões muito rigorosas. Tanto no direito alemão como no direito italiano, reconheceu-se que nas disposições legislativas figuram noções gerais, determinadas de forma pouco precisa e que, por conseguinte, importa principalmente que o enquadramento estabelecido permita uma interpretação do juiz e forneça uma base segura para a jurisprudência. Isto aplica-se, designadamente, no direito da concorrência, domínio em que, em razão da diversidade dos aspectos da vida económica, não é possível abstrair das noções de carácter geral. Segundo a Comissão, basta que seja possível, no caso vertente, determinar o conteúdo exacto de uma disposição com base nos objectivos prosseguidos pela norma na sua íntegra; neste caso concreto, desempenha certamente um papel importante o facto de uma grande empresa que opera no mercado internacional poder, para apreciar a licitude ou ilicitude do seu comportamento, obter elementos de referência suficientes que retira do conhecimento das diferentes ordens jurídicas nacionais.

É necessário reconhecer que seria muito interessante analisar em pormenor os problemas que suscita esta controvérsia, e é por isso que os expusemos de um modo relativamente completo. Porém, por razões que a seguir se tornarão rapidamente compreensíveis, não somos obrigados a tal no caso *sub judice*.

Parece-nos difícil defender a tese segundo a qual não se pode, de modo algum, pensar em aplicar a disposição do Regulamento n.º 17, relativa às multas, antes de terem sido adoptadas decisões administrativas que possibilitem uma aplicação prática do artigo 86.º É perfeitamente claro que se está a ir demasiado longe; com efeito, é certo que existem situações de facto que correspondem sem problemas aos critérios enunciados nas disposições do artigo 86.º e que não dão lugar a dúvidas sérias quanto à existência de uma posição dominante e de um abuso, na acepção dos exemplos mencionados no artigo 86.º

Mas desde que existam, em paralelo, áreas imprecisas e domínios limítrofes e enquanto a prática administrativa não estiver suficientemente desenvolvida, será certamente possível, na maior parte dos casos, como seria conveniente, ter em conta este problema com base em considerações respeitantes à culpa imputada. Tal deveria pelo menos ser o caso no processo em apreço e é a razão pela qual pensamos que é pertinente basear o essencial da análise neste tema, ou seja, na reflexão formulada em segundo lugar pela recorrente.

2. No âmbito da questão de saber se a recorrente abusou da sua posição dominante de um modo culposo, isto é, dolosamente ou por negligência, introduzimos nesta discussão o interessante conceito jurídico do erro de direito que exclui a responsabilidade.

Com base em análises de direito comparado bastante desenvolvidas, a recorrente também conseguiu demonstrar que se trata de um conceito jurídico muito difundido, havendo pois boas razões para o aceitar na medida em que constitui um elemento de progresso para o domínio da CEE e para as disposições que lhe são aplicáveis em matéria de multas. Relativamente a este ponto remetemos para as explicações fornecidas pela recorrente referentes ao valor do erro de direito no direito alemão, e também para as infracções do direito regulamentar; remetemos ainda para as exposições relativas ao direito dinamarquês, neerlandês e francês — em todo o caso, para a doutrina destes países — e recordamos que, no seu artigo intitulado «Die Strafgewalt übernationaler Gemeinschaften» (*Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 1953, pp. 497 e segs.), Jeschek defendeu o ponto de vista de que também se pode concluir, relativamente ao direito da CECA, que existe um princípio da mesma ordem baseado no artigo 36.º do Tratado CECA. Pelo contrário, entra dificilmente em linha de conta o facto de ainda existir, quanto a este ponto, uma certa reticência dos direitos inglês e italiano.

Se se aceitar este ponto de vista, a questão essencial consiste em saber se, no caso em apreço, se pode efectivamente falar de um erro, cometido pela recorrente, que exclui a sua responsabilidade relativamente à posição dominante que detinha e ao comportamento denunciado pela Comissão.

