ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
18 de Maio de 1962 *

No processo 13/60,

1) «Geitling» Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH, representada pelos seus gerentes em Essen, Frau-Bertha-Krupp-Straße 4,

2) «Mausegatt» Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH, representada pelos seus gerentes em Essen, Frau-Bertha-Krupp-Straße 4,

3) «Präsident» Ruhrkohlen-Verkaufsgesellschaft mbH, representada pelos seus gerentes em Essen, Frau-Bertha-Krupp-Straße 4,

4) As sociedades mineiras da bacia do Ruhr, associadas dos três consórcios de venda citados e representadas por estes, agindo simultaneamente na sua qualidade de associadas da «Ruhrkohle Verkaufsgesellschaft mbH», em constituição,

Gewerkschaft Auguste Victoria, Marl-Hüls,

Deutsche Erdöl-Aktiengesellschaft

Steinkohlenbergwerk Graf Bismarck, Gelsenkirchen,

Concordia Bergbau-Aktiengesellschaft, Oberhausen,

Hütten- und Bergwerke Rheinhausen Aktiengesellschaft, Essen,

Bergwerksgesellschaft Dahlbusch, Gelsenkirchen,

* Língua do processo: alemão.

Emscher-Lippe Bergbau-Aktiengesellschaft, Datteln,

Essener Steinkohlenbergwerke Aktiengesellschaft in Vertretung der Mannesmann Aktiengesellschaft, Essen,

Ewald-Kohle Aktiengesellschaft, Recklinghausen,

Gewerkschaft des Steinkohlenbergwerks Haus Aden, Recklinghausen,

Ilseder Hütte, Steinkohlenbergwerk Friedrich der Groβe, Herne,

Steinkohlenbergwerk Friedrich Heinrich Aktiengesellschaft, Kamp-Lintfort, Krs. Moers,

Harpener Bergbau-Aktiengesellschaft, Dortmund,

Heinrich Bergbau Aktiengesellschaft, Essen-Kupferdreh,

Steinkohlenbergwerk Heinrich Robert Aktiengesellschaft, Herringen b. Hamm,

Bergwerksgesellschaft Hibernia Aktiengesellschaft, Herne,

Hoesch Aktiengesellschaft, Dortmund,

Gelsenkirchener Bergwerks-Aktiengesellschaft, Essen,

Hansa Bergbau Aktiengesellschaft, Dortmund,

Carolinenglück Bergbau Aktiengesellschaft, Bochum,

Graf Moltke Bergbau Aktiengesellschaft, Gelsenkirchen,

Hamborner Bergbau Aktiengesellschaft, Duisburg-Hamborn,

Friedrich Thyssen Bergbau Aktiengesellschaft, Duisburg-Hamborn,

Gewerkschaft Alte Haase, Sprockhövel,

Klökner-Bergbau Königsborn-Werne Aktiengesellschaft, Unna-Königsborn,

Langenbrahm Steinkohlenbergbau Aktiengesellschaft, Essen,

Bergbau Aktiengesellschaft Lothringen, Bochum,

Steinkohlenbergwerk Mansfeld GmbH, Bochum-Langendreer,

Märkische Steinkohlengewerkschaft, Hessen b. Hamm,

Steinkohlenbergwerke Mathias Aktiengesellschaft, Essen,

Hüttenwerk Oberhausen Aktiengesellschaft, Oberhausen,

Niederrheinische Bergwerks-Aktiengesellschaft, Düsseldorf,

Gewerkschaft Petrus Segen, Niederstüter über Hattingen,

Rheinpreußen Aktiengesellschaft für Bergbau und Chemie, Homberg/ /Niederrhein,

Rheinstahl Bergbau Aktiengesellschaft, Essen,

Gebrüder Stumm Gesellschaft mit beschränkter Haftung, Zeche Minister Achenbach, Brambauer/Westfalen,

Klöckner-Werke Aktiengesellschaft, Bergbau Victor-Ickern, Castrop-Rauxel,

Bergwerksgesellschaft Walsum mit beschränkter Haftung, Walsum/Niederrhein,

Steinkohlenbergwerk Westfalen Aktiengesellschaft, Ahlen,

recorrentes,

representadas por Werner von Simson, advogado no Oberlandesgericht de Düsseldorf, e Hans Hengeler, advogado no Landgericht de Düsseldorf, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório do advogado Werner von Simson, Bertrange,

apoiadas pelo Governo do Land da Renânia do Norte-Vestefália,

interveniente,

representado pelo seu ministro da Economia e dos Transportes, assistido por Joseph H. Kaiser, professor catedrático na Universidade de Freiburg-im-Breisgau, na qualidade de agente, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório do advogado Werner von Simson, Bertrange

contra

Alta Autoridade da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço,

recorrida,

representada pelo seu consultor jurídico, Heinrich Matthies, na qualidade de agente, assistido por Ernst Joachim Mestmächer, professor catedrático na Universidade de Sarrebruck, com domicílio escolhido no Luxemburgo na sua sede, 2, place de Metz,

que tem por objecto a anulação da Decisão n.° 16/60, de 22 de Junho de 1960, da Alta Autoridade (JO 47 de 23.7.1960), pela qual foi recusada às recorrentes a autorização para criarem um consórcio de venda único, a «Ruhrkohle Verkaufsgesellschaft mit beschränkter Haftung» para a distribuição dos seus produtos carboníferos.

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA,

composto por: A. M. Donner, presidente, O. Riese e J. Rueff, presidentes de secção, Ch. L. Hammes e R. Rossi, juízes,

advogado-geral: K. Roemer
secretário: A. Van Houtte

profere o presente

Acórdão

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

Fundamentos da decisão

Quanto à admissibilidade

Não foi deduzida qualquer excepção quanto à admissibilidade do recurso 13/60.

O mesmo não suscita qualquer questão de que cumpra conhecer oficiosamente.

A Decisão n.° 16/60, cuja anulação é pedida, é uma decisão individual.

Esta decisão, tomada na sequência de um requerimento apresentado pelas recorrentes, diz respeito a estas.

