CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL F. G. JACOBS

apresentadas em 10 de Novembro de 1993 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Este processo chega ao Tribunal de Justiça através de um recurso contra o acórdão proferido pelo Tribunal de Primeira Instância, em 12 de Dezembro de 1991, no processo Hilti/Comissão [1] (a seguir «acórdão»). O acórdão julgou improcedente o recurso interposto pela Hilti pedindo a anulação de uma decisão da Comissão pela qual esta verificava que a Hilti ocupava na CEE uma posição dominante no mercado das pistolas de pregos e dos carregadores adaptados a essas pistolas e que tinha abusado dessa posição na acepção do artigo 86.° do Tratado [2]. A decisão impôs à Hilti uma coima de 6 milhões de ecus e ordenou-lhe que pusesse termo aos abusos verificados.

2. As queixas que deram início ao processo contra a Hilti tinham sido feitas à Comissão pela Bauco (UK) Ltd e pela Profix Distribution Ltd (então chamada «Eurofix»). A Bauco e a Profix intervieram ambas em apoio da Comissão no processo no Tribunal de Primeira Instância. Nos termos do disposto nos artigos 114.° e 115.° do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, a Bauco e a Profix tinham ambas o direito de responder ao recurso da Hilti. Contudo, só a Bauco utilizou essa possibilidade.

3. As pistolas de pregos fabricadas pela Hilti são um meio tecnologicamente avançado para proceder a fixações seguras na indústria da construção civil. As pistolas formam, conjuntamente com carregadores, cartuchos e pregos, um sistema de «fixação accionado a pólvora» (ou sistema «FAP») que aplica pregos em diferentes materiais segundo as exigências necessárias; todavia, esse sistema não é adaptado a todos os tipos de materiais. Os cartuchos fornecem a potência explosiva do sistema e cada carregador contém um certo número de cartuchos que permitem utilizar a pistola de modo repetido sem haver necessidade de a recarregar. Os pregos que são compatíveis com as pistolas fabricadas pela Hilti são fabricados e fornecidos por ela como por outras empresas. A Bauco e a Profix são dois desses fabricantes independentes

* Língua original: inglês.

1 — Acórdão Hilti/Comissão (T-30/89, Colect. 1991, p. II-1439).

2 — Decisão 88/138/CEE da Comissão, de 22 de Dezembro de 1987, relativa a um processo de aplicação do artigo 86.° do Tratado CEE (IV/30.737 e 31.488 — Eurofix-Bauco/Hilti), JO 1988, L 65, p. 19.

de pregos que podem ser utilizados nas pistolas de pregos da Hilti. A seguir, nas presentes conclusões, todas as referências aos «carregadores» e aos «pregos» designarão os componentes destinados a ser utilizados nas pistolas de pregos fabricadas pela Hilti. Na decisão, a Comissão refere-se a esses componentes como «produtos de consumo».

4. O artigo 86.°, n.° 1, do Tratado, dispõe que:

«É incompatível com o mercado comum e proibido, na medida em que tal seja susceptível de afectar o comércio entre os Estados-membros, o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte substancial deste.»

O presente recurso é limitado às passagens do acórdão do Tribunal de Primeira Instância que confirmam as conclusões da Comissão segundo as quais a Hilti ocupava uma posição dominante no mercado comum. Assim, actualmente, a Hilti não contesta que pressupondo que ocupava essa posição, o comportamento verificado pela Comissão na sua decisão equivaleria a um abuso. A Hilti também não contesta actualmente que o comportamento em questão possa ter afectado o comércio entre os Estados-membros.

5. O comportamento abusivo alegado pela Comissão consistia no exercício pela Hilti do seu poder no mercado enquanto produtor de pistolas de pregos, de carregadores e de pregos, de modo a impedir o acesso e a penetração no mercado dos pregos aos produtores de pregos independentes, ou de prejudicar de um outro modo as suas actividades. Todavia, esse comportamento só é contrário ao artigo 86.° se a Hilti ocupar efectivamente uma posição dominante pelo menos num dos mercados em questão.

6. A fim de estabelecer a existência de uma posição dominante, na acepção do artigo 86.°, é necessário identificar o ou os mercados relevantes onde essa posição dominante se exerce. Como o Tribunal de Justiça declarou no processo Continental Can [3], no n.° 32 do acórdão:

«Na apreciação da posição dominante (da recorrente)... a delimitação do mercado em questão é de importância essencial, por as possibilidades de concorrência só poderem

3 — Acórdão Europemballage e Continental Can/Comissão (6/72, Recueil 1973, p. 215). V. no mesmo sentido acórdão L'Oréal (31/80, Recueil 1980, p. 3755, n.° 25), e acórdão AKZO/Comissão (C-62/86, Colect. 1991, p. I-3359, n.° 51).

ser apreciadas em função das características dos produtos em causa, devido às quais esses produtos são particularmente aptos a satisfazer necessidades constantes e são pouco intermutáveis com outros produtos.»

Além disso, para efeitos dessa apreciação, convém examinar não apenas o leque dos produtos em causa (denominado o «mercado dos produtos em causa»), mas também a extensão geográfica do mercado. Segundo a Hilti, a decisão da Comissão é errada no que diz respeito à identificação dos mercados dos produtos em causa, e a Hilti interpõe agora recurso contra as passagens do acórdão do Tribunal de Primeira Instância que confirmam as conclusões da Comissão relativamente à definição desses mercados. Contudo, a Hilti não contesta agora a determinação pela Comissão do mercado geográfico em causa.

7. A Comissão identificou, na sua decisão, três mercados distintos dos produtos em causa nos quais verificou a existência de uma posição dominante da Hilti: o mercado das pistolas de pregos, o mercado dos cartuchos e o dos pregos a utilizar nas pistolas. Nos termos do n.º 74 da decisão, a Hilti abusou das suas posições dominantes nesses mercados a fim de impedir a concorrência efectiva que lhe poderiam fazer novos concorrentes no mercado dos pregos.

8. Delimitar um mercado dos produtos em causa a fim de estabelecer a existência de uma posição dominante na acepção do artigo 86.º do Tratado é uma operação complexa que envolve ao mesmo tempo verificações de facto e a apreciação desses factos à luz de princípios económicos e de critérios jurídicos [4]. Num recurso de um acórdão do Tribunal de Primeira Instância, interposto nos termos do artigo 168.º-A, n.º 1, do Tratado, o Tribunal de Justiça deve efectivamente limitar-se ao exame das questões de direito. Recordo que o artigo 51.º, n.º 1, do Estatuto do Tribunal de Justiça dispõe que:

«O recurso para o Tribunal de Justiça é limitado às questões de direito e pode ter por fundamento a incompetência do Tribunal de

4 — V. em especial o estudo em Whish, *Competition Law*, segunda edição, Londres 1989, pp. 278 a 287.

Primeira Instância, irregularidades processuais perante este Tribunal que prejudiquem os interesses do recorrente, bem como violação do direito comunitário pelo Tribunal de Primeira Instância».

