CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL NIAL FENNELLY

apresentadas em 29 de Outubro de 1998 *

Índice

I — Introdução I-1373

II — Contexto jurídico e factual I-1373

A — Decisão impugnada I-1373

B — Regulamento de 1986 ..... I-1376

III — Visão de conjunto do recurso I-1378

IV — Constatação respeitante à posição dominante conjunta I-1378

A — Introdução I-1378

B — Argumentação das recorrentes I-1379

C — Natureza da posição dominante colectiva I-1380

D — Carácter suficiente da fundamentação I-1386

E — Conclusão I-1390

V — Abusos imputados à Cewal I-1390

A — Abuso ligado ao Ogefrem I-1390

i) Contexto I-1390

ii) Síntese das alegações apresentadas no âmbito do recurso I-1393

iii) Análise dos argumentos das recorrentes I-1394

a) Direito a um processo equitativo I-1394

b) Argumento respeitante à incitação à acção governamental I-1394

— Introdução I-1394

— Relevância da doutrina do «acto de soberania» I-1395

— Verdadeira natureza do acordo Ogefrem I-1399

c) Alegada contradição no acórdão impugnado I-1401

d) Legalidade do comportamento do Ogefrem face ao artigo 86.° I-1401

B — Utilização dos «navios de combate» I-1401

i) Introdução I-1401

ii) Fundamentos do recurso respeitantes ao processo I-1402

a) Contexto I-1402

* Língua original: inglês.

b) Acórdão impugnado I-1405
c) Argumentos desenvolvidos no presente recurso I-1405
d) Análise I-1406
iii) Carácter abusivo do comportamento controvertido I-1409
a) Problemas suscitados I-1409
b) Análise I-1411
— Carácter multilateral do abuso I-1411
— Intenção de excluir a concorrência I-1412
— Aplicação de preços que se afastam da tabela da conferência I-1413
— Partilha das perdas de rendimentos I-1413
— Jurisprudência relativa aos «preços predatórios» I-1414
— Carácter abusivo da prática dos navios de combate I-1417
C — Obrigação de celebrar contratos de fidelidade a 100% I-1421
i) Introdução I-1421
ii) Conteúdo I-1422
iii) Primeiro aspecto: interpretação incorrecta do regulamento de 1986 — fidelidade «imposta» I-1423
a) Primeiro argumento subsidiário — vendas FOB I-1424
b) Segundo argumento subsidiário — listas negras I-1425
iv) Segundo aspecto: a Comissão não pode aplicar coimas antes de retirar a isenção I-1428
VI — Coimas I-1431
A — Introdução I-1431
B — Competência do Tribunal de Justiça I-1431
C — Argumentos das recorrentes I-1432
D — Análise I-1433
i) Violação do direito a um processo equitativo I-1433
ii) Outros argumentos I-1437
iii) Taxa de juro I-1438
E — Síntese das recomendações ao Tribunal de Justiça I-1439
VII — CEDH I-1440
VIII — Despesas I-1440
IX — Conclusão I-1441

I — Introdução

1. O presente recurso dá, pela primeira vez, ao Tribunal de Justiça, a possibilidade de reflectir sobre a aplicação dos artigos do Tratado respeitantes à concorrência nas companhias marítimas membros de conferências. Este recurso diz respeito ao abuso de posição dominante colectiva imputado às companhias membros de uma conferência marítima, a Central and West African Conference (a seguir «Cewal»), que opera entre o Zaire e alguns portos da Europa do Norte. As recorrentes constestam o carácter colectivo da posição dominante, cuja existência foi constatada pela Comissão. O recurso suscita também questões respeitantes ao argumento de defesa relativo à incitação a uma acção estatal, aos processos previstos pela regulamentação que aplica as regras de concorrência no sector do transporte marítimo, e à aplicação do artigo 86.° do Tratado CE ao método de fixação dos preços, conhecido pelo nome de prática dos «navios de combate». As recorrentes formulam igualmente diversas acusações em matéria processual, respeitantes ao modo como a Comissão e o Tribunal de Primeira Instância trataram o processo.

II — Contexto jurídico e factual

A — *Decisão impugnada*

2. O artigo 1.°, n.° 3, alínea b), do Regulamento (CEE) n.° 4056/86 do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, que determina as regras de aplicação aos transportes marítimos dos artigos 85.° e 86.° do Tratado (a seguir «regulamento de 1986») [1], define a «conferência marítima» como «um grupo de, pelo menos, dois transportadores — exploradores de navios que assegure serviços internacionais regulares para o transporte de mercadorias numa linha ou linhas particulares dentro de determinados limites geográficos e que tenha celebrado um acordo ou convénio, seja de que natureza for, no âmbito do qual esses transportadores operem aplicando fretes uniformes ou comuns e quaisquer outras condições de transporte concertadas para o fornecimento de serviços regulares».

3. O presente recurso é dirigido contra a Decisão 93/82/CEE da Comissão, de 23 de Dezembro de 1992, relativa a um processo de aplicação dos artigos 85.° do Tratado CEE (IV/32.448 e IV/32.450: Cewal, Cowac, Ukwal) e 86.° do Tratado CEE (IV/32.448 e IV/32.450: Cewal) [2] (a seguir «decisão»). A decisão foi adoptada em conformidade com o regulamento de 1986. Nessa decisão, a Comissão descreve a Cewal como uma conferência marítima, cujos membros asseguram «um serviço de linha regular entre portos do Zaire [3] e de Angola e os portos do mar do Norte (com excepção do Reino Unido)» [4]. Com base em queixas recebidas em Julho de 1997, a Comissão levou a cabo um inquérito respeitante a diversos comportamentos alegadamente anticoncorrenciais por parte dos membros da Cewal e de outras conferências que operam entre a Europa e a África

1 — JO L 378, p. 4.

2 — JO 1993, L 34, p. 20.

3 — Sendo agora a República Democrática do Congo.

4 — Ponto 1 dos fundamentos da decisão. Estes fundamentos comportam 119 pontos no total, a que me referirei a seguir como apenas «pontos» da decisão.

Ocidental e Central. Na decisão, ela constata que três conferências marítimas violaram o artigo 85.° e que os membros da Cewal cometeram um abuso da sua posição dominante colectiva, contrário ao artigo 86.° Foram aplicadas coimas a quatro dos membros da Cewal (a saber, Compagnie maritime belge, Dafra-Lines, Deutsche Afrika-Linien e Nedlloyd Lijnen), tendo a mais elevada (9,6 milhões de ecus, ou seja, 95% do total das coimas), sido aplicada à Compagnie maritime belge (a seguir «CMB»).

4. Estes quatro membros da Cewal interpuseram recursos no Tribunal de Primeira Instância, com base no artigo 173.° do Tratado CE, com vista à anulação da decisão. No acórdão de 8 de Outubro de 1996 (a seguir «acórdão impugnado»), o Tribunal de Primeira Instância, reduzindo as quatro coimas em 10% [5], negou, contudo, provimento aos recursos [6]. Embora tivessem em vista a anulação das constatações da Comissão relativas à existência de infracções, simultaneamente aos artigos 85.° e 86.° do Tratado, a CMB e a Dafra-Lines (a seguir «Dafra») limitaram os seus recursos interpostos no Tribunal de Justiça aos aspectos do acórdão impugnado que confirmam as constatações da Comissão relativas ao abuso de posição dominante, contrário ao artigo 86.° e que fundamentam, no essencial, as coimas aplicadas pela Comissão em consideração desse abuso [7].

5. De acordo com o Código de Conduta das Conferências Marítimas, adoptado no âmbito da Conferência das Nações Unidas sobre o Comércio e o Desenvolvimento (a seguir «código da Cnuced»), a repartição das cargas entre as conferências marítimas está sujeita à regra designada por «40:40:20» (a seguir «regra 40:40:20 da Cnuced»), segundo a qual aos armadores nacionais dos países situados de uma parte e de outra de uma determinada ligação marítima são concedidos 40% das cargas transportadas pela conferência, ao passo que os 20% restantes são atribuídos aos armadores de países terceiros, membros da mesma conferência. Alguns Estados africanos, como adiante apresentarei de forma mais completa, reclamaram a aplicação da regra 40:40:20 da Cnuced a todas as cargas, e não apenas às que eram transportadas pelas conferências. Nas rotas marítimas que ligam a Europa do Norte ao Zaire, a repartição das cargas segundo a regra 40:40:20 da Cnuced foi concretizada entre meados e o fim dos anos 80, através de diversas medidas, das quais a mais importante, para os fins do presente recurso, foi a celebração, em 1985, de um acordo de cooperação (a seguir «acordo Ogefrem») entre o Departamento Zairense de Gestão do Frete Marítimo (a seguir «Ogefrem») e a Cewal. Nos termos do primeiro parágrafo do artigo 1.° do acordo Ogefrem, a Cewal e o Ogefrem devem velar por que «o conjunto das mercadorias a transportar dentro do campo de acção da conferência Cewal seja confiado aos armadores membros desta conferência marítima», ao passo que, nos termos do segundo parágrafo, só podem ser concedidas derrogações «com o acordo explícito de ambas as partes». Apesar destas disposições, o Ogefrem decidiu unilateralmente, em 1986, conceder a um consórcio marítimo concorrente, Grimaldi e Cobelfret (a seguir «G & C»), uma parte de cerca de 2% do tráfego, com destino e proveniente do Zaire, parte essa que parece ter aumen-

5 — A coima da CMB foi reduzida para 960 000 ecus e as outras coimas para 20 000 ecus, no caso da Dafra-Lines e da Deutsche Afrika-Linien, e para 10 000 ecus, no caso da Nedlloyd Lijnen.

6 — V. acórdão Compagnie maritime belge transports e o./Comissão (T-24/93, T-25/93, T-26/93 e T-28/93, Colect., p. II-1201).

7 — A seguir, todas as referências feitas aos «artigos 85.° e 86.°» têm em vista os artigos 85.° e 86.° do Tratado que institui a Comunidade Europeia.

tado durante os anos seguintes, mas não ao ponto de prejudicar a posição dominante detida pela Cewal [8].

6. Apenas as constatações da Comissão respeitantes ao artigo 86.° e as coimas aplicadas são relevantes para os fins dos recursos interpostos pela CMB e Dafra (a seguir «recorrentes») [9]. A Comissão verificou que «o conjunto das rotas marítimas entre o Zaire e os portos da Europa do Norte servidos pelos membros da Cewal constitui um mercado específico» [10]. A Comissão também fez referência às vantagens que a Cewal retirava do acordo Ogefrem para a sua rede de rotas alargada, para as capacidades da sua frota e para a frequência dos serviços que pode assegurar, bem como para a experiência que adquiriu no quadro de um serviço que assegura há várias dezenas de anos. A Comissão concluiu que os membros da Cewal detinham em conjunto uma posição dominante significativa sobre esse mercado, devido simultaneamente à sua parte de mercado muito importante e a outros factores.

8 — No ponto 14 da versão publicada da decisão (já referida na nota 2), a Comissão absteve-se, de acordo com o artigo 24.°, n.° 2, do regulamento de 1986, relativo à não divulgação das informações abrangidas pelo segredo profissional, de mencionar os números correspondentes às partes do tráfego que a Cewal reconheceu deter em 1989 e 1991. No recurso, as recorrentes referem elas próprias as informações não divulgadas, sem as contestar.

9 — Contudo, note-se que no artigo 1.° da decisão, a Comissão indicou que os acordos de repartição do mercado de transporte marítimo entre a África do Oeste e a Europa do Norte que abrangem as três conferências marítimas, a saber, Cewal, Cowac e Ukwal, através dos quais estas acordaram operar em redes marítimas distintas, infringiram o disposto no n.° 1 do artigo 85.° do Tratado, e não podiam beneficiar de uma isenção, nem nos termos do artigo 85.°, n.° 3, nem nos termos do artigo 3.° do regulamento de 1986.

10 — Ponto 56 da decisão.

7. A Comissão constatou que «a Cewal explorou de forma abusiva a sua posição dominante através de três meios... com vista a eliminar o seu principal concorrente (G & C)» [11]. Tal como indica no artigo 2.° da decisão, os membros da Cewal abusaram da sua posição dominante conjunta ao:

«— participarem na execução do acordo de cooperação acima referido com o Ogefrem e exigindo reiteradamente, através de várias diligências, o seu rigoroso cumprimento;

— modificarem as suas tarifas, derrogando as tarifas em vigor a fim de oferecer tarifas idênticas ou inferiores às do principal concorrente independente, para navios partindo na mesma data ou em datas próximas (prática dita dos 'fighting ships' (navios de combate);

e

— estabelecerem acordos de fidelidade impostos a 100% (inclusive sobre as mercadorias vendidas FOB [12]) excedendo o previsto no n.° 2 do artigo 5.° do Regulamento (CEE) n.° 4056/86,

11 — Ponto 62 da decisão.

12 — No caso de venda FOB, o vendedor suporta exclusivamente as despesas resultantes da entrega das mercadorias a bordo do navio.

com a utilização específica descrita na presente decisão das 'listas negras' de carregadores não fiéis» [13].

No artigo 3.°, segundo parágrafo, da decisão, a Comissão ordenou aos membros da Cewal para «pôr termo às infracções declaradas no artigo 2.°», ao passo que, no artigo 5.°, «recomendou» aos membros da Cewal de observarem nos seus contratos de fidelidade «o n.° 2 do artigo 5.° (do regulamento de 1986)». No artigo 6.° constam as coimas aplicadas, que já referi (v., *supra*, n.° 3).

B — *Regulamento de 1986*

8. O Regulamento n.° 17 [14] não é aplicável aos transportes. O regulamento de 1986 determina, assim, «as regras de aplicação aos transportes marítimos dos artigos 85.° e 86.° do Tratado» [15]. Como indica o seu décimo sexto considerando, deve prever «os procedimentos, os poderes de decisão e as sanções necessárias para assegurar o respeito das proibições previstas no n.° 1 do artigo 85.° e no artigo 86.°, bem como das condições de aplicação do n.° 3 do artigo 85.°».

9. O artigo 3.° do regulamento de 1986 prevê a «isenção dos acordos entre transportadores relativos à exploração de serviços regulares de transportes marítimos» (a seguir «isenção»). Ficam isentos:

«os acordos, decisões e práticas concertadas de todos ou parte dos membros de uma ou mais conferências marítimas que tenham por objectivo a fixação de preços e de condições de transporte e, conforme os casos, um ou mais dos objectivos seguintes:

a) Coordenação dos horários dos navios ou das suas datas de viagem ou de escala;

b) Determinação da frequência das viagens ou escalas;

c) Coordenação ou repartição das viagens ou escalas entre membros da conferência;

d) Regulação da capacidade de transporte oferecida por cada um dos membros;

e) Repartição entre estes membros da tonelagem transportada ou da receita».

13 — A saber, as listas dos carregadores que recorreram apenas ocasionalmente aos serviços oferecidos pelo G & C; v., em especial, o ponto 29 da decisão e a segunda nota sobre esse ponto.

14 — Regulamento do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de aplicação dos artigos 85.° e 86.° do Tratado (JO 1962, 13, p. 204).

15 — Artigo 1.°, n.° 1.

O artigo 4.° faz depender expressamente o benefício da isenção da «condição» de o acordo ou qualquer outra prática «não poderem, no interior do mercado comum, prejudicar certos portos, utilizadores ou transportadores, devido à aplicação, para o transporte de mercadorias idênticas, na zona abrangida pelo acordo, decisão ou prática concertada, tabelas e condições diferentes conforme o país de origem ou de destino ou conforme o porto de carga ou descarga, a menos que estas tabelas ou condições possam ser economicamente justificadas». Se esta condição não for preenchida, o acordo ou, se o mesmo puder ser separável, qualquer parte de um tal acordo não conforme «será nulo por força do n.° 2 do artigo 85.° do Tratado».

10. Por outro lado, o artigo 5.° faz acompanhar a isenção de um certo número de «obrigações». No que se refere aos «acordos de fidelidade», o artigo 5.°, n.° 2, indica que as companhias marítimas membros de uma conferência «têm o direito de celebrar com os utilizadores e de aplicar acordos de fidelidade, cujo tipo e conteúdo são adoptados por meio de consultas entre a conferência e as organizações de utilizadores». Todavia, esses acordos de fidelidade devem preencher várias condições, nomeadamente a prevista no artigo 5.°, n.° 2, alínea b), i), segundo a qual «podem ser oferecidos 100% de acordos de fidelidade, mas não unilateralmente impostos». Nos termos do artigo 5.°, n.° 4, sob a epígrafe «Publicação das tabelas», as tabelas das conferências serão «a seu pedido, postas à disposição dos utilizadores a um preço razoável ou podem ser consultadas nos escritórios das companhias marítimas e seus agentes».

11. O artigo 7.° trata dos efeitos do incumprimento de uma obrigação, sujeita, nos termos do artigo 5.°, a uma isenção prevista no artigo 3.° Nos termos do artigo 7.°, n.° 1, a Comissão pode, nas condições previstas na secção II:

«— dirigir recomendações aos interessados,

— em caso de não observação dessas recomendações pelos interessados e em função da gravidade da infracção em causa, adoptar uma decisão que os proíbe, ou pelo contrário os obriga, a cumprir certos actos, ou, retirando-lhes o benefício da isenção por categoria, lhes concede uma isenção individual de acordo com o n.° 4 do artigo 11.°, ou ainda lhes retira o benefício da isenção por categoria».

12. Finalmente, o artigo 8.° do regulamento de 1986 tem a epígrafe «Efeitos incompatíveis com o artigo 86.° do Tratado». Nos termos do n.° 1 do artigo 8.°, «é proibida a exploração abusiva de uma posição dominante, na acepção do artigo 86.° do Tratado, não sendo necessário para o efeito qualquer decisão prévia». O n.° 2 do artigo 8.°, trata dos casos especiais em que a Comissão verifica que «o comportamento das conferências que beneficiam da isenção prevista no artigo 3.°

produz, no entanto, efeitos incompatíveis com o artigo 86.° do Tratado». Ele prevê que a Comissão «pode retirar o benefício da isenção de grupo e tomar... todas as medidas adequadas para fazer cessar a infracção ao artigo 86.° do Tratado».

III — Visão de conjunto do recurso

13. O presente recurso limita-se a contestar, em primeiro lugar, o carácter colectivo da posição dominante de que os membros da Cewal alegadamente dispõem, em segundo lugar, cada uma das três conclusões da Comissão respeitantes ao abuso dessa posição dominante e, em terceiro lugar, as coimas aplicadas. As recorrentes sustentam que as coimas que lhes foram aplicadas devem ser reduzidas, que o processo adoptado pela Comissão para aplicar essas coimas é de natureza penal e que, no caso em apreço, o processo violou os artigos 6.°, n.° 3, e 7.°, n.° 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais (a seguir «CEDH»). Finalmente, as recorrentes afirmaram igualmente que, ao requalificar alguns abusos descritos na decisão, o Tribunal de Primeira Instância violou o artigo 7.°, n.° 1, da CEDH.

14. A Comissão, apoiada por G & C, interveniente, considera que deve ser negado provimento aos recursos na sua íntegra. Contudo, visto que o G & C afirma igualmente que, sob certos aspectos, os recursos são também inadmissíveis, a sua intervenção deve, em meu entender, ser considerada inadmissível, nos termos do artigo 93.°, n.° 5, alínea a), do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, na medida em que vai além das conclusões da Comissão.

IV — Constatação respeitante à posição dominante conjunta

A — *Introdução*

15. A Comissão constatou que os membros da Cewal detinham em conjunto uma posição dominante «na acepção do artigo 86.°, no que respeita ao grupo das rotas marítimas em que opera [a Cewal] entre a Europa do Norte e o Zaire» (ponto 61 da decisão). Embora não veja diferença significativa entre «conjunta» e «colectiva» no presente contexto, utilizarei este último termo, que é o que o Tribunal de Justiça utiliza vulgarmente. Nem a definição de mercado relevante nem as constatações respeitantes às partes de mercado estão em causa no presente recurso. As recorrentes contestam apenas o carácter colectivo atribuído à sua posição no mercado.

B — *Argumentação das recorrentes*

16. Segundo as recorrentes, devem ser preenchidas três condições para que se considere que empresas independentes tenham uma posição dominante colectiva:

— essas empresas devem estar unidas por laços económicos suficientes;

— esses laços devem ser de natureza tal, que as empresas em causa adoptem uma mesma linha de acção no mercado;

— essas empresas devem ter colectivamente um poder económico tal, que lhes permita impedir a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado.

Além disso, as recorrentes defendem que não se pode estabelecer a existência dos laços económicos exigidos, invocando factos constitutivos de uma infracção ao artigo 85.°

17. Em substância, as recorrentes afirmam que:

— a decisão e o acórdão impugnado invocaram erradamente um comportamento concertado dos membros da Cewal que cai no âmbito de aplicação do artigo 85.°, mas que não pode ser simplesmente «reciclado» para fundamentar uma conclusão segundo a qual, esses membros da Cewal detêm uma posição dominante colectiva;

— a decisão não contém uma fundamentação suficiente que justifique a aplicação do artigo 86.° aos membros da Cewal colectivamente, e o Tribunal de Primeira Instância abusivamente completou a fundamentação insuficiente da Comissão.

18. As recorrentes acusam o Tribunal de Primeira Instância de não ter respondido ao primeiro destes argumentos. É certo que o acórdão impugnado, ao mencionar (no n.° 54) o fundamento invocado pelas recorrentes segundo o qual a Comissão «limitou-se a 'reciclar' factos pretensamente constitutivos de uma infracção ao artigo 85.°, mas isentos da proibição por força do regulamento de 1986, para as condenar ao abrigo do artigo 86.°», não analisa expressamente esse fundamento quando aborda (n.^{os} 59 a 68) a questão da posição dominante colectiva. Contudo, o Tribunal de Primeira Instância — vale a pena recordá-lo — examinou, e muito acertadamente, afastou a afirmação principal das recorrentes segundo a qual, «o conceito de

posição dominante colectiva só se refere ao abuso colectivo de empresas que detêm *cada uma* delas uma posição dominante» (n.° 60; sublinhado por mim). Esta conclusão não é contestada no recurso.

C — *Natureza da posição dominante colectiva*

19. A única verdadeira questão a este respeito, abordada no recurso, é a de saber se, para estabelecer a existência de uma posição dominante para os efeitos do artigo 86.°, se pode legitimamente basear num comportamento concertado ou fraudulento, e, portanto, proibido pelo artigo 85.° (excepto no caso de isenção). As recorrentes defendem que, contrariando a jurisprudência, a Comissão e o Tribunal de Primeira Instância simplesmente «reciclaram» alguns acordos ou práticas concertadas existentes entre os membros da Cewal, embora os laços económicos necessários para que se possa concluir pela existência de uma posição dominante colectiva devam ser «de outra natureza». Por outro lado, a Comissão considera que um mesmo comportamento adoptado pelas empresas pode constituir simultaneamente uma prática concertada, na acepção do artigo 85.°, e um abuso de posição dominante, contrário ao artigo 86.° A verdadeira questão que se coloca neste momento não se refere contudo ao abuso, mas à existência da posição dominante colectiva.

20. Não se pode resolver a questão da «reciclagem», sem analisar a natureza da posição dominante colectiva ou conjunta, tal como foi progressivamente definida pela jurisprudência. Isto coloca, por sua vez, o problema da distinção entre os artigos 85.° e 86.° e da medida em que, como declarou o Tribunal de Justiça, «em planos diferentes, os artigos 85.° e 86.° contribuem para o mesmo objectivo, a saber, a manutenção de uma concorrência efectiva no mercado comum» [16].

21. O artigo 85.° tem em vista os comportamentos concertados ou acordados entre empresas economicamente independentes, e é potencialmente aplicável a todos os mercados, nomeadamente, àqueles em que existem condições normais de concorrência. Contudo, o artigo 86.° tem apenas em vista os mercados em que as condições de concorrência são anormais, em virtude da posição dominante detida por uma ou várias empresas. A actividade proibida e considerada «abusiva» pelo artigo 86.° é uma actividade essencialmente unilateral [17].

22. Todavia, estes artigos, que têm ambos um efeito directo [18], visam um e outro assegurar que «a concorrência não seja falseada no mercado interno» [19]. Os artigos 85.° e 86.° não estão separados por

16 — Acórdão de 21 de Fevereiro de 1973, Europemballage e Continental Can/Comissão (6/72, Colect., p. 109, n.° 25; a seguir «acórdão Continental Can»).

17 — Acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão (85/76, Colect., p. 217, n.° 39; a seguir «acórdão Hoffmann-La Roche»).

18 — Já em 1974, o Tribunal de Justiça tinha declarado, no primeiro acórdão BRT/SABAM (acórdão de 30 de Janeiro de 1974, 127/73, Colect., p. 33, n.° 16), que «Uma vez que as proibições previstas nos artigos 85.°, n.° 1, e 86.° se prestam, pela sua própria natureza, a produzir efeitos directos nas relações entre particulares, estes artigos criam na esfera jurídica dos particulares direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais devem proteger».