A intervenção do Land da Renânia do Norte-Vestefália foi admitida por despacho do Tribunal de 3 de Maio de 1961 e satisfaz as exigências do artigo 34.° do Estatuto do Tribunal de Justiça.

Pelas razões expostas, é admissível o recurso 13/60, assim como a intervenção a que deu lugar.

Quanto ao mérito

1. *Os fundamentos invocados*

As recorrentes requerem a anulação da Decisão n.° 16/60 com base em insuficiência dos fundamentos, verificação inexacta dos factos, errada interpretação e aplicação do Tratado e desvio de poder

Na réplica, as recorrentes declararam «já não ser necessário manter o fundamento de desvio de poder», o qual, por este facto, não será considerado no acórdão.

O primeiro fundamento baseia-se em «violação de formalidades essenciais» e os dois seguintes em «violação do Tratado ou das normas jurídicas relativas à sua aplicação»;

Estes fundamentos serão apreciados separadamente no presente acórdão, mas pela ordem inversa da que vem indicada.

2. *Posições respectivas da Alta Autoridade e do Tribunal face ao artigo 65.° do Tratado*

O artigo 65.°, n.° 2, determina que a Alta Autoridade pode autorizar determinados acordos se reconhecer que eles satisfazem as condições previstas no Tratado.

Estes termos limitam estreitamente o objecto do presente recurso, que incide essencialmente sobre a validade, face ao Tratado, das razões que levaram a Alta Autoridade a reconhecer que a autorização de venda em comum, pedida pelas recorrentes em 20 de Maio de 1960, não podia ser concedida.

Estas razões são expostas nos considerandos da Decisão n.° 16/60, de 22 de Junho de 1960.

3. *Violação do Tratado*

Relativamente à violação do Tratado, deduzem as recorrentes duas arguições: errada interpretação e aplicação do Tratado e verificação inexacta dos factos.

A — Errada interpretação e aplicação do Tratado

As recorrentes acusam a Alta Autoridade de ter «procedido a uma interpretação e a uma aplicação juridicamente erradas»:

a) do conceito de «poder de determinar os preços»;

b) do conceito de «controlo da distribuição»,

c) do conceito de «parte substancial dos produtos em causa no mercado comum».

a) O conceito de «poder de determinar os preços»

Tanto as recorrentes como o interveniente afirmam que, nas circunstâncias de tempo e de lugar em que se coloca a questão submetida ao Tribunal, existe uma diferença profunda entre o poder de fixar os preços e o de os determinar.

Esta afirmação vem expressa, designadamente, no requerimento introdutório do pedido, sob a forma seguinte:

«Aquele que se limita a registar os resultados devidos à acção dos dados do mercado sobre o nível dos preços fixa a bem dizer os preços, mas não os determina. Não é esta fixação formal dos preços que o n.° 2, alínea c), proíbe, mas só o poder efectivo que permite determinar os preços independentemente do mercado.»

Para as recorrentes, a organização de venda única, visada no presente recurso, se tem o poder de fixar os preços, não pode ter o de os determinar se for obrigada a alinhar a sua política de preços pelos preços dos produtos concorrentes, essencialmente, neste caso, o preço do carvão importado dos países terceiros e o preço do fuel.

A Alta Autoridade considera, ao contrário, que a organização de venda em comum dá aos interessados o poder de determinar os preços.

Esta oposição de pontos de vista está na base do presente litígio.

O confronto dos dois temas exige o aprofundamento da distinção subtil, na qual as recorrentes vêem o seu principal argumento, entre «poder de fixar os preços» e «poder de os determinar».

Tal distinção não é explicitada em nenhum lugar do Tratado, nem nos documentos publicados por altura da sua ratificação.

A análise do sentido das palavras «fixar» e «determinar» não fornece razões decisivas em favor da distinção acima referida.

Embora o n.° 1 do artigo 65.° prescreva que são proibidos todos os acordos que tendam *a fixar ou a determinar* os preços, o n.° 2 precisa que a Alta Autoridade pode autorizar, em certas circunstâncias, certos acordos, sob reserva, designadamente, de não serem susceptíveis de dar às empresas o poder de *determinar* os preços.

A diferença de redacção entre os n.os 1 e 2 exige uma explicação, que a distinção alegada pelas recorrentes é susceptível de fornecer.

Embora o Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia não possa evidentemente fornecer a solução do litígio em apreciação, confere, todavia, um apoio indirecto à tese das recorrentes na medida em que o seu artigo 85.°, n.° 3, que trata de uma matéria análoga à que o artigo 65.° do Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço regulamenta, não exige dos acordos susceptíveis de serem autorizados que não comportem o poder de determinar os preços, mas prescreve que não devem dar às empresas «a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa».

Se se admitir uma inspiração comum aos artigos 65.° do Tratado CECA e 85.° do Tratado CEE, o poder de determinar os preços seria mais ou menos equivalente ao de que disporiam as empresas num regime onde a concorrência tivesse sido eliminada, o que é sensivelmente a tese das recorrentes.

A interpretação assim dada à expressão «poder de determinar os preços» é confirmada pelo artigo 2.° do Tratado, que impõe à Comunidade a obrigação de «promover o estabelecimento progressivo de condições que garantam, *por si próprias,* a repartição mais racional da produção ao mais elevado nível do produtividade».

E ainda o é mais pelo artigo 5.°, que lhe prescreve que assegure «o estabelecimento, manutenção e respeito de condições normais de concorrência».

À luz destas constatações, as recorrentes tinham fundamento para considerar, na sua argumentação, uma distinção de princípio entre «poder de fixar os preços» e «poder de os determinar».

O poder de fixar os preços é, para quem dele beneficia, uma situação objectiva, que resulta de uma estrutura institucional fácil de verificar.

O poder de determinar os preços reside, pelo contrário, na faculdade dada a quem dele beneficia de estabelecer os preços a um nível sensivelmente diferente daquele em que seriam estabelecidos apenas sob o efeito da concorrência.

Por este facto, para reconhecer um poder de determinar os preços, será preciso verificar que os preços efectivos são ou podem ser diferentes do que teriam sido se não tivesse existido qualquer poder de os fixar.

Tal verificação implica uma comparação entre o real e o virtual, comparação subtil, que não poderá deixar de dar lugar a uma ampla apreciação.