Quanto à *posição dominante* e abstraindo de um eventual erro de facto de acordo com o qual a quota do mercado mundial detida pela recorrente pode desempenhar um papel importante, é necessário fazer os seguintes reparos relativamente a esta questão:

Nalguns mercados (vitaminas A e E), a quota detida pela recorrente oscila manifestamente na fronteira do que é exigido. Considerando que tal não sucede, o facto de na prática relativa à adopção das decisões, tal como existia antes da celebração dos contratos que ligam a recorrente aos seus clientes, se ter tratado de monopólios ou de quotas de mercado muito grandes, pode desempenhar um papel de algum relevo. Foi exposto, sem que tenha havido qualquer impugnação, que segundo a prática alemã em vigor antes da alteração legislativa de 1973, mesmo as quotas de mercado muito grandes não bastavam para considerar provada a existência de uma posição dominante, se existisse paralelamente uma concorrência ao nível da qualidade. Neste contexto, também pode ter importância o que foi verificado durante o processo relativamente à evolução dos preços no mercado das vitaminas e no que diz respeito a uma certa concorrência a este nível e isto precisamente tendo em consideração que, segundo o Tratado CECA, a existência de uma posição dominante depende do poder de fixar os preços. Por fim, relativamente à opinião da recorrente de que não conseguiu eliminar uma concorrência eficaz, também pode ter sido importante o conhecimento do poder financeiro de grandes concorrentes; de igual modo, não é possível afastar o argumento segundo o qual a apreciação da situação, feita pela recorrente, podia ser influenciada por saber que operava num mercado em forte expansão.

Quanto ao comportamento denunciado pela Comissão — na medida em que se trata de *desigualdade de tratamento entre compradores* —, podemos reter que os efeitos sobre a competitividade se mantinham dentro de alguns limites e que, na época, os operadores existentes no mercado não podiam saber, sem mais, que esta questão não era determinante à luz do artigo 86.° Quanto ao *vínculo existente com os compradores,* é necessário, em nossa opinião, aceitar as seguintes considerações: no direito da CECA e no âmbito do artigo 86.°, os descontos de fidelidade, também não são, em parte, criticados pela doutrina (v. Van Hecke — «Kartelle und Monopole im modernen Recht», Vol. 1, p. 338), e na altura em que foram celebrados os contratos controvertidos ainda não existia qualquer decisão sobre os descontos de fidelidade verdadeiros ou falsos. Nomeadamente, segundo declarações feitas pela recorrente e que não foram impugnadas, ao que parece, na prática seguida tanto nos Estados Unidos como na Alemanha, tais contratos ainda não foram, até ao presente, sancionados por multas. Também não se nos afigura completamente incorrecto o ponto de vista da recorrente de que numa fase de expansão do mercado, os vínculos deste tipo colocam menos problemas porque, contrariamente a um mercado em estagnação, todos os operadores no mercado ainda dispõem de uma margem de manobra suficiente. De igual modo, não se pode qualificar como estando totalmente destituído de pertinência o facto de a recorrente dar importância ao princípio da tomada em consideração dos interesses; seja como for, este princípio é abordado na decisão GEMA da Comissão relativa às relações de exclusividade e no acórdão Sabam proferido pelo Tribunal de Justiça a propósito de um caso idêntico. A este respeito, tanto a cláusula inglesa que figura nos contratos, bem como a sua utilização pela recorrente, deveriam desempenhar um papel im-

portante, e não dos menos relevantes, e isto precisamente porque tal cláusula foi considerada na decisão Dunlop por própria iniciativa da Comissão (JO 1969, L 323, p. 21).

Tendo em conta todas estas considerações às quais, em nossa opinião, não é possível responder de forma concludente afirmando que a recorrente se podia precaver informando-se a nível jurídico, e que tinha razões para ser prudente em virtude dos conhecimentos que possuía sobre os diferentes direitos nacionais que, em parte, divergem efectivamente de modo considerável; no seu caso, não se deveria hesitar em falar de um erro de direito que exclui a responsabilidade no que toca à aplicação do artigo 86.° No entanto, pode entender-se que a culpa é de tal modo mínima que não há razão para aplicar necessariamente uma multa a uma empresa que durante o processo administrativo se mostrou, segundo declarações de todos, especialmente cooperativa e declarou estar disposta a pôr imediatamente termo ao comportamento controvertido.