19 — Artigo 3.°, alínea g), do Tratado CE.

uma divisão estanque. Como o Tribunal de Justiça declarou no acórdão Ahmed Saeed, «a aplicabilidade simultânea dos artigos 85.° e 86.° não deve ser afastada» [20]. Assim, o Tribunal de Justiça declarou que, quando uma companhia aérea detentora de uma posição dominante estiver, na realidade económica concreta, em condições de impor tarifas a outras empresas no quadro de um acordo com elas celebrado, tanto o artigo 86.° como o artigo 85.° podem aplicar-se, pelo menos na medida em que a participação num acordo proibido pelo artigo 85.° pode, ao mesmo tempo, implicar um abuso contrário ao artigo 86.°

23. Por outro lado, é interessante notar que, nas conclusões sob o acórdão Ahmed Saeed, o advogado-geral Lenz, depois de ter exprimido a ideia, fundada simplesmente na redacção do artigo 86.°, que uma posição dominante pode ser detida «em conjunto por várias empresas», prosseguiu afirmando que «os membros de um acordo entre empresas ou os participantes em acordos contrários ao direito comunitário na acepção do artigo 85.° do Tratado podem ocupar uma posição dominante colectiva» [21]. Todavia, o artigo 86.° não tem em vista expressamente uma posição dominante detida por uma ou várias empresas, mas «o facto de uma ou mais empresas explorarem de forma abusiva uma posição dominante». A formulação não é assim nada determinante [22]. Manifestamente, o advogado-geral Lenz não quis dizer que basta que um acordo entre empresas detenha uma parte importante do mercado para que se possa estabelecer a existência de uma posição dominante colectiva. No acórdão SIV e o./Comissão [23], o Tribunal de Primeira Instância rejeitou um argumento apresentado na audiência pelo agente da Comissão, segundo o qual basta «'reciclar' os factos constitutivos de uma infracção ao artigo 85.°, daí retirando a constatação de que as partes num acordo ou numa prática ilícita detêm, em conjunto, uma parte de mercado importante, (e) que por esse simples facto detêm uma posição dominante colectiva» [24]. Foi esta constatação que deu origem ao termo «reciclagem». Assim, é evidente que, para se poder concluir que empresas independentes detêm uma posição dominante colectiva, não basta invocar um simples acordo, sob a forma de acordo entre empresas, a não ser que esse acordo tenha por objectivo fixar os preços ou adoptar um outro comportamento fraudulento no mercado. O acórdão sobre o vidro plano italiano constitui a primeira tentativa expressa de identificar os elementos de uma posição dominante colectiva detida por empresas independentes.

24. No outro extremo, situa-se o comportamento concertado ou coordenado dentro de um grupo. Esse comportamento, adoptado sob o controlo da sociedade-mãe, não cai normalmente no âmbito de aplicação do artigo 85.° Considera-se designadamente que as várias entidades constituem uma única empresa «se as empresas constituem uma unidade económica no interior da qual a filial goza de uma real autonomia na determinação da sua actuação no mercado e se tais acordos ou práticas têm por

20 — Acórdão de 11 de Abril de 1989 (66/86, Colect., p. 803, n.° 37; a seguir «acórdão Ahmed Saeed»).

21 — Acórdão já referido na nota 20, *supra*; p. 824 das conclusões.

22 — V. o editorial do professor Arnull em (1998) 23 EL Rev., Junho de 1988, p. 199.

23 — Acórdão de 10 de Março de 1992 (T-77/89 e T-78/89, Colect., p. II-1403; a seguir «acórdão sobre o vidro plano italiano»).

24 — *Ibidem*, n.° 360.

objectivo estabelecer uma repartição interna das tarefas entre as empresas» [25]. Todavia, esta distinção nunca foi claramente estabelecida. O Tribunal de Justiça citou o seu acórdão Bodson [26], como uma referência em matéria de posição dominante colectiva, embora esta expressão aí não apareça. No processo Bodson, o simples facto de os titulares de concessões municipais exclusivas dos serviços fúnebres pertencerem ao mesmo grupo não foi considerado um elemento determinante para estabelecer a existência de uma posição dominante colectiva. Há que «ter em conta a natureza das relações entre as empresas do grupo» e, em especial, ver se elas «prosseguem uma mesma linha de acção no mercado determinada pela casa mãe» [27].

25. Os dois elementos mencionados nesta passagem, a saber, as relações entre as empresas e a linha de actuação comum no mercado encontram-se constantemente na jurisprudência relativa à definição da posição dominante colectiva. Já em 1975, o Tribunal de Justiça, no acórdão Suicker Unie e o./Comissão [28], teve em conta «laços pessoais ou financeiros» existentes entre alguns produtores de açúcar e o produtor de açúcar mais importante no mercado belga, assim como o facto de seguirem «a política de venda fixada por» esse produtor, para concluir que era necessário adicionar as partes de mercado de todos os produtores para determinar a amplitude da posição dominante detida pelo mais importante de entre eles.

26. O acórdão Almelo [29] contém, contudo, a exposição mais clara até ao momento, no que diz respeito à questão da posição dominante colectiva. O Tribunal de Justiça declarou que «essa posição dominante colectiva exige... que as empresas do grupo em causa estejam suficientemente ligadas entre si para adoptarem a mesma linha de actuação no mercado» [30]. Ao mesmo tempo, no acórdão Centro Servizi Spediporto e no acórdão DIP, o Tribunal de Justiça notou igualmente que a ausência de relações concorrenciais entre as empresas que presumivelmente detêm uma posição dominante colectiva será também um elemento significativo [31]. Mais recentemente, no acórdão França/Comissão, o Tribunal de Justiça examinou se uma concentração projectada podia criar uma situação de posição dominante colectiva no mercado comunitário de produtos à base de sais de potássio para uso agrícola [32]. O critério

25 — Acórdão de 31 de Outubro de 1974, Centrafarm e De Peijper (15/74, Colect., p. 475, n.º 41). No acórdão de 24 de Outubro de 1996, Viho/Comissão (C-73/95 P, Colect., p. I-5457), o Tribunal de Justiça, referindo-se (n.º 16) unicamente à questão de saber se as filiais «gozam... de uma autonomia real na determinação de sua linha de acção no mercado», implicitamente afastou a tese defendida por uma parte da doutrina, segundo a qual à luz do acórdão Centrafarm e De Peijper, as duas condições enunciadas no n.º 41 desse acórdão devem ser preenchidas para que um grupo de empresas possa ser considerado como uma única empresa.

26 — Acórdão de 4 de Maio de 1988, Bodson/Pompes funèbres des régions libérées (30/87, Colect., p. 2479; a seguir «acórdão Bodson»).

27 — *Ibidem*, n.º 20.

28 — Acórdão de 16 de Dezembro de 1975 (40/73, 41/73, 42/73, 43/73, 44/73, 45/73, 46/73, 47/73, 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Colect., p. 563, n.ºs 377 e 378; a seguir «acórdão Suiker Unie»).

29 — Acórdão de 27 de Abril de 1994, Gemeente Almelo e o./Energiebedrijf Ijsselmij NV (C-393/92, Colect., p. I-1477, n.ºs 41 e 42).

30 — *Ibidem*, n.º 42. Este critério foi novamente aplicado nos acórdãos de 5 de Outubro de 1995, Centro Servizi Spediporto/Spedizioni Marittina del Golfo (C-96/94, Colect., p. I-2883, n.º 33; a seguir «acórdão Centro Servizi Spediporto»), e de 17 de Outubro de 1995, DIP e o./Comune di Bassano del Grappa e o. (C-140/94, C-141/94 e C-142/94, Colect., p. I-3257, n.º 26; a seguir «acórdão DIP»).

31 — V., respectivamente, os n.ºs 34 e 27 desses acórdãos. Como já tive ocasião de salientar nas minhas conclusões do processo DIP (n.º 65) nenhum elemento de que dispunha o Tribunal de Justiça levaria a pensar que alguns ou o conjunto dos comerciantes que presumivelmente detinham uma posição dominante colectiva «agissem ou estivessem organizados nos seus mercados respectivos em estruturas comerciais que lhes permitam em qualquer caso de comportarem-se efectivamente como uma única unidade económica em relação aos seus fornecedores, aos seus concorrentes ou aos seus clientes».

32 — Acórdão de 31 de Março de 1988 (C-68/94 e C-30/95, Colect., p. I-1375).

aplicado pelo Tribunal de Justiça consistiu em verificar se a concentração «conduz a uma situação em que uma concorrência efectiva no mercado em causa é entravada de forma significativa pelas empresas envolvidas na concentração e uma ou várias empresas terceiras que têm, em conjunto, nomeadamente devido a *factores de correlação* existentes entre elas, o poder de adoptar uma mesma linha de actuação no mercado e agir de modo significativo, independentemente dos outros concorrentes, da sua clientela e, finalmente, dos consumidores» [33]. Ao aplicar este critério, o Tribunal de Justiça declarou que algumas das críticas formuladas pelas recorrentes em relação ao alegado «feixe de laços estruturais» [34], invocado pela Comissão, eram fundadas.

27. Todavia, parece-me que todas as posições recentes do Tribunal de Justiça repetem uma confirmação implícita da observação feita pelo Tribunal de Primeira Instância no acórdão sobre o vidro plano italiano segundo a qual:

«Não se pode excluir, por princípio, que duas ou mais entidades económicas independentes estejam, num mercado específico, unidas por tais laços económicos que, de facto, detenham em conjunto uma posição dominante sobre os outros operadores no mesmo mercado». [35]

Todavia, a expressão «unidas por tais laços económicos» constante dessa passagem deve agora ser interpretada à luz da fórmula contida no acórdão França/Comissão [36], tendo em vista os «*factores de correlação* existentes entre as empresas», que não parece indicar outra coisa senão os «laços económicos».

28. Todavia, as recorrentes afirmam que para estabelecer a existência de «laços económicos», necessários para preencher este critério, não se pode invocar factos constitutivos quer de acordos ou de práticas concertadas, para os efeitos do artigo 85.° Não posso aderir a este ponto de vista. Parece-me que o duplo critério — existência de laços económicos suficientes para que se possa concluir que na realidade se está em presença de uma entidade única que opera no mercado — é, no fundo, um critério único e este segundo elemento é o mais importante. A existência de uma posição dominante única deve ser constatada, isto é, deve provar-se que várias empresas actuam como uma entidade única e, portanto, unilateralmente, no mercado. Não é necessário descrever com pormenor, nem mesmo referir a natureza das relações ou dos laços económicos. Pode tratar-se da utilização de condições tipo de fornecimento, elaboradas por uma empresa comum (Almelo), de participações cruzadas, de administradores com mandatos em várias empresas, ou mesmo laços familiares com incidências económicas. Pode igualmente tratar-se da adopção de uma mesma linha de actuação no mercado ou de uma mesma política de venda (Bodson, Suiker Unie). Esses laços apenas devem ser defini-

33 — *Ibidem*, n.° 221 (sublinhado por mim).
34 — N.° 232.
35 — Acórdão já referido na nota 23 (n.° 358).
36 — Acórdão já referido na nota 32.

dos por referência ao seu resultado, a saber, a criação de uma situação em que um grupo de empresas independentes opera no mercado como uma entidade única.

29. Por outro lado, repito, não se pode evitar a fraqueza das provas que estabelecem a existência de uma concertação, recorrendo, ao artigo 86.° Já se reconheceu que não basta um comportamento concertado para estabelecer a existência de uma posição dominante. Não aceito contudo, que o Tratado ou um qualquer princípio jurídico ou lógico proíba que se baseie numa *prova* deste tipo.

30. Uma leitura atenta do acórdão Almelo parece confirmar este ponto de vista. Os distribuidores regionais neerlandeses de electricidade, cujas relações estavam em causa, estavam ligados aos distribuidores locais por acordos verticais de compra exclusivos do mesmo tipo, que foram declarados contrários ao artigo 85.° O advogado-geral M. Darmon chamou a atenção para esses acordos quanto aos «laços que permitam assegurar às empresas em causa um domínio colectivo do mercado» [37]. Apesar de tanto o advogado-geral como o Tribunal de Justiça terem procurado deixar ao órgão jurisdicional nacional a decisão final sobre a questão, o Tribunal de Justiça parece ter aceite implicitamente a opinião do advogado-geral sobre a eventual relevância dos laços económicos criados por esses acordos.

37 — Acórdão já referido na nota 29 *supra*, n.os 117 e 118 das conclusões.

31. No caso em apreço, o Tribunal de Primeira Instância desde o início da sua análise da posição dominante colectiva detida pela Cewal definiu correctamente o critério a aplicar, segundo o qual «é necessário que as empresas em causa estejam suficientemente ligadas entre si para poderem adoptar uma mesma linha de acção no mercado» (n.° 62). O acórdão impugnado prossegue (n.° 66), fundamentando que «tendo em conta o conjunto da decisão», considera ser necessário «apreciar colectivamente a posição dos membros da Cewal no mercado em questão» (n.° 66). Os n.os 63 a 65 estão redigidos nos seguintes termos:

«63 Na decisão ora submetida à apreciação do Tribunal, a Comissão referiu-se expressamente ao Regulamento (n.° 4056/86). [O Tribunal cita a definição de 'conferência marítima' que consta do regulamento de 1986, e que reproduzi no ponto 2 *supra*]. O Tribunal regista que as recorrentes, que invocam, várias vezes, o Regulamento n.° 4056/86, não contestam que a Cewal seja uma conferência marítima na acepção deste regulamento.

64 O Tribunal sublinha, por outro lado, que no seu artigo 8.°, o Regulamento n.° 4056/86 prevê que o artigo 86.° do Tratado pode ainda ser aplicado. Com efeito, pelo jogo das relações estreitas que as companhias marítimas mantêm entre si numa conferência marítima, podem, em conjunto, desenvolver em comum, no mercado em causa, práticas

tais que constituam comportamentos unilaterais. Esses comportamentos podem apresentar o carácter de infracções ao artigo 86.°, se se verificarem as restantes condições de aplicação deste artigo.

65 No caso em apreço, perante os elementos constantes da decisão impugnada, o Tribunal constata que as companhias marítimas constituíram uma entidade comum, a conferência marítima Cewal. Resulta da decisão que esta estrutura enquadrava diferentes comités aos quais pertenciam os membros da conferência, como o Zaïre Pool Committee e o Special Fighting Committee, por várias vezes referidos na decisão, designadamente nos pontos 26, 29, 31 e 32, e o Zaïre Action Committe, referido no ponto 74. Por outro lado, como decorre do artigo 1.° do Regulamento n.° 4056/86, esta estrutura comum tem, por natureza, como objectivo definir e aplicar tarifas de frete uniformes e outras condições comuns de transporte, cuja existência é expressamente referida pela Comissão no ponto 61. A Cewal apresenta-se assim no mercado como uma entidade única. O Tribunal faz notar que as práticas censuradas aos membros da Cewal — cuja qualificação não se justifica analisar nesta fase — tal como são descritas na decisão, traduzem a vontade de adoptar em conjunto uma mesma linha de acção no mercado para reagir unilateralmente face a uma evolução, considerada ameaçadora, da situação concorrencial do mercado em que actuam. Estas práticas, descritas com precisão pela decisão, constituíram elementos de uma estratégia global, para cuja realização os membros da Cewal fusionaram as suas forças».

32. Em meu entender, cada um dos elementos mencionados nos referidos números é *susceptível* de constituir um «laço económico». Em especial, é com razão que o Tribunal se referiu à definição de conferência marítima para apreciar a «estratégia global» e as intenções dos membros da Cewal, e insistiu, como fez por diversas vezes em termos diferentes, na constituição de uma «entidade única». O presente recurso, admitindo que o Tribunal tinha fundamento jurídico para considerar estes elementos como constitutivos de laços económicos, não contesta a sua conclusão sobre esta última questão, com razão, em meu entender; essa constatação é o resultado da avaliação dos factos a que o Tribunal procedeu, e, na ausência de erro que implique uma alteração desses factos, não pode ser contestada no Tribunal de Justiça.

33. Por outro lado, as recorrentes demonstraram uma certa falta de realismo, ao tentar contestar a aplicação do conceito de posição dominante colectiva às conferências marítimas. Por diversas vezes sustentaram, para justificar o carácter pretensamente não abusivo dos seus descontos de fidelidade, que as companhias membros de uma conferência marítima detinham normalmente uma posição dominante.

34. Finalmente, foi afirmado, em nome das recorrentes, que o acórdão impugnado e a decisão deviam ser anulados, na medida em que concluem pela existência de uma posição dominante colectiva, porque nem o Tribunal, nem a Comissão na decisão, tinham demonstrado a ausência de concorrência interna quanto a outros factores para além dos preços entre os membros da Cewal. Este argumento, invocado pela primeira vez na audiência, é manifestamente inadmissível, face ao disposto nos artigos 42.°, n.° 2, e 113.°, n.° 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça. Em qualquer caso, embora resulte claramente da jurisprudência acima analisada, em especial, dos acórdãos Centro Servizi Spediporto, DIP e França/Comissão que a ausência de concorrência entre um determinado número de empresas, presumivelmente detentoras de uma posição dominante colectiva, é um elemento característico dessa posição dominante colectiva, não basta, em meu entender, que essas empresas, para responder à Comissão que as acusa de terem adoptado uma estratégia única no mercado em matéria de concorrência sobre os preços, defendam que a presença entre elas de outras formas de concorrência, por exemplo, sobre a qualidade do serviço prestado, contraria a existência de uma posição dominante colectiva fundada em laços deduzidos da sua estratégia comum em matéria de fixação dos preços, a menos que, a amplitude e intensidade dessas outras formas de concorrência possam afastar razoavelmente a sua política de preços comum como base para estabelecer a existência de uma única entidade no mercado. Visto que os membros do grupo têm facilmente acesso às informações susceptíveis de apoiar essa afirmação, devem apresentar elementos de prova para demonstrar que não podem ser acusados de deter uma posição dominante baseando-se na sua política de preços comum. Nenhum dos elementos apresentados no Tribunal de Primeira Instância, ou actualmente, no Tribunal de Justiça, levam a pensar que existe uma concorrência activa entre os membros da Cewal no que diz respeito à qualidade dos serviços oferecidos aos carregadores.

35. Assim, proponho que se afaste o argumento segundo o qual a Comissão ou o Tribunal de Primeira Instância, ao fazerem referência a factos susceptíveis de constituir igualmente um comportamento concertado para os efeitos do artigo 85.°, se basearam em elementos de prova que não podiam ser utilizados, por si só, para constatar a existência de uma posição dominante colectiva para os efeitos do artigo 86.° Todavia, é ainda necessário examinar o argumento segundo o qual a fundamentação da decisão era insuficiente e foi abusivamente completada pelo Tribunal de Primeira Instância.

D — *Carácter suficiente da fundamentação*

36. As recorrentes não suscitaram explicitamente no Tribunal de Primeira Instância o problema da insuficiência da fundamentação, nem com referência ao artigo 190.° do Tratado, nem de qualquer outra forma. Em vez disso, defenderam que os fundamentos indicados na decisão, que, efectivamente, apenas tinham em vista a existência do acordo de conferência, não eram suficientes para sustentar a acusação que lhes foi feita de deterem uma posição dominante colectiva. Foi neste pressuposto que o Tribunal de Primeira Instância atribuiu às recorrentes um fundamento relativo à «insuficiência de fundamentação» (n.° 59).

37. Do que as recorrentes acusam o Tribunal no presente recurso, é não ter respondido aos seus argumentos e ter completado a fundamentação da Comissão, isto é, aduzindo, para justificar a acusação relativa à posição dominante colectiva, fundamentos diferentes dos invocados pela Comissão. Em especial, acusam o Tribunal de se ter baseado no «conjunto da decisão», (n.° 66) e considerado que «para além dos acordos celebrados entre as companhias marítimas que criaram a conferência Cewal..., existiam entre essas companhias laços tais que adoptaram uma linha de acção uniforme no mercado» (n.° 67).

38. A Comissão afirma que o Tribunal não se baseou em nenhum elemento que não constasse da decisão, que a expressão «para além de» significa que os acordos da conferência são de tal modo, que o comportamento dos membros da Cewal devia ser examinado colectivamente, e que nada impede o Tribunal de sublinhar outras partes da decisão para mostrar que outros elementos factuais invocados pela Comissão reforçam a conclusão a que ela tinha chegado.

39. É conveniente descrever brevemente a estrutura das partes da decisão respeitantes à posição dominante colectiva, antes de fazer referência à jurisprudência relevante. Os pontos 49 a 51 referem-se à aplicabilidade do artigo 86.° do Tratado às conferências marítimas. O ponto 49 está redigido nos seguintes termos:

«O artigo 8.° do Regulamento (CEE) n.° 4056/86 prevê a possibilidade de exploração abusiva de uma posição dominante por parte das conferências marítimas. O Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias citou, aliás, as conferências marítimas como exemplo de acordos entre entidades economicamente independentes que permitem o estabelecimento de relações económicas de tal modo que, por esse motivo, possam em conjunto deter uma posição dominante em relação aos outros operadores no mesmo mercado [38]. O acordo concluído entre os membros da Cewal constitui um acordo deste tipo».

O ponto 52 refere (remetendo para os pontos 8 a 12 da decisão) que os serviços de linha «constituem o mercado dos serviços a considerar». Os pontos 53 a 56 definem o mercado geográfico e concluem que «o conjunto das rotas marítimas entre o Zaire e os portos da Europa do Norte servidos pelos membros da Cewal constitui um mercado específico». Os pontos 57 a 60 abordam a questão da posição dominante da Cewal fazendo referência à sua parte de mercado. Em seguida, o ponto 61 está redigido nos seguintes termos:

«Tendo em conta estes elementos, a Comissão conclui que a Cewal dispõe de uma

38 — A decisão menciona o acórdão sobre o vidro plano italiano, já referido na nota 23, *supra*.

posição dominante, na acepção do artigo 86.°, no que respeita ao grupo das rotas marítimas em que opera entre a Europa do Norte e o Zaire. Esta posição dominante é detida conjuntamente pelos membros da Cewal, devido ao facto de estes se encontrarem ligados pelo acordo entre eles, tal como confirma, por exemplo, a existência de uma tarifa comum».

40. Assim, apenas o ponto 61 (e, em certa medida, o ponto 49) refere expressamente o carácter conjunto ou colectivo da posição dominante da Cewal e conclui baseando-se na circunstância de os membros da Cewal «se encontrarem ligados pelo acordo entre eles...».

41. Lida isoladamente, esta fundamentação destinada a sustentar a conclusão segundo a qual os membros da Cewal detêm uma posição dominante colectiva é lacónica. Não tem expressamente em conta os elementos citados pelo Tribunal no n.° 67 do acórdão impugnado, e não afirma que os membros da Cewal se comportavam no mercado como uma entidade única ou comum. Verifica-se, contudo, de modo perfeitamente claro, ao longo dos vários pontos da decisão consagrados à análise do mercado, que esta situação permite à Cewal, por exemplo, «actuar de modo independente face aos concorrentes e aos seus clientes» [39]. Os elementos adicionais citados pelo Tribunal são amplamente extraídos das partes seguintes da decisão (pontos 63 e segs.), consagrados à constatação da conduta abusiva.

39 — Ponto 60 da decisão.

42. É conveniente colocar a questão de saber se é permitido completar a conclusão, segundo a qual as empresas envolvidas detêm uma posição dominante conjunta, fazendo referência a elementos apresentados na mesma decisão sobre o abuso dessa posição dominante. Ao fazer isto, não posso evitar comentar que teria sido mais útil que a Comissão abordasse mais explicitamente a questão dos laços económicos, quando concluiu pela existência de uma entidade comum ou única no mercado.

43. No que diz respeito à obrigação de as instituições comunitárias fundamentarem as suas decisões, indicando os principais elementos de facto e de direito em que se basearam, a referência clássica consta do acórdão Remia/Comissão [40]:

«Se, nos termos do artigo 190.° do Tratado, a Comissão deve mencionar os elementos de facto que justificam a decisão e as condições jurídicas que levaram à sua adopção, esta disposição não exige que a Comissão discuta todos os elementos de facto e de direito tratados durante a fase administrativa do processo. A fundamentação de uma decisão que afecta interesses deve permitir ao Tribunal de Justiça exercer a fiscalização da legalidade e fornecer ao interessado as indicações necessárias para saber se a decisão é fundada.»

40 — Acórdão de 11 de Julho de 1985, Remia/Comissão (42/84, Recueil, p. 2545, n.° 26). V. a análise nas minhas conclusões apresentadas no processo Bélgica/Comissão (acórdão de 29 de Fevereiro de 1996, C-56/93, Colect., p. I-723), n.os 107 a 109.

44. Uma passagem pela jurisprudência revela que, os argumentos relativos à insuficiência da fundamentação das decisões, apesar de serem frequentemente invocados, têm sido raramente acolhidos [41]. Quando o foram, a acusação sobre a fundamentação consistia, na maior parte das vezes, em constatar que a decisão era substancialmente defeituosa. Como exemplo de um caso em que este tipo de argumento foi invocado com sucesso, pode referir-se o processo Países Baixos e Leeuwarder Papierwarenfabriek/Comissão [42], em que o Tribunal de Justiça considerou que a fundamentação da decisão era gravemente defeituosa no que diz respeito à análise do mercado.

