ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Segunda Secção)

24 de Março de 1994 *

No processo T-3/93,

Société anonyme à participation ouvrière Compagnie Nationale Air France, sociedade de direito francês, com sede em Paris, representada por Eduard Marissens, advogado no foro de Bruxelas, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório da advogada Lucy Dupong, 14 A, rue des Bains,

recorrente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por Francisco Enrique González Díaz, membro do Serviço Jurídico, e Géraud de Bergues, funcionário nacional destacado na Comissão, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de Georgios Kremlis, membro do Serviço Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

recorrida,

* Língua do processo: francês.

apoiada por

Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, representado por John D. Colahan, do Treasury Solicitor's Department, na qualidade de agente, e Christopher Vajda, barrister, do foro de Inglaterra e do País de Gales, com domicílio escolhido no Luxemburgo na Embaixada do Reino Unido, 14, boulevard Roosevelt,

e

British Airways plc, sociedade de direito inglês, com sede em Hounslow (Reino Unido), representada por Richard Fowler, QC, do foro de Inglaterra e do País de Gales, e William Allan e James E. Flynn, solicitors, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório dos advogados Loesch e Wolter, 11, rue Goethe,

intervenientes,

que tem por objecto a anulação da decisão da Comissão de 30 de Outubro de 1992, tornada pública pelo porta-voz do comissário responsável pelas questões de concorrência, através da qual a Comissão se declarou incompetente para conhecer, nos termos do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas (versão corrigida publicada no JO 1990, L 257, p. 13), da aquisição da Dan Air Services Limited pela British Airways plc,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (Segunda Secção),

composto por: J. L. Cruz Vilaça, presidente, C. P. Briët, D. P. M. Barrington, A. Saggio e J. Biancarelli, juízes,

secretário: H. Jung

vistos os autos e após a audiência de 23 de Novembro de 1993,

profere o presente

Acórdão

Matéria de facto e enquadramento jurídico do litígio

1 Na sequência das dificuldades com que se deparou a companhia britânica de transporte aéreo Dan Air Services Limited (a seguir «Dan Air»), pertencente ao grupo Davies and Newman Holdings plc (a seguir «Davies e Newman»), a British Airways plc (a seguir «BA») candidatou-se à aquisição desta empresa. O grupo Davies e Newman compreende uma sociedade principal, a Dan Air, que realiza cerca de 90% do volume de negócios do grupo. A Dan Air detém uma participação de 50% na Gatwick Handling, que por sua vez detém uma participação de 50% na Manchester Handling. O grupo inclui quatro outras sociedades, a Shearwater Insurance Company Limited, a Davies and Newman Travel Limited, a Airways Leasing Company Limited e a Dan Air Aviation Limited.

2 A aquisição da Dan Air não foi notificada à Comissão, nos termos do Regulamento (CEE) n.° 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas (versão corrigida publicada no JO 1990, L 257, p. 13, a seguir «regulamento»). Houve, todavia, contactos oficiosos com os serviços da Comissão. Em 16 de Outubro de 1992, a BA informou a Merger Task Force (a seguir «MTF») do projecto de concentração. Nessa data, os seus advogados comunicaram por escrito aos serviços da Comissão que, na sua opinião, a operação não era abrangida pelo âmbito de aplicação do regulamento, em virtude de a Davies e Newman não realizar, nas condições em que estava projectada a operação, um volume de negócios de pelo menos 250 milhões de ecus no mercado comum. Pediram a esses serviços para os informarem, logo que possível, da sua reacção a esta análise. A essa carta ia anexo um memorando do qual resultava que o volume de negócios realizado pela Davies e Newman durante o último exercício social, encerrado em 31 de Dezembro de 1991, era superior ou inferior a 250 milhões de ecus consoante se tivesse ou não em conta o volume de negócios resultante da actividade «charter» da Dan Air. Nesta última hipótese, o volume de negócios era, segundo esse documento, de 232,9 milhões de ecus. Por carta de 21 de Outubro de 1992, os serviços da Comissão (MTF) confirmaram à BA que, perante as informações transmitidas, a operação projectada não revestia, em primeira análise, dimensão comunitária. Essa carta precisava que apenas vinculava os serviços e não a própria Comissão.