9. Embora seja claro que essa limitação é aplicável a todos os recursos interpostos no Tribunal de Justiça contra acórdãos do Tribunal de Primeira Instância, no caso de recursos interpostos em processos de concorrência que têm a sua origem em decisões da Comissão que declaram verificadas infracções aos artigos 85.° e 86.° do Tratado [5], podem ser relevantes factores específicos. Nomeadamente, convém assinalar que, nesses processos, o próprio Tribunal de Primeira Instância tem por missão fiscalizar a legalidade de uma decisão da Comissão baseada, por um lado, em verificações de factos, e por outro, numa apreciação económica eventualmente complexa. Questões como as que são suscitadas no presente processo, relativas à delimitação do mercado em causa e à existência de uma posição dominante nesse mercado, exigem a aplicação de critérios a propósito dos quais os economistas podem estar em desacordo. É conveniente notar que a fiscalização jurisdicional destas questões é mais limitada do que no que respeita às puras questões de facto: a exactidão dos factos materiais em que a Comissão se baseou pode ser fiscalizada pelo Tribunal de Primeira Instância, ao passo que a sua fiscalização sobre as questões de apreciação económica se limita normalmente a verificar se a Comissão não é culpada de um erro manifesto de apreciação ou de um abuso de poder [6]. Como veremos adiante mais em pormenor, coloca-se então a questão de saber em que medida a apreciação de factos materiais pelo Tribunal de Primeira Instância pode ser fiscalizada pelo Tribunal de Justiça [7].

10. A competência actual do Tribunal de Primeira Instância em matéria de concorrência foi exercida originariamente pelo Tribunal de Justiça nos termos dos artigos 173.° e 175.° do Tratado, e foi transferida para o Tribunal de Primeira Instância pela decisão do Conselho de 24 de Outubro de 1988 que institui um Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias [8]. Resulta claramente do seu preâmbulo que o Tribunal de Primeira Instância foi instituído para lhe ser confiada, em vez de o ser ao Tribunal de Justiça, a tarefa de examinar as questões de facto complexas. Assim, a decisão de 24 de Outubro de 1988 refere em primeiro lugar que o artigo 168.°-A do Tratado confere ao Conselho o poder para associar ao Tribunal de Justiça um Tribunal de

5 — Sobre a aplicação desta limitação aos recursos nos processos de funcionários v. por exemplo os acórdãos Turner/Comissão (C-115/90 P, Colect. 1991, p. I-1423); Vidrányi/Comissão (C-283/90 P, Colect. 1991, p. I-4339); Hochbaum/Comissão (C-107/90 P, Colect. 1992, p. I-157); V/Parlamento (C-18/91 P, Colect. 1992, p. I-3997).

6 — V. o acórdão Remia/Comissão (42/84, Recueil 1985, p. 2545, n.° 34).

7 — V. mais adiante os n.os 46 a 49.

8 — Decisão do Conselho 88/591/CECA/CEE/Euratom (JO 1988, L 319, p. 1).

Primeira Instância «chamado a exercer importantes funções judiciárias». Além disso, menciona que «relativamente a acções que exijam um exame aprofundado de factos complexos, a criação de um segundo tribunal vem melhorar a protecção judiciária dos interessados»; e assinala que «é necessário, para manter a qualidade e a eficácia do controlo judiciário na ordem jurídica comunitária, permitir que o Tribunal de Justiça concentre a sua actividade na função essencial que consiste em assegurar a interpretação uniforme do direito comunitário». Por último, afirma que é necessário «transferir para o Tribunal de Primeira Instância a competência para conhecer em primeira instância de certas categorias de acções que frequentemente exigem a análise de factos complexos», incluindo as acções propostas por pessoas singulares ou colectivas em matéria de concorrência. A decisão do Conselho de 8 de Junho de 1993 [9] retoma algumas destas considerações no que se refere à transferência para o Tribunal de Primeira Instância, na maior parte dos casos com efeitos a partir de 1 de Agosto de 1993 [10], de outras categorias de acções propostas por pessoas singulares ou colectivas.

11. Como o representante da Comissão alegou na audiência, é claro que a intenção não era simplesmente fazer do Tribunal de Primeira Instância um órgão jurisdicional intermediário entre a Comissão e o Tribunal de Justiça, mas antes atribuir-lhe uma parte importante da competência deste último. Assim, é significativo que o artigo 3.° da decisão de 24 de Outubro de 1988 fale «do exercício» pelo Tribunal de Primeira Instância da competência conferida ao Tribunal de Justiça pelos Tratados, e que o preâmbulo faça referência, como acabámos de ver, a uma «transferência» de competências para o Tribunal de Primeira Instância.

12. Assim, parece-me que, pelo menos nos processos de concorrência, convém interpretar estritamente a exigência do artigo 51.° do Estatuto segundo o qual os recursos para o Tribunal de Justiça se limitam às questões de direito. Por conseguinte, é nesta base que passo agora ao exame dos diferentes fundamentos aduzidos pela Hilti em apoio do seu recurso.

Os fundamentos de recurso aduzidos pela Hilti

13. A Hilti invoca sete fundamentos em apoio do seu recurso, que podem ser resumidos do seguinte modo:

1) Nos n.os 66 e 67 do acórdão, o Tribunal de Primeira Instância concluiu erradamente

9 — Decisão do Conselho 93/350/Euratom/CECA/CEE (JO 1993, L 144, p. 21).

10 — Relativamente aos processos de *dumping* e de subvenção, a entrada em vigor da decisão foi adiada para uma data que o Conselho fixará decidindo por unanimidade: v. artigo 3.°

no sentido da existência de mercados distintos para os carregadores e os pregos, pelo facto de existirem desde os anos 60 produtores independentes de pregos destinados a ser utilizados nas pistolas de pregos e pelo facto de os carregadores e os pregos serem especificamente fabricados, e comprados pelos utilizadores, para uma única marca de pistolas. O Tribunal de Primeira Instância não aplicou o critério adequado permitindo definir o mercado dos produtos em causa relativamente às peças sobresselentes ou aos componentes, e ignorou a questão da substituibilidade da procura entre diferentes sistemas de fixação.

2) No n.° 69 do acórdão, o Tribunal de Primeira Instância chegou à conclusão que os sistemas FAP constituem um mercado dos produtos em causa sem quantificar o *número de casos em que outros sistemas* de fixação podem substituir os sistemas FAP.

3) Nos n.^{os} 70 e 71 do acórdão, o Tribunal de Primeira Instância confirmou erradamente uma conclusão da Comissão segundo a qual os outros sistemas de fixação não eram facilmente intermutáveis com os sistemas FAP, quando essa conclusão se baseava exclusivamente numa descrição das diferentes características dos produtos em causa e era, deste modo, insuficientemente fundamentada.

4) De modo similar, no n.° 71 do acórdão, o Tribunal de Primeira Instância confirmou erradamente a conclusão relativa à ausência de substituibilidade, conclusão baseada na coexistência de diferentes métodos de fixação durante um longo período de tempo.

5) Ao rejeitar, no n.° 74 do acórdão, os elementos probatórios apresentados pela Hilti destinados a demonstrar a substituibilidade existente entre os diferentes sistemas de fixação, o Tribunal de Primeira Instância interpretou mal a questão jurídica do ónus da prova.