45. A função da fundamentação é explicada na segunda frase da passagem do acórdão Remia acima citado. Trata-se de uma exigência que tem a sua finalidade própria e não é puramente «formal» [43]. Ela destina-se a permitir aos interessados e, por extensão, ao Tribunal de Justiça, dispor de informações suficientes no que diz respeito à base factual e jurídica da decisão impugnada, a fim de defender os seus próprios interesses. No acórdão Bélgica/Comissão, por exemplo, o Tribunal de Justiça declarou que um elemento de facto, negligenciado pela decisão da Comissão em causa, era mencionado quer no acórdão do Tribunal de Justiça que anulou a decisão anterior da Comissão sobre o mesmo assunto, e nas conclusões do advogado-geral apresentadas no mesmo processo, quer na comunicação da Comissão que reabriu o processo administrativo. Nestes termos, o Tribunal de Justiça concluiu que «os interessados tiveram a possibilidade de os conhecer e de apresentar ao Tribunal de Justiça o seu ponto de vista a esse respeito» [44]. O Tribunal de Justiça pode admitir que os interesses de uma pessoa são suficientemente protegidos se ela tiver podido conhecer as informações em que a Comissão se baseou [45], por exemplo, pelo facto da sua participação no processo administrativo [46].

46. Mesmo que a decisão da Comissão não resistisse a um exame estritamente do ponto de vista lógico, a questão fundamental que se coloca é uma questão de honestidade. As recorrentes não podem pretender, de forma realista, que sofreram um prejuízo, pelo facto de o Tribunal de Primeira Instância se ter baseado em elementos constantes da parte da decisão relativa à conduta abusiva, para sustentar a conclusão da Comissão, segundo a qual elas detêm uma posição dominante colec-

41 — V. por exemplo, os acórdãos de 9 de Novembro de 1983, Michelin/Comissão (322/81, Recueil, p. 3461, n.° 14; a seguir «acórdão Michelin»); de 17 de Janeiro de 1984, VBVB e VBBB/Comissão (43/82 e 63/82, Recueil, p. 19, n.° 19); de 22 de Janeiro de 1986, Eridania/Cassa Conguaglio Zucchero (250/84, Colect., p. 117, n.° 17); e de 2 de Fevereiro de 1988, Van der Kooy/Comissão (67/85, Colect., p. 219, n.° 71).

42 — Acórdão de 13 de Março de 1985, (296/82 e 318/82, Recueil, p. 809, n.os 19 a 26); v. sobretudo o n.° 24, em que o Tribunal de Justiça declarou, no que diz respeito à obrigação de demonstrar que o auxílio de Estado em causa afectava as trocas entre os Estados-Membros, designadamente, que a decisão da Comissão em causa nesse processo «não comporta a menor indicação relativa à situação do mercado considerado».

43 — Acórdão de 4 de Julho de 1963, Alemanha/Comissão (24/62, Recueil, p. 131, 143).

44 — Acórdão Bélgica/Comissão (já referido na nota 40, n.° 89). No mesmo sentido, v. n.° 109 das minhas conclusões apresentadas nesse processo.

45 — Acórdão de 28 de Outubro de 1981, Krupp/Comissão (275/80 e 24/81, Recueil, p. 2489, sobretudo o n.° 13).

46 — Acórdão de 4 de Julho de 1996, Grécia/Comissão (C-50/94, Colect., p. I-3331, n.° 9).

tiva, quando todos os elementos em causa são claramente referidos na decisão e foram, de qualquer modo, debatidos durante o processo administrativo [47].

E — *Conclusão*

47. Por conseguinte, proponho que se rejeite o fundamento respeitante à constatação da Comissão segundo a qual as empresas em causa detinham uma posição dominante colectiva.

V — Abusos imputados à Cewal

48. Examinarei agora sucessivamente os argumentos das recorrentes respeitantes aos abusos que alegadamente terão sido cometidos pelos membros da Cewal.

A — *Abuso ligado ao Ogefrem*

i) Contexto

49. No artigo 2.° da decisão, a Comissão constata que, para obter a eliminação do seu concorrente, a Cewal, designadamente, abusou da sua posição dominante «ao participar activamente na execução do acordo com o Ogefrem e exigindo [48] reiteradamente, através de várias diligências, o seu rigoroso cumprimento». Esta constatação deve ser vista à luz dos pontos 20 a 27 e 63 a 72 da decisão, dos quais resulta que a Comissão considerou que o comportamento da Cewal, no que diz respeito ao acordo com o Ogefrem, tinha em vista impedir ou limitar o desenvolvimento da concorrência no tráfego entre o Zaire e a Europa do Norte. Em primeiro lugar, no ponto 63 da decisão, a Comissão invoca o princípio consagrado, segundo o qual as empresas dominantes devem abster-se de comportamentos que impedem a manutenção do grau de concorrência existente ou o desenvolvimento desta concorrência no mercado em que detêm essa posição dominante [49]. No ponto 64, exprime a ideia, reafirmada no artigo 2.°, que o comportamento abusivo adoptado pela Cewal consistia na sua participação activa na execução do acordo Cewal/Ogefrem, e nos pedidos reiterados ao Ogefrem para que

47 — Assim, este processo não deve ser colocado na categoria analisada pelo advogado-geral P. Léger nas conclusões apresentadas no processo BPB Industries e British Gypsum/Comissão (acórdão de 6 de Abril de 1995, C-310/93, Colect., p. I-865; a seguir «acórdão British Gypsum»), cuja fundamentação nomeadamente a este respeito foi adoptada pelo Tribunal de Justiça (v. n.° 11 do acórdão). Este processo dizia respeito aos casos em que a fundamentação tinha sido «confirmada» pelos «esclarecimentos» prestados pela Comissão na fase escrita e oral do processo perante o juiz comunitário. O advogado-geral exprimiu a ideia de que «'esclarecer' um aspecto pressupõe que esse aspecto esteja *contido* na decisão, e é precisamente isso que acontece aqui» (n.° 24 das conclusões).

48 — A palavra «requesting» («exigindo») foi, na realidade, omitida inadvertidamente na versão inglesa, publicada, do artigo 2.° Contudo, resulta claramente dos textos publicados das outras versões linguísticas da decisão, que fazem fé, que é necessário suprir essa palavra na versão inglesa. Além disso, na versão inglesa da decisão que foi notificada às recorrentes [v. documento da Comissão C (92) 3253 final, de 23 de Dezembro de 1992], que estas juntaram em anexo às observações que apresentaram ao Tribunal de Primeira Instância, a palavra «requesting» consta do artigo 2.°

49 — A decisão faz referência ao acórdão Hoffmann La Roche (já referido na nota 17, *supra*).

este cumpra o artigo 1.° desse acordo, sempre com o objectivo de obter «a eliminação do seu único concorrente no tráfego». Após ter constatado que a posição dominante preexistente da Cewal foi «reforçada» através do acordo com o Ogefrem (ponto 65), a Comissão refere no ponto 66 que a Cewal «exerceu permanentemente pressões sobre o Ogefrem para que respeitasse o referido acordo, com vista a obter a eliminação do seu principal concorrente».

50. A Comissão afasta o argumento de defesa, através do qual a Cewal alegava que foi obrigada a adoptar essas práticas, em resultado de obrigações que lhe foram impostas pelos poderes públicos. Afasta igualmente o argumento de defesa da Cewal, segundo o qual o comportamento objecto das denúncias não estaria abrangido pela aplicação do artigo 86.°, porque devia considerar-se que o acordo com o Ogefrem comportava obrigações impostas pelos poderes públicos ou por uma disposição estatal; segundo a Comissão, o acordo entre o Ogefrem e a Cewal é um acordo consensual relativo «ao controlo do tráfego em causa» permitindo a sua denúncia «mediante um pré-aviso» (ponto 70). Por último, sublinha que «a regulamentação zairense em vigor também não impõe aos armadores membros das conferências a criação de sistemas cujo objectivo seria assegurar a canalização das cargas para os seus próprios navios, excluindo as companhias independentes» e conclui, consequentemente, que «a conclusão do acordo e as pressões por parte da Cewal relativamente ao cumprimento desse acordo não resultam de obrigações impostas pelos poderes públicos» (pontos 71 e 72).

51. Na petição apresentada no Tribunal de Primeira Instância, as recorrentes sustentaram que o comportamento de que a Comissão as acusava não podia constituir uma violação do artigo 86.° do Tratado. Afirmaram, designadamente, que o acordo Ogefrem é um acordo de concessão, nos termos do qual as autoridades zairenses lhes tinham concedido um direito exclusivo, que o artigo 86.° do Tratado não se opõe a que efectuassem diligências para assegurar o respeito desse direito e, em qualquer caso, que uma simples incitação à acção governamental não podia constituir um abuso para os efeitos do artigo 86.° Alegaram, igualmente, na réplica, que a decisão violou o seu direito a um processo equitativo, uma vez que a Comissão, na comunicação das acusações, as acusou inicialmente de terem abusado da sua posição dominante, obtendo o direito exclusivo em questão, devido à celebração do acordo com o Ogefrem, acusação que não foi mantida na decisão.

52. Na contestação que apresentou ao Tribunal, a Comissão defendeu que o acordo com o Ogefrem era sinalagmático, isto é, de natureza consensual, e sublinhou que o único abuso da Cewal, que tinha constatado, consistia nos esforços por ela desenvolvidos para fazer respeitar o direito exclusivo que lhe fora concedido pelo acordo. Na tréplica, a Comissão afirmou que os argumentos das recorrentes respeitantes à circunstância de o direito a um processo equitativo lhes ter sido pretensamente recusado eram inadmissíveis, visto que se tratava de um fundamento novo, na acepção do n.° 2 do artigo 48.° do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância e, além disso, infundados porque não havia diferença substancial

entre a comunicação das acusações e a decisão, tendo esta última declarado as recorrentes culpadas de uma parte apenas das infracções que lhes tinham sido imputadas pela primeira.

53. No acórdão impugnado, o Tribunal referiu inicialmente que o processo tinha por objecto a alegada exploração abusiva da posição dominante cometida pelos membros da Cewal, e que «estando em causa apenas um comportamento unilateral da Cewal, a exacta natureza do acordo celebrado entre ela e o Ogefrem não é determinante para a aplicação do artigo 86.° do Tratado» (n.° 103). Fazendo referência ao acórdão Bodson [50], afirmou que, admitindo que o acordo entre a Cewal e o Ogefrem seja uma concessão de direito público, e que a Cewal seja concessionária, «tal não basta para excluir a existência de um comportamento abusivo da sua parte». Resultava dos dois primeiros parágrafos do acordo com o Ogefrem, que Cewal podia admitir derrogações ao direito exclusivo concedido por esse acordo. Assim, ainda que o acordo deva ser considerado como uma concessão de direito público não havia conflito «entre o Tratado e o acordo», visto que este último «previa um dispositivo de abertura à concorrência susceptível de adaptar a sua aplicação às exigências do artigo 86.°» (n.° 104).

54. Em consequência, o Tribunal declarou que «é legítimo que a decisão se debruce sobre a análise da atitude da Cewal na execução do acordo» (n.° 105). Notando que as recorrentes não contestaram ter efectuado «diligências junto da Ogefrem para conseguirem o afastamento de G & C do mercado», procedeu ao exame da qualificação a atribuir a estas diligências. Em primeiro lugar, fez referência à «especial responsabilidade» de uma empresa em posição dominante, «de não afectar pelo seu comportamento uma concorrência efectiva e não falseada no mercado comum» [51], antes de observar que, apesar de uma empresa colocada nessa posição ter a faculdade «dentro dos limites do razoável, de praticar os actos que considerar apropriados» para «proteger os seus interesses comerciais, quando estes estiverem ameaçados» [52], não pode procurar desse modo reforçar a sua posição dominante. Aplicando estes princípios ao comportamento da Cewal, o Tribunal de Primeira Instância considerou que «uma empresa em posição dominante, que beneficia de um direito de exclusividade que pode ser derrogado mediante acordo dessa empresa, está obrigada a fazer um uso ponderado do direito de veto que lhe é reconhecido pelo acordo para o acesso de terceiros ao mercado»; vistos os factos, o Tribunal ficou convencido de que «não foi esse o caso dos membros da Cewal» (n.° 108). Assim, o Tribunal declarou que «a Comissão pôde legitimamente considerar que os membros da Cewal, ao participarem activamente na aplicação do acordo com a Ogefrem e ao solicitarem reiteradamente o estrito respeito desse mesmo acordo, no quadro de um plano destinado a afastar o único armador independente cujo acesso ao mercado tinha sido autorizado pela Ogefrem, infringiram o artigo 86.° do Tratado» (n.° 109). O Tribunal afastou igualmente o argumento das recorrentes, segundo o

50 — Já referido na nota 26, *supra*.

51 — N.° 106, fazendo referência ao acórdão de 6 de Outubro de 1994, Tetra Pak/Comissão (T-83/91, Colect., p. II-755, n.° 114).

52 — N.° 107, fazendo referência ao acórdão BPB Industries e British Gypsum/Comissão (já referido na nota 47, *supra*, n.° 69).

qual o facto de a incitação de um Governo a agir não poder constituir um abuso, declarando-o «irrelevante», «dado que não foram acusadas dessa prática no caso em apreço» (n.° 110). Por último, declarou inadmissível o argumento das recorrentes sobre a diferença entre a comunicação das acusações e a decisão respeitante à natureza pretensamente abusiva da celebração do acordo Ogefrem, mas também considerou que a diferença em questão não é susceptível de afectar os direitos das recorrentes (n.° 113).

ii) Síntese das alegações apresentadas no âmbito do recurso

55. Este fundamento de recurso compõe-se de quatro aspectos principais. Em primeiro lugar, as recorrentes afirmam, a título principal, que o Tribunal de Primeira Instância violou o seu direito a um processo equitativo, ao substituir a acusação relativa ao Ogefrem constante da decisão, por uma acusação completamente nova sobre o facto de alegadamente não terem feito um uso razoável do seu direito de veto. Segundo elas, há uma diferença fundamental entre o facto de pedir a uma autoridade pública para agir, e o de opor formalmente o seu «veto» a um acto dessa autoridade, visto que a existência de um direito de veto tem em vista uma situação em que a pessoa detentora desse direito tem um «poder de bloqueio». Em segundo lugar, as recorrentes afirmam que essa reformulação da acusação permitiu que o Tribunal ignorasse a dupla natureza da acusação inicialmente formulada contra elas na comunicação das acusações e mantida na decisão (ainda que sob uma forma diferente), e considerasse indevidamente irrelevante a sua afirmação, segundo a qual o simples facto de incitar um Governo a agir não pode constituir um abuso de posição dominante. Em terceiro lugar, as recorrentes alegam que, uma vez que o Tribunal considerou que os membros da Cewal não eram acusados de não terem denunciado o acordo, nem de terem incitado um Governo a agir, não podia, sem se contradizer, chegar à conclusão segundo a qual a Comissão pôde legitimamente considerar que a sua participação activa na aplicação do acordo constituía um abuso. Em quarto lugar, as recorrentes defendem que o facto de não terem renunciado ao exercício do seu direito exclusivo não pode constituir um abuso para os efeitos do artigo 86.°

56. A Comissão nega que tenha havido alguma violação do direito das recorrentes a um processo equitativo. Afirma que a referência feita pelo Tribunal de Primeira Instância ao «uso do direito de veto» é simplesmente outra forma de explicar a constatação feita na decisão, segundo a qual o abuso consistia nos esforços desenvolvidos pela Cewal para conseguir que as condições do acordo com o Ogefrem fossem por este respeitadas. A Comissão indica que o alegado abuso não tinha em vista nem a celebração do acordo, nem a sua não denúncia. A doutrina do «acto de soberania» invocada pelas recorrentes não era relevante, porque o acordo permitia, como o Tribunal constatou, aos membros da Cewal conformarem-se com as regras comunitárias da concorrência, ao passo que a doutrina «Noerr-Pennington» [53] era igualmente irrelevante, porque a Cewal não foi acusada de incitar um Governo a agir.

53 — Outra doutrina americana que protege a simples comunicação de informações às autoridades do Estado, tendo em vista influenciar a acção do poder legislativo ou executivo.

iii) Análise dos argumentos das recorrentes

a) Direito a um processo equitativo

57. Penso que as recorrentes interpretam mal o acórdão impugnado quando afirmam que o Tribunal de Primeira Instância, ao formular aí uma nova acusação, acusa-as de não terem feito um uso ponderado do seu direito de veto. No n.º 109 do acórdão impugnado (citado no n.º 54 *supra*) o Tribunal confirmou explicitamente as constatações essenciais da Comissão respeitantes aos actos abusivos ligados ao acordo Ogefrem. Na análise que precede (em especial, no n.º 105), o Tribunal descreveu sucintamente o comportamento adoptado pela Cewal quanto à execução do acordo com o Ogefrem, tal como foi apresentado na decisão, prosseguiu em seguida recordando os princípios incontestáveis que definem os limites que se impõem à acção das empresas em posição dominante.

58. A referência pelo Tribunal de Primeira Instância a um «direito de veto» não tem incidência na qualificação do abuso, que continua a consistir na insistência com que a Cewal reclamou o estrito respeito do seu direito exclusivo. Contudo, o Tribunal estava disposto a presumir, sem o declarar expressamente, que o acordo Ogefrem era uma concessão de direito público e, com base nesta hipótese, a chamar a atenção para o facto de que previa um mecanismo que permite resolver um conflito entre o Tratado e o acordo, considerado como uma concessão de direito público. A referência ao «direito de veto» não tem em vista descrever um abuso mas, ao invés responder à argumentação desenvolvida pelas recorrentes segundo a qual o seu comportamento lhe tinha sido imposto, de certa forma, pelas condições dessa pretensa concessão de direito público.

59. Por conseguinte, considero que convém afastar o primeiro argumento das recorrentes segundo o qual o Tribunal de Primeira Instância as privou do direito a um processo equitativo, ao formular uma nova acusação, que consiste no facto de não terem feito um uso ponderado do seu direito de veto.

b) Argumento respeitante à incitação à acção governamental

— Introdução

60. O simples facto de não ter havido nenhuma violação do direito das recorrentes a um processo equitativo não basta para negar provimento ao recurso, uma vez que elas também contestaram a qualificação jurídica do seu comportamento de abusivo. A posição adoptada pelo Tribunal de Primeira Instância suscita em relação ao segundo argumento a questão de saber se é legítimo considerar irrelevante a natureza precisa do acordo e, por conseguinte, se é legítimo afastar a possibilidade de o comportamento incriminado poder ter correspondido simplesmente a uma tentativa feita

pela Cewal para exercer uma pressão sobre o Governo.

— Relevância da doutrina do «acto de soberania»

61. O acórdão impugnado abstrai-se completamente da natureza do acordo com o Ogefrem. O Tribunal convenceu-se que, seja qual for a sua natureza precisa, os membros da Cewal dispunham de um certo poder discricionário e de uma certa autonomia no que diz respeito à sua execução.

62. Sendo constante que a sua simples presença no mercado conduz a um enfraquecimento da concorrência, as empresas em posição dominante não podem adoptar certos comportamentos, que eventualmente não seriam criticáveis no caso de não serem empresas em posição dominante [54]. Por maioria de razão, isso acontece, quando, como no caso em apreço, as empresas em causa estão numa situação de quase monopólio [55]. Todavia, o âmbito de aplicação material desta especial responsabilidade «deve ser apreciado tendo em conta as circunstâncias específicas de cada caso, que demonstrem um enfranquecimento da concorrência» [56].

63. As recorrentes defendem que o seu comportamento deve considerar-se nada mais do que uma tentativa destinada a pressionar as autoridades zairenses para que estas se conformem aos termos da concessão de direito público que lhes tinha sido conferida. Na audiência, a Comissão não contestou que um comportamento que consiste simplesmente em incitar o Governo de um Estado não pertencente à União Europeia a agir num determinado sentido não pudesse ser descrito como um abuso de posição dominante. Todavia, a Comissão sublinhou na audiência que, no caso em apreço, as recorrentes eram partes de um contrato comercial que prevê obrigações e vantagens recíprocas, e que a insistência que tinham feito em solicitar o cumprimento das respectivas cláusulas tinha ido para além de simples pressões.

64. No n.º 110 do acórdão impugnado, o Tribunal exprimiu-se nos seguintes termos:

«O facto, alegado pelas recorrentes, de a incitação de um Governo a agir não poder constituir um abuso, é irrelevante, dado que não foram acusadas dessa prática no caso em apreço».

Não penso que esta questão possa ser resolvida de forma tão simples. O abuso

54 — V. os acórdãos Hoffmann-La Roche (já referido na nota 17 *supra*, n.º 120) e Michelin (já referido na nota 41 *supra*, n.º 57).

55 — Acórdão Hoffmann-La Roche (já referido na nota 17 *supra*, n.º 39).

56 — Acórdão de 14 de Novembro de 1996, Tetra Pak/Comissão (C-333/94 P, Colect., p. I-5951, n.º 24; a seguir «acórdão Tetra Pak II»).

de que a Cewal foi declarada culpada consistia nas tentativas feitas para obter a execução do acordo com o Ogefrem. As recorrentes respondem que essas tentativas não podem ser equiparadas a um abuso, porque apenas consistem numa incitação à acção governamental. A circunstância de a Comissão não a ter qualificado desse modo não tem influência sobre a sua verdadeira natureza.

65. Em consequência, proponho que se examine, na medida do necessário, a acusação que as recorrentes fazem ao Tribunal de Primeira Instância de não ter analisado o argumento segundo o qual de acordo com a expressão pouco habitual que a Comissão utilizou o acordo com o Ogefrem era sinalagmático, isto é, consensual. As afirmações essenciais da Comissão a este respeito constam dos pontos 70 a 72 da decisão, redigidos nos seguintes termos:

«70 O acordo entre o Ogefrem e a Cewal referido no ponto 24 da presente decisão não pode ser considerado como uma regulamentação nacional que obriga os membros da Cewal a agir do modo como o fizeram. Pelo contrário, o acordo, tal como a sua denominação e teor indicam, não constitui, enquanto tal, uma disposição estatal, pois trata-se de um acordo que impõe aos seus dois signatários obrigações relativas ao controlo do tráfego em causa, permitindo a sua denúncia mediante um pré-aviso. De qualquer forma, este foi aceite pela Cewal que insistiu com o Ogefrem para o respeitar, com vista a obter a eliminação do seu principal concorrente.

71 Por outro lado, deve assinalar-se que a regulamentação zairense em vigor também não impõe aos armadores membros das conferências a criação de sistemas cujo objectivo seria assegurar a canalização das cargas para os seus próprios navios, excluindo as companhias independentes.

72 Consequentemente, a conclusão do acordo e as pressões por parte da Cewal relativamente ao cumprimento desse acordo não resultam de obrigações impostas pelos poderes públicos.»

66. As recorrentes invocam, em especial, alguns princípios desenvolvidos pela jurisprudência *antitrust* dos Estados Unidos da América. Reconhecem que princípios deste tipo não foram formulados no direito comunitário. Em substância, esta parte da argumentação das recorrentes pressupõe que demonstrem que o acordo com o Ogefrem é fruto de um acto do Governo zairense no exercício de um poder soberano.

67. As recorrentes sustentaram no Tribunal de Primeira Instância que a simples incita-

ção à acção governamental não pode ser considerada como um abuso de posição dominante. Afigura-se que no quadro de uma doutrina do «acto de soberania», associada ao princípio da cortesia internacional, os órgãos jurisdicionais americanos consideraram que actos (ainda que ilícitos) que consistem em incitar uma autoridade soberana a agir ou em a persuadir a agir não caem no âmbito de aplicação das regras antitrust [57]. Dada a posição que adoptei quanto à natureza do acordo com o Ogefrem, é supérfluo continuar a analisar esta doutrina. É seguramente claro, que o simples facto de um Estado-Membro criar um monopólio legal conferindo direitos exclusivos não implica uma violação do artigo 86.° [58]. Daí resulta, evidentemente, que o facto de persuadir um Estado-Membro a criar um tal monopólio não cai no âmbito de aplicação do artigo 86.° Todavia, o Tribunal de Justiça também esclareceu que «essas empresas permaneciam sujeitas às regras de concorrência do Tratado e, nomeadamente, às estabelecidas no artigo 86.°» [59]. Pode pensar-se que, por extensão, estes princípios são igualmente válidos em relação à criação de monopólios legais por Governos estrangeiros. O artigo 9.° do regulamento de 1986 pode, assim, ser relevante para resolver qualquer conflito com as regras comunitárias de concorrência.

68. Contudo, o princípio do «acto de soberania» não se aplicará, se o acordo Ogefrem não for um acto unilateral de uma autoridade soberana, mas em substância e, na realidade, como afirma a Comissão, um acto consensual. A este respeito, parece-me indiferente que, como sublinharam as recorrentes com razão, o Ogefrem não seja uma empresa na acepção dos artigos 85.° e 86.° Em primeiro lugar, o alegado abuso tem em vista a insistência das recorrentes em reclamar o respeito da exclusividade concedida pelo acordo, e não, a celebração deste. Em segundo lugar, a aplicação do artigo 86.° a uma empresa que ocupa uma posição como a da Cewal não exige que o acordo Ogefrem seja um acordo na acepção do artigo 85.°

69. À luz destas considerações, resumirei a argumentação das recorrentes relativa à natureza de «acto de soberania» do acordo, tal como a desenvolveram nas volumosas observações escritas apresentadas ao Tribunal de Primeira Instância e ao Tribunal de Justiça.