Na apreciação do pedido formulado pelas recorrentes em 20 de Maio de 1960 a Alta Autoridade efectuou esta comparação e expôs nos considerandos da Decisão n.° 16/60 as razões que a levaram a reconhecer que o poder de fixar os preços resultante da existência da organização de venda em comum a que se refere o presente recurso correspondia ao poder de determinar os preços.

Há que examinar a validade destas razões em face do Tratado.

Não é contestado que a organização de venda em comum, ao impor, sob certas reservas, a todas as empresas submetidas à sua jurisdição, uma tabela única, permite às autoridades que a dirigem exercer uma influência limitada sobre os preços e afastar o perigo de uma concorrência exterminadora (regulamento de 20 de Maio de 1960, p. 25);

Esta afirmação é precisada no recurso (n.° 39) que sublinha

«que uma organização de venda em comum tem, evidentemente, pela sua natureza, o dever de se substituir aos membros do cartel... a fim de evitar que os preços praticados pelos membros do cartel façam concorrência mútua».

A mesma afirmação é reforçada na réplica (n.° 86):

«É certo que é verdade que na sequência da reunião num organismo de venda em comum... a concorrência dos preços *entre* membros do cartel desaparece».

(a palavra «entre» está sublinhada no texto).

Esta eliminação da concorrência entre membros do cartel constitui o seu efeito interno.

Com a eliminação da concorrência entre membros do cartel, os preços no interior deste são libertos não só da concorrência «exterminadora», mas também da que teriam exercido os produtores beneficiando de custos de produção mais baixos em relação aos que, por qualquer razão, têm um custo de produção mais elevado.

Sobre este aspecto, o Tribunal considera ter fundamento a opinião da Alta Autoridade, que constata que o acordo de venda em comum:

«Segundo os próprios termos empregues pelas recorrentes no seu pedido e no recurso... lhes oferece a possibilidade de fixar ou de manter em vigor na sua região principal de venda preços de tabela diferentes do que seriam na ausência de um acordo do cartel... e que asseguram às empresas interessadas a protecção dos seus preços, a fim de que elas possam aplicar sem problema medidas de readaptação (memorando de defesa, n.° 19).»

O uso de tal faculdade está evidentemente sujeito a concorrências externas, que adiante serão analisadas, mas implica, sob reserva do efeito destas concorrências externas, um certo poder de determinar os preços.

Este poder será eficaz na medida em que eliminar pressões concorrenciais que tenham provocado o abaixamento das tabelas, portanto na medida em que o processo de venda em comum permitir neutralizar o efeito que as ofertas dos produtores membros da organização de venda em comum, beneficiando dos custos de produção menos elevados, tenham exercido.

Sob reserva das conclusões a que conduzirá a análise do efeito das concorrências externas acima referidas, não se pode negar que a influência interna da organiza-

ção de venda em comum implica um certo poder de determinar os preços, poder cuja amplitude depende evidentemente do volume de produção sujeito às decisões da mesma organização.

Para avaliar este volume, basta observar, sem que seja preciso distinguir aqui entre quantidades produzidas e quantidades distribuídas [a distinção será efectuada adiante, na alínea c)], que a bacia do Ruhr produziu, em 1960, 115 441 000 toneladas de hulha (Boletim estatístico da Alta Autoridade, 9.° ano, n.° 4, Outubro-Dezembro de 1961, quadro C, p. 4 e 5).

Esta produção provinha, na sua quase totalidade, de 38 sociedades mineiras unidas na organização de venda em comum.

Estes números assinalam a amplitude das concorrências internas que a organização de venda em comum neutraliza na bacia do Ruhr.

O conjunto das precedentes considerações basta para mostrar que a Alta Autoridade tinha fundamento para reconhecer que a organização de venda em comum, ao fixar, sob certas condições, as tabelas aplicadas pelas empresas sujeitas à sua jurisdição, era susceptível de, dentro de certos limites, determinar os preços.

No entanto, este poder de determinar os preços permaneceria virtual se a concorrência do carvão que provém de outras bacias da Comunidade, do carvão dos países terceiros e do fuel obrigasse a organização de venda em comum a fixar as suas tabelas aquém do nível mais baixo que a concorrência mútua das empresas da bacia do Ruhr teria fixado, se esta concorrência mútua não tivesse sido suprimida pela organização de venda em comum;

Há que analisar os efeitos destas concorrências externas.

A Alta Autoridade fê-lo nas alíneas b), c) e d) da Decisão n.° 16/60.

Na alínea b) do considerando n.° 12 da Decisão n.° 16/60, a Alta Autoridade enuncia as razões que a levaram a reconhecer que o poder de determinar os preços, de que a organização de venda comum está investida, não fica excluído pela concorrência de outras empresas da Comunidade.

Esta conclusão é corroborada pela própria estrutura da bacia do Ruhr.

Com efeito, toda a empresa produtora dum artigo pesado beneficia, em princípio, e sob reserva da concorrência de produtos menos pesados ou de custo de produção menor, de uma margem de protecção geográfica no interior da qual tem o poder de determinar os seus preços.

A proximidade existente na bacia do Ruhr entre produtores e consumidores de combustível dá aos primeiros uma protecção apreciável contra muitos dos outros produtores da Comunidade.

O argumento da Alta Autoridade segundo o qual

«não se mostra que, até ao presente, as empresas da bacia do Ruhr tenham seguido as flutuações de preços de outras empresas da Comunidade para fixarem o seu nível de preços, mas, pelo contrário, verifica-se que os preços do carvão do Ruhr exercem uma influência mais ou menos sensível sobre a formação dos preços nas bacias vizinhas da Comunidade»

constitui uma presunção a favor da existência de um poder de determinar os preços.

O argumento das recorrentes, assinalando que, se as tabelas do Ruhr não foram reduzidas e alinhadas pelo nível dos preços dos produtos concorrentes,

«é porque são, praticamente sem excepção, os preços mais baixos das bacias do mercado comum»

(recurso n.° 35), deixa presumir, se é exacto e seja qual for a causa, que os produtos do Ruhr não estão imediatamente ameaçados pela concorrência das outras bacias da Comunidade.