6) Nos n.^{os} 73 e 76 do acórdão, o Tribunal de Primeira Instância concluiu erradamente que as conclusões da Comissão eram corroboradas, ou pelo menos não refutadas, por determinados elementos probatórios apresentados pela Hilti, ou seja, um relatório preparado por um certo Sr. Yarrow, um estudo levado a cabo por um instituto privado denominado Rosslyn Research e uma análise econométrica elaborada por um certo professor Albach.

7) O Tribunal de Primeira Instância não teve em conta todos os elementos probatórios pertinentes aduzidos pela Hilti.

14. No seguimento das presentes conclusões, examinarei cada um destes sete fundamentos aduzidos em apoio do recurso. No entanto, convém assinalar que em determinados casos as questões suscitadas a título de fundamentos especiais sobrepõem-se, de modo que os fundamentos não podem ser sempre examinados isoladamente.

O primeiro fundamento de recurso

15. A primeira questão suscitada pelo recurso é a de saber se pode dizer-se que existem mercados distintos para os carregadores e para os pregos utilizados nas pistolas da Hilti, ou se as pistolas e os seus produtos de consumo devem ser considerados um todo indivisível. A Hilti alega que o Tribunal de Primeira Instância não aplicou uma regra permitindo determinar se existe um mercado separado para o fornecimento de peças sobresselentes de um produto, regra que pretende ter sido estabelecida pelo Tribunal de Justiça no processo Hugin [11]. Na verdade, é evidente que uma argumentação segundo a qual uma norma jurídica foi ignorada ou mal interpretada suscita uma questão de direito que pode ser objecto de análise num recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância perante o Tribunal de Justiça.

11 — Acórdão Hugin/Comissão (22/78, Recueil 1979, p. 1869).

16. O processo Hugin era relativo à recusa por parte da Hugin Cash Registers Ltd de fornecer peças sobresselentes para as suas caixas registadoras a uma outra empresa, a Liptons. A Hilti refere-se nomeadamente ao n.° 5 do acórdão Hugin, em que o Tribunal de Justiça declarou:

«Para decidir este diferendo, é necessário, em primeiro lugar, determinar o mercado em causa... Assim, a questão é a de saber se o fornecimento de peças sobresselentes constitui um mercado específico ou se faz parte de um mercado mais vasto. Para responder a esta questão, é necessário determinar a categoria de clientes que procuram essas peças.»

O Tribunal de Justiça concluiu que existia um mercado distinto das peças sobresselentes porque existiam empresas independentes, especializadas na manutenção e na reparação das caixas registadoras, e na venda e reparação de aparelhos usados, que necessitavam eles próprios de peças sobresselentes, constituindo essas empresas uma categoria

distinta da dos compradores de máquinas: v. o n.° 7 do acórdão Hugin. Segundo a Hilti, o raciocínio seguido pelo Tribunal de Justiça no processo Hugin demonstra que os pregos só podem ser considerados como formando um mercado de produtos distinto do das pistolas de pregos em que são utilizados, se se verificar que os compradores desses pregos são diferentes dos das pistolas.

17. Todavia, parece-me que o processo Hugin não justifica essa conclusão. Nesse caso, tendo em conta as circunstâncias especiais do processo, era necessário tomar em consideração a categoria formada pelos clientes que tinham necessidade das peças sobresselentes. Em primeiro lugar, a Hugin tinha o monopólio do fornecimento das peças sobresselentes em questão. Além disso, essas peças exigiam o serviço de um técnico especializado para as instalar e o seu valor era pouco importante em relação ao custo da manutenção e das reparações: os utilizadores das caixas registadoras não se manifestavam, portanto, no mercado enquanto compradores de peças sobresselentes. Assim, se os únicos clientes dessas peças fossem os próprios compradores de caixas registadoras, é claro que não haveria mercado de peças sobresselentes distinto do das máquinas e do mercado da prestação de serviços de manutenção e de reparação das máquinas: v. o n.° 6 do acórdão do Tribunal de Justiça.

18. No entanto, como sublinham a Bauco e a Comissão, o acórdão Hugin não deve ser interpretado como estabelecendo uma regra segundo a qual, para que exista um mercado distinto das peças sobresselentes ou de outros componentes, os compradores dessas peças devem ser distintos dos compradores do equipamento a que as mesmas se destinam. No processo Hugin, em vez de impor essa regra, o Tribunal de Justiça tinha simplesmente decidido a questão de saber se existia um mercado dos produtos em causa relativamente às peças sobresselentes tendo em conta as circunstâncias específicas desse processo. O presente processo é de facto muito diferente do processo Hugin. As peças compradas para serem utilizadas nas pistolas de pregos da Hilti não são peças sobresselentes que exijam o serviço de um técnico especializado, mas sim produtos de consumo para pistolas, que se destinam a ser utilizados por qualquer pessoa capaz de se servir da pistola. Além disso, esses produtos de consumo não são apenas fornecidos pela própria Hilti, mas também por produtores independentes que fabricam pregos destinados a ser utilizados nas pistolas da Hilti. Como o Tribunal de Primeira Instância observa no n.° 67 do seu acórdão, esses factos constituem, por si só, um indício sério da existência de um mercado distinto para os pregos. Assim, contrariamente à situação verificada no processo Hugin, os utilizadores de pistolas participam directamente no mercado enquanto compradores de pregos, e é irrelevante que os compradores de pregos não constituam um grupo distinto dos compradores de pistolas.

19. É verdade que a fim de qualificar os mercados para os pregos e para os carregadores de mercados em causa em que a Hilti está em

posição dominante, pode ser necessário examinar a situação da Hilti nos mercados que estão intimamente ligados ao dos carregadores e dos pregos. Como vimos, na sua decisão, a Comissão identificou o mercado das pistolas de pregos como um mercado dos produtos em causa no qual a Hilti detinha igualmente uma posição dominante. Se a Hilti domina esse mercado, é claro que isso só pode também contribuir para reforçar a sua posição no mercado dos componentes, como os carregadores e os pregos. Reciprocamente, a posição da Hilti nestes últimos mercados será mais fraca se os sistemas FAP estiverem em concorrência com sistemas não FAP num mercado mais vasto, incluindo os dois tipos de sistemas, e no qual a Hilti não é dominante.

20. Assim, coloca-se a questão de saber se os sistemas FAP constituem efectivamente um mercado dos produtos em causa no qual a Hilti detém uma posição dominante, e que é distinto do mercado dos sistemas de fixação considerado globalmente. Pode não ser esse o caso se existir um grau significativo de substituibilidade entre os diferentes sistemas. Consequentemente, no seu primeiro fundamento de recurso, a Hilti suscita também a questão da substituibilidade entre os diferentes sistemas de fixação. No entanto, dado que um certo número de outros fundamentos de recurso da Hilti suscitam igualmente a mesma questão, nomeadamente os segundo, terceiro, quarto e quinto, analisá-la-ei ao mesmo tempo que estes.