70. Em primeiro lugar, as recorrentes atribuem uma grande importância ao código da Cnuced de 1974, que entrou em vigor em 1983, e ao qual fiz referência no n.° 5 *supra*. O Regulamento (CEE) n.° 954/79 [60] diz respeito à sua ratificação pelos Estados-Membros. O código prevê, no artigo 2.°, a repartição do tráfego assegurado por uma conferência entre os dois Estados por ela

57 — As recorrentes referiram, por exemplo, o processo American Bonana v United Fruit Co 213 US 347, 358 (1909) e uma decisão da Federal Court of Califórnia no processo Occidental Petroleum Corp. v Battes Gas & Oil Co 331 F Supp. 92, 109-13 (C.D. CAL. 1971) confirmado *per curiam*, 461 F.2d1261 (9th CIR) *certoriari* negado, 409 US 950 (1972).

58 — V., entre outros, os acórdãos de 3 de Outubro de 1985, CBEM/CLT e IPB (311/84, Recueil, p. 3261, n.° 17; a seguir «acórdão Télémarketing»), e de 18 de Junho de 1998, Corsica Ferries France e o. (C-266/96, Colect., p. I-3949, n.° 40).

59 — Acórdão Télémarketing (já referido na nota 58 *supra*, n.° 17).

60 — Regulamento (CEE) n.° 954/79 do Conselho, de 15 de Maio de 1979, respeitante à ratificação pelos Estados-Membros da Convenção das Nações Unidas relativa a um Código de Conduta das Conferências Marítimas ou à adesão destes Estados à Convenção (JO L 121, p. 1).

servidos, de acordo com uma regra designada «40:40:20». Este tráfego deve ser repartido de forma a que as companhias marítimas nacionais dos Estados situados de uma e de outra parte da ligação marítima em causa disponham cada uma de 40% das cargas transportadas, sendo os 20% restantes atribuídos às companhias de países terceiros membros da mesma conferência. É sabido que existem há muito tempo sérias divergências de pontos de vista quanto à interpretação correcta do código entre os Estados signatários membros da OCDE e um certo número de Estados africanos, entre os quais o Zaire. Os primeiros defenderam que, quer a formulação clara do código, quer o seu contexto, demonstravam que apenas se aplica ao tráfego assegurado pelas conferências. Os segundos pretendiam que ele se aplica a todo o tráfego regular.

71. As recorrentes descreveram detalhadamente as diligências efectuadas por um certo número de Estados africanos, em especial, o Zaire, para impor a sua interpretação, com o objectivo de proteger as suas companhias nacionais. Em 1980, o Zaire criou o Ogefrem («Office Zaïrois de gestion du fret marítime»), tornando-o um organismo público. Iniciou a sua actividade em 1983, em conformidade com o Decreto presidencial n.º 80-256. Entre as funções que lhe são atribuídas, constam o controlo das cargas, a negociação das tarifas de frete, a protecção da rentabilidade da companhia nacional, a saber, a Compagnie Maritime Zaïroise (a seguir «CMZ»), e a defesa dos interesses marítimos zairenses.

72. Um acto legislativo posterior, o Decreto regulamentar n.º 001-83, de 17 de Janeiro de 1983, aplicou a regra 40:40:20 da Cnuced à repartição de todas as cargas. A Cewal e outros representantes dos interesses marítimos europeus, os Estados-Membros e a Comissão desenvolveram esforços intensos mas infrutíferos, nomeadamente ao nível político, para obter que essa política fosse abandonada ou alterada.

73. A partir de 1984, o Ogefrem impôs à Cewal um certo número de encargos financeiros e administrativos suplementares consistindo, designadamente, na obrigação para qualquer companhia membro da Cewal de pagar ao Ogefrem uma caução de 10 000 USD e uma comissão correspondente a 3% da tarifa de frete, medidas pretensamente destinadas a garantir a participação da CMZ no tráfego, numa proporção de 40%.

74. Nestas circunstâncias, a Cewal afirma que o acordo com o Ogefrem lhe foi «imposto». Cita as suas disposições para demonstrar, em especial, que «isso resulta» nomeadamente «do decreto n.º 80-256» e, alega que não se pôde opor a que um Governo, cuja política era vital para as suas actividades, lhe impusesse esse acordo, ao executar essa política.

75. A Comissão, não contestando a maior parte dos factos descritos, sustenta que o acordo Ogefrem não é um «acto de sobe-

rania» imposto, mas constitui um acordo que prevê obrigações mútuas e vantagens recíprocas.

— Verdadeira natureza do acordo Ogefrem

76. Em primeiro lugar, declara que as recorrentes cometem um erro fundamental de lógica no que diz respeito ao código. Sublinha que a aplicação da regra 40:40:20 da Cnuced ao conjunto do tráfego e a percentagem do tráfego assegurado pelas conferências são questões completamente distintas, embora não haja ligação lógica entre a participação de companhias nacionais africanas no tráfego em relação à totalidade da parte de mercado que lhes é devolvida, e a exclusividade concedida às conferências. Em resumo, o facto de as companhias nacionais terem a garantia de assegurar o transporte de 40% do conjunto das cargas não significa que a totalidade dos 60% restantes devam ser atribuídas às companhias membros das conferências.

77. No que diz respeito às disposições do acordo, a Comissão faz referência à disposição que prevê a possibilidade de cada parte o denunciar unilateralmente mediante o pré-aviso de um ano, à que prevê o recurso à arbitragem em caso de litígio, e ao sucesso manifesto conseguido pela Cewal quando negociou a redução de 3% para 0,5% da percentagem da comissão. Além disso, a Comissão não aceita que o acordo seja descrito como uma concessão de direito público. Isso pressuporia uma legislação que previsse a concessão de um direito exclusivo, em resultado de um processo administrativo.

78. É necessário admitir que o Governo zairense, como os de vários outros Estados africanos, tinha como política aplicar por via legal, se necessário, a regra 40:40:20 da Cnuced ao conjunto das cargas, e não apenas ao tráfego assegurado pelas conferências. Para este fim, criou o Ogefrem, ao qual conferiu poderes alargados no que diz respeito à regulação e ao controlo do tráfego marítimo com destino e com partida do Zaire. Contudo, associo-me ao parecer da Comissão segundo o qual o modo como o Zaire concebe a regra 40:40.20 da Cnuced não justifica a tentativa feita pela Cewal para excluir do tráfego as companhias que não eram membros de uma conferência. Os argumentos desenvolvidos a este respeito pelas recorrentes são perfeitamente inconsistentes. Elas insistem no erro que o Governo zairense cometeu ao tentar aplicar a regra a todo o tráfego. Todavia, insistem igualmente na aplicação desta interpretação em seu próprio benefício. De facto, o seu comportamento implicou uma tentativa feita para excluir as companhias que não eram membros de uma conferência do mercado zairense.

79. Do mesmo modo, quando as recorrentes evocam as dificuldades que tiveram nas suas relações com o Ogefrem, mais não fizeram do que revelar a existência de uma certa desigualdade quanto aos respectivos poderes de negociação. Apesar dos inúmeros problemas descritos, a Cewal desejava continuar a explorar a linha sobre a qual,

como reconhecia, tinha um monopólio de facto. Ela já tinha aceite, mesmo contra vontade, conceder 40% do tráfego à CMZ, que se tinha tornado membro da conferência Cewal.

80. Em seguida, é conveniente analisar o texto do acordo Ogefrem redigido em francês. Não admito que a circunstância de o preâmbulo do acordo fazer referência a vários actos e instrumentos legislativos zairenses seja suficiente para lhe conferir a natureza de um acto soberano do Estado do Zaire. Por exemplo, ele faz referência a uma Resolução da Conferência Ministerial dos Países da África do Centro e do Oeste convidando os armadores dos Estados-Membros dessa conferência a empreender uma acção concertada com as conferências marítimas que ligam a África do Centro e do Oeste, tendo em vista estabilizar as tarifas de frete e adaptar o seu estatuto conforme ao Código de Conduta das Conferências Marítimas. A referência feita, no preâmbulo, aos objectivos principais do Ogefrem, não limita também a natureza do próprio acordo. O preâmbulo descreve o estatuto e os objectivos do Ogefrem. Não define o conteúdo do acordo de «cooperação» como o de um acto estatal de natureza legal que confere um direito de monopólio.

81. No seu dispositivo, o acordo Ogefrem é apenas um acordo. A cláusula de exclusividade contida no artigo 1.° é a disposição essencial. Ela não tem em vista o exercício de um qualquer poder legal ou administrativo. Considero, como a Comissão, que ela não oferece qualquer base legal para fundamentar uma concessão de direito público. De facto, é formulada em termos que apenas estabelecem uma obrigação conjunta ou mútua. O dispositivo restante do acordo impõe obrigações mútuas, de âmbito geral, respeitantes ao dever e ao intercâmbio de estatísticas (artigo 6.°), à dedução de um montante igual a uma percentagem acordada do frete que reverterá para o Ogefrem (artigo 7.°), à obrigação de ter contabilidade organizada (artigos 8.° e 9.°), e ao respeito das tabelas negociadas (artigo 10.°). Nos termos do artigo 11.°, o acordo é celebrado pelo período de um ano, sendo automaticamente prorrogado, excepto se uma das partes manifestar, mediante o pré-aviso de um ano, a vontade de lhe pôr termo. Finalmente, o artigo 12.° contém uma disposição que prevê que os diferendos sejam obrigatoriamente submetidos a um colégio de três árbitros, cada uma das partes designando um árbitro e sendo o terceiro designado pelas outras duas.

82. Em meu entender, nem o teor do acordo Ogefrem, nem o contexto legal descrito pelas recorrentes, nem as circunstâncias da sua celebração lhe conferem a natureza de um acto de uma autoridade soberana, revestindo uma qualquer forma de concessão de direito público, como pretendem as recorrentes. Assim, é supérfluo, para os fins do presente recurso, determinar o papel atribuído em direito comunitário à doutrina da acção estatal.

83. Em consequência, proponho que se afaste o segundo argumento desenvolvido no quadro de um fundamento respeitante ao acordo Ogefrem.

c) Alegada contradição no acórdão impugnado

84. Os terceiro e quarto argumentos das recorrentes não procedem, em virtude da posição que tomei quanto à natureza do acordo Ogefrem. As recorrentes acusam o Tribunal de Primeira Instância de ter introduzido uma contradição nos fundamentos do acórdão, na medida em que afirma, simultaneamente, por um lado, que a Cewal não é acusada de incitar um Governo a agir (n.° 110 do acórdão) e, por outro lado, que a Comissão «pôde legitimamente considerar que os membros da Cewal, ao participarem activamente na aplicação do acordo com o Ogefrem e ao solicitarem reiteradamente o estrito respeito desse mesmo acordo... infringiram o artigo 86.° do Tratado» (n.° 109 do acórdão). O acórdão não é contraditório. Neste último ponto, o Tribunal não apresenta o comportamento da Cewal destinado a excluir a concorrência, como tendo por objectivo «incitar um Governo a agir», no sentido que as recorrentes dão a esta expressão. Além disso, a análise que fiz da natureza do acordo Ogefrem demonstra, creio, que não tinha a natureza de um acto estatal, o que elimina qualquer risco de incoerência.

d) Legalidade do comportamento do Ogefrem face ao artigo 86.°

85. O mesmo destino deve ter o quarto argumento das recorrentes, segundo o qual o artigo 86.° não proíbe uma empresa, à qual foi concedido legalmente um direito exclusivo, de solicitar reiteradamente o respeito desse direito. As recorrentes invocam a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, segundo a qual «a existência de um monopólio a favor de uma empresa a que um Estado-Membro tenha concedido, nos termos do artigo 90.°, determinados direitos exclusivos não é, só por si incompatível com o artigo 86.° do Tratado» [61]. Uma vez que não se trata de monopólio, a questão simplesmente não se coloca. Além disso, é conveniente recordar aqui o entendimento do Tribunal (n.^{os} 104 e 108) segundo o qual o acordo previa um dispositivo de abertura à concorrência. As recorrentes optaram por insistir em não utilizar essa possibilidade.

86. Em consequência, proponho que se rejeite igualmente o quarto argumento e, assim, a totalidade dos fundamentos de recurso respeitantes ao abuso ligado ao acordo com o Ogefrem.

B — *Utilização dos «navios de combate»*

i) Introdução

87. Na medida em que é dirigido contra a conclusão da Comissão respeitante ao

61 — Acórdão Télémarketing (já referido na nota 58, n.° 17). As recorrentes citam igualmente o acórdão de 30 de Abril de 1974, Sacchi (155/73, Colect., p. 223).

abuso resultante da utilização dos «navios de combate», o recurso abrange dois aspectos, por um lado, o processual e, por outro lado, o substantivo.

88. Do ponto de vista processual, a acusação apresenta dois elementos. Em primeiro lugar, as recorrentes afirmam que o seu direito a um processo equitativo foi violado durante o processo administrativo porque, na sua decisão, a Comissão incluiu uma constatação respeitante ao método de fixação dos preços, designado como prática de «navios de combate», que se afastava da notificada na comunicação das acusações, e que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao não acolher esta acusação.

89. A Comissão responde que este argumento é inadmissível, porque não foi invocado na petição inicial apresentada ao Tribunal, mas apenas na réplica.

90. A esta objecção, as recorrentes respondem invocando a excepção prevista no artigo 48.°, n.° 2, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, que foi apenas a constestação apresentada pela Comissão ao Tribunal, que revelou claramente que *existia* uma diferença substancial entre a comunicação das acusações e a decisão. Trata-se, portanto, de um elemento que se revelou durante o processo.

91. Todavia, o Tribunal considerou (n.° 140) que a contestação não tinha introduzido qualquer elemento novo e estava em estrita conformidade com a decisão.

92. Em consequência, as recorrentes afirmam que o Tribunal violou o seu direito a um processo equitativo, porque ao considerar que não havia nenhuma diferença entre a decisão e a contestação da Comissão, introduziu um elemento novo que elas não tinham considerado incluído na comunicação das acusações. Assim, sustentaram que tinham fundamento ao formular esta crítica pela primeira vez na réplica.

ii) Fundamentos do recurso respeitantes ao processo

a) Contexto

93. No ponto 12 da comunicação das acusações, a Comissão descreveu a prática dos «navios de combate» atribuída à Cewal e que se considera ter sido adoptada a partir da Primavera de 1988, como visando eliminar a concorrência da empresa inde-

pendente (ou seja, G & C) das rotas em questão. As componentes essenciais do comportamento assim descrito eram as seguintes:

— o secretariado da Cewal informava os membros da conferência das datas das próximas partidas previstas pelo G & C;

— uma reunião do Special Fighting Committee era organizada cerca de dois em dois meses, tendo em vista designar os membros da conferência que partiriam na mesma data que a prevista para as partidas dos navios do G & C ou numa data aproximada e determinar os «preços de combate», propostos para essas partidas, derrogando a tabela da conferência, sendo esses preços fixados em função dos propostos pelo G & C;

— As perdas resultantes da aplicação desses preços eram partilhadas entre os membros da conferência.

No ponto 23 da comunicação das acusações, a Comissão fez referência ao método dos «navios de combate», que consistia em programar as partidas da Cewal em torno das datas de partida do G & C e em estabelecer um sistema de rotação para «assegurar uma partilha das perdas ligadas à operação» [62], afirmou que os «preços de combate» não eram fixados em função de critérios económicos (isto é, em função dos custos), mas unicamente de modo a serem *inferiores* aos preços anunciados pelo G & C, e descreveu que este comportamento consistia na «fixação de *preços predatórios* com vista a eliminar um concorrente do mercado» (sublinhado por mim) [63].

94. No ponto 73 da decisão, a Comissão indica que a Cewal recorreu ao método dos «navios de combate» para eliminar o seu principal concorrente no tráfego em causa. O método adoptado consistiu em:

«designar como 'navios de combate' ou 'fighting ships' os navios da Cewal cuja data de partida estava mais próxima da data de partida dos navios do G & C e em fixar 'preços de combate' especiais para os navios designados. Os preços de combate fixados em comum constituíam uma excepção à tabela normalmente praticada pela Cewal e eram determinados não em função de critérios económicos (isto é, em função dos custos), mas unicamente de modo a serem *iguais ou inferiores* aos preços anunciados pelo G & C, sendo as *perdas* resultantes deste sistema de fixação dos preços em relação à tabela da conferência supor-

62 — Na versão francesa original do texto, lê-se o seguinte: «un partage des pertes liées à l'opération».

63 — Na versão francesa original do texto lê-se o seguinte: 'fixation des prix prédatoires en vue d'eliminer un concurrent du marché.'

tados por todos os membros da Cewal. Foi claramente aceite pelos membros da Cewal que o sistema de navios de combate era, em princípio, susceptível de originar *perdas de receitas* que teriam de suportar» (sublinhado por mim).

No ponto 74 da decisão, a Comissão cita a definição usual da prática dos «navios de combate», tal como é descrita na literatura marítima: ela consiste, designadamente, em programar especificamente a partida dos «navios de combate» no mesmo dia da partida dos navios do concorrente indesejado. A Comissão indica, contudo, que, no caso em questão, devido à frequência das partidas dos navios pertencentes à Cewal, a conferência tinha a possibilidade de designar navios de combate sem alterar os horários previstos.

95. Assim, a Comissão não fala em «preços predatórios» [64] e distingue a prática em questão da fixação unilateral de «preços abusivamente baixos». É esta fórmula também que reflecte a conclusão formal constante do artigo 2.° da decisão, segundo a qual a Cewal «modificou as suas tarifas, derrogando as tarifas em vigor a fim de oferecer tarifas idênticas ou inferiores às do principal concorrente independente, para navios partindo na mesma data ou em datas próximas [prática dita dos 'fighting ships' (navios de combate)]...».

64 — A decisão cita o acórdão de 3 de Julho de 1991, AKZO/Comissão (C-62/86, Colect., p. I-3359; a seguir «acórdão AKZO»).

96. Na réplica que apresentaram ao Tribunal, as recorrentes declararam inicialmente que não havia diferença entre a comunicação das acusações e a decisão, mas sustentaram nas suas observações que a Comissão redefiniu o presumível comportamento abusivo, referindo *designação* em vez de *programação* dos «navios de combate» e «perdas de rendimentos» em vez de «perdas» e omitindo referir-se ao conceito consagrado de «preços predatórios». No que diz respeito a estas supostas diferenças, invocaram dois argumentos de direito. Em primeiro lugar, afirmaram que, se a decisão se baseou, como deveria ser, no que consideraram a «nova» definição dos «navios de combate», as partes relevantes daquela deviam ser anuladas por ter condenado a Cewal por uma prática de que não tinha sido acusada na comunicação das acusações. A título subsidiário, defenderam que se a decisão se baseou na realidade na «nova» definição, devia ainda assim ser anulada porque não satisfazia a exigência de fundamentação estabelecida pelo artigo 190.° do Tratado.

97. Na tréplica, a Comissão contestou, em primeiro lugar, a admissibilidade do argumento relativo às alegadas divergências entre a comunicação das acusações e a decisão, porque era invocado pela primeira vez na réplica (em violação do artigo 48.° do Regulamento de Processo do Tribunal). Por outro lado, a programação de partidas específicas, coincidindo com as do concorrente independente, a aplicação de tarifas inferiores ou o registo de perdas são componentes essenciais, tanto da prática dos «navios de combate», como de um comportamento que constitui um abuso

contrário ao artigo 86.° do Tratado. No que diz respeito à falta de correspondência entre a prática dos «navios de combate» e os métodos de fixação dos preços, condenados pelo acórdão AKZO, a Comissão remeteu para o ponto 80 da sua decisão, no qual faz uma distinção expressa entre o caso presente e o previsto por esse acórdão.

b) Acórdão impugnado

98. O Tribunal de Primeira Instância analisou os termos da decisão e da contestação da Comissão (n.^{os} 138 a 140 do acórdão) e considerou que a Comissão não tinha «introduzido uma nova definição da prática de navios de combate relativamente à decisão» e que os seus elementos estavam «em estrita conformidade com esta» (n.° 140). Concluiu que «sendo a premissa do raciocínio das recorrentes infundada, *ambos* os fundamentos invocados contra o conceito de navios de combate devem ser rejeitados» (n.° 140, sublinhado por mim).

c) Argumentos desenvolvidos no presente recurso

99. O primeiro fundamento de recurso, invocado no Tribunal de Justiça, diz respeito a uma alegada divergência entre a comunicação das acusações e a decisão. Por conseguinte, é necessário apreciar em primeiro lugar a admissibilidade deste fundamento.

100. Na sua resposta, a Comissão, apoiada pela parte interveniente, refere que o Tribunal de Primeira Instância rejeitou claramente o argumento explícito das recorrentes, segundo o qual a definição da prática controvertida empregue na contestação, apresentada pela Comissão, divergia da que consta da decisão. Assim, a Comissão contesta a admissibilidade perante o Tribunal de Primeira Instância e, em consequência, no presente recurso, de qualquer argumento relativo a uma divergência entre a decisão e a comunicação das acusações. Afirma que, nos termos do artigo 48.°, n.° 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, nada justifica que tal argumento seja invocado na réplica, porque é difícil defender que uma pretensa diferença entre a comunicação das acusações e a decisão apenas se revelou durante o processo no Tribunal de Primeira Instância. Por conseguinte, a Comissão afirma que, nos termos do artigo 113.°, n.° 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, que dispõe que «o recurso não pode modificar o objecto do litígio perante o Tribunal de Primeira Instância», deve igualmente considerar-se inadmissível no Tribunal de Justiça.

101. As recorrentes afirmam que *é apenas pela leitura da contestação apresentada pela a Comissão ao Tribunal de Primeira Instância, que verificaram claramente que a Comissão tinha modificado a sua afirmação inicial respeitante às tarifas inferiores aos custos, constante da comunicação das*

acusações. Ver-se-á por que é que sublinho este argumento. As recorrentes referem-se em primeiro lugar, à sua petição inicial, na qual, para demonstrar que não tinham sofrido perdas, afirmaram que a Comissão tinha abandonado na sua decisão a acusação feita no ponto 23 da comunicação das acusações, segundo a qual os membros da Cewal tinham sofrido perdas. Elas referem-se igualmente ao argumento subsidiário desenvolvido na réplica, segundo o qual se a decisão devia ser interpretada no sentido de se basear no que descrevem como uma «nova» definição, as partes relevantes deviam ser anuladas, porque as companhias membros da Cewal eram aí condenadas por uma prática de que não tinham sido acusadas na comunicação das acusações. Em consequência, defendem que uma vez que o seu fundamento subsidiário prende-se com a violação pela Comissão de uma forma substancial, o Tribunal de Primeira Instância devia tê-lo suscitado oficiosamente, dado tratar-se de um fundamento de ordem pública [65]. Afirmam que o Tribunal, apesar disso, não verificou a admissibilidade desse fundamento.

d) Análise

102. Parece-me que devo, em primeiro lugar, examinar a acusação respeitante à rejeição pelo Tribunal de Primeira Instância do principal argumento processual das recorrentes, relativo à suposta reinterpretação da decisão que pretendem que a Comissão terá efectuado na sua contestação. Em resumo, se a decisão se refere a «perdas de receitas» ao passo que a comunicação das acusações invoca «perdas», será esta divergência de natureza tal que ofende gravemente os interesses das recorrentes?

103. Em meu entender, foi com manifesta razão que, no n.º 141 do acórdão impugnado o Tribunal interpretou a decisão no sentido de ser baseada nas perdas de rendimentos, em vez de nas perdas brutas. Isso ressalta do ponto 73 da decisão, em que a Comissão se refere a «diminuição das receitas» e indica que os membros da Cewal aceitavam a possibilidade de «perdas de receitas», e do ponto 74, que evoca as «financial losses of the 'fighting vessel'» [«perdas financeiras do 'navio de combate'»]. A Comissão tinha fundamento ao negar na contestação apresentada ao Tribunal, que a decisão pressupunha que os «preços de combate» em questão geravam verdadeiras perdas.

104. Todavia, as recorrentes queixam-se agora de uma pretensa diferença significativa entre a comunicação das acusações e a contestação, diferença na qual se fundava o argumento que desenvolveram a título subsidiário perante o Tribunal, ao passo que inicialmente consideraram que não existia diferença. Estou de acordo com a tese que a Comissão desenvolveu na tréplica, e que reiterou na sua resposta ao Tribunal de Justiça, segundo a qual na medida em que as recorrentes defenderam na réplica que uma suposta diferença entre a comunicação das acusações e a contesta-

65 — As recorrentes citam, nomeadamente, o acórdão de 20 de Fevereiro de 1997, Comissão/Daffix (C-166/95, Colect., p. I-983).

ção tinha prejudicado o seu direito a um processo equitativo, esse fundamento constituía um «fundamento novo», cuja apresentação, no decurso da instância é proibida, nos termos do artigo 48.°, n.° 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, a menos que «se baseie em elementos de direito e de facto que se tenham revelado durante o processo». Por conseguinte, estou de acordo com a posição da Comissão, segundo a qual este fundamento é igualmente inadmissível nos termos do artigo 113.°, n.° 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça. Todavia, visto que apesar do artigo 48.°, n.° 2, terceiro parágrafo, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, que prevê que «a apreciação da admissibilidade do fundamento é reservada para o acórdão que põe termo à instância», o Tribunal não verificou a admissibilidade deste fundamento, cabe, em meu entender, ao Tribunal de Justiça, explicar as razões que justificam a sua inadmissibilidade.