3. Em princípio, já não é necessário analisar mais desenvolvidamente o argumento da desigualdade de tratamento no que toca à multa aplicada. Se, no entanto, pretendêssemos fazê-lo, bastaria frisar muito brevemente que, na realidade, no caso em apreço, este argumento não ajuda muito mais a recorrente. Relativamente a esta questão, a recorrente referiu o processo do açúcar, por isso é necessário recordar que, efectivamente, nesse processo, também foi aplicada uma multa por violação do artigo 86.° em razão da concessão de descontos de fidelidade e que essa multa foi apenas reduzida ainda que em montante considerável pelo Tribunal de Justiça.

4. De igual modo, se se entender que é justo anular a decisão que aplica uma multa, é supérfluo indagar se não se deve, pelo menos, corrigir o seu cálculo. Contudo, relativamente a este ponto, gostaríamos de salientar que uma tal correcção seria de qualquer modo desejável, uma vez que, de acordo com os resultados do processo, é conveniente negar a existência de um domínio do mercado da vitamina B_3, e porque é dificilmente defensável, no que toca a dois contratos, a acusação de abuso a propósito dos vínculos existentes com os compradores. Além disso, seria necessário, no caso em apreço, ter em consideração o facto de uma parte importante dos fornecimentos efectuados pela recorrente se destinar a fins tecnológicos, penetrando consequentemente num mercado relativamente ao qual ainda não tinha sido demonstrado que a recorrente detinha uma posição dominante. Acresce, que também é conveniente avaliar aqui os verdadeiros efeitos que resultam da aplicação dos contratos controvertidos. Quanto a esta questão recordaremos as afirmações cuja exactidão a recorrente tentou provar ao remeter, em parte, para as opiniões dadas pelos seus clientes em resposta às acusações formuladas pela Comissão. Segundo essas afirmações, os compradores ter-se-iam sentido muito livres nas suas decisões de compra e isto, nomeadamente, graças à cláusula inglesa e à utilização liberal que dela efectuou a recorrente. Recordaremos ainda que a Comissão reconheceu, ao que parece — tal nem sempre foi controlado —, que as obrigações impostas nem sempre foram respeitadas e que a atracção que consistia na atribuição de descontos não foi em todo o lado tão grande como se pensava. Pelo menos, é neste sentido que se deve entender a observação da Comissão, que, em seu entender e em suma, os 22 clientes da recorrente, agora em causa, abasteceram-se, relativamente a uma quota *preponderante,* exclusivamente ou *essencialmente* junto da Roche. Não pretendemos analisar aqui mais pormenorizadamente este processo. Relativamente a esta questão remetemos para as declarações feitas pela Comissão na sua tréplica, nas páginas 52 e seguintes, e para as observações que formulou em resposta às questões colocadas pelo Tribunal de Justiça (pp. 12 e segs.), bem como para os

relatórios que nos foram apresentados, relativos às investigações efectuadas junto dos clientes da recorrente.

V — No entanto, ainda não concluímos a análise do caso em apreço. Teremos de examinar ainda dois argumentos que, na opinião da recorrente, põem em causa a legalidade da totalidade da decisão, a saber, a violação da proibição de utilizar documentos obtidos ilegalmente e a violação dos direitos da defesa.

1. Quanto à primeira questão podemos ser relativamente sucintos.

A recorrente afirmou, no que toca a este ponto, que tinham sido ilegalmente comunicados documentos internos à Comissão através de um dos seus anteriores empregados, o que, no direito suíço, constitui um facto punível, como resulta de uma sentença que condena penalmente esse empregado. Segundo declarações que este prestou à polícia foi a Comissão que o incitou a cometer um tal acto. Assim, a recorrente entende que a Comissão, contrariando o direito internacional público, levou a cabo operações de instrução no território soberano da Suíça sem o acordo deste Estado. Uma tal violação da soberania de um Estado que não é membro da Comunidade tem necessariamente como consequência a proibição de examinar os documentos assim obtidos e isto, tanto mais que, considerando que os factos em questão resultam simplesmente dos contratos comunicados pela recorrente, pode dizer-se que não era absolutamente necessário que a Comissão ultrapassasse assim as suas competências e que, por conseguinte, violasse o princípio da proporcionalidade.

A Comissão nega, antes de mais, ter incitado o anterior empregado da recorrente a agir deste modo. A condenação penal que acaba de ser evocada não fornece qualquer elemento neste sentido. O facto de a Suíça não ter dirigido qualquer reclamação à Comunidade em virtude de operações de instrução levadas a cabo no seu território soberano milita aliás a favor desta interpretação.