O segundo fundamento de recurso

21. Como vimos, a Comissão verificou que a Hilti ocupava uma posição dominante nos mercados dos pregos e dos carregadores como também no das pistolas de pregos. Actualmente, a Hilti não contesta as conclusões da Comissão relativas às suas importantes partes de mercado nos sectores dos pregos, dos carregadores e das pistolas de pregos, e as outras vantagens, como a protecção resultante da patente e um sistema de distribuição bem organizado, que, do ponto de vista da Comissão, serviram para manter e reforçar a sua posição nesses mercados.

22. No entanto, para provar a existência de uma posição dominante, é necessário demonstrar que a empresa em causa goza de uma forte posição económica «que lhe dá o poder de impedir a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado em causa possibilitando-lhe comportamentos independentes numa medida apreciável relativamente aos seus concorrentes, aos seus clientes e, finalmente, aos consumidores» [12]. Como já mencionei, a Hilti alega que a sua capacidade de agir de modo independente no mercado dos pregos era afectada pelo facto de os sistemas FAP fazerem parte de um mercado mais vasto, o dos sistemas de fixação em

12 — Acórdão United Brands/Comissão (27/76, Recueil 1978, p. 207, n.º 65).

geral. Assim, mesmo que os pregos, os carregadores e as pistolas de pregos sejam considerados mercados distintos, podem não ser os mercados «em causa» para efeitos da determinação da existência de uma posição dominante, dado que os utilizadores das pistolas de pregos da Hilti podem ter a possibilidade de optar por uma mudança em favor de outros sistemas de fixação que não exijam a compra de carregadores ou de pregos. A Hilti alega que ao não tomar em consideração o alto grau de tal «substituibilidade da procura» entre os diferentes sistemas, a Comissão enganou-se na sua definição dos mercados dos produtos em causa.

23. Assim, a Hilti alega que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao confirmar a conclusão da Comissão segundo a qual os sistemas FAP e os outros sistemas de fixação não são facilmente substituíveis entre si. Nos seus diferentes fundamentos de recurso, a Hilti apresenta um determinado número de argumentos sobre a questão da substituibilidade.

24. Em primeiro lugar, no seu segundo fundamento de recurso, a Hilti alega que o Tribunal de Primeira Instância não procedeu a verificações que quantifiquem os números de casos em que os sistemas FAP não podem ser facilmente substituídos por outros tipos de sistemas de fixação. A Hilti refere-se nomeadamente à declaração que figura no n.° 69 do acórdão segundo a qual:

«As características próprias dos sistemas FAP, enumeradas no ponto 62 da decisão, levam a que sejam escolhidos, sem hesitações, num certo número de casos.»

A Hilti sustenta que ao não verificar que o *número desses casos é superior a alguns, ou é* mesmo superior a um número insignificante, o Tribunal de Primeira Instância não tem o direito de daí deduzir que os sistemas FAP e os outros sistemas de fixação não são *intermutáveis*.

25. No entanto, parece que esta argumentação é contestada pelos próprios termos do n.° 69, que prossegue:

«... Efectivamente, resulta dos autos que não existe *frequentemente* uma alternativa realista para o operário qualificado que executa um trabalho numa obra, nem para o técnico chamado a determinar antecipadamente os métodos de fixação que serão utilizados em determinada situação» (o sublinhado é nosso).

Além disso, no n.º 71 do acórdão, o Tribunal de Primeira Instância declara que as verificações da Comissão:

«... não deixam subsistir qualquer dúvida séria sobre a existência, na prática, *de toda uma diversidade de situações,* em que, conforme os casos, se privilegia a utilização de um sistema FAP ou de qualquer outro sistema de fixação» (o sublinhado é nosso).

Parece-me que estas passagens indicam que o Tribunal de Primeira Instância procedeu a uma verificação de facto segundo a qual há um número significativo de casos em que só existe um grau pouco elevado de substituibilidade da procura entre os diferentes sistemas. Consequentemente, convém rejeitar a argumentação apresentada pela Hilti no seu segundo fundamento de recurso.

O terceiro e quarto fundamentos de recurso

26. O Tribunal de Primeira Instância baseou as suas conclusões, segundo as quais os sistemas FAP e os outros sistemas de fixação não fazem parte do mesmo mercado dos produtos em causa, na análise dos elementos probatórios seguintes: i) as características qualitativas diferentes dos produtos em questão, tal como descritas pela Comissão; ii) a coexistência de diferentes sistemas de fixação no mercado durante um período prolongado; iii) o relatório de peritagem feito pelo Sr. Yarrow; e iv) o estudo do Instituto Rosslyn Research. Além disso, o Tribunal de Primeira Instância examinou e rejeitou as conclusões da análise econométrica efectuada pelo professor Albach.

27. No seu terceiro fundamento de recurso, a Hilti alega que o Tribunal de Primeira Instância se enganou, nos n.ºs 70 e 71 do seu acórdão, ao fundar as suas conclusões relativas ao mercado dos produtos em causa unicamente nas diferenças entre as características dos sistemas de fixação em questão. De modo similar, no seu quarto fundamento de recurso, a Hilti sustenta que o Tribunal de Primeira Instância se enganou no n.º 71 do seu acórdão ao deduzir da coexistência dos sistemas FAP e não FAP durante um período prolongado, a conclusão que os diferentes sistemas não eram intermutáveis (e que não fazem, deste modo, parte do mesmo mercado dos produtos em causa). Todavia, parece-me que estes argumentos desvirtuam o raciocínio seguido pelo Tribunal de Primeira Instância. Como vimos, este chegou às suas conclusões relativas ao mercado dos produtos em causa com fundamento num certo número de verificações que

devem ser examinadas conjuntamente. Deste modo, seria errado criticar o Tribunal de Primeira Instância por ter fundado as suas conclusões em qualquer uma das verificações consideradas isoladamente.

28. Apesar disso, convém examinar a questão de saber se, quando chegou às suas conclusões, o Tribunal de Primeira Instância tomou em consideração todos os factores pertinentes. Se se afigurar que houve factores pertinentes que não foram tomados em consideração, o Tribunal de Primeira Instância terá cometido um erro de direito fundando as suas conclusões numa fundamentação insuficiente. É claro que o facto de não tomar em consideração factores pertinentes na procura de uma conclusão jurídica, constitui em si mesmo um erro de direito que pode justificar a anulação do acórdão. Convém assinalar que, nesse caso, o Tribunal de Justiça não procede a uma fiscalização das verificações de facto efectuadas pelo Tribunal de Primeira Instância, mas examina sim a questão de saber se o mesmo procedeu a verificações suficientes para fundamentar a conclusão jurídica que extraiu das mesmas. Além disso, parece-me que a determinação dos mercados dos produtos em causa, para efeitos da verificação de uma posição dominante, deve ser considerada uma conclusão jurídica e não uma pura verificação de facto.