105. Penso também, como a Comissão, que as recorrentes não podem sustentar que a suposta diferença entre a comunicação das acusações e a decisão só lhes foi revelada pela leitura da contestação apresentada pela Comissão ao Tribunal.

106. Contudo, incumbe ao Tribunal de Justiça apreciar se «elementos de direito e de facto... se revelaram durante o processo», elementos que possam justificar que as recorrentes apenas tenham invocado a diferença em questão na réplica apresentada ao Tribunal. Considero que tal não é o caso. Resulta muito claramente do ponto 80 da decisão que a Comissão aplicou ao comportamento das recorrentes uma qualificação jurídica distinta daquela que corresponde à situação examinada pelo Tribunal de Justiça no acórdão AKZO. As recorrentes tinham perfeitamente o direito de na petição inicial apresentada ao Tribunal, contestar esta decisão, como de queixar-se à Comissão da violação do seu direito a um processo equitativo no processo administrativo.

107. Em meu entender, os argumentos das recorrentes não são convincentes e são defeituosos no plano lógico. Os argumentos respeitantes à violação dos direitos da defesa surgem pela primeira vez na réplica e são, portanto, em princípio, inadmissíveis. A este respeito, elas respondem que só tomaram consciência da natureza do abuso de que eram acusadas ao lerem a contestação da Comissão, devido às diferenças existentes entre essa contestação e a decisão. O Tribunal de Primeira Instância declarou que essas diferenças eram inexistentes e estou de acordo com essa posição. Assim, as recorrentes não podem continuar a invocar esta alegada diferença para justificar o carácter tardio do fundamento, suscitado pela primeira vez na réplica, segundo o qual existiriam diferenças não entre a decisão e a contestação, como tinham defendido, mas entre a comunica-

ção das acusações e a decisão. Este fundamento é manifestamente improcedente.

108. Em resposta à afirmação da Comissão, segundo a qual o fundamento respeitante à eventual divergência entre a comunicação das acusações e a decisão é inadmissível, as recorrentes invocam na réplica o fundamento relativo à violação do seu direito a um processo equitativo resultante, segundo elas, da insuficiência de fundamentação, fundamento «de ordem pública que pode, e deve mesmo, ser suscitado oficiosamente pelo juiz comunitário» [66]. O Tribunal de Justiça prosseguiu indicando que, «podendo, portanto, o exame de tais fundamentos ocorrer em qualquer fase do processo, o requerente não podia ser impedido de os invocar pelo simples facto de não os ter invocado na reclamação» [67].

109. Por outro lado, no caso em apreço, o prejuízo que as recorrentes pretendem ter sofrido durante o processo administrativo resultaria do facto de a decisão não ter sido baseada no que consideram ser a única interpretação jurídica correcta do conceito de «preços predatórios» expressão utilizada na comunicação das acusações. Quando muito, o prejuízo poderia decorrer do facto das recorrentes terem considerado que a expressão «preços predatórios», constante da comunicação das acusações, se referia exclusivamente à aplicação de preços inferiores aos custos e, quando prepararam a sua resposta a essa comunicação limitaram-se a desenvolver argumentos jurídicos alegando que as suas «tarifas de combate» não eram inferiores aos custos. Não sustentam, contudo, que a Comissão tenha introduzido qualquer elemento novo que lhes seja prejudicial e ao qual não puderam replicar. Ao contrário, todas as alegadas diferenças (designação, em vez de programação dos navios de combate; preços iguais ou inferiores, e não apenas inferiores; perdas de receitas e não perdas; omissão do termo «predatórios») implicam uma gravidade menor do comportamento abusivo imputado às recorrentes. Foi nesta base, que as recorrentes afirmaram no processo administrativo que não podiam ser declaradas culpadas de abuso. O facto de a Comissão as ter, apesar disso, declarado culpadas não implica uma violação dos direitos da defesa. Na realidade, quando as recorrentes desenvolveram de forma muito detalhada, perante o Tribunal de Primeira Instância e perante o Tribunal de Justiça, a sua argumentação jurídica essencial, segundo a qual o seu comportamento não deveria ter sido qualificado de abusivo porque não tinham aplicado tarifas inferiores aos custos, não demonstraram que tinham sofrido um prejuízo.

110. Nestas condições, nada justificaria que o Tribunal de Justiça suscitasse oficiosamente o fundamento relativo ao alegado prejuízo que a utilização da expressão «preços predatórios» poderia ter causado às recorrentes quando preparavam a sua resposta inicial à comunicação das acusações da Comissão.

66 — Acórdão Comissão/Daffix (já referido na nota 65 *supra*, n.º 24).

67 — Ibidem, n.º 25.

iii) *Carácter abusivo do comportamento controvertido*

a) Problemas suscitados

111. Segundo o acórdão impugnado (n.° 139), «a Comissão registou três elementos constitutivos da prática dos navios de combate, aplicada pelos membros da Cewal para afastar o concorrente G & C, ou seja: a designação como navios de combate dos navios dos membros da conferência cuja data de partida estava mais próxima da data de partida dos navios do G & C, sem alteração dos horários previstos; a fixação em comum de preços de combate que constituíam uma excepção à tabela normalmente praticada pelos membros da Cewal, de modo a serem iguais ou inferiores aos preços anunciados por G & C; a diminuição dos rendimentos daí resultante, suportada pelos membros da Cewal».

112. Pode defender-se que a questão que, no âmbito do presente recurso, reveste de um modo geral a maior importância, diz respeito à rectidão da tese da Comissão — que o Tribunal de Primeira Instância retomou —, segundo a qual, apesar de não implicar perdas líquidas, a prática dos navios de combate adoptada pelos membros da Cewal constitui um abuso contrário ao artigo 86.° do Tratado e não, como sustentam as recorrentes, a reacção razoável de uma empresa em posição dominante à entrada no seu mercado de um novo concorrente. A Comissão baseou a sua decisão (v. pontos 72 e 73) não sobre as perdas mas sobre as diminuições de rendimentos resultantes para os membros da Cewal do comportamento controvertido. Assim, posso abordar o elemento central do presente recurso, partindo do princípio que, contrariamente ao caso de venda a preços inferiores aos custos, examinado pelo Tribunal de Justiça no acórdão AKZO, as tarifas de combate aplicadas pela Cewal eram superiores aos custos, mas implicavam uma «diminuição de rendimentos» dos membros da conferência [68].

113. Os pontos relevantes do acórdão impugnado são os seguintes:

> «146 Como já foi lembrado acima, segundo jurisprudência constante, se a existência de uma posição dominante não priva uma empresa colocada nessa posição do direito de salvaguardar os seus próprios interesses comerciais, quando estes estiverem ameaçados, e se essa empresa tem a faculdade, dentro dos limites do razoável, de praticar os actos que considerar apropriados para proteger os seus interesses, não podem, no entanto, admitir-se tais comportamentos quando tenham por objectivo reforçar essa posição dominante e abusar dela (v., nomeadamente, o acórdão BPB Industries e British Gypsum/ Comissão, já referido, n.° 69) [69].

68 — N.° 139 do acórdão impugnado.

69 — O Tribunal de Primeira Instância remete para o acórdão British Gypsum (já referido na nota 47 *supra*).

147 O Tribunal considera a este respeito, tendo em consideração nomeadamente, as actas do Special Fighting Commitee citadas na nota da página 2, respeitante ao ponto 32 da decisão, e especialmente a acta de 18 de Maio de 1989, em que se fala em 'se desembaraçar' do armador independente, que a Comissão fez prova legal bastante de que esta prática tinha sido levada a cabo com o objectivo de afastar o único concorrente da Cewal no mercado em questão. Por outro lado, o Tribunal considera que, embora a denominação da prática utilizada pelos membros da Cewal não baste, por si só, para qualificar uma infracção ao artigo 86.°, a Comissão teve, no entanto, razão ao considerar que a utilização, por profissionais do transporte marítimo internacional, de uma denominação bem conhecida neste sector de actividade e a criação, no seio da conferência, de um Special Fighting Committee são reveladoras da intenção de utilização de uma prática destinada a alterar o jogo da concorrência.

148 Tendo a prática como objectivo afastar o único concorrente, o Tribunal considera que as recorrentes não podem pretender que se limitaram a reagir a uma violação por G & C do monopólio concedido à Cewal, a compensar uma discriminação de que teriam sido objecto por parte da Ogefrem, a seguir a guerra de preços empreendida pelo concorrente ou ainda a responder a uma expectativa da sua clientela. Estas circunstâncias, admitindo que estariam provadas, não poderiam efectivamente tornar razoável e proporcionada a resposta dada pelos membros da Cewal.»

114. As recorrentes alegam essencialmente que o Tribunal cometeu um erro de direito, ao recusar reconhecer que uma empresa dominante pode, em reacção à concorrência sobre os preços exercida por uma nova empresa que entra no seu mercado, conceber um plano destinado a eliminar essa empresa praticando reduções de preço selectivas, desde que os preços que oferece não sejam abusivos no sentido definido pelo Tribunal de Justiça no acórdão AKZO. Segundo elas, o Tribunal confirmou indevidamente a decisão, baseando-se exclusivamente em documentos comprometedores, descobertos pela Comissão, e que provam que os membros da Cewal desejavam eliminar o seu concorrente, comportamento que não é, por si só, anticoncorrencial.

115. A Comissão considera que a prática dos navios de combate utilizada pelas recorrentes, como ela constatou, difere da prática «clássica» dos preços predatórios, termo, de facto, não utilizado pelo Tribunal de Justiça, que a Comissão considera que implicam que a empresa em causa sofreu perdas, como no processo AKZO. De facto, a Comissão afirma que uma empresa dominante, que se afasta da tabela que publicou, consentindo reduções de preços selectivas no quadro de uma estratégia destinada a eliminar um concorrente do mercado, não exerce uma concorrência normal. O facto de os preços de combate propostos pela Cewal terem constituído uma simples reacção à concorrência sobre os preços exercida por um novo concorrente não os justifica, em especial; quando uma empresa dominante como a Cewal goza virtualmente de um monopólio no mercado. Segundo a Comissão, uma concorrência normal sobre os preços teria consistido, para os membros da Cewal, em reduzir sistematicamente as tabelas da conferência publicadas.

b) Análise

— Carácter multilateral do abuso

116. No ponto 80 da decisão, a Comissão declara que «o carácter multilateral e intencional demonstra a natureza abusiva de um comportamento que consiste em estabelecer um preço excepcional concertado com o objectivo de eliminar um concorrente». Todavia, no caso em apreço, a relevância do comportamento concertado limita-se ao seu papel no estabelecimento da posição dominante colectiva, permitindo à Cewal actuar unilateralmente. O carácter «multilateral» do método de fixação dos preços em causa não tem incidência no abuso. Daí decorre, em meu entender, que o Tribunal ignorou, com razão, a referência feita pela Comissão ao ponto 80 da decisão.

117. O presente recurso contém algumas características originais do ponto de vista das regras da concorrência. É a primeira vez que o Tribunal de Justiça é chamado a analisar a prática dos navios de combate, mas também, especialmente, as circunstâncias em que um método de fixação dos preços, que se verificou não conduzir à aplicação de preços inferiores aos custos, pode, no entanto, ser considerada que constitui um abuso de posição dominante. Este último problema deve, naturalmente, ser abordado com prudência. A concorrência sobre os preços é uma componente essencial da concorrência livre e aberta, que a política comunitária tem em vista instaurar no mercado interno. Ela favorece as empresas mais eficazes e é benéfica para os consumidores, tanto a curto como a longo prazo. As empresas dominantes não apenas podem, mas devem ser encorajadas para a concorrência sobre os preços. Habitualmente, o seu poder no mercado tende a permitir que mantenham preços superiores aos praticados num regime de concorrência. Assim, em primeiro lugar, é conveniente examinar os factos que levaram a Comissão a concluir por um abuso e, em segundo lugar, a forma como os princípios jurídicos relevantes foram aplicados.

118. Há que examinar cuidadosamente a estrutura e as características jurídicas e económicas do mercado específico em causa, estando atento ao facto de que naturalmente, a conclusão respeitante à posição dominante não está, em si própria, em causa. Tal como o agente da Comissão declarou na audiência, trata-se, no caso em apreço, de uma conferência marítima, e as práticas de fixação dos preços acordados neste âmbito entre as diversas companhias beneficiam, muito excepcionalmente, de uma isenção de grupo (prevista por um regulamento do Conselho), que derroga a proibição enunciada no artigo 85.°, n.° 1. Por definição, as conferências marítimas pressupõem um certo grau de concertação entre um determinado número de companhias marítimas. Assim, a Comissão pode fazer referência às reuniões de comités criados pela conferência, para demonstrar o objectivo de um tipo especial de comportamento, ou a um acordo que prevê a constituição em comum de receitas, de forma a provar que o custo dos navios de combate era subsidiado com os preços normais. Por outro lado, as recorrentes invocam o efeito estabilizador, geralmente admitido, pelos carregadores, da presença das conferências marítimas no mercado do

transporte marítimo internacional e a necessidade de ter em conta os inconvenientes que sofrem quando concorrem com companhias marítimas que não fazem parte de uma conferência, como a obrigação de oferecer serviços regulares. Abordarei agora as componentes da prática dos navios de combate, tal como foi observada pela Comissão e descrita brevemente pelo Tribunal de Primeira Instância. Os factos não são contestados — apenas a conclusão jurídica o é.

— Intenção de excluir a concorrência

119. O comportamento abusivo dos membros da Cewal, tal como foi constatado pela Comissão, consiste essencialmente numa estratégia que comporta a aplicação selectiva e armada de tarifas reduzidas, em resposta à nova ameaça que representava a concorrência de G & C, *tendo esta estratégia por objectivo declarado eliminar esse concorrente*. Embora as recorrentes acusem ao mesmo tempo a decisão e o acórdão impugnado, de fundamentarem a conclusão respeitante à intenção de excluir a concorrência, quanto às descrições feitas pelos membros da Cewal do seu comportamento em diversas reuniões do Special Fighting Committee, encarregado de fiscalizar a aplicação do método dos navios de combate pela Cewal, não tentaram contestar a intenção de excluir a concorrência que lhes era atribuída. Com efeito, uma tal atitude seria ilógica, visto que reinvindicam o direito de se basearem no acordo com o Ogefrem para atingir esse objectivo, que consiste em excluir a concorrência. Em vez disso, sustentam que, pelo facto de não terem aplicado preços predatórios, tal como definidos no acórdão AKZO, essa intenção não pode ser considerada suficiente para constituir um abuso de posição dominante, mas deve ser reconhecida como uma reacção concorrencial normal à guerra dos preços iniciada por um novo concorrente.

120. As recorrentes contestam que, no n.º 147 do acórdão impugnado, se conclua que as actas da reunião do Special Fighting Committee, de 18 de Maio de 1989, às quais a decisão se refere, e em que se fala em «se desembaraçar» de G & C, conjugadas com a simples utilização da expressão «navios de combate», termo usual no sector do transporte marítimo internacional, bastem para justificar a conclusão da Comissão, segundo a qual os membros da Cewal tinham a intenção de eliminar G & C. Só se pode concluir pela existência de um abuso se os factos forem devidamente provados [70]. Contudo, nem o acórdão impugnado nem a decisão que está na origem do processo se baseavam exclusivamente na designação do comportamento em causa. Tal como o Tribunal indica, as recorrentes não contestaram os três critérios aplicados pela Comissão na decisão, que provam a adopção da prática dos navios de combate — ou seja, a designação de navios de combate, a fixação de preços de combate inferiores aos preços normais da Cewal e a partilha da diminuição dos rendimentos resultante dessa prática. Por conseguinte, a objecção apresentada pelas recorrentes contra a constatação constante

70 — As recorrentes fazem referência aos acórdãos de 5 de Dezembro de 1963, Usines Émile Henricot e o./Alta Autoridade da CECA (23/63, 24/63 e 52/63, Recueil, p. 439, Colect. 1962-1964, p. 337) e Suicker Unie (já referido na nota 28 *supra*, n.os 203, 482 e 541).

do n.º 147 do acórdão impugnado, respeitante à sua «intenção de utilização de uma prática destinada a alterar o jogo da concorrência», é desprovida de fundamento.

— Aplicação de preços que se afastam da tabela da conferência

121. O carácter selectivo das reduções de preços é um elemento importante do abuso constatado. Conjugado com a vontade de exclusão da Cewal, consistia na aplicação de reduções *exclusivamente* em relação às partidas que deviam concorrer com as do G & C. No ponto 81 da decisão, ao referir-se ao carácter abusivo do «recurso», por parte das empresas dominantes, «a comportamentos que impliquem meios que não sejam os que regem uma concorrência normal baseada no mérito», a Comissão indicou, é certo, que «é este o caso dos navios de combate, tanto mais que, sendo a Cewal uma conferência marítima, os seus membros devem respeitar a tabela comum». Não obstante a obrigação que lhe incumbe nos termos do artigo 5.º, n.º 4, do regulamento de 1986, a Cewal não pôs a sua tabela à disposição do público. Contudo, a Comissão, ao chamar a atenção para esta circunstância, não fazia mais do que reafirmar um elemento central da prática considerada como abusiva, ou seja, o carácter selectivo, e não geral, das reduções de preços. Se tivesse sido adoptada uma política de redução geral dos preços — e não selectiva —, seria bastante mais difícil concluir pela existência de um abuso, desde que as tarifas reduzidas não fossem inferiores aos custos. O plano ou a intenção da empresa dominante teriam sido associados a preços reduzidos, mas não inferiores aos custos, e não teria havido a necessidade de um sistema especial de partilha das perdas de rendimentos. Na ausência de qualquer elemento adicional, tal como a existência de barreiras à entrada no mercado, não seria evidente que uma tal reacção à entrada de um novo concorrente não devesse ser tratada de outra forma senão como uma concorrência baseada no mérito.

— Partilha das perdas de rendimentos

122. A constatação da Comissão, segundo a qual «a diminuição dos rendimentos resultante» da aplicação dos «preços de combate» era «suportada por todos os membros da Cewal» (ponto 73 da decisão), nunca foi contestada pelas recorrentes, que se limitaram a afirmar que essa repartição dos riscos estava abrangida pela isenção. Naturalmente, nenhuma isenção pode abranger a partilha de custos resultante de um comportamento abusivo. Segundo a Comissão, o carácter abusivo do comportamento dos membros da Cewal decorria não apenas da sua intenção de eliminar a ameaça concorrencial criada por G & C mas também, em especial, do facto de os membros da Cewal poderem «subsidiar o custo dos preços de combate com os preços normais da conferência obtidos nas outras viagens» e de essa conduta anticoncorrencial poder ter por efeito, ainda que o G & C fosse tão eficaz como a Cewal, afastar «do mercado uma empresa que é provavelmente tão eficaz como a conferên-

cia dominante, mas que, devido à sua menor capacidade financeira, é incapaz de resistir à concorrência que lhe é feita de um modo concertado e abusivo por parte de um grupo poderoso de armadores reunidos numa conferência marítima» [71].

— Jurisprudência relativa aos «preços predatórios»

123. Embora a Comissão tenha tentado fazer uma distinção clara entre o caso presente e os casos clássicos de fixação de preços «predatórios» inferiores aos custos, como no processo AKZO, é necessário verificar se foi com razão que o Tribunal confirmou a conclusão da Comissão, segundo a qual a prática dos navios de combate era abusiva ainda que não houvesse venda a preços inferiores aos custos. A expressão usual «preços predatórios» não tem, evidentemente, um alcance jurídico preciso. O único critério justificado pelo artigo 86.° consiste em verificar se existe um abuso.

124. Em matéria de abuso de posição dominante, é necessário partir do acórdão Hoffmann-La Roche [72], no qual o Tribunal de Justiça se exprimiu da seguinte forma:

«... a noção de exploração abusiva é uma noção objectiva que tem em vista os comportamentos de uma empresa em posição dominante que... tenham por efeito impedir... a manutenção do grau de concorrência existente ainda no mercado ou o desenvolvimento dessa concorrência».

125. No processo AKZO [73], a Comissão afirmou que o artigo 86.° «não faz da questão dos custos o critério decisivo para determinar o carácter abusivo das reduções de preços efectuadas por uma empresa dominante», porque é também necessário ter em conta «a necessidade de impedir atentados a uma estrutura efectiva da concorrência no mercado comum» [74]. Uma redução de preços poderia ser anticoncorrencial, «independentemente da questão de saber se o transgressor fixa os seus preços acima ou abaixo dos seus custos, qualquer que seja a forma que estes sejam entendidos» [75]. Segundo a Comissão, «a análise detalhada dos custos da empresa dominante» pode simplesmente desempenhar um «papel considerável» se não for evidente que a prática adoptada em matéria de fixação dos preços tem em vista a eliminação de um concorrente [76].

126. Como sublinham as concorrentes, é significativo que no acórdão AKZO, o Tribunal de Justiça não tenha feito sua a concepção da Comissão. Contudo, é necessário dizer que também não a rejeitou.

71 — V. ponto 82 da decisão.

72 — Acórdão já referido na nota 17 *supra*, n.° 91.

73 — Decisão 85/609/CEE da Comissão, de 14 de Dezembro de 1985, relativa a um processo de aplicação do artigo 86.° do Tratado CEE (IV/30.698-ECS/AKZO Chemie) (JO L 374, p. 1).

74 — V. ponto 77 da Decisão 85/609 e n.° 64 do acórdão AKZO.

75 — V. ponto 79 da Decisão 85/609 e n.° 64 do acórdão AKZO.

76 — V. ponto 80 da Decisão 85/609 e n.° 65 do acórdão AKZO.

Referindo-se ao acórdão Hoffmann-La Roche, o Tribunal de Justiça considerou que o artigo 86.° proíbe que uma empresa em posição dominante elimine um concorrente e reforce desse modo a sua posição, recorrendo a outros meios que não os que resultam de uma concorrência de méritos e, por conseguinte, «nem toda a concorrência a nível dos preços pode, portanto, ser considerada lícita» [77]. Nos dois pontos seguintes (n.os 71 e 72), o Tribunal de Justiça enunciou os seguintes princípios quanto à aplicação de preços inferiores aos custos por uma empresa dominante:

«71 Preços inferiores à média dos custos variáveis (quer dizer, dos custos que variam em função das quantidades produzidas) de que uma empresa dominante se serve para tentar eliminar um concorrente devem ser considerados abusivos. Uma empresa dominante não tem, efectivamente, nenhum outro interesse em praticar tais preços, que não seja o de eliminar os seus concorrentes para poder, a seguir, aumentar os preços utilizando a situação de monopólio, uma vez que cada venda implica para ela uma perda, ou seja, a totalidade dos custos fixos (quer dizer, dos que permanecem constantes, qualquer que seja a quantidade produzida), e uma parte, pelo menos, dos custos variáveis atribuíveis à unidade produzida.

72 Por outro lado, preços inferiores à média dos custos totais, incluindo os custos fixos e os variáveis, mas superiores à média dos custos variáveis, devem considerar-se abusivos, quando são fixados no quadro de um plano que tem como finalidade eliminar um concorrente. Esses preços podem, de facto, afastar empresas do mercado que podem ser tão eficazes como a empresa dominante mas que, pela sua menor capacidade financeira, são incapazes de resistir à concorrência que lhes é movida.»

127. Assim, preços inferiores à média dos custos varáveis (ou dos custos marginais a curto prazo) presumem-se efectivamente abusivos. Embora seja habitualmente razoável vender a preços superiores aos custos variáveis, porque isso garante uma certa rentabilidade do capital, quando o mercado não permite um preço mais elevado, não é habitualmente razoável vender a preços inferiores à média dos custos variáveis. Não é necessário suportar os custos marginais, e um operador económico não tem interesse em suportar esses custos de modo a sofrer perdas. Uma empresa dominante terá, contudo, a faculdade de ilidir essa presunção, demonstrando que este método de fixação dos preços não fazia parte de um plano destinado a eliminar um concorrente.

128. Por outro lado, mesmo preços superiores à média dos custos variáveis (mas ainda inferiores à média dos custos totais ou dos custos marginais a longo prazo; v. acórdão AKZO, n.° 17), embora não se presumam «predatórios», «devem ser» considerados abusivos se se verificar que fazem parte de um plano destinado a eliminar um concorrente. À luz dos factos, o Tribunal de Justiça no seguimento do seu

77 — V. n.° 70 do acórdão AKZO.

acórdão, teve em conta a circunstância dos preços terem sido reduzidos mais do que era necessário para obter encomendas e essas reduções terem sido aplicadas de forma selectiva aos únicos clientes do concorrente, o que permitia compensar as vendas com perda com vendas rentáveis, para estabelecer a existência da intenção requerida [78]. Embora uma empresa dominante possa reagir à concorrência, «procedendo a alinhamentos defensivos, mesmo em relação aos preços do seu concorrente, para conservar os clientes que eram seus desde o princípio» [79], não pode tentar conservar, propondo de forma selectiva reduções de preços, a clientela que retirou aos seus concorrentes, aplicando preços inferiores aos custos, «sem alargar o benefício [desses alinhamentos] à sua clientela» [80].