Esta conclusão é confirmada pela amplitude das vendas do Ruhr na sua principal zona de venda, ou seja, em 1959, o equivalente a 88,4 milhões de toneladas de carvão, incluídas as necessidades próprias, em relação aos 120,9 milhões de toneladas que representa o consumo de hulha da República Federal da Alemanha, de 73,1%, no total.

O facto, não contestado, de as empresas da bacia do Ruhr só terem utilizado numa medida insignificante a sua faculdade de alinhamento pelos preços de outras empresas da Comunidade confirma o raciocínio precedente.

Na alínea c) do considerando n.° 12 da Decisão n.° 16/60, a Alta Autoridade enuncia as razões que a levaram a reconhecer que a concorrência do carvão dos países terceiros, por apreciável que seja, também não constitui uma barreira imutável susceptível de privar a política de preços da organização de venda em comum das sociedades mineiras do Ruhr de uma certa margem de manobra.

Embora exista uma divergência entre as partes quanto à avaliação das quantidades importadas dos países terceiros na principal zona de venda dos interessados, isto é, a República Federal da Alemanha, relativamente às quantidades de hulha produzidas pelas recorrentes — 6,3% para a Alta Autoridade contra mais de 15% para as recorrentes — assim como sobre as bases próprias para dar a este cálculo todo o seu alcance, estes valores não permitem sustentar que as importações de carvão dos países terceiros afectam irremediavelmente a distribuição do carvão do Ruhr nas suas principais zonas de venda.

Tal situação explica-se tanto pela protecção geográfica própria da maioria destas zonas de venda relativamente às principais fontes de carvão dos países terceiros como pelo direito aduaneiro aplicado pelo Governo da República Federal às importações de carvão dos países terceiros.

A Alta Autoridade observa, com razão, que, na medida em que os produtores dos países terceiros praticassem sistematicamente uma política de preços que não tivesse em conta a situação do mercado e dos custos, tais perigos deviam ser evitados através de medidas de política comercial.

Mesmo antes da instituição, pela República Federal da Alemanha, de um direito aduaneiro sobre o carvão oriundo dos países terceiros, os preços de venda dos carvões do Ruhr não tinham sido directamente determinados pelos preços do carvão de importação comparável.

Esta observação mostra que a faculdade de alinhamento pelos preços dos produtos dos países terceiros dá à organização de venda em comum, em causa no presente recurso, o meio de defender as suas posições, sem modificação das suas tabelas sobre todo o circuito da sua zona de venda.

Numa organização poderosa de venda em comum, a perequação das diminuições de receitas resultantes dos alinhamentos de preços e das outras medidas destinadas a enfrentar a concorrência alarga a possibilidade de dirigir a concorrência que destas medidas resulta, visto que permite escolher, em cada caso, para efectuar o fornecimento, a mina cuja situação é mais favorável do ponto de vista das espécies e dos preços de transporte.

Por todas estas razões, a Alta Autoridade tinha fundamento para reconhecer que o acordo de venda em comum dá aos interessados tão grandes possibilidades de dirigir a concorrência que a concorrência de produtores de países terceiros não impede que a organização de venda em comum tenha possibilidade de determinar os preços nas suas principais zonas de venda (v. Decisão n.° 16/60, JO, p. 1024/60, primeira coluna, último parágrafo).

Na alínea d) do considerando n.° 12 da Decisão n.° 16/60, a Alta Autoridade enuncia as razões que a levaram a reconhecer que a concorrência do fuel, por viva e crescente que seja, não priva a organização de venda em comum de uma certa margem de liberdade na escolha das suas tabelas.

A concorrência do fuel afecta, sem dúvida, designadamente as diversas categorias e espécies de carvão, e as menos afectadas de entre elas são precisamente as que constituem a maior parte da produção das recorrentes.

Da mesma maneira, na medida em que o carvão é entregue para fins de combustão, a posição do fuel, relativamente à do carvão, mostra-se desigualmente forte, conforme a utilização que dele é feita.

A linha de demarcação entre fuel e carvão desloca-se em função da relação entre os preços destes dois combustíveis.

Em consequência, no que se refere à concorrência do fuel, existe uma zona de preços dentro da qual o organismo de venda em comum pode escolher, não livremente, mas com uma certa margem de liberdade, a sua política de venda e, dentro de certos limites, as suas tabelas.

O poder de determinar os preços, que daí resulta, é reforçado e alargado pela instituição de uma taxa sobre o fuel na principal zona de venda dos interessados.

As consequências resultantes desta situação encontram-se confirmadas, de facto, pela diferenciação das modificações de tabelas ocorridas nos preços das categorias e espécies, consoante estão em maior ou menor concorrência com o fuel.

As precedentes observações levam a reconhecer que a organização de venda em comum dispõe de um certo poder de determinar os preços.

Tal conclusão é oposta à das recorrentes, que afirmam

«que aquele que se limita a registar os resultados devidos à acção dos dados do mercado sobre o nível dos preços fixa a bem dizer os preços, mas não os determina» (requerimento introdutório do pedido, n.° 26);

Se um cartel que regulamenta uma parte importante dos produtos no mercado é

«obrigado a alinhar a sua política dos preços pelos produtos concorrentes, não se pode falar de um controlo do cartel sobre o mercado (requerimento introdutório do pedido, n.° 22)»;

Um cartel

«apenas pode exercer uma influência decisiva sobre o mercado quando não está de forma alguma submetido à lei da oferta e da procura»,

isto é, quando domina o mercado (requerimento introdutório do pedido, n.° 24).

De acordo com estas citações torna-se evidente que, se aos olhos das recorrentes a organização de venda em comum dá efectivamente o poder de fixar os preços, não confere o de os determinar, porque, não dominando o mercado, não poderá fixar os preços a níveis sensivelmente diferentes dos que a lei da oferta e da procura impõe.

Assim, ao «fixar» os preços de tabela, a organização de venda em comum não teria outra possibilidade a não ser verificar os preços do mercado, uma vez que estes se encontravam «determinados» pela lei da oferta e da procura, e particularmente, no quadro desta lei, pelos preços a que são oferecidos no mercado os produtos das outras bacias da Comunidade, o carvão dos países terceiros e o fuel.