3 As disposições pertinentes do regulamento são as seguintes:

Artigo 1.°:

« 1. O presente regulamento é aplicável a todas as operações de concentração de dimensão comunitária...

2. Para efeitos de aplicação do presente regulamento, uma operação de concentração é de dimensão comunitária:

a) Quando o volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas em causa for superior a 5 mil milhões de ecus;

e

b) Quando o volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 250 milhões de ecus,

a menos que cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-membro.»

Artigo 3.°:

« 1. Realiza-se uma operação de concentração:

...

b) Quando:

— uma ou mais pessoas, que já detêm o controlo de pelo menos uma empresa...adquirem directa ou indirectamente, por compra de partes de capital ou de elementos do activo, por via contratual ou por qualquer outro meio, o controlo do conjunto ou de partes de uma ou de várias outras empresas.

...»

Artigo 4.°:

« 1. As operações de concentração de dimensão comunitária abrangidas pelo presente regulamento devem ser notificadas à Comissão no prazo de uma semana após a conclusão do acordo ou o anúncio da oferta pública de aquisição ou de troca ou a aquisição de uma participação de controlo. Esse prazo começa a contar a partir da data em que ocorra o primeiro desses acontecimentos.

...»

Artigo 5.°:

« 1. O volume total de negócios referido no n.° 2 do artigo 1.° inclui os montantes que resultam da venda de produtos e da prestação de serviços realizadas pelas empresas em causa durante o último exercício e correspondentes às suas actividades normais, após a dedução dos descontos sobre vendas, do imposto sobre o valor acrescentado e de outros impostos directamente relacionados com o volume de negócios...

2. Em derrogação do n.° 1, se a concentração consistir na aquisição de parcelas, com ou sem personalidade jurídica própria, de uma ou mais empresas, só será tomado em consideração, no que se refere ao cedente ou cedentes, o volume de negócios respeitantes às parcelas que foram objecto de transacção.

Todavia, caso entre as mesmas pessoas ou empresas sejam efectuadas, num período de dois anos, duas ou mais das transacções referidas no primeiro parágrafo, tais operações serão consideradas como uma única operação de concentração, efectuada na data daquela que tenha ocorrido em último lugar.

...»

Artigo 6.°:

« 1. A Comissão procederá à análise da notificação logo após a sua recepção.

a) Se a Comissão chegar à conclusão de que a operação de concentração notificada não é abrangida pelo presente regulamento, fará constar esse facto por via de decisão;

...»

Artigo 22.°:

« 3. Se se verificar, a pedido de um Estado-membro, que uma operação de concentração, tal como definida no artigo 3.°, mas sem dimensão comunitária na acepção do artigo 1.°, cria ou reforça uma posição dominante, dando assim origem a entraves significativos a uma concorrência efectiva no território do Estado-membro em questão, a Comissão pode, na medida em que essa concentração afecte o comércio entre Estados-membros, tomar as decisões previstas nos n.os 2, segundo parágrafo, e n.os 3 e 4 do artigo 8.°

...»

4 Em 23 de Outubro de 1992, em acordo celebrado entre a Davies e Newman, por um lado, e a BA, por outro («Agreement relating to the sale and purchase of part of the undertaking of Davies Newman Holdings PLC», acordo relativo à venda e à aquisição de uma parte da empresa Davies Newman Holdings PLC, a seguir «acordo de 23 de Outubro de 1992»), foram fixadas as condições da operação.

5 O acordo de 23 de Outubro de 1992 contém designadamente as estipulações seguintes:

« 2 AGREEMENT TO SELL THE SHARES AND ASSETS

Subject to the terms and conditions of this Agreement, with effect from 1 November, 1992 the Vendor shall sell as beneficial owner and the Purchaser, relying only on the terms and undertakings contained in this Agreement, shall purchase the Shares and the Assets free from all claims of the Vendor but subject to charges, liens, equities and encumbrances of third parties and together with all rights and advantages now and hereafter attaching thereto.