129. No acórdão Tetra Pak II, o Tribunal de Justiça confirmou o acórdão do Tribunal de Primeira Instância, no qual este tinha aplicado a concepção desenvolvida no acórdão AKZO em circunstâncias em que os abusos constatados tinham ocorrido não no mercado em que Tetra Pak era dominante, mas num mercado em que ela ocupava uma posição proeminente [81]. Nesse processo, a recorrente tinha contestado — referindo-se amplamente à jurisprudência do Supremo Tribunal dos Estados Unidos [82] — a recusa do Tribunal de Primeira Instância em pedir à Comissão «que demonstrasse que a Tetra Pak podia razoavelmente esperar recuperar as perdas assim aceites» [83]. O Tribunal de Justiça confirmou a conclusão segundo a qual a recorrente tinha aplicado preços predatórios inferiores aos custos, mas declarou que «nas circunstâncias do presente caso, não seria oportuno exigir também, a título de prova adicional, que se demonstrasse que a Tetra Pak tinha uma possibilidade real de recuperar as suas perdas» [84]. Voltarei (v., ponto 136, *infra*) ao significado desta fórmula no contexto do presente recurso.

130. As categorias de práticas abusivas de fixação dos preços destinadas a eliminar a concorrência não foram definidas de forma exaustiva no acórdão AKZO. Nesse acórdão, o Tribunal de Justiça não excluiu de forma clara a aplicação do artigo 86.° aos casos em que uma empresa dominante consente de forma selectiva reduções de preços, mantendo os seus preços a um nível superior aos seus custos totais. Associo-me à opinião expressa pelo advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer nas conclusões sob o acórdão Tetra Pak II, segundo o qual, no acórdão AKZO, o Tribunal de Justiça considera que «a concorrência baseada nos preços nem sempre é legítima, e identifica em seguida *duas situações* de preços eliminatórios, contrários ao artigo 86.°». [85] Com efeito, antes do acórdão AKZO, o Tribunal de Justiça tinha declarado, por exemplo, no acórdão Ahmed

78 — Acórdão AKZO, n.os 102 e 115.

79 — Acórdão AKZO, n.° 156.

80 — Acórdão AKZO, n.° 155.

81 — Acórdão já referido na nota 56, *supra*.

82 — Brooke Group v Brown & Williamson Tobacco 509 US 209 (1993).

83 — Acórdão Tetra Pak II (já referido na nota 56, n.° 39).

84 — Acórdão Tetra Pak II (já referido na nota 56 *supra*, n.° 44; sublinhado por mim). O Tribunal de Justiça parece não ter ido tão longe quanto o advogado-geral D. Ruiz-Jarabo Colomer, que tinha recomendado (n.° 78 das suas conclusões) ao Tribunal que não estabelecesse «a expectativa de recuperação dos prejuízos como um novo requisito para a determinação da existência dos preços eliminatórios, incompatíveis com o artigo 86.°», nomeadamente porque, segundo ele, «a recuperação dos prejuízos é o resultado procurado pela empresa dominante, mas os preços predatórios constituem em si uma prática anticoncorrencial, independentemente de alcançarem ou não o seu objectivo».

85 — N.° 73 das conclusões (sublinhado por mim).

Saeed, que o facto de um transportador aéreo, que detém uma posição dominante, numa determinada rota, impor a outros transportadores aéreos que exploram essa rota tarifas correspondentes tanto a «uma taxa excessivamente elevada, como a uma taxa *excessivamente reduzida* que tenha por objectivo eliminar do mercado empresas concorrentes fora do âmbito do acordo [de fixação dos preços»] constitui um abuso de posição dominante [86]. Entre os critérios que permitem apreciar se a taxa utilizada é excessiva, o Tribunal de Justiça refere que as tarifas devem apresentar «uma relação razoável com o conjunto dos encargos globais a longo prazo da transportadora, atendendo no entanto, ao mesmo tempo, às necessidades dos consumidores, à necessidade de uma remuneração satisfatória do capital, à situação concorrencial do mercado, incluindo as tarifas das outras transportadoras que explorem a mesma rota, bem como à necessidade de impedir preços de *dumping*» [87]. A Comissão afirmou expressamente no caso em apreço (v. em especial, o ponto 73 da decisão) que os preços de combate da Cewal não, eram fixadas por referência aos seus custos, mas, na realidade, unicamente por referência aos preços anunciados pelo G & C. É necessário portanto verificar se as circunstâncias do presente processo, em que não foi constatada nenhuma venda a preços inferiores aos custos, e em que, além disso, os preços reduzidos de forma selectiva eram fixados (excepto num caso) de modo a serem idênticos, mas não inferiores, aos do concorrente, permitem concluir por um abuso.

86 — Acórdão já referido na nota 20 *supra*, n.° 43 (sublinhado por mim).

87 — *Ibidem*, n.° 43. No acórdão Ahmed Saeed, o Tribunal de Justiça não podia, a este respeito, apoiar-se na Directiva 87/601/CEE do Conselho, de 14 de Dezembro de 1987, relativa às tarifas dos serviços aéreos regulares entre os Estados-Membros (JO L 374, p. 12). Não existe legislação comparável respeitante às tarifas das conferências aplicadas no sector do transporte marítimo internacional.

— Carácter abusivo da prática dos navios de combate

131. É evidente que o abuso de que as recorrentes foram declaradas culpadas não consta da lista não exaustiva contida no artigo 86.°, alíneas a) a d) [88]. No acórdão Continental Can, o Tribunal de Justiça confirmou (no contexto da aquisição de uma empresa concorrente) que as práticas proibidas pelo artigo 86.° são não apenas as que são «susceptíveis de causar um prejuízo imediato aos consumidores... enfranquecendo uma estrutura de concorrência efectiva», mas também aquelas que têm como consequência o reforço da posição dominante da empresa em causa, «ao ponto de o grau de domínio assim atingido impedir substancialmente a concorrência, isto é, deixar apenas subsistir empresas dependentes, no seu comportamento, da empresa dominante» [89]. No acórdão AKZO, o Tribunal de Justiça observou (n.° 70) que «nenhuma concorrência de preços pode... ser considerada lícita», devido às obrigações especiais que incumbem às empresas dominantes. Todavia, a realização do objectivo definido no artigo 3.°, alínea g), do Tratado — que consiste na criação de um mercado interno em que a concorrência não seja falseada — corria o risco de ser gravemente comprometida se o Tribunal de Justiça acabasse por considerar um limiar, como o constituído pela média dos custos totais (ou dos custos marginais a longo prazo), como uma bitola em relação à qual deveriam ser apreciados todos os eventuais métodos de fixação de preços abusivos ou que visam a exclusão da concorrência. No acórdão Tetra Pak II, o Tribunal de Justiça concordou com a apreciação feita nesse processo

88 — Acórdão Continental Can (já referido na nota 16 *supra*, n.° 26).

89 — *Ibidem*.

pelo Tribunal de Primeira Instância, segundo a qual «o âmbito de aplicação material da responsabilidade particular que impende sobre uma empresa em posição dominante deve ser apreciado tendo em conta as circunstâncias específicas de cada caso, que demonstrem um enfranquecimento da concorrência» [90].

132. Por outro lado, admito que, normalmente, as reduções de preços não discriminatórias oferecidas por uma empresa dominante, sem que isso implique vendas a preços inferiores aos custos, não sejam consideradas anticoncorrenciais [91]. Em primeiro lugar, ainda que elas sejam válidas apenas por um curto período, são vantajosas para os consumidores, e, em segundo lugar, se os concorrentes da empresa dominante forem tão ou mais eficazes do que ela, estarão em condições de reagir a esta concorrência com as mesmas armas. O direito comunitário da concorrência não deve, assim, oferecer às empresas menos eficazes um abrigo seguro contra uma concorrência enérgica, ainda que ela emane de empresas dominantes [92]. Contudo, outras considerações podem ser válidas quando uma empresa que detém uma posição dominante e beneficia de um quase monopólio, especialmente num mercado em que as reduções de preços podem ser praticadas fazendo mais ou menos abstracção dos custos, executa uma política de reduções selectivas de preços com o objectivo — demonstrável — de eliminar qualquer concorrência. Nestas circunstâncias, se se admitir que qualquer venda a preços superiores aos custos é automaticamente aceitável, poderá dar à empresa em questão a possibilidade de eliminar qualquer concorrência ao executar uma política de preços selectiva, o que lhe permitirá, a longo prazo, aumentar os preços e afastar potenciais empresas de entrar no mercado com receio de sofrerem o mesmo tratamento armado [93].

90 — Acórdão já referido na nota 56 *supra*, n.º 24.

91 — A questão de saber se os preços predatórios são necessariamente inferiores aos custos é largamente debatida entre os especialistas; encontra-se uma síntese de várias posições tomadas sobre este assunto em Mastromanolis: «Predatory Pricing Strategies in the European Union: A Case for Legal Reform», em *ECLR*, 1998, 211; v. em especial, pp. 216 a 218. Assim, por exemplo, Areeda e Turner: «Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act», em *Harv. L. Rev.*, t. 88, 1975, p. 697, artigo que suscitou um intenso debate teórico e influenciou a evolução da jurisprudência dos Estados Unidos e no qual é expressa a ideia que «a exclusão obtida através da aplicação de preços equivalentes aos custos médios inclui-se também na concorrência de méritos — apenas os concorrentes que não podem sobreviver a um preço que é o fruto da eficácia devem afastar-se» (p. 706). Esta tese foi reafirmada mais recentemente por Areeda e Hovenkamp: *Antitrust Law*, vol. III, n.º 748: «mesmo reduções de preços importantes que não atingem o nível de preços predatórios não são desde logo ilícitas» (p. 462). Esta concepção foi contestada; v., nomeadamente, Scherer: «Predatory Pricing and the Sherman Act: A Comment», em *Harv. L. Rev.*, t. 89, 1976, p. 868, que defendeu a tese seguinte: «a aplicação de preços superiores aos custos, mas demasiado baixos para permitir a concorrentes de modesta dimensão aumentar a sua presença no mercado e realizar assim economias de escala» deve ser considerada como «susceptível de excluir a concorrência» (pp. 880 e 881). No Reino Unido, a Monopolies and Mergers Commission considerou que, quando uma empresa dominante está «em condições de impedir — suportando custos relativamente pouco elevados — a penetração de novas empresas no mercado e a concorrência sobre os preços que lhe está associada, através de uma política de reduções selectivas», isso mostra «a que ponto uma política de reduções selectivas importantes pode ser utilizada por empresas estabelecidas no mercado para preservar a sua posição dominante», e, em seu entender, tal comportamento pode constituir uma «barreira à entrada», contrária ao interesse público; v. *Report of the Monopolies and Mergers Commission on the Supply of Concrete and Roofing Tiles* (1981-1982) H. C., n.º 10.57.

92 — Korah, An: *Introdutory Guide to EC Competition Law and Practice*, Londres, 5.ª edição, 1994, p. 106 que acautela a aplicação das regras de concorrência «para proteger empresas de pequena ou média dimensão em detrimento de empresas eficazes ou mais importantes».

93 — V., a este respeito, o exame dos perigos das reduções selectivas de preços feito por Andrews: «Is Meeting Competition a Defence to Predatory Pricing? — The Irish Sugar Decision Suggests a New Approach» em *ECLR*, 1998, 49.

133. Alguns mercados, tal como o do transporte marítimo, têm características especiais, embora os custos possam não oferecer uma base fiável para verificar se as estratégias concorrenciais adoptadas pelas empresas dominantes são ou não razoáveis. Em primeiro lugar, uma vez indicado um navio para sair para o mar num determinado dia, se tiver capacidade disponível, o custo do transporte de um contentor suplementar, carregado em resultado de uma oferta de preço reduzido, poderá estar próximo de zero [94]. De um modo geral, as tarifas de frete são determinadas, em larga medida, não pelo custo marginal suportado pela companhia marítima em relação à prestação de serviço em causa mas pela elasticidade da procura do produto transportado em relação ao preço [95].

134. A questão fundamental que se coloca no caso em apreço é a de saber, se na época em questão, os potenciais efeitos negativos do comportamento adoptado pelos membros da Cewal na estrutura da concorrência no mercado em causa, em reacção à ameaça que representava a entrada no mercado de um novo concorrente, ou seja, G & C, eram tais que, dada a extensão do poder de que essas companhias dispunham colectivamente no mercado, bastariam para constituir um abuso.

135. É útil recordar alguns traços específicos da prática dos navios de combate e da utilização que deles foi feita no caso em apreço. A Cewal não apenas detinha uma posição dominante, mas gozava, como afirma, de um monopólio de facto. A adopção dessa prática, decorria da pretensão injustificada da Cewal de manter um monopólio no mercado em causa, cujo respeito tinha tentado impor através do acordo com o Ogefrem, e que incontestavelmente tinha em vista não apenas vencer o seu concorrente, mas afastá-lo. Ao mesmo tempo, a Cewal elaborou um plano, prevendo a indicação selectiva de partidas, para as quais eram oferecidos preços reduzidos. A perda de rendimentos daí resultante era repartida entre os membros da conferência. Devido simultaneamente ao carácter selectivo das reduções e à sua importante parte de mercado, os membros podiam apresentar e absorver a perda de rendimentos. Além disso, como indica a Comissão (ponto 82 da decisão), o simples

94 — Temple Lang: «European Community Antitrust Law: Innovation Markets and High Technology Industries», em *Fordham Corporate Law Institute*, 1996, 519, sublinhou que, «se não se acrescentar nada aos critérios estabelecidos no acórdão AKZO, as empresas dominantes que vendem produtos ou serviços cujo custo variável é próximo de zero, o que é relativamente comum nas indústrias de alta tecnologia, têm largamente os meios de eliminar a concorrência praticando o que é geralmente considerado como uma política de preços predatórios»; v. p. 575, nota 117. Ele recomenda a utilização do seguinte critério: «Nas indústrias em que o custo marginal da produção adicional é próximo de zero, considero que o critério a utilizar consiste em verificar se uma empresa aplica, em relação a bens ou a serviços, um preço que, sendo superior ao custo variável médio do fornecimento de bens ou serviços, em relação aos quais o preço em questão é pago, é tão baixo que as receitas totais correspondentes ao conjunto dos bens ou serviços em questão são inferiores ao custo variável médio que ela suporta para os fornecer, se vendeu a mesma proporção da sua produção ao mesmo preço numa base permanente, ainda que não se verifique nenhuma intenção de eliminar um concorrente».

95 — V., por exemplo, Rakovsky: «Sea Transport under EEC Competition Law» em *Fordham Corp. Law Institute*, 845 e 847 e Pirrong: «An Application of Core Theory to the Analysis of Ocean Shipping Markets», em *J. Law and Econ.*, t. 35, 1992, 89, 107.

facto da Cewal poder fixar os preços de combate a um nível igual ou superior aos custos parece indicar que os preços normais estão largamente acima do custo ou, direi melhor, que o custo marginal era, em qualquer caso, muito baixo.

136. A partilha das perdas de rendimentos leva-me a regressar brevemente à eventual necessidade de provar uma intenção ou uma possibilidade de recuperação. A partilha das perdas de rendimentos é essencialmente uma forma de recuperação. O objectivo estratégico dos preços de combate implica, sem que isso seja afirmado, que os preços não eram reduzidos em relação a todos as partidas, actuais ou futuras, se isso não fosse necessário para reagir à concorrência. Por outro lado, uma vez afastado o concorrente, essas reduções deixam de ser manifestamente justificadas. Assim, na medida do necessário, julgo que o presente caso preenche o critério da recuperação. Ao mesmo tempo, direi que esse requisito deve ser integrado com o critério utilizado para verificar se uma empresa dominante aplica preços abusivamente baixos. Esse requisito está implicitamente formulado no primeiro ponto da passagem do acórdão AKZO que citei (v. *supra*, n.° 126). É inerente ao critério aplicado no acórdão Hoffmann-La Roche (v. *supra*, n.° 124). Se é necessário evitar que as empresas dominantes impeçam a manutenção da concorrência, nomeadamente, afastando um concorrente, é porque, desse modo, poderiam aplicar preços abusivamente *elevados*. Assim, seria reestabelecido um monopólio ineficaz, e os consumidores apenas beneficiariam a curto prazo. Se a estratégia adoptada por uma empresa em posição dominante não tem em vista esse resultado, é provável que se esteja em presença de uma situação de concorrência normal.

137. Nestas circunstâncias, o Tribunal de Primeira Instância não cometeu qualquer erro de direito quando considerou que a resposta dos membros da Cewal à entrada no mercado da G & C não era «razoável e proporcionada» [96]. Em meu entender, o artigo 86.° não pode ser interpretado no sentido de permitir aos detentores de um monopólio ou de um quase monopólio explorarem o enorme poder que a sua posição, claramente dominante, lhe confere no mercado para impedir o aparecimento de um novo ou suplementar concorrente. Quando uma empresa ou um grupo de empresas, cujo comportamento deve ser apreciado no seu conjunto, dispõe de uma posição eminentemente dominante, próxima do monopólio, comparável à que existia no caso em apreço, quando a G & C entrou no mercado em causa, a obrigação especial, particularmente pesada, que essa empresa dominante tem de não prejudicar a existência de uma fraca concorrência, opõe-se a que essa empresa reaja, mesmo à concorrência agressiva sobre os preços por parte de uma empresa que entra no mercado, adoptando uma política de reduções de preços armados e selectivos, tendo em vista afastar esse concorrente. Contrariamente à afirmação das recorrentes, o simples facto de esses preços não serem fixados a um nível efectivamente inferior (ou que possa provar-se que é inferior) aos custos médios

96 — N.° 148 do acórdão impugnado.

totais (ou aos custos marginais a longo prazo) não legitima, em meu entender, a aplicação de uma tal política de preços.

138. No caso em apreço, o Tribunal de Primeira Instância confirmou, com razão, em meu entender, a conclusão da Comissão segundo a qual os membros da Cewal tinham adoptado uma estratégia tendo como único e exclusivo objectivo afastar a G & C, sua única concorrente. A Comissão mostrou que as recorrentes, ao proporem para as suas partidas, que correspondiam às da C & G, preços de combate iguais ou inferiores aos oferecidos por esta última, tentaram causar a esta o máximo prejuízo, minimizando as perdas de rendimentos suportadas, graças ao seu sistema de partilha de receitas. Na minha opinião, a Comissão teve manifestamente razão ao considerar que, ainda que a G & C fosse uma companhia marítima tão eficaz como a Cewal, não se pode esperar que «resista à concorrência que lhe é feita de um modo concertado e abusivo por parte de um grupo poderoso de armadores reunidos numa conferência marítima» (ponto 82). Por outras palavras, a prática dos navios de combate destinava-se a afastar a G & C do mercado, com um custo mínimo para os membros da Cewal, de modo a que estes voltassem à sua situação anterior de monopólio virtual e tivessem, por conseguinte, a faculdade de fixar de novo os preços ao nível previsto na tabela publicada da conferência.

139. Em consequência, recomendo que o Tribunal de Justiça negue integralmente provimento ao recurso, na medida em que se refere à decisão proferida pelo Tribunal de Primeira Instância que confirma a constatação da Comissão concluindo pelo carácter abusivo da prática dos navios de combate adoptada pelos membros da Cewal.

C — *Obrigação de celebrar contratos de fidelidade a 100%*

i) Introdução

140. A argumentação desenvolvida pelas recorrentes contra a decisão proferida pelo Tribunal de Primeira Instância, que confirma a constatação da Comissão relativa a este terceiro abuso, comporta duas vertentes. Em primeiro lugar, as recorrentes afirmam que o Tribunal cometeu um erro de direito porque, ao concluir que os acordos de fidelidade eram impostos, ignorou o artigo 5.°, n.° 2, do regulamento de 1986, que isenta os acordos deste tipo. Em segundo lugar, afirmam que o regulamento de 1986, sobretudo o seu artigo 8.°, impede que a Comissão aplique coimas destinadas a sancionar abusos sem retirar previamente a isenção.

ii) Conteúdo

141. Antes de examinar estes fundamentos de forma mais pormenorizada, é necessário recordar os elementos relevantes da decisão da Comissão.

142. O artigo 2.° da decisão constata que os membros da Cewal «abusaram da sua posição dominante conjunta... ao estabelecerem acordos de fidelidade impostos a 100% (inclusive sobre as mercadorias vendidas FOB) excedendo o previsto no n.° 2 do artigo 5.° do Regulamento (CEE) n.° 4056/86, com a utilização específica descrita na presente decisão das 'listas negras' de carregadores não fiéis». É conveniente fazer duas importantes observações de carácter geral a respeito desta constatação. Em primeiro lugar, os membros da Cewal não são acusados de três tipos de abusos diferentes; os vários elementos referidos, que consistem no «estabelecimento» dos acordos, na inclusão das mercadorias vendidas FOB e na utilização das «listas negras», são considerados no seu conjunto como uma «imposição unilateral de um acordo de fidelidade» (ponto 85 da decisão). Em segundo lugar, mais importante, o elemento essencial do comportamento abusivo consiste, tal como os outros dois, em «obter a eliminação do principal concorrente independente no tráfego em causa» (artigo 2.°). Os factos e a fundamentação subjacente a esta conclusão constam dos pontos 28, 29 e 84 a 88 da decisão.

143. Segundo a decisão, os carregadores que expediam mercadorias entre a Europa e o Zaire só ocasionalmente podiam recorrer aos serviços de companhias não pertencentes à conferência. Na medida em que não têm qualquer possibilidade real de escolha senão utilizar os serviços da Cewal para a maior parte das suas entregas, oferecer descontos exclusivamente subordinados a um contrato de fidelidade a 100% (inclusive para as vendas FOB), equivale a impor esses contratos (pontos 84 a 86 da decisão). A Comissão constatou igualmente que a Cewal tinha agravado as condições impostas, ao utilizar listas negras com o objectivo de infligir aos carregadores sanções «ligadas à oferta ou à qualidade do serviço» (ponto 86). A este respeito, a Comissão invocou os extractos das actas do Zaïre Pool Committe que referem que a Cewal tinha utilizado listas negras no quadro de uma estratégia defensiva, de tal modo que os carregadores que recorressem aos serviços do único concorrente já não podiam beneficiar das vantagens oferecidas pelo acordo de fidelidade, nem de um serviço adequado normal por parte da Cewal (ponto 29). A Comissão concluiu que a conduta da Cewal é globalmente abusiva, embora a Cewal não possa invocar a isenção baseada no regulamento de 1986, para «impedir a aplicabilidade do artigo 86.°» (ponto 87).

144. O Tribunal explicou que o abuso constatado pela Comissão consistia «no facto de ter imposto contratos de fidelidade a 100%, de ter incluído as mercadorias vendidas FOB e de ter utilizado listas negras de carregadores não fiéis, para lhes aplicar sanções» [97]. O Tribunal acolheu a

97 — N.° 173.

opinião da Comissão, segundo a qual «o facto de os membros da Cewal — que na altura detinham mais de 90% do mercado — só proporem aos carregadores contratos de fidelidade a 100% não deixava qualquer alternativa, sendo a escolha entre a obtenção de um desconto, se o carregador aceitasse fazer transportar a totalidade das suas mercadorias pela Cewal, e a ausência de desconto em qualquer outro caso, o que equivalia, de facto, a impor esses contratos» [98]. Assim, declarou que a prática adoptada pela Cewal não podia ser isenta da proibição ao abrigo do artigo 85.° do Tratado, uma vez que, nos termos do artigo 5.°, n.° 2, alínea b), subalínea i), do regulamento de 1986, podem ser propostos acordos de fidelidade a 100%, mas não podem ser impostos. O Tribunal confirmou igualmente a conclusão da Comissão, segundo a qual os contratos incluíam as vendas FOB, o que leva «a que o vendedor suporte uma obrigação de fidelidade, quando não tem sequer a responsabilidade da expedição das mercadorias» [99]. Finalmente, constatou que a Cewal dispunha de listas negras de carregadores não fiéis que «não eram elaboradas apenas... para fins estatísticos» e que a elaboração dessas listas não pode ser considerada isenta «por qualquer disposição do Regulamento n.° 4056/86» [100]. Nestas condições, o Tribunal considerou, referindo-se ao acórdão Hoffmann-La Roche, que a Comissão teve razão ao concluir que «esta prática, tomada no seu conjunto, teve como efeito uma restrição à liberdade dos utentes e, portanto, afectou a posição concorrencial do único concorrente da Cewal no mercado» [101].

98 — N.° 183.
99 — N.° 184.
100 — N.° 185.
101 — N.° 186.

iii) Primeiro aspecto: interpretação incorrecta do regulamento de 1986 — fidelidade «imposta»

145. As recorrentes interpretam o acórdão impugnado no sentido de concluir que, não se tendo constatado a existência de ameaças ou de pressões semelhantes tendo em vista os carregadores, os acordos de fidelidade apenas foram impostos devido à posição dominante colectiva detida pela Cewal. Visto que as companhias membros de conferências detêm quase que invariavelmente uma posição dominante, o regulamento de 1986 deve ser interpretado no sentido de permitir e encorajar a utilização de contratos de fidelidade a 100% nas circunstâncias especiais do transporte marítimo, ao ponto mesmo de permitir às companhias imporem sanções pelo não cumprimento desses contratos, tal como prevê o décimo considerando do regulamento de 1986, o que necessita do intercâmbio de informações respeitantes aos carregadores, isto é, a elaboração de listas negras de carregadores. Por outro lado, contestam que essas condições tenham sido impostas no caso das vendas FOB.