Tal concepção evoca irresistivelmente a recordação dos mercados atomísticos, que a economia liberal descrevia, onde cada interveniente se encontrava perante um preço de mercado que o seu próprio comportamento em nada podia afectar.

Esta situação era a da concorrência perfeita, onde, com toda a evidência, nenhum titular da oferta tinha o poder de «determinar» um preço, encontrando-se somente

perante a opção de oferecer ou de não oferecer, ao preço do mercado, ou de fazer variar o volume da sua oferta em função dos preços do mercado quando o custo de produção variava com as quantidades produzidas.

Ver no mercado do carvão ou no da energia um mercado atomístico de concorrência perfeita seria fechar os olhos à realidade.

Este mercado não agrupa uma amálgama de produtores, incapazes de, com o peso das suas ofertas, afectarem as condições do mercado, mas sim um número limitado de empresas, cuja produção é normalmente importante.

É a natureza das coisas que faz do mercado da energia um mercado onde se defrontam grandes unidades.

Neste mercado, os produtores não estão subtraídos à concorrência dos seus rivais, mas exercem, em razão das suas dimensões, uma influência não menosprezável sobre os preços do mercado e são conduzidos, devido a este facto, a uma verdadeira política de venda.

As próprias recorrentes descrevem o seu comportamento nos termos seguintes:

«Uma grande parte do carvão do Ruhr foi vendida com base nas tabelas, com concessão de prémios especiais (prémios de fidelidade e de quantidade). Estes prémios de que beneficiam todos os consumidores que preenchem as condições requeridas são uma forma de redução das tabelas, adaptada à situação da concorrência. Esta modificação das tabelas afecta uma parte importante da quantidade global das vendas do organismo de venda em comum. Além disso, com vista a manter os seus mercados tradicionais, escoar a produção corrente e, se possível, reduzir o nível elevado dos *stocks,* o Ruhr utilizou a possibilidade que lhe era dada de se alinhar pelos preços dos países terceiros (em primeiro lugar) e de outras bacias da CECA (em menor medida. A isto vêm-se juntar operações de recompras efectuadas no âmbito da 'Comunidade de crise' assim como outras, efectuadas numa grande proporção no âmbito da 'acção Erhard'; e seja permitido sublinhar, a este propósito, que a própria Alta Autoridade chamou a estas recompras 'alinhamentos' *a posteriori*» (recurso, n.° 35);

As recorrentes afirmam ainda mais energicamente que os preços do carvão dos países terceiros não são preços de mercado, mas preços racionais fixados no quadro de uma estratégia de conquista.

O recurso precisa que

«não é possível, no momento da fixação das tabelas em vigor para o carvão do Ruhr, ter em conta os preços de dumping político, praticados pelos Estados do bloco oriental, nem os preços do carvão de países terceiros, quando as despesas de transporte deste cobrem apenas 60% dos custos, ou melhor (como por exemplo para o carvão inglês), quando os preços à exportação estão muito abaixo dos preços no mercado interno (inglês)» (recurso, n.° 35).

As recorrentes afirmam igualmente que os preços do fuel são preços que tendem a suplantar o carvão nas suas zonas de venda, portanto determinados em função dos preços a que o carvão é oferecido nestas zonas.

Dizem, nomeadamente, que

«... a indústria petrolífera pratica uma concorrência de substituição (a maior parte das vezes abaixo dos preços de custo)»;

«o facto de os preços do fuel — diferentemente das tabelas para o carvão da Comunidade — serem inteiramente individuais e variáveis, impede naturalmente que se enfrente a concorrência do fuel através de um abaixamento geral das tabelas. É interessante notar, a este respeito, a verificação feita pelo Coal Committee da OECE no seu quarto relatório (*The Coal Industry in Europe,* 1960, números 5 a 31) que a vantagem do ponto de vista da concorrência dos produtores de petróleo sobre os do carvão é que as companhias petrolíferas mantêm preços flexíveis, que têm a possibilidade de, segundo o estado do mercado, efectuar discriminações entre os diferentes consumidores, e que podem, segundo as circunstâncias, permitir não importa que sacrifício de preços para conquistar o mercado» (recurso, n.° 35).

As recorrentes afirmam, de uma forma mais geral, que

«não é possível verificar *in abstracto* se existe ou não um domínio de mercado, que esta questão depende muito mais da situação concreta do mercado e designadamente da estrutura da concorrência no mercado da energia» (recurso, n.° 32).

Estas citações mostram com evidência que, no mercado da energia, nenhum dos vendedores se encontra colocado perante preços de mercado imutáveis, mas que cada um deles se esforça por «determiná-los» e em grande medida, mas variável segundo as circunstâncias de facto, o consegue.

A análise precedente demonstra que a concorrência que existe, de facto, no mercado da energia não é a dos mercados atomísticos, onde cada interveniente se encontra perante um preço de mercado, insensível ao seu comportamento, mas a que se exerce entre grandes unidades, dotadas de um certo poder sobre os preços e da faculdade de adaptar conscientemente o seu comportamento ao dos seus parceiros.

Este mercado é característico do regime de oligopólio, que é também o da concorrência imperfeita.

A teoria da concorrência imperfeita entrou agora na doutrina, que vê no oligopólio um regime onde cada vendedor tem em conta, nos seus cálculos económicos, o comportamento provável que os seus concorrentes adoptarão em resposta às suas próprias decisões, pela muito simples razão de que o que eles fazem é um resultado directo do que ele faz.

O contraste com a concorrência pura, neste ponto, é fundamental.

Um conhecido autor definiu o mercado oligopolístico como um mercado «onde os preços podem ser fixados mesmo pelas diferentes empresas e se tornam assim um elemento da sua estratégia no mercado. É particularmente importante», acrescenta, «que a política da concorrência da Comunidade vise limitar a margem estratégica que eventuais oligopólios detêm no mercado» (*Boletim da Comunidade Económica Europeia,* n.° 7/8, Julho-Agosto, 1961, p. 21 e 22).

Estas descrições aplicam-se muito exactamente ao mercado do carvão e mesmo ao da energia,. tal como as próprias recorrentes o descreveram.