3 CONSIDERATION

The aggregate consideration for the purchase of the Shares and the Assets shall be:

3.1. £1 which shall be paid to the Vendor at Completion; and

3.2. the assumption by the Purchaser of the Liabilities.

4 CONDITIONS

4.1. *Conditions Precedent* Completion of this Agreement is conditional upon:

(omissis)

4.1.2. the Office of Fair Trading indicating in terms satisfactory to the Purchaser that it is not the intention of the Secretary of State for Trade and Industry to refer the proposed acquisition of the Shares and Assets by the Purchaser, or any matters arising therefrom, to the Monopolies and Mergers Commission;

4.1.3. the European Commission indicating in terms satisfactory to the Purchaser that neither the proposed acquisition of the Shares and Assets by the Purchaser nor any matters arising therefrom give rise to a concentration falling within the scope of Council Regulation (EEC) 4064/89;

(omissis)

4.1.5. the completion to the reasonable satisfaction of the Purchaser of the discontinuation or disposal of the charter operations of the Group as part of the rationalisation of the Group and preservation of its remaining business comprising:

a) the disposal or transfer of ownership and/or possession of all aircraft owned, leased or held on hire purchase by the Company which have been identified by the Purchaser in writing prior to exchange of this Agreement to the Vendor as surplus to the requirements of the proposed future scheduled operations of the Group;

b) the transfer, repudiation or termination of all contracts for charter flights by the Group;

c) the effective termination of employment of employees employed by the Company or by the Vendor or the Group in the business of the Company in accordance with the provisions of the document in the agreed terms;

d) the disposal to the Vendor of all books and records which contain information exclusively in respect of the charter operations of the Group;

(omissis)

4.2. *Waiver* The Purchaser may, in its sole discretion, waive any of the conditions referred to in clauses 4.1.2 to 4.1.19 by written notice to the vendor... on or before 5 pm on the last day for satisfaction of such conditions.

(omissis)

6 COMPLETION

6.1. *Date and place*: Subject as hereinafter provided, Completion shall take place at the offices of the Purchaser's Solicitors on a date specified by the Purchaser which will be on or after 1 November, 1992 but otherwise not more than 3 days after the conditions set out in Clause 4.1 are satisfied. Any notice by the Purchaser specifying such date may be revised by notice at the Purchaser's discretion, provided that the revised date is within such 3 day period.»

[« 2 ACORDO DE VENDA DE ACÇÕES E ACTIVOS

Nos termos e condições do presente acordo, e com efeitos a partir de 1 de Novembro de 1992, o vendedor venderá, na qualidade de proprietário, e o comprador, com base apenas nos termos e compromissos contidos no presente acordo, comprará as acções e activos livres de quaisquer créditos ou privilégios do vendedor, mas onerados com os encargos, reservas, acções e direitos a favor de terceiros, bem como os direitos e privilégios que lhes estão ou estarão inerentes.

3 PREÇO

A contraprestação total pela aquisição das acções e activos consistirá:

3.1 no pagamento de 1 UKL ao vendedor, na data da conclusão do contrato, e

3.2 na assunção do passivo pelo comprador.

4. CONDIÇÕES

4.1 *Condições prévias:* a conclusão do presente acordo está subordinada a que:

(omissis)

4.1.2 o Office of Fair Trading declare, em termos satisfatórios para o comprador, que não é intenção do Secretary of State for Trade and Industry submeter o projecto de aquisição das acções e activos pelo comprador nem qualquer questão com ele relacionada à Monopolies and Mergers Commission;

4.1.3 a Comissão Europeia declare, em termos satisfatórios para o comprador, que nem o projecto de aquisição das acções e activos pelo comprador nem qualquer questão com ele relacionada constituem uma concentração abrangida pelo Regulamento (CEE) n.° 4064/89 do Conselho;

(omissis)