146. Não penso que seja útil analisar este argumento de modo muito pormenorizado. Na minha opinião, é baseado numa interpretação fundamentalmente errónea da decisão da Comissão e do acórdão impugnado. Não toma em consideração os dois elementos cruciais da decisão, que já expliquei acima, no n. 142. As recorrentes sublinham, inutilmente, que a interpretação literal, teleológica e sistemática do artigo 5.°, n.° 2, do regulamento de 1986 demonstra que os acordos de fidelidade a 100% são autorizados, mesmo no caso de

uma companhia marítima dominante pertencente a uma conferência, mas isso não oferece qualquer dúvida. A conclusão segundo a qual os acordos eram impostos — conclusão que o Tribunal confirmou na passagem do seu acórdão, que já referi no n.º 144 — não decorre, como afirmam as recorrentes, da posição dominante da Cewal. O elemento chave não é a posição dominante, mas a oferta de contratos de fidelidade a 100%, não deixando — *qualquer outra alternativa* ao carregador, embora este perca a totalidade do seu desconto por um único acto de «infidelidade». As recorrentes não abordaram este aspecto da fundamentação. Este desconhecimento do sentido do acórdão impugnado é suficiente para justificar a rejeição do primeiro aspecto deste fundamento de recurso; um fundamento de recurso baseado numa interpretação incorrecta do acórdão impugnado, deve ser rejeitado. Contudo, analisarei dois argumentos subsidiários desenvolvidos quanto a este aspecto.

a) Primeiro argumento subsidiário — vendas FOB

147. Como primeiro argumento subsidiário, destinado a refutar a ideia de que os acordos de fidelidade eram impostos, as recorrentes contestam que, como o Tribunal afirmou (n.º 184), o vendedor suporte uma obrigação de fidelidade, quando não tem sequer a responsabilidade da expedição das mercadorias. Sustentam que, no caso de venda FOB, o carregador não é o vendedor ou o exportador, mas o importador, e que não perceberam que eram igualmente acusadas pela Comissão sobre a extensão dos acordos às vendas FOB. Este argumento deve ser afastado por várias razões.

148. Em primeiro lugar, contrariamente ao que as recorrentes afirmam, a inclusão das mercadorias que são objecto de uma venda FOB não foi apenas mencionada uma vez, no ponto 85, como pretendem, mas três vezes na decisão e, nomeadamente, na parte dispositiva (artigo 2.º). Além disso, as recorrentes devem ter percebido a frase «que, por esse facto escapam ao controlo dos exportadores», no sentido de que a extensão às vendas FOB tinha como objectivo privar os carregadores do desconto, a menos que actuem de forma a que os importadores sejam também fiéis à conferência. Todavia, a argumentação que desenvolveram no Tribunal consistiu em afirmar que esses acordos eram inevitáveis, e não que existiam. Assim, como sublinha a Comissão, este argumento é inadmissível porque foi invocado pela primeira vez no recurso. Em segundo lugar, este argumento não tem em conta a substância da conclusão da Comissão, tal como confirmada pelo Tribunal. Não se trata, como sustentam as recorrentes, de um abuso autónomo. É um elemento da conclusão geral, segundo a qual os acordos de fidelidade eram impostos e, além disso, da constatação segundo a qual esta prática «tomada no seu con-

junto», (n.° 186 do acórdão impugnado), teve como efeito uma restrição à liberdade dos utentes e, portanto, afectou a posição comercial do único concorrente da Cewal. Em terceiro lugar, essas conclusões do Tribunal são fundamentadas nos efeitos concorrenciais dessas práticas no mercado, e não na possibilidade de aplicar legalmente uma interpretação especial dos contratos de fidelidade. Assim, em princípio, a constatação do Tribunal é uma constatação de facto, e não de direito, e não pode ser contestada no âmbito do presente recurso. Por estas razões, proponho que o Tribunal de Justiça declare este argumento inadmissível.

b) Segundo argumento subsidiário — listas negras

149. Como segundo argumento subsidiário, as recorrentes contestam que, como afirma o Tribunal, as listas negras dos carregadores não fiéis elaborados pela Cewal não podiam beneficiar da isenção prevista pelo regulamento de 1986.

150. As recorrentes afirmam igualmente que o Tribunal ignorou o argumento que desenvolveram na primeira instância, segundo o qual todos os clientes que tinham concluído um contrato de fidelidade a 100% com a Cewal, mas que tinham feito transportar o frete pela G & C tinham beneficiado, apesar disso, do desconto, apesar de serem «não fiéis». Tratava-se de uma reacção à intenção da Comissão, (ponto 88 da decisão) segundo a qual a manutenção em vigor das listas negras estava em contradição directa com as afirmações da Cewal. Nas suas observações de resposta, a Comissão defende que, ao citar (n.° 185 do acórdão impugnado) as actas do Zaïre Pool Committe, que referem que o «sistema de listas negras funciona», o Tribunal efectivamente confirmou a posição por ela tomada na decisão. Associo-me a esta interpretação do acórdão impugnado. Estou convencido que o Tribunal não teve em conta apenas a contradição suscitada pela Comissão no ponto 88 da decisão, mas também, a apreciação dos factos por ela efectuada no ponto 29 da decisão, baseada nas referidas actas, segundo a qual os carregadores que recorrem aos serviços da G & C «já não podem beneficiar das vantagens oferecidas pelo acordo de fidelidade, nem de um serviço adequado normal por parte da Cewal». Na minha opinião, isto é confirmado pela seguinte frase do n.° 185 do acórdão impugnado, em que o Tribunal considerou que as listas negras não eram elaboradas apenas «para fins estatísticos». Trata-se de uma conclusão de facto. Por outro lado, é indiferente que a Cewal tenha finalmente concedido o desconto a todos os carregadores que recorriam aos serviços da G & C, já que ficou demonstrado que as listas negras eram um elemento de estratégia destinada a dissuadi-los de o fazer.

151. As recorrentes alegam igualmente que a utilização dessas listas não pode ser

considerada abusiva. Fazem referência ao décimo considerando do regulamento de 1986, que permite expressamente às companhias membros de conferências «sancionar os utilizadores que infringem abusivamente a obrigação de fidelidade que é a contrapartida de esforços...». Segundo elas, existiria um abuso nos termos dessa disposição, se um utilizador celebrasse um acordo de fidelidade a 100% com uma companhia membro de uma conferência para obter um desconto, recorrendo simultaneamente aos serviços de companhias independentes para o transporte de algumas cargas. Por conseguinte, não há qualquer abuso em querer velar pelo respeito de uma obrigação de fidelidade a 100%. Em meu entender, este argumento ignora algumas características determinantes das listas negras mencionadas quer na decisão, quer no acórdão impugnado. No ponto 86 da decisão, a Comissão considerou claramente que a incidência concreta sobre os carregadores, da obrigação de fidelidade a 100% era «agravada» pela utilização das listas negras que «lhes impõe ainda sanções ligadas à oferta ou à qualidade do serviço». A Comissão refere, numa nota sobre o ponto 29 da decisão, elementos de prova que estabelecem que as listas negras tinham por função directa excluir a concorrência. O Tribunal de Primeira Instância confirmou expressamente a conclusão da Comissão (sintetizada no n.° 182 do acórdão impugnado), ao ponto mesmo de citar a nota que acabei de referir (n.° 185 do acórdão impugnado).

152. As recorrentes sustentam que o Tribunal declarou indevidamente (n.° 185 do acórdão impugnado) que a elaboração de listas negras «não pode ser considerada isenta por qualquer disposição do Regulamento n.° 4056/86». Contudo, como a Comissão salienta, com razão na sua resposta, a elaboração de listas de carregadores não fiéis pode considerar-se que beneficia da isenção dos acordos de fidelidade a 100% prevista no regulamento de 1986 desde que, de acordo com a fórmula utilizada no décimo considerando, esses acordos «não restrinjam unilateralmente a liberdade dos utilizadores e, portanto, a concorrência no sector dos transportes marítimos». Uma vez que me associo à posição adoptada pela Comissão e confirmada pelo Tribunal, segundo a qual os acordos de fidelidade da Cewal eram efectivamente impostos aos carregadores, considero que o Tribunal não cometeu qualquer erro de direito quando afirmou que a elaboração dessas listas não era isenta por qualquer disposição do regulamento de 1986. Na minha opinião, é claro que os efeitos de acordos de fidelidade abusivamente impostos por uma conferência marítima são susceptíveis de ser agravados pela elaboração de listas negras de clientes não fiéis, visto que na ausência dessas listas, esses clientes poderiam de facto, beneficiar efectivamente de uma possibilidade de escolha, permitindo-lhes recorrer, pelo menos ocasionalmente, aos serviços de companhias independentes. Daí resulta, em meu entender, que a Comissão e o Tribunal tinham fundamento ao considerar que o efeito global da elaboração das listas negras contribuiu para o abuso decorrente dos acordos de fidelidade, efectivamente impostos pelos membros da Cewal.

153. Finalmente, na medida em que as recorrentes afirmam, pela primeira vez na

réplica, que a Comissão violou o seu direito a um processo equitativo no que diz respeito ao eventual papel desempenhado pelas listas negras, que consiste em facilitar a aplicação de sanções não financeiras, porque essa possibilidade não foi mencionada na comunicação das acusações, o argumento é inadmissível nos termos do artigo 42.°, n.° 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, uma vez que se trata manifestamente de um fundamento novo, que poderia ter sido invocado perante o Tribunal de Primeira Instância.

154. Em conclusão, proponho que o Tribunal de Justiça confirme o acórdão do Tribunal de Primeira Instância na medida em que considerou que os acordos de fidelidade a 100% eram impostos (n.° 183). Entendo, igualmente, que foi com razão que a Comissão e o Tribunal, ao considerarem essa prática «no seu conjunto» (n.° 186), concluíram que não podia ser isenta «da proibição ao abrigo do artigo 85.° do Tratado» (n.° 183).

155. É importante, agora, fazer uma distinção entre os diversos incumprimentos da «obrigação» ligada à isenção de grupo, que constavam da recomendação dirigida pela Comissão (artigo 5.° da decisão) nos termos do artigo 7.° do regulamento de 1986, que foi confirmada pelo Tribunal de Primeira Instância, e não foi contestada no âmbito do presente recurso.

156. Como a Comissão indica no artigo 2.° da decisão, os acordos de fidelidade impostos a 100% excedem o previsto no artigo 5.°, n.° 2, do regulamento de 1986. Os acordos de fidelidade são autorizados no quadro de um sistema de descontos imediatos ou diferidos. Como resulta do décimo considerando do regulamento de 1986, apenas são admitidos «segundo modalidades que não restrinjam unilateralmente a liberdade dos utilizadores e, portanto, a concorrência no sector dos transportes marítimos». Na medida em que o mesmo considerando prevê a possibilidade de «sancionar os [utilizadores] que infrinjam abusivamente a obrigação de fidelidade», é evidente que esta obrigação é a contrapartida de «estornos, frete reduzidos ou comissões concedidos pela conferência». É absolutamente proibido utilizar estornos com a finalidade de excluir concorrentes do mercado, objectivo que, como já indiquei, é o elemento central de três tipos de abuso constatados pela Comissão. A circunstância da Cewal ter prosseguido esse objectivo é eloquentemente confirmada pelo extracto das actas do Zaïre Pool Committee que foi citado na nota constante do ponto 29 da decisão e que se refere à «estratégia defensiva que consista essencialmente em dissuadir os clientes, elaborando uma lista negra de carregadores, cujas outras cargas expedidas para o Norte através dos navios da conferência deixavam de beneficiar de um serviço adequado normal por parte da conferência». Os acordos de fidelidade impostos não podem, portanto, beneficiar de qualquer isenção ao abrigo do regulamento de 1986.

iv) Segundo aspecto: a Comissão não pode aplicar coimas antes de retirar a isenção

157. As recorrentes defendem que, se os seus acordos de fidelidade eram «impostos», na acepção do artigo 5.°, n.° 2, alínea b), subalínea i), do regulamento de 1986, esse comportamento teria apenas constituído um incumprimento de uma das «obrigações de que a isenção é acompanhada», previstas no artigo 3.° Nesse caso, a Comissão devia seguir o procedimento descrito no artigo 7.°, n.° 1. Assim, seria obrigada a retirar o benefício da isenção de grupo previsto no artigo 3.°, antes de aplicar as coimas. Segundo as recorrentes, o Tribunal de Primeira Instância não fez distinção entre o não respeito de uma «condição», que torna a isenção automaticamente inaplicável, e o incumprimento de uma «obrigação». Sustentam que o regulamento de 1986 é um acto adoptado nos termos do artigo 87.°, n.° 2, alínea c), do Tratado CE que tem por finalidade definir o âmbito de aplicação do disposto nos artigos 85.° e 86.° ao sector do transporte marítimo e que reconhece dois tipos de abuso: o abuso resultante de um comportamento em relação ao qual as conferências marítimas beneficiam da isenção de grupo e os outros abusos. No primeiro caso, o artigo 8.°, n.° 2, do regulamento obriga a Comissão a retirar a isenção antes de aplicar as coimas.

158. A Comissão sublinha que, nos termos do artigo 8.°, n.° 1, do regulamento, «é proibida a exploração abusiva de uma posição dominante, na acepção do artigo 86.° do Tratado, não sendo necessário para o efeito qualquer decisão prévia». Daí resulta, que o artigo 8.°, n.° 2, do regulamento deve ser interpretado no sentido de deixar à Comissão o poder de apreciar as medidas a tomar quando um comportamento, em princípio isento, se revelar abusivo [102]. A título subsidiário, a Comissão reafirma a posição que adoptou no ponto 87 da decisão, segundo a qual ainda que o comportamento dos membros da Cewal no que diz respeito aos acordos de fidelidade fosse «abrangido pela isenção de grupo nos termos do artigo 6.° do Regulamento (CEE) n.° 4056/86» [103], apesar dos incumprimentos das diversas «obrigações» impostas pelo artigo 5.°, n.° 2, do regulamento, este não impediria «a aplicabilidade do artigo 86.° do Tratado a acordos e práticas autorizados por uma isenção por categoria», a fim de «evitar a aplicação do artigo 86.°». Invoca, assim, o princípio estabelecido e confirmado pelo Tribunal, segundo o qual não pode existir isenção ao abrigo simultaneamente dos artigos 85.° e 86.°

159. Foi claramente com razão que o Tribunal declarou que não podia considerar-se que o regulamento de 1986 previa uma isenção abrangendo comportamentos contrários ao artigo 86.° do Tratado ou ao

102 — A este respeito, o agente da Comissão sublinhou na audiência que esta considerava a retirada da isenção de grupo como a «opção nuclear», sendo a aplicação de coimas uma medida menos grave.

103 — Nas observações apresentadas simultaneamente no Tribunal de Primeira Instância e no Tribunal de Justiça, as recorrentes presumiram, apesar da referência feita pela Comissão à «isenção de grupo nos termos do *artigo 6.°* do Regulamento (CEE) n.° 4056/86» (sublinhado por mim), que não devia ser feita qualquer distinção entre a isenção do artigo 3.° e a do artigo 6.° do regulamento, no que diz respeito aos poderes conferidos à Comissão pelo artigo 8.°, n.° 2, do regulamento.

artigo 8.°, n.° 1, do regulamento. O Tribunal de Justiça declarou no acórdão Ahmed Saeed que «o abuso de uma posição dominante não é, susceptível de isenção em caso algum» [104]. Como a Comissão assinala com razão, na tréplica, este princípio foi recentemente confirmado de forma inequívoca pelo acórdão British Gypsum [105], no qual o Tribunal de Justiça assume a posição adoptada pelo advogado-geral, segundo a qual uma isenção ao abrigo do artigo 85.°, n.° 3, não equivale «... simultaneamente (a) isenção da proibição do abuso de posição dominante»; assim, ainda que os acordos de fidelidade da Cewal beneficiassem da isenção de grupo, não estariam ao abrigo de uma aplicação imediata do artigo 86.° do Tratado [106].

160. Na medida em que as recorrentes sustentam, no caso em apreço, que o facto de a isenção em causa ser conferida por um regulamento do Conselho adoptado nos termos do artigo 87.°, n.° 2, alínea c), do Tratado, pode afectar a aplicação do referido princípio, esta afirmação é fruto de desconhecimento. O regulamento de 1986 é baseado simultaneamente nos artigos 84.°, n.° 2, e 87.° do Tratado. No que diz respeito à primeira destas disposições, o Tribunal de Justiça declarou no acórdão Comissão/França [107] que, longe de afastar a aplicação do Tratado aos transportes marítimos (e aéreos), prevê unicamente que as disposições específicas do título relativo aos transportes não lhe são de pleno direito aplicáveis e, consequentemente, esses modos de transporte «continuam, tal como os outros..., submetidos às normas gerais do Tratado» [108], entre as quais constam, evidentemente, as regras de concorrência [109]. O acórdão Ahmed Saeed, no qual o Tribunal de Justiça declarou que, apesar da ausência de regras adoptadas com base no artigo 87.°, «a proibição prevista pelo artigo 86.° do Tratado se aplica de pleno, ao conjunto do sector da navegação aérea» [110], revela claramente que o artigo 87.° e, em especial, o poder conferido ao Conselho pelo n.° 2, alínea c), de «definir, quando necessário, o âmbito de aplicação do disposto nos artigos 85.° e 86.°, relativamente aos diversos sectores económicos», tem por objectivo permitir ao Conselho não determinar o âmbito de aplicação material do artigo 86.°, mas, sobretudo, estabelecer as modalidades de aplicação destas regras de concorrência. Em meu entender, resulta claramente de uma leitura atenta do regulamento de 1986 que esse é precisamente o objectivo que o Conselho prosseguiu.

161. Examinarei, agora, a questão de saber se, como pretendem as recorrentes, a Comissão não podia aplicar coimas, para

104 — Acórdão já referido na nota 20 *supra*, n.° 32.

105 — Acórdão já referido na nota 47.

106 — V. o n.° 67 das conclusões do advogado-geral P. Léger, cuja fundamentação a este respeito o Tribunal de Justiça retomou expressamente no n.° 11 do acórdão. O advogado-geral baseou-se no n.° 25 do acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Julho de 1990, Tetra Pak Rausing/Comissão (T-51/89, Colect., p. II-309; a seguir «acórdão Tetra Pak I»).

107 — Acórdão de 4 de Abril de 1974 (167/73, Recueil, p. 359).

108 — *Ibidem*, n.° 32. O Tribunal de Justiça confirmou posteriormente esta posição no acórdão de 30 de Abril de 1986, Asjes e o. (209/84 a 213/84, Colect., p. 1425, em especial, n.° 42; a seguir «acórdão Nouvelles Frontières»).

109 — Acórdão Nouvelles Frontières (já referido na nota 108, n.° 45).

110 — Acórdão já referido na nota 20, n.° 33, *supra*.

sancionar um abuso de posição dominante, sem retirar à Cewal a isenção que lhe conferia o artigo 3.°

162. É importante recordar a natureza do abuso imputado às recorrentes, que consiste em impor acordos de fidelidade a 100% (incluindo, igualmente, as vendas FOB), sem a possibilidade de escolha por outra percentagem, acordos executados através da elaboração de listas negras, «*com vista a obter a eliminação do principal concorrente independente*» da Cewal (sublinhado por mim).

163. Em meu entender, este comportamento não estava nem podia estar isento da aplicação do artigo 86.° Além disso, na medida em que isso seja relevante, não podia descrever-se como um incumprimento de uma simples obrigação prevista pelo artigo 5.° do regulamento, incumprimento que seria da mesma natureza que os referidos no n.° 178 do acórdão impugnado. Não se pode, sem forçar o sentido, interpretar a proibição dos acordos de fidelidade a 100% impostos unilateralmente, descrevendo-os como uma obrigação. O artigo 5.°, n.° 2, alínea b), i), indica o que não é permitido.

164. Todavia, simultaneamente pelo facto da sua formulação directa e clara e pela sua estrutura, o artigo 8.° permite-nos responder à afirmação das recorrentes. O artigo 8.°, n.° 1, é de tal modo explícito, quando indica que é proibida a exploração abusiva de uma posição dominante «não sendo necessário para o efeito qualquer decisão prévia» que, para o contradizer, seria necessária outra disposição tão claramente formulada. Por outro lado, esta redacção inequívoca está em perfeita harmonia com os princípios respeitantes ao efeito do artigo 86.° e à impossibilidade de uma isenção.

165. O artigo 8.°, n.° 2, do regulamento de 1986, não contradiz de modo algum o artigo 8.°, n.° 1, nem restringe o seu âmbito. Permite à Comissão, «oficiosamente, ou a pedido de um Estado-Membro ou de uma pessoa singular ou colectiva», tomar uma medida distinta que consiste na retirada da isenção prevista expressamente pelo artigo 3.° Não impõe qualquer restrição ao poder que tem a Comissão de aplicar coimas nas circunstâncias descritas, em especial, no artigo 19.°, n.° 2, do regulamento. O abuso de que as recorrentes são acusadas consistiu em *impor* abusivamente contratos de fidelidade a 100% e não em beneficiar da isenção prevista pelo artigo 3.° Não vejo qualquer razão para concluir que a condenação desses contratos pressupõe a medida extrema que constitui a retirada da isenção.

166. Proponho que o Tribunal de Justiça rejeite integralmente o fundamento de recurso respeitante aos contratos de fidelidade a 100%, impostos pela Cewal.

VI — Coimas

A — *Introdução*

167. As recorrentes invocam, em diversos pontos, um grande número de fundamentos subsidiários respeitantes à decisão do Tribunal de Primeira Instância de confirmar, no essencial, as coimas que lhes foram aplicadas. Uma vez que a coima, de longe a mais elevada, foi aplicada à CMB (v. n.^{os} 3 e 4, *supra*), nem todos os fundamentos suscitados pela CMB, o são igualmente pela Dafra.

B — *Competência do Tribunal de Justiça*

168. As recorrentes defendem que ao anular o acórdão impugnado, o Tribunal de Justiça pode, usando o poder que lhe confere o artigo 54.°, primeiro parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça, «decidir ele próprio definitivamente sobre o litígio, quando este tiver de ser julgado», exercer, no que diz respeito às coimas, a competência de plena jurisdição que lhe é atribuída pelo artigo 172.° do Tratado CE e pelo artigo 21.° do Regulamento n.° 4056/86. Se o Tribunal de Justiça considerar improcedentes, como recomendo, todos os fundamentos de recurso relativos ao abuso, deve, todavia, em meu entender, anular também integralmente as coimas, com base num dos fundamentos invocados.

169. Quanto aos fundamentos subsidiários invocados pelas recorrentes, no que diz respeito às coimas, é conveniente sublinhar, em primeiro lugar, que é o Tribunal de Primeira Instância que tem actualmente a «competência de plena jurisdição» prevista pelo artigo 172.° do Tratado e atribuída inicialmente ao Tribunal de Justiça pelo artigo 21.° do Regulamento n.° 4056/86, no que diz respeito às coimas aplicadas nos termos deste regulamento. Essa competência foi atribuída ao Tribunal de Primeira Instância pelo artigo 168.°-A do Tratado CE e pelo artigo 3.°, n.° 1, alínea c), da Decisão 88/591/CECA, CEE e CEEA do Conselho, de 24 de Outubro de 1988, que institui o Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias [111]. Em seguida, é necessário recordar que o artigo 168.°-A do Tratado e o artigo 51.° do Estatuto CE do Tribunal de Justiça, limitam claramente o poder do Tribunal de Justiça de fiscalizar as constatações feitas pelo Tribunal de Primeira Instância no exercício dessa competência: apenas abrange os erros de direito eventualmente cometidos pelo Tribunal de Primeira Instância sempre que confirma ou anula as conclusões da Comissão relativas às coimas. Assim, no acórdão Ferriere Nord/Comissão, o Tribunal de Justiça declarou, em resposta a um fundamento alegando que o carácter injusto da coima aplicada nesse processo, que não lhe compete, quando se pronuncia sobre questões de direito, «substituir, por motivos de equidade, pela sua própria apreciação a apreciação do Tribunal de Primeira Instância, que se pronunciou, no exercício da sua plena jurisdição, sobre o montante das coimas aplicadas a empresas devido à

111 — JO L 319, p. 1.

violação, por estas, do direito comunitário» [112]. Além disso, declarou que a sua competência se limita a «examinar se o Tribunal de Primeira Instância respondeu correctamente a todos os argumentos invocados pelo recorrente tendentes à supressão ou à redução da coima» [113].