Em tais mercados, o poder de fixar os preços não colide, como sucederia em caso de concorrência perfeita, com a barreira imutável dos preços do mercado, antes dispõe de uma zona de manobra, de limites imprecisos, no interior dos quais o poder que fixa os preços pode escolher o nível no qual os estabelece.

A fixação dos preços, no interior desta zona de indeterminação, é o efeito da estratégia das grandes unidades que se defrontam no mercado e não o resultado da simples verificação, por estas, de um preço de mercado, dependente ele próprio das suas decisões.

Sendo o mercado da energia um mercado oligopolístico, que oferece aos que nele participam a possibilidade de uma verdadeira estratégia económica, não pode deixar de conferir a estes um certo poder de determinar os preços.

O Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço não ignorou a evolução técnica e comercial que aumenta constantemente a dimensão das unidades económicas e tende a dar, cada vez mais, ao mercado do carvão e do aço, um carácter oligopolístico.

As disposições do n.° 2 do artigo 65.° e do n.° 2 do artigo 66.° assinalam a vontade dos autores do Tratado de não prejudicarem esta evolução, sob a condição de que ela sirva os fins do Tratado e designadamente que deixe subsistir, entre grandes unidades, a dose de concorrência necessária para que seja salvaguardada a exigência fundamental do artigo 2.° que impõe

«o estabelecimento progressivo de condições que garantam, por si próprias, a repartição mais racional da produção ao mais elevado nível de produtividade, salvaguardando, ao mesmo tempo, a manutenção do nível de emprego e evitando provocar, nas economias dos Estados-membros, perturbações fundamentais e persistentes».

Esta preocupação de salvaguardar uma certa dose de concorrência no regime de concorrência imperfeita que é o do carvão e do aço inspirou manifestamente uma das condições impostas pelo n.° 2 do artigo 65.° aos acordos de venda em comum susceptíveis de serem autorizados, a saber, o não darem às empresas o poder de determinar os preços de uma parte substancial dos produtos em causa no mercado comum.

O Tratado foi ainda mais longe do que o artigo 65.°, na preocupação de não prejudicar as evoluções indispensáveis, visto que foi até reconhecer, no artigo 95.°, que uma «alteração profunda nas condições económicas ou técnicas» poderia «tornar necessária uma adaptação das normas relativas ao exercício pela Alta Autoridade dos poderes que lhe são atribuídos».

A Alta Autoridade e o Conselho especial de Ministros da Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, nos termos do artigo 95.°, pediram em 20 de Julho de 1961 o parecer do Tribunal sobre um projecto de modificação do Tratado, destinado a obviar aos efeitos de uma alteração fundamental e persistente das condições de distribuição nas indústrias do carvão e do aço.

O Tribunal assinalou no seu parecer 1/61, de 13 de Dezembro de 1961,

«que, em princípio, o artigo 95.° não constitui obstáculo a uma adaptação das normas relativas aos poderes que o artigo 65.° confere à Alta Autoridade, através de

uma modificação do n.° 2 deste artigo, que vise permitir à Alta Autoridade autorizar quer acordos de outra natureza que não os previstos no texto actual, mas prosseguindo o mesmo objectivo, quer acordos da mesma natureza dos previstos no texto em vigor, mas prosseguindo um outro objectivo, quer, enfim, acordos de outra natureza e prosseguindo outros objectivos».

O Tribunal afirmou a seguir

«que as alterações tanto da primeira parte da primeira alínea do n.° 2, permitindo autorizar outras categorias de acordos não previstos pelo texto em vigor, como da alínea a) do mesmo número, referindo os objectivos dos acordos susceptíveis de serem autorizados, podem constituir uma adaptação das normas relativas ao exercício dos poderes de autorização atribuídos à Alta Autoridade, mas que, em contrapartida, a supressão da alínea c) ultrapassa o âmbito de uma adaptação...».

Assim o Tribunal mostrou que entende, como desejam as recorrentes,

«interpretar e aplicar as normas jurídicas tendo em conta a nova situação económica» e «as novas tarefas que o dinamismo da vida económica suscita»

(réplica, n.° 53), mas que não pode admitir a supressão das exigências fundamentais do artigo 65.°, n.° 2, alínea c), exigências que visam salvaguardar, no mercado oligopolístico do carvão e do aço, o nível de concorrência indispensável para que sejam respeitadas as exigências fundamentais enumeradas nos artigos 2.°, 3.°, 4.° e 5.° do Tratado, e designadamente para que não deixe de ser assegurada «a manutenção e o respeito de condições normais de concorrência».

A Alta Autoridade considerou que este nível de concorrência indispensável era salvaguardado pelos três organismos de venda em comum que autorizou nas suas Decisões n.os 5/56, 6/56 e 7/56, de 15 de Fevereiro de 1956, mas que o não seria com a sobrevivência dos mecanismos comuns autorizados pela Decisão n.° 8/56, de 15 de Fevereiro de 1956, e da organização de venda comum proibida pela Decisão n.° 16/60, de 22 de Junho de 1960.

O Tribunal não vê qualquer razão para admitir que, ao impor a manutenção de um nível mínimo de concorrência no interior da bacia do Ruhr, a Alta Autoridade não respeitou a letra e o espírito do Tratado e designadamente as obrigações que lhe impõem os artigos 2.°, 3.°, 4.° e 5.°

Após ter sido verificado que a organização de venda em comum era detentora de um certo poder de determinar os preços, o presente litígio reduz-se, em última análise, à questão de saber se este poder se aplica a uma parte substancial dos produtos em causa no mercado comum.

Esta questão será adiante examinada na alínea c).

b) A noção de «controlo da distribuição»

A Alta Autoridade constata, no considerando n.° 13 da Decisão n.° 16/60, que, ao transferir para a organização de venda em comum o direito de distribuir os seus produtos em exclusivo, com excepção das quantidades reservadas, as empresas interessadas dão a esta organização a faculdade de orientar, segundo as exigências da sua política de venda, as quantidades cuja venda lhe é confiada.