4.1.5 seja realizada, de forma razoavelmente satisfatória para o comprador, a cessação ou a cessão das actividades 'charter' do grupo no âmbito da sua racionalização e manutenção das actividades restantes, incluindo:

a) a cessão ou transferência da propriedade e/ou da posse de todas as aeronaves detidas em regime de propriedade, aluguer ou *leasing* pela companhia, que foram identificadas pelo comprador, por escrito, ao vendedor, antes da elaboração do presente acordo, como excedendo as necessidades das actividades futuras previstas de transporte aéreo regular do grupo;

b) a cessão, denúncia ou rescisão pelo grupo de todos os contratos para voos 'charter';

c) a cessação efectiva da relação de trabalho das pessoas empregadas pela companhia ou pelo vendedor ou pelo grupo nas actividades da companhia, em conformidade com as disposições do documento e nos termos acordados;

d) a entrega ao vendedor de todos os livros contabilísticos e de todos os processos que contenham informações relacionadas exclusivamente com as actividades 'charter' do grupo;

(omissis)

4.2 *Cláusula de renúncia:* O comprador pode, unilateralmente, renunciar a algumas das condições referidas nas cláusulas 4.1.2 a 4.1.19, por notificação escrita que deverá ser recebida pelo vendedor... antes da data prevista para o cumprimento destas condições, às 17 horas.

(omissis)

6 CELEBRAÇÃO DO CONTRATO

6.1 *Data e lugar:* sem prejuízo das disposições seguintes, a celebração terá lugar no escritório dos advogados do comprador em data a fixar pelo comprador, que se situará em 1 de Novembro de 1992 ou posteriormente, mas de qualquer modo não mais de três dias depois de as condições da cláusula 4.1 terem sido satisfeitas. Qualquer comunicação desta data pelo comprador poderá ser alterada por comunicação ulterior por iniciativa do comprador, com a condição de a nova data se situar dentro do referido período de três dias.»]

6 Em cumprimento da obrigação estipulada na cláusula 4.1.5 do acordo de 23 de Outubro de 1992, a Davies e Newman, antes da conclusão efectiva da operação, cessou as suas actividades «charter» e alienou as partes da empresa que não eram necessárias para o prosseguimento das suas actividades de serviços regulares. A Davies e Newman entregou aos coordenadores respectivos todos os períodos horários que possuía para voos «charter», reduziu a sua frota de 38 aeronaves para doze, rescindiu os contratos «charter» e reduziu o seu pessoal navegante.

7 Através de nova carta, datada de 28 de Outubro de 1992, foram fornecidos esclarecimentos complementares aos serviços da Comissão pelos advogados da BA. Por carta de 30 de Outubro de 1992, estes serviços confirmaram que, na sua opinião, a

operação não apresentava dimensão comunitária. Tal como anteriormente, essa carta precisa que apenas vincula os serviços da Comissão e não antecipa as decisões posteriores desta.

8 Uma declaração do porta-voz do comissário responsável pelas questões de concorrência, datada também de 30 de Outubro de 1992, foi relatada, nos termos seguintes, pela agência noticiosa Europe (a seguir «Agence Europe»), em 31 de Outubro de 1992:

«The proposed concentration between British Airways and Dan Air (disputed by interested third parties in Great Britain) is not considered of Community dimension as one of the quantitative thresholds fixed by the EC regulation on the prior control of mergers is not reached, stated a spokesman for the European Commission on Friday.

The regulation, according to which the Commission may authorise or impede a merger, stipulates in particular that 'the total turnover achieved individually in the Community by at least two of the companies concerned' should be greater than 250 Mecus per year. This amount is not achieved by the regional European airline Dan Air, either within the Community or at world level. The Commission cannot, therefore, intervene. In the name of subsidiarity, it is up to the British Mergers and Monopolies Commission to take a position on the project. Sir Leon Brittan's spokesman stated that the Commission, in its preliminary calculations, did not take into account Dan Air charter flight business because, as a prerequisite for merger with the British number one in air transport, Dan Air (affiliate to the holding company Davies & Newman) should give up this line of business. The merger regulation clearly stipulates on this that 'only the turnover concerning the parties which are the object of the transaction are taken into consideration'.»