Quanto a pormenores podemos, por enquanto, ficar perfeitamente por aqui. Com efeito, o que importa é que afinal a recorrente apresentou os documentos de livre vontade. Declarou ainda que renunciava a invocar a proibição de examinar os referidos documentos e deixou expressamente à apreciação do Tribunal de Justiça o cuidado de analisar e resolver este problema. De acordo com a apreciação a que chegámos até agora neste processo, não há incontestavelmente qualquer razão para continuar por esta via. Em nossa opinião, também nos devemos abster de aprofundar mais a análise da questão delicada que foi levantada, nomeadamente porque neste caso é necessário, de qualquer modo, fornecer mais pormenores sobre o papel desempenhado pela Comissão e os seus funcionários na obtenção dos documentos em questão.

2. No que diz respeito, por outro lado, à violação do princípio dos direitos da defesa, a recorrente queixa-se, em primeiro lugar, de algumas provas que são referidas na decisão impugnada não terem sido objecto de uma audição. Além disso, critica o facto de não ter tido conhecimento de alguns dados relativos ao mercado, utilizados pela Comissão (quotas de mercado de concorrentes, vendas de vitaminas na Comunidade, volumes de importação); protesta ainda contra o facto de não ter tido qualquer acesso ou um acesso incompleto e tardio às informações fornecidas pelos seus clientes, bem como aos relatórios relativos aos inquéritos levados a cabo junto destes e às observações que formularam sobre a comunicação das acusações da Comissão. Por fim, entende ainda, de um modo muito geral,

que foi sem razão que lhe foi recusado tomar inteiramente conhecimento do dossier, o que lhe teria permitido insistir sobre elementos que diminuem a sua responsabilidade e que não foram tomados em consideração.

Antes de mais, deve contrapor-se a este argumento que os documentos que, segundo a recorrente, deviam ter sido objecto de uma audição, provinham dos seus próprios serviços e que, portanto, o seu conteúdo era conhecido. Em seguida, é também fundamental salientar que, nos termos das normas em vigor no seio da Comunidade, relativamente a processos deste tipo, apenas existe, em princípio, a obrigação de comunicar as acusações. Tal como a jurisprudência já especificou, estas acusações devem produzir as circunstâncias de facto essenciais do processo e as respectivas considerações jurídicas; pelo contrário, não há qualquer indicação dos documentos sobre os quais a Comissão se baseou. Ora, se é verdade que podem surgir alguns casos em que parece adequado discutir tais documentos com o(s) interessado(s) — quando permitem, por exemplo, diferentes interpretações ou quando existem boas razões para pensar que estão incompletos ou que os interessados os poderiam completar através de documentos que diminuem a responsabilidade —, no entanto, é importante salientar que, no caso em apreço, não foi formulada qualquer exigência nesse sentido durante o processo. De resto, como os factos provados graças aos documentos em questão (ligações estabelecidas com os compradores através de prémios de fidelidade) foram claramente referidos na comunicação das acusações e que, além disso, foram objecto de desenvolvimentos completos durante o processo judicial, não há decerto qualquer razão para anular a decisão da Comissão por violação dos direitos da defesa a este nível.

Relativamente à exigência da recorrente no sentido de ter acesso à totalidade do dossier, parece-nos que a Comissão teve razão ao salientar que o direito comunitário não prevê expressamente qualquer medida deste tipo e que também não se pode afirmar a existência de um princípio jurídico de ordem geral neste sentido. No que toca a esta questão é particularmente interessante salientar os reparos que fez sobre as disposições processuais, bastante desenvolvidas, do direito alemão dos acordos, decisões e práticas concertadas (artigo 53.° da lei relativa às restrições da concorrência). Segundo esta regulamentação, durante o processo administrativo, apenas se aplica o princípio de que os interessados devem ter a possibilidade de se pronunciar sobre os factos que lhes são imputados, e de acordo com o qual uma decisão não deve estar baseada em factos que não foram comunicados aos interessados. Ao aplicar este princípio, o Bundeskartellamt (serviço federal dos cartéis), ao que parece, apenas comunica aos interessados o conteúdo essencial dos documentos, e estes últimos apenas são informados do conteúdo essencial das opiniões formuladas pelas outras partes. Mesmo relativamente ao recurso de agravo (Beschwerde), que é um recurso interposto perante um órgão jurisdicional, não existe o direito de ter o conhecimento da totalidade do processo. O acesso aos dossiers preliminares ou paralelos, às peritagens e informações só pode ser autorizado com o acordo dos interessados nos termos do artigo 71.° da lei relativa às restrições da concorrência, e se esse acordo for recusado com o fundamento no segredo comercial, apenas é comunicado o seu conteúdo, de forma a poder ser analisado durante o processo.