Esta constatação basta para mostrar que, ao assegurar o controlo de uma parte do carvão e do coque no mercado comum, os interessados adquirem o poder de determinar as quantidades, as regiões e os compradores, que consideram essenciais para impedir a penetração de concorrentes na sua região principal de venda.

O domínio exercido pelo consórcio de venda sobre a política dos alinhamentos, ao orientar à sua vontade quantidades, mesmo pouco importantes em relação às suas vendas, permite-lhe afectar profundamente a distribuição dos seus concorrentes e, assim, reforça o controlo que exerce sobre a sua própria distribuição.

Não é possível deixar de ver na faculdade de fixar a distribuição, atribuída ao organismo de venda em comum, um certo poder de controlar a distribuição na acepção do artigo 65.°, n.° 2, alínea c).

As acusações formuladas pelas recorrentes ao porem em questão a inclusão das quantidades reservadas, como se verá a seguir na alínea c), não são susceptíveis de modificar a conclusão qualitativa do Tribunal.

c) A noção de «parte substancial dos produtos em causa no mercado comum»

A constatação de que um acordo de venda em comum dá às empresas interessadas um poder de determinar os preços ou de controlar a distribuição não é suficiente para habilitar a Alta Autoridade a recusar-lhe a sua autorização.

É também necessário, para esse efeito, que este poder incida sobre uma parte substancial dos produtos em causa no mercado comum.

Importa, portanto, averiguar se tal é o caso quanto ao poder de determinar os preços e de controlar a distribuição, de que se reconheceu que a organização de venda em comum em causa estava investida.

O Tratado não fixa os critérios que permitam reconhecer a substancialidade da parte dos produtos em causa submetidos à jurisdição da organização de venda em comum.

O conjunto das disposições do Tratado leva a considerar que o poder de determinar os preços ou de controlar a distribuição incide sobre uma parte substancial dos produtos em causa no mercado comum quando a amplitude dos efeitos que exerce não é subalterna ou acessória, mas sim susceptível de comprometer no mercado comum a dose de concorrência pretendida pelo Tratado e a missão que os artigos 2.°, 3.°, 4.° e 5.° atribuem à Comunidade.

Viu-se, acima, que não se pode pretender que o Tratado tenha querido proibir a existência ou a formação das grandes unidades de produção ou de venda, características do mercado do carvão e do aço.

Seria fechar os olhos às realidades e negar as exigências do progresso técnico querer regressar neste domínio a um mercado atomístico, verdadeiramente impensável em relação aos produtos em causa.

O problema que deve ser resolvido neste ponto é o das dimensões a partir das quais o volume das ofertas submetidas à jurisdição de um acordo entre empresas constitui uma parte de tal maneira substancial dos produtos em causa no mercado comum que torne imperfeita a concorrência existente neste mercado, ao ponto de prejudicar a finalidade do Tratado.

A Alta Autoridade apresentou no considerando n.° 9 da Decisão n.° 16/60 um quadro que, relativamente ao ano de 1959, precisa a parte da procura nas quantidades de hulha, de aglomerados de hulha e de coque de hulha distribuída no mercado comum.

Estas partes oscilam entre 26,1% e 43,7%.

As recorrentes contestam estes valores sustentando, designadamente, que foram tidas erradamente em consideração, neste cálculo, certas quantidades reservadas, assim como os fornecimentos às empresas integradas.

O Tribunal não pode seguir as recorrentes quanto a este aspecto.

Na relação das quantidades distribuídas, está correcta a consideração dos elementos em questão; outra forma de cálculo não teria reflectido a participação das recorrentes no conjunto do mercado.

Mesmo que se devesse conceder às recorrentes que uma parte importante das quantidades reservadas não é objecto de transacções propriamente comerciais, esta concessão não infirmaria realmente a exactidão dos cálculos da Alta Autoridade; efectivamente, as quantidades da mesma categoria provenientes dos outros produtores do mercado comum, neste caso, também não seriam de tomar em consideração, o que modificaria os números em valor absoluto, mas apenas minimamente a proporção das quantidades distribuídas, as únicas que importam no caso concreto.

Em todo o caso, o Tribunal não pode aceitar a tese das recorrentes que excluem do seu cálculo os fornecimentos às empresas integradas; com efeito, tal como a Alta Autoridade adequadamente sustentou na decisão impugnada e no decurso do processo, trata-se de facto de quantidades cujo preço é fixado, directa ou indirectamente, pela organização de venda em comum.

Seja qual for o valor das críticas formuladas relativamente aos números avançados pela Alta Autoridade, não se pode duvidar que resulta destes números, mesmo que devessem ser objecto de algumas correcções, que as quantidades distribuídas pela organização de venda em comum concentram, sob a influência directa ou indirecta desta organização, uma fracção importante dos produtos em causa distribuídos no mercado comum e que, devido a este facto, os poderes de que esta organização está investida afectam uma parte substancial dos produtos em causa no mercado.

No entanto, na concorrência de grandes unidades que caracteriza o mercado comum do carvão, a influência de uma organização de venda não depende tanto do volume dos produtos que encomenda como dos volumes que encomendam as organizações que encontra perante si no mercado.

Há que notar, a este respeito, que o artigo 66.°, n.° 2, precisa que, para apreciar o efeito de uma concentração, enquanto obstáculo a uma concorrência efectiva ou

meio de se subtrair às regras de concorrência resultantes da aplicação do Tratado, a Alta Autoridade

«terá em conta a importância das empresas da mesma natureza existentes na Comunidade, na medida em que o considere justificado para evitar ou corrigir as desvantagens resultantes de uma desigualdade nas condições de concorrência».

Esta obrigação mostra a importância que o Tratado atribui ao peso relativo das empresas na estrutura da concorrência.

No entanto, não é de atribuir importância ao facto de, no caso em apreço, a Alta Autoridade nada ter desenvolvido sobre este ponto nos considerandos da Decisão n.° 16/60.

Com efeito, é notório que, por exemplo, a produção de hulha das empresas agrupadas na organização de venda em causa é aproximadamente quatro vezes mais importante do que a de qualquer outra bacia do mercado comum e se eleva a mais do dobro da produção global das «Charbonnages de France», única organização comparável pela sua importância.