170. Contudo, no caso em que o Tribunal de Justiça constata um erro de direito que apenas afecta parcialmente o acórdão impugnado, coloca-se, então, uma questão suplementar, ou seja, a do âmbito e da natureza dessa competência residual do Tribunal de Justiça. Nos termos do artigo 54.°, primeiro parágrafo do Estatuto CE do Tribunal de Justiça, este, quando declara dar provimento ao recurso, deve anular a decisão do Tribunal de Primeira Instância mas, mais do que isso, pode «decidir ele próprio definitivamente o litígio, quando este tiver condições de ser decidido». Daí resulta, em meu entender, que, nessas circunstâncias, a competência de plena jurisdição prevista pelo artigo 172.° do Tratado no que diz respeito às coimas, inicialmente atribuído ao Tribunal de Justiça, mas transferida depois para o Tribunal de Primeira Instância, é retomada. Se o Tribunal de Primeira Instância comete um erro de direito quando exerce a competência que lhe atribui o artigo 172.° do Tratado, é essencial que o Tribunal de Justiça, quando considere oportuno decidir ele próprio, possa, no interesse, ao mesmo tempo, da economia do processo e dos direitos dos recorrentes, exercer uma competência de plena jurisdição no que diz respeito às coimas.

112 — Acórdão de 17 de Julho de 1997 (C-219/95 P, Colect., p. I-4411, n.° 31; a seguir «acórdão Ferriere Nord»).

113 — *Ibidem*.

C — *Argumentos das recorrentes*

171. Ambas as recorrentes invocam os fundamentos seguintes:

i) Afirmam que a natureza (ou a gravidade) das infracções não é tal, que se possa qualificá-las de graves ou mesmo de intencionais;

ii) Queixam-se que a Comissão, ao aplicar-lhes as coimas em vez de à Cewal, violou o seu direito a um processo equitativo;

iii) Por diversas razões, afirmam que as coimas foram baseadas numa apreciação errónea da importância da sua participação no tráfego sobre a rota servida por Cewal;

iv) Queixam-se que a sua cooperação com a Comissão não foi tida em consideração como factor susceptível de determinar uma redução do nível das coimas;

v) Afirmam que a duração, relativamente breve, das infracções, não foi adequadamente tida em conta;

vi) Defendem que, contrariamente ao que pretende a Comissão, o comportamento controvertido não lhes permitiu conservar uma parte de mercado importante;

vii) Queixam-se que a Comissão não teve suficientemente em conta a novidade das infracções como factor susceptível de determinar uma redução do nível das coimas;

viii) Por último, defendem que o contexto regulamentar do Ogefrem também deveria ter sido tomado em consideração.

Além do mais, a CMB afirma igualmente que a coima que lhe foi aplicada é demasiado elevada e sem precedente até então, e que lhe foi aplicada abusivamente para conseguir um equilíbrio político com a coima aplicada a uma outra companhia membro de uma conferência, por outra decisão da Comissão. Finalmente, as recorrentes, invocando o que de facto constitui um fundamento autónomo, defendem que a taxa de juros (13,25%) prevista pelo artigo 7.° da decisão, para o caso de as coimas não serem pagas num prazo de três meses a contar da data da notificação da decisão, é excessivamente elevada.

D — *Análise*

172. Uma vez que me associo à opinião da Comissão, segundo a qual muitos dos argumentos desenvolvidos pelas recorrentes relacionados com os vários fundamentos respeitantes às coimas têm em vista essencialmente o reexame das constatações de facto do Tribunal ou são manifestamente improcedentes, renuncio à análise de todos estes pontos em pormenor.

i) Violação do direito a um processo equitativo

173. As recorrentes afirmam que o Tribunal cometeu um erro de direito, ao confirmar que a Comissão tinha fundamento para lhes aplicar as coimas, ao passo que era à Cewal, e não a qualquer dos seus membros, que a comunicação das acusações previa aplicar coimas. No n.° 232 do seu acórdão, o Tribunal de Primeira Instância exprimiu-se do seguinte modo:

«Em segundo lugar, no que diz respeito ao cálculo da coima, o Tribunal considera que, não tendo a conferência personalidade jurídica, a Comissão podia aplicar uma coima aos membros da Cewal, em vez de à conferência como tal. Deve sublinhar-se, a este respeito, que, além da Cewal, cada um

dos membros da conferência foi destinatário da comunicação das acusações. Nestas condições, e tendo em conta a falta de personalidade jurídica da Cewal, o Tribunal considera que, mesmo se a comunicação das acusações só referia a possibilidade de aplicação de uma coima à Cewal pelas práticas abusivas desta, as recorrentes não podiam ignorar que corriam o risco de lhes ser aplicada a elas, em vez de à conferência, uma eventual coima.»

174. As recorrentes defendem que, se a Comissão não tinha a intenção de aplicar coimas à Cewal, porque ela não tinha personalidade jurídica, devia ter-lhes dito que as coimas lhes seriam aplicadas. Invocam o prejuízo seguinte, decorrente, segundo elas, dessa omissão:

— se a coima tivesse sido aplicada à Cewal, só podia ser baseada no volume de negócios da Cewal e não no dos seus membros, sendo o primeiro, que apenas diz respeito à rota do Zaire, menos elevado que o segundo;

— ainda que as coimas tivessem sido finalmente pagas pelos membros da Cewal individualmente, as suas contribuições teriam sido proporcionais à sua parte na «pool» [114];

— A CMB ignorava que seria objecto de um tratamento especial e suportaria uma parte desproporcionada das coimas devido ao papel especialmente activo que tinha desempenhado nos abusos.

As recorrentes concluem que a Comissão não respeitou o requisito fundamental que exige que a comunicação das acusações informe as partes das acusações que lhes são dirigidas e, em especial, a identidade das que irão suportar no final a carga financeira que resulta da coima aplicada [115].

175. A Comissão não afirma que os membros da Cewal foram informados das coimas, mas sustenta que lhe tinha parecido evidente que, «nessa comunicação competia à 'Cewal' indicar o grupo de empresas que constituem a conferência», visto que uma lista de membros era anexa à comunicação das acusações. Sustenta igualmente, que o Tribunal de Primeira Instância considerou com razão que teria sido ilógico aplicar uma coima à Cewal, visto que ela não tinha personalidade jurídica. A Comissão defende que é muito «improvável» que elas tenham tido «falta de imaginação ao ponto de ficarem surpreendidas que uma coima lhes fosse aplicada». Por outro lado, a Comissão afirma que, visto que se previa a aplicação de coimas aos membros da Cewal devido às infracções ao artigo 85.° que lhes eram imputadas na comunicação das acusações, os membros da Cewal

114 — No seu recurso, a CMB indica que a coima que lhe foi aplicada não podia, assim, corresponder a 95% do total.

115 — Citam, entre outros, os acórdãos de 23 de Fevereiro de 1994, CB e Europay/Comissão (T-39/92 e T-40/92, Colect., p. II-49), e de 28 de Abril de 1994, AWS Benelux/Comissão (T-38/92, Colect., p. II-211).

estavam informados que lhes seriam aplicadas coimas a título individual.

176. Em meu entender, o Tribunal admitiu indevidamente que a Comissão tinha o direito de aplicar coimas aos membros da Cewal, porque a Cewal não tinha personalidade jurídica e, porque eram todos destinatários da decisão. Este erro de direito decorre do conhecimento que teve, ao pressupor que as recorrentes não podiam ignorar que corriam o risco de lhes serem aplicadas coimas.

177. É sabido que uma cópia da comunicação das acusações foi dirigida às recorrentes, embora só três meses depois é que tenha sido enviada à Cewal. Contudo, a verdadeira questão que se põe é a de saber se as recorrentes foram adequadamente informadas através da cópia da comunicação das acusações que finalmente receberam, acompanhada de uma carta que nada acrescentava ao seu conteúdo, que lhes podiam ser aplicadas coimas a título individual, uma vez que a comunicação apenas previa expressamente a Cewal, com todas as consequências daí decorrentes quanto ao cálculo do montante das coimas.

178. Em primeiro lugar, considero inaceitável que a Comissão faça suposições numa matéria tão importante. De acordo com uma jurisprudência constante do Tribunal de Justiça, «a comunicação das acusações deve enunciar, de forma clara, todos os elementos essenciais sobre os quais a Comissão se baseia nessa fase do processo» [116]. A garantia processual essencial que a comunicação das acusações constitui é uma «aplicação de um princípio fundamental do direito comunitário que exige o respeito pelos direitos da defesa em qualquer processo» [117]. Embora não tenham carácter penal [118], as coimas são sanções. Daqui resulta, que a Comissão é estritamente obrigada a informar claramente as empresas que lhes podem ser aplicadas coimas.

179. Em segundo lugar, é necessário recordar que o artigo 19.°, n.° 2 do regulamento de 1986, do mesmo modo que a disposição correspondente do artigo 15.°, n.° 2, do Regulamento n.° 17, autoriza a Comissão a aplicar coimas às empresas e às «associações de empresas». Uma conferência marítima, como a Cewal, é claramente uma dessas associações. Também é evidente que os artigos do Tratado relativos à concorrência aplicam-se geralmente às associações de empresas [119], e que estas estão explicitamente sujeitas ao poder de investigação da

116 — Acórdão de 7 de Junho de 1983, Musique Diffusion française e o./Comissão (100/80 a 103/80, Recueil, p. 1825, n.° 14).

117 — *Ibidem*, n.° 10.

118 — A este respeito, v. o artigo 19.°, n.° 4, do regulamento de 1986.

119 — V., por exemplo, o acórdão de 8 de Novembro de 1983, IAZ e o./Comissão (96/82 a 102/82, 104/82, 105/82, 108/82 e 110/82, Recueil, p. 3369, n.° 20).

Comissão, que implica o de aplicar coimas [120]. Uma das razões que, segundo a Comissão, justificam que as coimas tenham sido aplicadas aos membros da Cewal é que esta não tem personalidade jurídica. Nem ela, nem o Tribunal afirmaram que as coimas não podiam ser aplicadas a entidades, como associações, que não estão constituídas em sociedade, porque isso é, evidentemente, possível [121]. Do ponto de vista dos membros da Cewal, basta dizer que não tinham qualquer motivo para não tomar à letra a comunicação das acusações, e interpretá-la no sentido de exprimir a intenção de aplicar uma coima à Cewal, e não vejo qualquer motivo de dispensar a Comissão do que considero uma obrigação estrita. No acórdão AWS Benelux/Comissão o Tribunal de Primeira Instância anulou as coimas porque «a Comissão, apesar da contestação que lhe foi apresentada, no âmbito do procedimento administrativo, não clarificou a sua posição sobre a questão da imputabilidade da infracção alegada» [122], embora este acórdão fosse baseado na insuficiência da fundamentação da decisão, em vez de na violação dos direitos da defesa.

180. Em terceiro lugar, a circunstância de a Comissão ter informado os vários membros da Cewal de que lhes podiam ser aplicadas coimas, não constitui um simples vício de forma. A CMB, em especial, pode invocar um prejuízo concreto. Na réplica, as recorrentes sublinharam, sem serem contrariadas pela Comissão neste aspecto, que, se se tivesse em conta o volume de negócios realizado pelos membros da Cewal nas rotas em questão (22 271 milhões de ecus em 1991), como referência para o cálculo do montante máximo da coima (10%) susceptível de ser aplicada, tal como previsto no artigo 19.°, n.° 2, do regulamento de 1986, a coima total teria sido bastante menos elevada. De facto, ela não teria ultrapassado um quarto da coima actual. Se a Comissão tinha a intenção de calcular as coimas em função da responsabilidade individual, essas empresas deviam ter sido, pelo menos, informadas, como entidades distintas da Cewal, que lhes podiam ser aplicadas coimas.

181. Uma vez que a Comissão não respeitou uma exigência fundamental, recomendo que o Tribunal de Justiça anule o acórdão do Tribunal de Primeira Instância que confirma a decisão, na medida em que as coimas aplicadas digam respeito às

120 — V. o artigo 18.°, n.° 1, do regulamento de 1986 e, por exemplo, o acórdão de 22 de Outubro de 1997, SCK e FNK/Comissão (T-213/95 e T-18/96, Colect., p. II-1739, n.os 253 e 254). A este respeito, v. também a recente comunicação da Comissão, intitulada «Linhas directrizes para o cálculo das coimas aplicadas em execução do artigo 15.°, n.° 2, do Regulamento n.° 17 e do artigo 65.°, n.° 5, do Tratado CECA» [JO 1998, C 9, p. 3, em especial, ponto 5, alínea c)].

121 — No acórdão IAZ e o./Comissão (já referido na nota 119, *supra*), o Tribunal de Justiça considerou que uma associação sem fins lucrativos (ANSEAU) que agrupava 31 empresas belgas de distribuição de água e que tinha por missão «defender os interesses comuns dessas empresas» (ponto 3) podia, de facto, ver-lhe aplicada uma coima no que diz respeito às recomendações formuladas por ela com vista a que as empresas membros da associação apenas liguem à rede de distribuição de água «lava-loiças» «aprovados». Com efeito, a coima principal foi aplicada à associação. No acórdão de 11 de Julho de 1989, Belasco e o./Comissão (246/86, Colect., p. 2117), a Beslaco, uma associação de produtores belgas de revestimentos de betão, e a sete dos seus membros foram aplicadas coimas por terem aplicado uma convenção relativa aos preços e às condições de venda. A coima de 15 000 ecus aplicada à Belasco foi calculada em função do seu volume de negócios anual (v. pontos 65 e 66).

122 — Acórdão já referido na nota 115 *supra*, n.° 27.

recorrentes em causa e, por outro lado, que anule a decisão no que diz respeito às coimas.

ii) Outros argumentos

182. Para além dos que precedem, as recorrentes desenvolveram, em apoio do seu recurso, um grande número de argumentos respeitantes às coimas, inseridos em diversos pontos. Trata-se, em grande parte, de argumentos já apresentados ao Tribunal de Primeira Instância e de argumentos pormenorizados relativos aos factos. Uma análise exaustiva de todos eles, alongaria demasiadamente as presentes conclusões, que já são bastantes extensas. Tendo já reconhecido o peso dos argumentos desenvolvidos pelas recorrentes na segunda parte, penso poder dispensar explicar ponto por ponto cada um destes outros argumentos, tanto mais que, após os ter examinado, considero que, todos sem excepção, são desprovidos de fundamento.

183. O caminho correcto consiste, na minha opinião, em examinar qualquer erro de direito contido no acórdão impugnado. De outro modo, o Tribunal de Justiça deve aplicar o critério definido no acórdão Ferriere Nord [123]. Não é necessário examinar cada um dos argumentos em pormenor.

123 — Acórdão já referido na nota 112, *supra*.

184. O Tribunal de Justiça deve considerar que o Tribunal de Primeira Instância usou da competência de plena jurisdição que o Tratado lhe atribui e examinou adequadamente todas as questões de facto e de direito suscitadas pelas recorrentes quando contestaram as coimas. Pela leitura dos n.os 208 a 251 do acórdão impugnado, parece-me evidente que o Tribunal de Primeira Instância exerceu, de forma suficiente e cuidadosa a sua fiscalização no que diz respeito à aplicação, ao nível e à repartição das coimas. Proponho-me abordar muito brevemente apenas duas questões, respeitantes à gravidade e à novidade das coimas, dois factores que têm por efeito agravar ou diminuir as coimas, respectivamente. Quanto ao resto, os argumentos desenvolvidos dizem respeito, em larga medida, à aplicação discricionária das coimas, baseada na avaliação dos factos (por exemplo, alegada discriminação na repartição das coimas entre os vários membros da Cewal).

185. Em primeiro lugar, as recorrentes contestam que as infracções sejam de uma especial gravidade. O acórdão impugnado rejeitou este argumento com razão (n.º 231), com o fundamento de que «tendo essas práticas sido aplicadas com o objectivo de afastar o único concorrente presente no mercado». As recorrentes não contestam que o seu comportamento tenha sido deliberado, mas, invocam uma vez mais o carácter pretensamente não abusivo da pressão exercida sobre o Ogefrem, da prática dos navios de combate e dos descontos de fidelidade. Em meu entender este fundamento é improcedente.

186. Em segundo lugar, as recorrentes defendem que o Tribunal de Primeira

Instância não deu a importância devida à pretensa novidade de cada um dos abusos, sob os aspectos que são abordados com os argumentos de fundo em cada parte. Estes aspectos são, designadamente, os seguintes: o abuso ligado ao Ogefrem é o primeiro caso de abuso, revestindo a forma de uma pressão sobre um governo estrangeiro; o abuso ligado à prática dos navios de combate, implica um alargamento da noção de preços predatórios; os descontos de fidelidade, suscitam um novo problema de interpretação do regulamento de 1986.

187. No que se refere à questão da novidade, o Tribunal salienta, com razão, que «o objectivo das práticas abusivas imputadas, isto é, o afastamento do único concorrente do mercado, não apresenta nenhum carácter de novidade em direito da concorrência» (n.° 248). As recorrentes não demonstraram que esta conclusão era juridicamente errada. Penso que o Tribunal, após ter recordado que dispõe de uma «competência de plena jurisdição», respondeu suficientemente aos argumentos das recorrentes. Além disso, penso que o Tribunal teve razão, ao não tomar em consideração elementos de novidade relativos aos vários abusos, dado que esses comportamentos tinham manifestamente por objectivo, excluir a concorrência [124].

188. Tive algumas hesitações quanto à conclusão que o Tribunal retira em seguida (n.° 248), segundo a qual o conceito de posição dominante colectiva não apresenta nenhum carácter de novidade. A decisão da Comissão respeitante ao vidro plano italiano [125], citada para refutar a novidade deste conceito, foi publicada muito após do período abrangido pela maior parte das práticas abusivas em causa no caso em apreço. Por outro lado, o facto de um grupo de empresas, que adoptou um comportamento predatório, tendo em vista excluir a concorrência, ter esperado ou presumido que o direito comunitário não se lhes aplicaria colectivamente tem pouco peso em relação ao carácter eminentemente abusivo da actividade em causa. Por conseguinte, não penso que o Tribunal de Primeira Instância tenha cometido um erro de direito sobre este aspecto e proponho que se rejeite este fundamento.

iii) Taxa de juro

189. As recorrentes acusam o Tribunal de não ter admitido que, como defendiam, a Comissão cometeu um erro quando, no artigo 7.° da decisão, fixou a taxa de juros aplicável, no caso de as coimas aplicadas serem pagas com atraso, por referência à «taxa aplicada pelo Fundo Europeu de Cooperação Monetária nas suas operações em ecus no primeiro dia útil do mês em que

124 — Fundamento especialmente esta conclusão no acórdão Tetra Pak II (já referido na nota 56, *supra*). Dizia respeito à aplicação do artigo 86.° aos abusos cometidos por uma empresa dominante num mercado conexo sobre o qual detinha uma posição proeminente, mas não dominante. Tetra Pak defendeu que a novidade desta aplicação constituía um factor que justifica uma redução da coima. Todavia, o Tribunal de Justiça confirmou a improcedência deste argumento pelo Tribunal de Primeira Instância, tendo este último, com razão, fundamentado a sua decisão no facto de que a Tetra Pak «não podia deixar de ter consciência de que as práticas em causa eram contrárias às regras do Tratado» e no «carácter manifesto e grave das restrições à concorrência resultantes dos abusos em causa» (n.° 48).

125 — Decisão 89/93/CEE da Comissão, de 7 de Dezembro de 1988, relativa a um processo de aplicação dos artigos 85.° e 86.° do Tratado CEE (IV/31.906, vidro plano) (JO 1989, L 33, p. 44).

adoptada a presente decisão, acrescida de três pontos e meio, ou seja, 13,25%». Segundo as recorrentes, essa taxa é anormalmente elevada. Alegaram no Tribunal que, tendo em conta as taxas de juro em vigor (certamente para os depósitos) em relação ao ecu na época em causa, a taxa de juro aplicada pelo Tribunal de Justiça teria sido mais apropriada. O Tribunal considerou (n.º 250) que «as recorrentes não apresentaram nenhum elemento susceptível de demonstrar que a Comissão tenha cometido qualquer erro».

190. Não penso que, ao reagir como fez, o Tribunal tenha respondido correctamente a todos os argumentos invocados pelas recorrentes, no que diz respeito ao aumento de três pontos e meio. A Comissão dispõe, evidentemente, de uma margem de apreciação, quando fixa a taxa de juro adequada. Essa taxa tem em vista evitar que as empresas efectuem manobras dilatórias. Por outro lado, a taxa fixada não deve ser de tal modo elevada que obrigue, de facto, as empresas, a pagar as coimas mesmo que considerem que têm bons fundamentos jurídicos para contestar a validade da decisão da Comissão [126]. Considero que, quando fixa a taxa de juros de mora, a Comissão pode ter um ponto de referência situado a um nível mais elevado do que a taxa de empréstimo média aplicável no mercado, na medida do necessário, para desencorajar os comportamentos dilatórios. Todavia, um aumento de três pontos e meio, sem qualquer explicação, aplicado a uma taxa já de si elevada, não é aceitável.

191. Considero que, ao confirmar a decisão da Comissão neste aspecto, sem verificar se esta tinha algum fundamento convincente, jurídico ou outro, para aplicar esse aumento, o Tribunal cometeu um erro de direito e o seu acórdão deve ser anulado quanto a este ponto.

E — *Síntese das recomendações ao Tribunal de Justiça*

192. Pelas razões que indiquei (n.ºs 173 a 181), considero que as coimas aplicadas à CMB e à Dafra no artigo 6.º da decisão devem ser anuladas, uma vez que o Tribunal rejeitou indevidamente o argumento das recorrentes, segundo o qual a Comissão violou o seu direito a um processo equitativo no que diz respeito à aplicação das coimas. Além disso, embora proponha que sejam rejeitados todos os outros argumentos invocados quanto às coimas, considero que o Tribunal cometeu igualmente um erro de direito, ao manter a taxa de juro fixada no artigo 7.º da decisão, no caso de pagamento tardio das coimas aplicadas.

126 — No acórdão de 25 de Outubro de 1983, AEG/Comissão (107/82, Recueil, p. 3152, n.º 141), o Tribunal de Justiça rejeitou o argumento da recorrente segundo o qual «uma obrigação de pagar juros de mora não tem qualquer base legal em direito comunitário» e considerou que esses juros eram necessários para evitar «a interposição de recursos manifestamente infundados, cujo único objectivo seria o de atrasar o pagamento da coima». V. igualmente o acórdão CB e Europay/Comissão (já referido na nota 115, *supra*, n.ºs 48 e 49).

VII — CEDH

193. As recorrentes defendem igualmente, invocando dois fundamentos de recurso autónomos, que das «numerosas incertezas e alterações nas acusações» que lhes são imputadas, de que o Tribunal e a Comissão são, segundo elas, ambos responsáveis no caso em apreço, e da circunstância de o Tribunal se ter baseado no que descrevem como novos abusos resulta que o Tribunal violou os princípios consagrados nos artigos 6.°, n.° 3 e 7.°, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem (CEDH) [127].

194. Uma vez que, como já descrevi nas secções V e VI, algumas razões se opõem a que reconheça a existência de várias violações do seu direito a um processo equitativo, alegadas pelas recorrentes, não posso admitir que (excepto no que diz respeito à circunstância de a Comissão não ter informado os membros da Cewal, da sua intenção de lhes aplicar coimas) a Comissão ou o Tribunal não tenham cumprido a obrigação — que admito resultar quer dos princípios gerais do direito comunitário quer do artigo 6.°, n.° 3, da CEDH — de informar claramente uma pessoa, acusada de um comportamento que, não sendo de carácter penal, a expõe potencialmente a sanções do género das da acusação (ou das acusações) de que é objecto.

195. No que diz respeito ao princípio «nullum crimen, nulla poena sine lege», uma vez que, como já referi na secção VI, algumas razões me levam a afastar as diversas afirmações das recorrentes, segundo as quais é a primeira vez que um comportamento como o seu foi qualificado de abusivo, e que elas não podiam, portanto, razoavelmente prever, considero que o Tribunal não violou, de modo algum, o artigo 7.°, n.° 1, da CEDH.

VIII — Despesas

196. No caso em apreço, uma vez que, em meu entender, deve rejeitar-se o conjunto das afirmações das recorrentes que põem em causa o mérito da decisão do Tribunal de confirmar a decisão, do mesmo modo que a maior parte dos seus argumentos respeitantes às coimas, considero que, de facto, foram vencidas na acepção dos artigos 69.° e 122.° do Regulamento de Processo e, recomendo, portanto, que o Tribunal de Justiça as condene nas despesas da recorrida e da interveniente.

127 — O artigo 6.°, n.° 3, prevê que «o acusado» tem o direito de «ser informado no mais curto prazo... da natureza e da causa da acusação contra ele formulada», ao passo que, nos termos do artigo 7.°, n.° 1, «ninguém pode ser condenado por uma acção ou uma omissão que, no momento em que foi cometida, não constituía infracção, segundo o direito nacional ou internacional».

IX — Conclusão

197. Tendo em conta as considerações que precedem, recomendo, em primeiro lugar, que o Tribunal de Justiça:

— anule o acórdão do Tribunal de Primeira Instância, na medida em que confirmou as coimas aplicadas às recorrentes e a taxa de juros de mora que as acompanha;

— anule os artigos 6.° e 7.° da Decisão 93/82/CEE da Comissão, de 23 de Dezembro de 1992, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.° do Tratado CEE (IV/32.448 e IV/32.450: Cewal, Cowac, Ukwal) e do artigo 86.° do Tratado CEE (IV/32.448 e IV/32.450: Cewal), na medida em que envolvem as recorrentes.

Quanto ao resto, recomendo que o Tribunal de Justiça:

— negue provimento aos recursos na sua íntegra;

— condene as recorrentes nas despesas da recorrida e de Grinaldi & Coberfret, interveniente.