[«A concentração projectada entre a British Airways e a Dan Air (contestada por terceiros interessados na Grã-Bretanha) não é considerada de dimensão

comunitária, uma vez que não é atingido um dos limiares quantitativos fixados pelo regulamento CEE relativo ao controlo prévio das fusões, segundo declarou um porta-voz da Comissão Europeia na sexta-feira.

O regulamento, nos termos do qual a Comissão pode autorizar ou impedir uma fusão, dispõe em especial que 'o volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa' deve ser superior a 250 milhões de ecus por ano. Este montante não é atingido pela companhia aérea regional europeia Dan Air, nem no território da Comunidade nem a nível mundial. A Comissão não pode, por isso, intervir. Em nome do princípio da subsidiariedade, compete à British Mergers and Monopolies Commission tomar posição sobre o projecto. O porta-voz de Sir Leon Brittan declarou que a Comissão, nos seus cálculos preliminares, não tomou em conta as actividades de voos 'charter' da Dan Air, visto que, como requisito prévio para a fusão com a principal transportadora aérea britânica, a Dan Air (filial da *holding* Davies e Newman) deveria cessar este tipo de actividade. O regulamento relativo às fusões estabelece claramente a este respeito que 'só será tomado em consideração... o volume de negócios respeitante às parcelas que foram objecto da transacção'.»]

9 O acordo de 23 de Outubro de 1992 foi apresentado às autoridades britânicas competentes em matéria de controlo das concentrações, a saber, o Secretary of State for Trade and Industry (a seguir «Secretary of State»), e o Office of Fair Trading (a seguir «OFT»). Em 2 de Novembro de 1992, o Secretary of State anunciou, através de comunicado de imprensa, que as autoridades nacionais tinham decidido não submeter a operação à Mergers and Monopolies Commission.

10 A transferência dos títulos que materializava a realização efectiva da operação de concentração ocorreu em 8 de Novembro de 1992.

11 Em 9 de Novembro de 1992, a Compagnie nationale Air France (a seguir «Air France») dirigiu à Comissão uma carta que dizia respeito a duas operações. Por um lado, essa carta continha as observações da Air France quanto à operação na origem do presente recurso; por outro lado, incluía as observações da Air France a propósito da aquisição pela BA da TAT European Airlines (a seguir «TAT»). Esta aquisição estava então em fase de análise pela Comissão, na sequência da notificação da operação que lhe tinha sido feita pela BA. Nessa carta, a Air France dava conta das alterações no funcionamento do mercado que resultavam da posição dominante adquirida, na sua opinião, pela BA, após cada uma dessas operações.

12 No que se refere mais especialmente à operação em causa no presente processo, a recorrente contestava nessa carta a interpretação do regulamento feita pela Comissão, sublinhando que, na sua opinião, não havia que ter em conta, para a avaliação dos volumes de negócios a considerar para efeitos de apreciação da dimensão comunitária da operação, o facto de a actividade «charter» exercida pela empresa absorvida dever ser abandonada por ela.

13 Na sua resposta à recorrente, datada de 17 de Novembro de 1992, o comissário responsável pelas questões de concorrência, Sir Leon Brittan, manteve o ponto de vista inicialmente formulado pela Comissão, sublinhando, por um lado, que, na sua opinião, a cessação da actividade «charter» era anterior à aquisição da Dan Air pela BA, e que, por outro lado, nos termos do artigo 5.°, n.° 2, primeiro parágrafo, do regulamento, devia ter-se em conta apenas o volume de negócios das actividades objecto de aquisição. A própria recorrente replicou a essa resposta, em 23 de Novembro de 1992, confirmando a sua interpretação inicial do regulamento.

14 Em 27 de Novembro de 1992, a Comissão decidiu que não se opunha à aquisição da TAT pela BA, cuja compatibilidade com o mercado comum considerava não levantar dúvidas sérias, nas condições previstas no artigo 6.°, n.° 1, alínea b), do regulamento (JO 1992, C 326, p. 16).