As ordens de grandeza acima indicadas, sejam quais forem as correcções de pormenor de que são susceptíveis de ser objecto, não permitem que se duvide que existe uma desproporção acentuada entre a «dimensão» da bacia do Ruhr considerada na sua totalidade e a das outras bacias da Comunidade.

Tal desproporção não pode deixar de dar um grande peso à influência da organização de venda que dela deriva, na concorrência das grandes unidades que se defrontam no mercado comum.

A Decisão n.° 16/60, ao recusar autorização para a organização de venda em comum aos três consórcios de venda da bacia do Ruhr, tinha precisamente como efeito reduzir as organizações de venda do Ruhr a uma dimensão diferente, é certo, mas da mesma ordem de grandeza que a da maior das organizações de venda da Comunidade depois da bacia do Ruhr.

Estas constatações são mais do que suficientes para fazer admitir, fora de qualquer subtileza estatística, que a organização de venda que é objecto da Decisão n.° 16/60 controla uma parte substancial dos produtos em causa no mercado comum.

B — Verificação inexacta dos factos

As recorrentes acusam a Alta Autoridade de ter baseado as suas decisões numa verificação inexacta ou incompleta dos factos.

O Tribunal apreciou estas acusações e pronunciou-se na alínea c), acima, sobre as mais importantes, as que visam a inclusão nas quantidades distribuídas pela organização de venda de certas quantidades reservadas, assim como dos fornecimentos às empresas integradas.

Outras acusações, tais como as referentes à influência dos preços do carvão das outras bacias e do carvão de importação, assim como da antracite e do fuel, sobre os preços do Ruhr, são mais objecto de uma apreciação e de uma interpretação de situações económicas do que de uma verificação de factos.

Outras, tal como a que opõe o valor de 47% ao de 53% como percentagem de hulha comunitária distribuída no território da República Federal, invocam divergências de uma ordem de grandeza demasiado frágil para que possam modificar as conclusões tiradas dos valores contestados.

Finalmente, outras, tal como a que se refere à não consideração do «trend» da evolução, poderiam eventualmente constituir uma insuficiência de fundamentação, mas não uma verificação inexacta.

De resto, o argumento assim invocado não poderia modificar a decisão adoptada, visto que o sentido da evolução, em 1960, foi inverso ao de 1959 (tréplica, n.° 41) sem que aliás se possa extrair qualquer conclusão desta oposição.

As próprias recorrentes constatam, após terem acusado a Alta Autoridade de ter determinado mal a proporção do carvão importado dos países terceiros, que

«o nível do contingente importado não tem uma importância determinante... e que de facto o contingente das importações não traduz plenamente a influência exercida pelo carvão dos países terceiros» (requerimento introdutório do pedido, n.° 35).

O Tribunal partilha plenamente esta maneira de ver, mas confere-lhe um alcance geral, pois, como as recorrentes, considera «que uma óptica puramente quantitativa

é incompatível com o espírito do artigo 65.°, n.° 2, alínea c), tal como resulta dos objectivos do Tratado» (réplica, n.° 50).

Viu-se que a substancialidade referida no artigo 65.°, n.° 2, alínea c), não era um critério exclusivamente quantitativo, mas visava sobretudo a estrutura do regime concorrencial comunitário.

Uma vez que as inexactidões e lacunas de verificação de factos sublinhadas pelas recorrentes não afectaram a Decisão n.° 16/60 de facto ou de direito, não poderão constituir fundamentos de anulação.

C — Violação manifesta das disposições do Tratado

As recorrentes consideram violação manifesta das disposições do Tratado a omissão, por parte da Alta Autoridade, da interdependência dos diversos factores que afectam o carvão do Ruhr, a

«violação manifesta de um princípio elementar de economia»

que revela um

«desrespeito evidente das disposições do Tratado CECA»

(requerimento introdutório do pedido, n.° 35, 4, alínea d), a

«violação grosseira das regras da lógica»

que a apreciação de conjunto formulada no considerando n.° 12, alínea c), da Decisão n.° 16/60 constitui.

O Tribunal não descortinou nos fundamentos acima indicados as violações do Tratado que as recorrentes vêem.

Também aí não pode ver o resultado de uma violação manifesta das disposições do Tratado nem, devido a este facto, considerar o invocado fundamento de anulação.

4. *Violação de formalidades essenciais*

As recorrentes invocam, como violação de formalidades essenciais, uma insuficiência de fundamentação.

O Tribunal constatou, na secção 2, alíneas a), b) e c), do presente acórdão, que os fundamentos apresentados nos considerandos da Decisão n.° 10/60 justificam juridicamente, de forma suficiente, as conclusões que neles estão inseridas.

O Tribunal não constatou nos considerandos da Decisão n.° 16/60 as contradições afirmadas pelas recorrentes.

O Tribunal considera determinantes os fundamentos apresentados nos considerandos da Decisão n.° 16/60;

Quaisquer outros fundamentos, incluindo os que as recorrentes têm por contraditórios ou insuficientes, devem ser considerados como supérfluos, e não poderão, por este facto, justificar a anulação da decisão adoptada.

Pelas razões expostas, deve ser negado provimento ao recurso.

Quanto às despesas

Tendo sido desatendidos todos os argumentos das recorrentes e do interveniente (por força do disposto no n.° 2 do artigo 69.° do Regulamento Processual do Tribunal), deverão estes ser condenados nas despesas.

Pelos fundamentos expostos,

vistos os autos,

ouvido o relatório do juiz-relator,

ouvidas as alegações das partes,

ouvidas as conclusões do advogado-geral,

vistos os artigos 2.°, 3.°, 4.°, 5.°, 33.°, 65.° e 66.° do Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, o artigo 24.° do Estatuto do Tribunal de Justiça anexo a este Tratado, o artigo 85.° do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia e os artigos 69.° e 93.° do Regulamento Processual do Tribunal,

O TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decide:

1) É negado provimento ao recurso 13/60.

2) As recorrentes e o interveniente são condenados nas despesas do processo.

Donner Riede Rueff

Hammes Rossi

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 18 de Maio de 1962.

O secretário

A. Van Houtte

O presidente

A. M. Donner