29. No seu terceiro fundamento de recurso, a Hilti sustenta que o raciocínio seguido nos n.os 70 e 71 do acórdão é contrário a princípios assentes de direito comunitário relativos à definição do mercado em causa. A Hilti refere-se, nomeadamente, ao processo Michelin [13], em que, no n.º 37 do acórdão, o Tribunal de Justiça declarou:

«Como o Tribunal de Justiça reiteradamente sublinhou... para efeitos da análise da posição, eventualmente dominante, de uma empresa num mercado determinado, as possibilidades de concorrência devem ser apreciadas no âmbito do mercado que reagrupa a globalidade dos produtos que em função das suas características são particularmente aptos a satisfazer necessidades constantes e são pouco intermutáveis com outros produtos. No entanto, há que observar que a determinação do mercado em causa serve para avaliar se a empresa em questão tem a possibilidade de impedir a manutenção de uma concorrência efectiva e de se comportar, em larga medida, independentemente dos seus concorrentes, dos seus clientes e dos consumidores. Assim, para este efeito, não nos podemos limitar à análise apenas das características objectivas dos produtos em causa, sendo necessário tomar também em consideração as condições de concorrência e a estrutura da procura e da oferta no mercado.»

A Hilti sustenta que a Comissão e o Tribunal de Primeira Instância «não se fundamentaram nessas verificações necessárias».

13 — Acórdão Michelin/Comissão (322/81, Recueil 1983, p. 3461).

30. O processo Michelin era respeitante ao mercado dos pneus novos sobresselentes para pesados, quer dizer, para camiões, autocarros e veículos análogos. A Michelin e a Comissão admitiam que os pneus de *origem* fornecidos com o veículo não deviam ser tomados em consideração, como o Tribunal de Justiça observou no n.º 38 do seu acórdão:

«Com efeito, devido à estrutura especial da procura caracterizada pelas encomendas directas dos produtores de automóveis, a concorrência é exercida, neste domínio, segundo regras e factores totalmente diferentes.»

Isto ilustra o princípio segundo o qual mesmo produtos com qualidades idênticas podem ser considerados como pertencendo a mercados diferentes quando se atende à estrutura da procura. No que diz respeito ao mercado dos pneus *sobresselentes*, o Tribunal de Justiça fez três observações (v. os n.ºs 39 a 41 do acórdão): em primeiro lugar, no que diz respeito às exigências dos utilizadores, os pneus para pesados não são intermutáveis com os destinados às viaturas de turismo e às camionetas; em segundo lugar, no que diz respeito à estrutura da procura, os compradores de pneus para pesados, que são principalmente utilizadores profissionais, podem ser distinguidos do comprador médio de pneus de viaturas de turismo ou de camionetas; e por último:

«(há que sublinhar...) a falta de elasticidade da oferta entre os pneus para pesados e os pneus para veículos de turismo devida a importantes diferenças nas técnicas de produção e às instalações e utensílios necessários para esse efeito».

Por «elasticidade da oferta», o Tribunal de Justiça entendia o grau de resposta da oferta de um produto às modificações do seu preço. Assim, a elasticidade da oferta entre dois produtos é uma medida do grau da substituibilidade da oferta dos produtos entre si: quer dizer, do grau de possibilidade que têm os fabricantes ou os fornecedores do primeiro produto de passar à produção ou ao fornecimento do segundo. A sua pertinência relativamente à existência de uma posição dominante no mercado do produto é clara: mesmo

quando um produtor dispõe de uma importante parte nesse mercado, não pode agir de modo independente dos outros produtores quando fixa os seus preços, já que o facto de agir deste modo atrairia ao mercado outros fornecedores que poderiam propor preços menos elevados. No entanto, convém assinalar que em certos casos, uma parte de mercado muito importante equivalerá, em si mesma, a uma barreira à entrada, uma vez que pode ser difícil para outros fornecedores satisfazerem rapidamente a procura daqueles que desejem afastar-se da empresa que detém a maior parte de mercado [14].

31. O Tribunal de Justiça examinou expressamente a estrutura da oferta num determinado número de outros processos, incluindo os processos Hoffmann-La Roche [15], United Brands [16] e Continental Can [17]. É evidente que podem existir casos em que esta questão não seja controvertida, ou em que a resposta seja clara, por exemplo quando a oferta do produto ou do serviço em questão é reservada, pela legislação interna, a uma empresa específica. Nessas circunstâncias, é claro que não podem existir fontes alternativas de abastecimento que afectem a concorrência no mercado do produto [18]. No entanto, a estrutura da oferta será normalmente pertinente para provar a existência de uma posição dominante. É um facto que não será sempre apropriado tratar a questão no contexto da determinação do mercado em causa. Parece que o Tribunal de Justiça só examinou a estrutura da oferta em relação com esta questão quando tratava especificamente da elasticidade da oferta entre diferentes produtos. Diferentemente, as barreiras gerais à entrada no mercado ou à sua penetração foram tratadas sob a rubrica relativa «à situação da empresa no mercado em causa» ou à «estrutura dos mercados em causa» [19]. Parece todavia que a questão deverá habitualmente ser tratada quer em relação com a definição dos mercados em causa, quer em relação com a força da posição da empresa nesses mercados.

32. No seguimento das presentes conclusões examinarei separadamente a questão da procura de sistemas de fixação e a da oferta. O Tribunal de Primeira Instância chegou a determinadas conclusões sobre o mercado em causa sob o ângulo da procura e trata-se aqui de saber se, como a Hilti alega, se enganou ao chegar a essas conclusões. Todavia, no que diz respeito à estrutura da oferta, o Tribunal de Primeira Instância não parece ter provado as suas próprias conclusões.

14 — V. o acórdão Hoffmann-La Roche/Comissão (85/76, Recueil 1979, p. 461, n.º 41).

15 — Citado na nota 14; v. os n.ºs 33,34 e 48 do acórdão.

16 — Referido na nota 12; v. o n.º 122 do acórdão em que esta questão é todavia examinada sob o título relativo à *posição* da United Brands no mercado em causa em vez do da *definição* do mercado em causa.

17 — Referido na nota 3; v. os n.ºs 33 a 36 do acórdão.

18 — V. por exemplo o acórdão General Motors/Comissão (26/75, Recueil 1975, p. 1367); o acórdão British Leyland/Comissão (226/84, Colect. 1986, p. 3263); o acórdão Höffner e Elser (C-41/90, Colect. 1991, p. I-1979).

19 — V. a nota 16 já referida, e também o acórdão Hoffmann-La Roche, referido na nota 14, n.ºs 33 e 34.

1) *A procura de sistemas de fixação*

33. Quanto à procura relativa aos diferentes sistemas de fixação, o Tribunal de Primeira Instância baseou as suas conclusões em duas verificações de facto principais: a descrição pela Comissão das diferentes características qualitativas dos produtos em causa, e o facto de os diferentes sistemas de fixação terem coexistido durante um longo período. Como já vimos, no seu terceiro fundamento de recurso, a Hilti sustenta que o facto de considerar que os sistemas FAP apresentam características específicas que os distinguem dos outros sistemas, não é suficiente, em si mesmo, para fundamentar a conclusão que daí tira a Comissão e que foi confirmada pelo Tribunal de Primeira Instância, segundo a qual os sistemas não são substituíveis entre si. De modo análogo, no seu quarto fundamento de recurso, a Hilti sustenta que o facto de considerar que os diferentes sistemas coexistiram durante um período prolongado, não podia, em si mesmo, justificar a conclusão segundo a qual os sistemas não são intermutáveis, uma dedução que a Hilti entende estar contida no segundo período do n.º 71 do acórdão.