É suficiente, por conseguinte, com base nestes princípios, fazer os seguintes reparos às diferentes críticas da recorrente:

Abstraindo do facto de uma carta da Direcção-Geral da Concorrência, de 13 de Agosto de 1975, ter fornecido uma resposta às questões da recorrente e, como resulta de

uma carta da Comissão, de 16 de Julho de 1976, foram deferidos, no essencial, alguns pedidos formulados pela recorrente, o que importa relativamente às quotas de mercado detidas por outros concorrentes [em relação às quais invocou a obrigação de segredo que lhe incumbia, conformando-se assim com o acórdão de 15 de Julho de 1979, Boehringer Mannheim/Comissão (45/69, Colect. 1969-1970, p. 505, Recueil, p. 769)], é o facto de esses dados, uma vez tornados anónimos, terem sido fornecidos àrecorrente pelo menos durante a pendência do processo, o que como todos sabemos permitiu chegar a apreciações amplamente concordantes relativamente às quotas de mercado.

Quanto às observações formuladas pelos clientes da recorrente no que se refere às acusações comunicadas pela Comissão, o nosso entendimento é no sentido de que, por enquanto, pode ficar por resolver a questão de saber se a Comissão teve razão ao considerá-las secretas. Com efeito, independentemente das conclusões a que se chegar, têm apenas um interesse muito limitado para o presente processo, pela simples razão de que foram fornecidas no âmbito de um processo iniciado com base na aplicação do artigo 85.°, no decurso do qual os parceiros contratuais da recorrente se deviam considerar, por assim dizer, acusados.

Por fim, no que se refere às informações obtidas junto dos clientes da recorrente e às investigações efectuadas junto destes, é importante salientar que apenas alguns de entre eles deram o seu acordo para que esses documentos fossem transmitidos à recorrente. Foi com esta ressalva que a recorrente teve conhecimento dos documentos em questão tendo-lhe também sido fornecidos processos apresentados sob forma anónima relativos a outros clientes. De resto, só nos podemos basear nestes documentos se os verdadeiros efeitos do sistema de vendas, praticado pela recorrente, fossem importantes para fazer uma apreciação da decisão impugnada, o que, em nossa opinião, não sucede se anularmos a multa.

Por conseguinte, apesar de se poder ter a impressão que, durante o processo administrativo, a Comissão podia ter discutido mais aprofundadamente com a recorrente sobre os documentos que analisou e que, ao respeitar a obrigação de segredo que lhe incumbe, devia ter pensado, logo na fase administrativa e não na pendência do processo, em informar mais aprofundadamente a recorrente sobre os factos essenciais, no entanto, é certo que, no caso vertente, não se pode falar de uma violação dos direitos fundamentais da defesa susceptível de implicar uma anulação total da decisão impugnada.

VI — Mais uma vez, permitimo-nos resumir a nossa opinião.

Em nosso entender, a decisão impugnada está bem fundamentada, na medida em que determina a existência de uma posição dominante da recorrente nos mercados de seis tipos de vitaminas, excluindo, pois, o mercado da vitamina B_3 e, na medida em que censura à recorrente o facto de ter estabelecido vínculos abusivos com vinte clientes, com excepção, consequentemente, das empresas Protector e Upjohn, e de ter abusivamente reservado um tratamento diferente às empresas mencionadas na decisão. Em contrapartida, não nos parece justificado aplicar uma multa à recorrente por violação do artigo 86.°, porque a culpa não está suficientemente especificada. É nesta medida que se deve dar provimento ao recurso proposto pela Hoffmann-La Roche; quanto ao restante, o recurso deve ser julgado improcedente. Assim sendo, parece-nos oportuno declarar que cada uma das partes deverá suportar as suas próprias despesas.