34. É todavia claro que o segundo período do n.º 71 deve ser entendido no contexto da argumentação exposta nos n.ºs 69 a 72. O n.º 70 declara que a descrição pela Comissão, no ponto 62 da sua decisão, das características dos sistemas FAP, é bastante clara e convincente para justificar as conclusões que a Comissão daí retira. Em seguida, os n.ºs 71 e 72 do acórdão prosseguem:

«Estas constatações não deixam subsistir qualquer dúvida séria sobre a existência, na prática, de toda uma diversidade de situações, em que, conforme os casos, se privilegia a utilização de um sistema FAP ou de qualquer outro sistema de fixação. Como sublinha a Comissão, o facto de diversos processos de fixação diferentes continuarem a representar, durante longos períodos, uma parte importante da procura total em matéria de fixação, demonstra que a substituibilidade entre os diferentes sistemas de fixação é relativamente fraca.

Acrescente-se que, perante tais circunstâncias, a Comissão tinha perfeita legitimidade para basear as suas conclusões em raciocínios nos quais se ponderavam as características qualitativas dos produtos em causa.»

Vê-se assim, como já assinalei, que o Tribunal de Primeira Instância fundamentou a sua conclusão relativa à substituibilidade da procura nas duas verificações acima consideradas conjuntamente, em vez de se basear em cada

uma delas individualmente. Assim, o Tribunal de Primeira Instância declarou, no n.° 72 do acórdão, que «perante tais circunstâncias», a Comissão tinha o direito de fundamentar as suas conclusões nas características qualitativas dos produtos, quando as circunstâncias em questão incluem manifestamente a coexistência de diversos sistemas de fixação durante um longo período. Contrariamente ao que sustenta a Hilti no seu quarto fundamento de recurso, o Tribunal de Primeira Instância não se fundamentou, portanto, na verificação, considerada isoladamente, de uma coexistência.

35. Aliás, parece-me que o Tribunal de Primeira Instância tinha o direito de fundamentar as suas conclusões relativas ao pedido nestes dois factores considerados conjuntamente. Embora, como vimos, a Hilti critique o raciocínio seguido pelo Tribunal de Primeira Instância no que diz respeito à substituibilidade da procura, ela própria não designa qualquer outro factor que afecte a procura dos sistemas de fixação que devesse ter sido tomado em consideração. Assim, daí concluo que o Tribunal de Primeira Instância não pode ser acusado de não ter tomado em consideração um factor pertinente relativo à substituibilidade da procura, ou qualquer outro factor relativo à procura.

36. Recordarei que além dos dois factores acima mencionados, o Tribunal de Primeira Instância tomou igualmente em consideração certos elementos probatórios provenientes de peritos, apresentados pela Hilti, relativos à procura de sistemas de fixação, ou seja, o relatório do Sr. Yarrow, o estudo do Rosslyn Research e a análise econométrica do professor Albach. Nos seus quinto e sexto fundamentos de recurso, a Hilti tenta demonstrar que o Tribunal de Primeira Instância tratou esses elementos de prova suplementares de modo contrário aos princípios jurídicos, ou de um modo manifestamente errado no plano da fundamentação. Examinarei a seguir esses argumentos. Convém, no entanto, examinar em primeiro lugar a questão de saber se o Tribunal de Primeira Instância não se absteve de tratar uma questão pertinente relativa à oferta de sistemas de fixação.

2) *A estrutura da oferta*

37. Contrariamente ao que diz respeito à procura, o Tribunal de Primeira Instância não parece ter chegado a uma conclusão quanto à questão da substituibilidade da oferta entre os diferentes sistemas de fixação, se bem que essa questão tenha sido suscitada perante ele. É exacto que o acórdão resume os argumentos das partes quanto à questão da substituibilidade da oferta; o Tribunal de Primeira Instância, no entanto, não exprime qualquer opinião própria sobre a questão. O único local em que o acórdão discute a estrutura da oferta em relação com um dos mercados em causa é nos n.^{os} 66 e 67: mas estes

dizem respeito não à questão de saber se os sistemas FAP formam um mercado dos produtos em causa, mas à questão, completamente diferente, de saber se os mercados dos carregadores e dos pregos são distintos do mercado das pistolas de pregos.

38. Todavia, a Hilti não suscitou a questão da substituibilidade da oferta no seu presente recurso. É exacto que se baseia na passagem do acórdão Michelin que declara que «é necessário tomar igualmente em consideração as condições de concorrência e a estrutura da procura e da oferta no mercado». Mas, nos seus articulados, a Hilti não menciona em parte alguma especificamente a questão da substituibilidade da oferta. A Comissão também não a abordou separadamente na sua resposta, o mesmo acontecendo com a Bauco. A ausência de qualquer argumentação específica sobre a questão deixa pensar que não se considerou que a mesma tinha sido expressamente suscitada no presente recurso, e que, consequentemente, não é conveniente que o Tribunal de Justiça a trate.

39. Assim, concluo que a Hilti não identificou qualquer questão pertinente relativa quer à estrutura da oferta, quer à estrutura da procura, quer às condições de concorrência no mercado, que o Tribunal de Primeira Instância não tivesse tomado em consideração no seu acórdão. As conclusões da Hilti segundo as quais o Tribunal de Primeira Instância não procedeu a todas as verificações necessárias para definir os mercados em causa devem consequentemente ser rejeitadas.

40. Acrescentarei que se se tivesse concluído que o acórdão padecia de erro sob um destes aspectos, tal não teria por consequência a anulação da decisão da Comissão, mas o reenvio do processo ao Tribunal de Primeira Instância, nos termos do artigo 54.° do Estatuto.

O quinto fundamento de recurso

41. No seu quinto fundamento de recurso, a Hilti contesta a afirmação do n.° 74 do acórdão segundo o qual os «elementos probatórios apresentados pela recorrente não são susceptíveis de retirar credibilidade às conclusões da Comissão». A Hilti alega que devia apenas apresentar elementos probatórios propondo uma outra explicação das conclusões da Comissão; não tinha que apresentar elementos probatórios que lhes retirassem «credibilidade». A Hilti conclui que, nessa passagem, o Tribunal de Primeira Instância aplicou uma «repartição juridicamente incorrecta do ónus da prova».

42. Em apoio desta conclusão, a Hilti faz referência ao ponto 63 da decisão da Comissão, em que esta conclui que:

«... Daí que seja improvável que pequenas alterações no preço de uma pistola de pregos, de um prego e/ou de um cartucho originem um imediato e amplo desvio de ou para métodos alternativos de fixação».

A Hilti pretende que a utilização do termo «improvável» indica que a Comissão baseava a sua conclusão numa simples suposição. Alega que para refutar uma simples suposição, basta estabelecer circunstâncias que dêem uma visão diferente dos factos apurados pela Comissão: v. o n.º 16 do acórdão do Tribunal de Justiça no processo CRAM e Rheinzink [20].

43. No entanto, em minha opinião, uma análise da fundamentação que figura nos pontos 63 a 65 da sua decisão não vem apoiar a afirmação segundo a qual a Comissão teria baseado as suas conclusões numa simples suposição. Nos pontos 61 e 62 da decisão, a Comissão descreve de modo bastante pormenorizado os factores que podem afectar a escolha de um método de fixação em circunstâncias especiais, e as características técnicas que distinguem os sistemas FAP dos outros métodos de fixação. É com fundamento nestas considerações que no ponto 63, a Comissão chegou à conclusão que os sistemas de fixação FAP e os outros sistemas de fixação não podem ser considerados como fazendo parte do mesmo mercado em causa. Como a Comissão explica nesse ponto:

«... A escolha do melhor método de fixação a utilizar é feita à base da aplicação de uma fixação específica num local específico... Devido portanto aos inúmeros factores que concorrem para essa escolha e ao facto de os elementos de fixação serem normalmente uma ínfima parte dos custos de construção, resulta que os preços dos elementos dos diversos métodos de fixação não são o único ou o crucial elemento da escolha do método de fixação a empregar para uma determinada tarefa. *Daí que seja improvável* que pequenas alterações no preço de uma pistola de pregos, de um prego e/ou de um cartucho originem um imediato e amplo desvio de ou para métodos alternativos de fixação» (o sublinhado é nosso).

Parece que a afirmação da Comissão segundo a qual é «improvável» que ligeiras variações de preço possam conduzir a um desvio imediato e sensível da procura entre os processos

20 — Processos apensos 29/83 e 30/83, CRAM e Rheinzink/Comissão (Recueil 1984, p. 1679).

de fixação, é apresentada como uma corolário da conclusão à qual já tinha chegado ao basear-se em elementos de prova, e segundo a qual a escolha de um método não depende crucialmente do preço dos elementos do sistema, quer dizer, do preço das pistolas de pregos, dos carregadores ou dos pregos. Assim, é inexacto dizer que essa afirmação mais não é que uma simples suposição ou especulação: trata-se antes de uma conclusão à qual a Comissão chegou baseando-se em elementos de prova. Para pôr em dúvida essa conclusão, teria sido necessário que a Hilti, no decurso do processo no Tribunal de Primeira Instância, ou demonstrasse que os elementos de prova nos quais se tinha baseado a Comissão eram insuficientes para corroborar essa conclusão, ou apresentasse outros elementos de prova sólidos provando que o preço dos elementos de um sistema de fixação constitui o factor crucial na escolha feita entre diferentes sistemas [21].

44. Foi esta a razão pela qual, em meu entender, o Tribunal de Primeira Instância considerou acertadamente que competia à Hilti demonstrar que os novos elementos de prova que tinha invocado suscitavam efectivamente dúvidas quanto às conclusões da Comissão. Assim, convém afastar o argumento da Hilti segundo o qual o Tribunal de Primeira Instância teria aplicado uma repartição juridicamente incorrecta do ónus da prova.

21 — V. as observações do advogado-geral, Sir Gordon Slynn, nos processos apensos 100/80 a 103/80, Musique Diffusion Française/Comissão (Recueil 1983, p. 1825, mais precisamente pp. 1930-1931).

O sexto fundamento de recurso

45. No seu sexto fundamento de recurso, a Hilti alega na realidade que em três casos, pelo menos, o Tribunal de Primeira Instância fez uma interpretação errada dos elementos de prova que lhe foram apresentados. Este fundamento implica assim a questão de saber se tal argumento suscita uma questão de direito que pode ser examinada pelo Tribunal de Justiça a quem é submetido o presente recurso, ou se deve ser considerado como respeitante apenas a questões de facto sobre as quais a decisão do Tribunal de Primeira Instância é definitiva. Como veremos, não subsiste qualquer dúvida de que os argumentos da Hilti relativos a este fundamento de recurso suscitam exclusivamente questões de facto que não podem ser examinadas pelo Tribunal de Justiça.

46. Na verdade, nem sempre é fácil fazer a distinção entre as questões de facto e as questões de direito. Esta distinção é objecto de importante debate nos sistemas jurídicos nacionais; no seu presente recurso, a Hilti parece sustentar que o Tribunal de Justiça devia seguir a prática de certos órgãos jurisdicionais nacionais e considerar que, em determinadas circunstâncias, os erros de facto manifestos equivalem a erros de direito. No entanto, parece-me que no caso de recursos das decisões do Tribunal de Primeira Instância, o Tribunal de Justiça pode, acertadamente, adoptar uma interpretação restritiva do conceito de «violação do direito

comunitário pelo Tribunal de Primeira Instância» referida no artigo 51.° do Estatuto. O Tribunal de Justiça deve evitar encontrar-se numa situação em que, quando seja alegado que um erro de facto é manifesto, deva efectuar uma nova fiscalização das questões de facto. Isso teria por efeito comprometer os objectivos prosseguidos aquando da instituição do Tribunal de Primeira Instância. Pelas razões que já indiquei, esta consideração impõe-se muito especialmente nos processos de concorrência em que a decisão do Tribunal de Primeira Instância constitui, em si mesma, uma fiscalização de um alcance muito vasto de uma decisão fundamentada da Comissão [22].

47. Assim, quando o Tribunal de Primeira Instância, sem proceder ele próprio à análise de novos elementos de prova ou a investigações relativas aos factos, fiscaliza as questões de facto que figuram na decisão da Comissão ou as deduções que a Comissão daí retirou, parece-me claro que o Tribunal de Justiça não pode efectuar outra fiscalização dos factos declarados verificados pela Comissão. O Tribunal de Justiça só pode intervir se resultar do acórdão do Tribunal de Primeira Instância que este órgão jurisdicional fez uma aplicação errada do direito comunitário aplicando, por exemplo, um critério jurídico errado a uma questão como a definição do mercado em causa, ou ao basear as suas conclusões jurídicas numa fundamentação insuficiente. Só esse erro pode equivaler a uma «violação do direito comunitário» para efeitos do artigo 51.° do Estatuto. Um tal erro resultará dos próprios termos do acórdão e bastará para que o Tribunal de Justiça fiscalize a fundamentação que nele figura.

48. A situação será diferente quando é o próprio Tribunal de Primeira Instância que recolhe os elementos de prova, procede a outras investigações de facto e, eventualmente, a novas verificações de facto? Convém sublinhar que nem todas as novas verificações desse tipo se destinam a substituir as da Comissão, sendo apenas efectuadas para confirmar ou refutar as mesmas; nesse caso, o Tribunal de Primeira Instância não age como um órgão jurisdicional de primeira instância que procede pela primeira vez a verificações, mas só as faz a fim de fiscalizar as da Comissão. Em tal caso, o Tribunal de Primeira Instância, se quiser satisfazer a exigência de fundamentação, exporá necessariamente as suas próprias verificações no seu acórdão e daí tirará as deduções pertinentes em apoio das suas próprias conclusões. É por esta razão que, mesmo neste caso, a fiscalização pelo Tribunal de Justiça pode limitar-se à fundamentação tal como a mesma figura no acórdão. A fundamentação deve evidentemente corresponder de modo adequado à argumentação das partes e, ao fazê-lo, fará necessariamente aparecer as próprias verificações de facto do Tribunal de Primeira Instância e as deduções que ele daí retirou. Por conseguinte, o Tribunal de Justiça não terá necessidade de ir mais além do que o acórdão do Tribunal de Primeira Instância para examinar os elementos de prova apresentados a este último.

22 — V. atrás pontos 9 a 12.

49. Evidentemente podem surgir casos difíceis em que o Tribunal de Justiça deverá determinar em que medida está disposto a fiscalizar o raciocínio seguido pelo Tribunal de Primeira Instância na sua apreciação dos factos que foram provados. Como já referi, parece-me que em matéria de concorrência, o Tribunal de Justiça tem o direito de adoptar uma concepção restritiva da sua competência em sede de recurso dado os objectivos prosseguidos pela criação do Tribunal de Primeira Instância, e o facto de que em processos de concorrência, há sempre duas decisões fundamentadas. No entanto, independentemente da posição adoptada sobre a extensão da competência do Tribunal de Justiça chamado a pronunciar-se em sede de recurso, não é possível que se tenha tido a intenção de lhe pedir para ir além das verificações de facto a que o Tribunal de Primeira Instância procedeu no seu acórdão quando fiscalizou as conclusões da Comissão.

50. É mantendo presentes no espírito estas considerações que examinarei agora os erros alegados pela Hilti no seu sexto fundamento de recurso.

51. O primeiro erro consiste, segundo a Hilti, na afirmação que figura no n.° 73 do acórdão, segundo o qual as conclusões da Comissão são:

«de resto, corroboradas pela análise efectuada pelo professor Yarrow e pelo estudo feito pelo Instituto Rosslyn Research... na parte em que chamam a atenção para a existência de um importante número de utilizadores de pistolas de pregos que, em situações equivalentes à maior parte daquelas em que as pistolas de pregos foram efectivamente utilizadas, não viam qualquer solução realmente alternativa ao sistema FAP».

A esta afirmação, a Hilti contrapõe que a interpretação do estudo efectuado pelo Instituto Rosslyn Research é «manifestamente errada» e «assenta num simples erro de aritmética». Em sua opinião, em vez de revelar a existência de um número importante desses utilizadores de pistolas de pregos, o estudo mostra que só uma minoria destes deparam com situações em que não podem utilizar qualquer sistema alternativo de fixação, e isto, apenas numa fracção dos casos em que utilizam as pistolas de pregos.

52. Assim, a Hilti critica a conclusão segundo a qual, com base num elemento de

prova apresentado por um estudo privado, existe, numa maioria de casos, um número importante de utilizadores relativamente aos quais os sistemas FAP não podem ser substituídos por outros sistemas de fixação. Parece-me que se trata aqui de uma pura verificação de facto do Tribunal de Primeira Instância. Como já vimos, não compete ao Tribunal de Justiça ir além das verificações de facto expostas no acórdão; quando muito, pode examinar o raciocínio seguido pelo Tribunal de Primeira Instância quando ele retira conclusões dessas verificações. Consequentemente, a interpretação dos resultados do estudo do Instituto Rosslyn Research é um elemento que é da exclusiva competência do Tribunal de Primeira Instância, e não pode ser contestado em recurso.

53. Em minha opinião, considerações idênticas aplicam-se à segunda alegação que figura no sexto fundamento de recurso da Hilti, a qual incide sobre o n.° 75 do acórdão. Nessa passagem, o Tribunal de Primeira Instância critica a metodologia adoptada na análise de Yarrow e no estudo do Instituto Rosslyn Research, alegando que as questões colocadas no estudo às empresas de construção:

«não são susceptíveis de fornecer uma resposta à questão fundamental deste processo: saber se pequenas mas significativas variações no preço dos pregos são susceptíveis de modificar significativamente a procura».

Em minha opinião, a análise da metodologia adoptada num estudo empírico é uma matéria que é da competência exclusiva do Tribunal de Primeira Instância, enquanto tribunal da matéria de facto. É claro que a maneira adequada de elaborar as questões colocadas às empresas de construção quando se avalia a incidência do preço na sua decisão de utilizar um sistema especial de fixação, não é uma questão de direito que possa ser objecto de um exame no âmbito do presente recurso.

54. Por último, a Hilti contesta a asserção do n.° 76 do acórdão, que critica a metodologia seguida ao longo do estudo econométrico do professor Albach. As dificuldades metodológicas em questão foram abordadas, aquando da audiência, numa declaração oral do professor Albach de que um extracto é citado pela Hilti no seu recurso. Parece-me que compete manifestamente ao Tribunal de Primeira Instância, e só a ele, examinar a questão de saber se as dúvidas expressas foram resolvidas de modo adequado através do depoimento feito na audiência pelo professor Albach.

55. Por esta razão cheguei à conclusão que nenhum dos argumentos aduzidos pela Hilti no seu sexto fundamento de recurso pode ser considerado como suscitando uma questão de direito susceptível de ser examinada no âmbito de um recurso.

O sétimo fundamento de recurso

56. No seu último fundamento de recurso, a Hilti alega que o Tribunal de Primeira Instância teria cometido um erro de direito ao não examinar todos os elementos de prova, provenientes de peritos, que lhe foram apresentados e que tinham uma incidência na definição dos mercados dos produtos em causa. Em apoio desta argumentação, a Hilti observa que os elementos de prova por ela aduzidos só são debatidos no acórdão em três curtos parágrafos que tratam apenas, além disso, em sua opinião, de «três aspectos de pouca importância» desses elementos de prova.

57. Como já o vimos, o Tribunal de Primeira Instância declarou que as conclusões da Comissão relativas aos mercados dos produtos em causa eram corroboradas, em vez de refutadas, pelos elementos de prova de peritos invocados pela Hilti. No entanto, parece-me que não se pode dizer que ignorou esses elementos de prova; pelo contrário, o Tribunal de Primeira Instância examinou-os, mas daí retirou conclusões diferentes das aduzidas pela Hilti. No ponto 4.58 do seu recurso, a Hilti expõe o que considera como sendo as conclusões mais pertinentes que deveriam ser tiradas dos elementos de prova analisados por Yarrow e pelo professor Albach. No entanto, o facto de o Tribunal de Primeira Instância não ter daí retirado as mesmas conclusões, não indica que não tenha tomado em consideração esses elementos de prova.

58. É por esta razão que, em minha opinião, há que rejeitar também a argumentação aduzida pela Hilti no seu sétimo fundamento de recurso. Assim, deve ser negado provimento ao recurso da Hilti.

59. Por último, convém assinalar que a argumentação da Bauco segundo a qual a coima imposta à Hilti deveria ser aumentada, não tem que ser tomada em consideração. É claro que um interveniente perante o Tribunal de Primeira Instância só pode intervir em apoio ou pelo indeferimento, total ou parcial, dos pedidos de uma das partes, e que, no âmbito de um recurso, não é autorizado a apresentar na sua resposta novos pedidos [23]. Consequentemente, a Bauco não tinha o direito de pedir o aumento do montante da coima, nem na sua intervenção perante o Tribunal de Primeira Instância, nem na sua resposta no âmbito do presente recurso.

23 — V. o artigo 116.°, n.° 4, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, e o artigo 116.°, n.° 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.

Conclusão

60. Consequentemente, sou de opinião que o Tribunal de Justiça deve:

«1) negar provimento ao recurso;

2) condenar a Hilti nas despesas, incluindo as da Bauco.»