15 A publicação dessa decisão provocou nova carta dirigida ao comissário pela recorrente, em 2 de Dezembro de 1992, a que o comissário respondeu em 21 de Dezembro de 1992, mantendo a interpretação inicial do regulamento feita no processo em questão e informando a recorrente de que o Governo belga tinha apresentado um pedido, nos termos do artigo 22.°, n.° 3, do regulamento. A Comissão pronunciou-se sobre esse pedido em 17 de Fevereiro de 1993 (JO 1993, C 68, p. 5). Nessa data, a Comissão declarou que a operação não tem dimensão comunitária e que não cria nem reforça qualquer posição dominante no território do Reino da Bélgica.

Tramitação processual

16 Foi neste contexto que, por petição que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 5 de Janeiro de 1993, a Air France pediu a anulação da decisão de 30 de Outubro de 1992, tornada pública nessa data pela declaração, já referida, do porta-voz do comissário responsável pelas questões de concorrência.

17 Em requerimento separado apresentado no mesmo dia, a recorrente pediu a apensação do presente processo ao processo T-2/93, apresentado no mesmo dia, e destinado à anulação da decisão da Comissão de 27 de Novembro de 1992, já referida. A Comissão informou, em 20 de Janeiro de 1993, que não era favorável à apensação dos dois processos, por serem demasiado diferentes. As partes foram informadas de que, nesta fase, o presidente do Tribunal não encarava a hipótese de apensar os processos.

18 Em 27 de Agosto de 1993, a recorrente apresentou um novo pedido de apensação do presente processo ao processo T-2/93. A Comissão informou o Tribunal, em 6 de Outubro de 1993, de que não era favorável à apensação dos processos.

19 Em requerimento separado, que deu entrada na Secretaria em 24 de Fevereiro de 1993, a Comissão suscitou uma questão prévia de admissibilidade, nos termos previstos no artigo 114.° do Regulamento de Processo. A recorrente apresentou, em 2 de Abril de 1993, as suas observações quanto à questão prévia de admissibilidade. Por despacho do Tribunal, de 28 de Maio de 1993, a questão prévia de admissibilidade foi remetida para apreciação juntamente com o mérito. A fase escrita do processo entre as partes principais terminou em 6 de Outubro de 1993, com a apresentação da tréplica da Comissão.

20 Em 21 de Maio de 1993, o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte (a seguir «Reino Unido») apresentou um pedido de intervenção em apoio dos pedidos da recorrida, nos termos previstos no artigo 37.° do Estatuto CEE do Tribunal de Justiça, aplicável ao processo no Tribunal de Primeira Instância, por força do artigo 46.°, primeiro parágrafo. Em 26 de Maio de 1993, a BA requereu a intervenção em apoio dos pedidos da recorrida e, além disso, que fosse autorizada a exprimir-se em inglês.

21 Por despacho de 1 de Julho de 1993, o Tribunal admitiu o Reino Unido e a BA como intervenientes no litígio, rejeitou o pedido de derrogação ao regime linguístico apresentado pela BA, na medida em que esse pedido se referia à fase escrita do processo, e reservou a sua decisão quanto ao pedido de derrogação do regime linguístico apresentado pela BA na parte que dizia respeito à fase oral do processo.

22 Por despacho de 21 de Setembro de 1993, o Tribunal admitiu a BA a exprimir-se em inglês na fase oral do processo.

23 A BA e o Reino Unido apresentaram o memorando de intervenção, respectivamente em 31 de Agosto e em 1 de Setembro de 1993. A recorrente apresentou em 5 de Outubro de 1993 as suas observações sobre esses memorandos. Em 6 de Outubro de 1993, a Comissão, por um lado, informou o Tribunal de que não tinha observações a apresentar quanto ao memorando de intervenção da BA e, por outro lado, apresentou as suas observações relativas ao memorando de intervenção do Reino Unido.

24 Com base no relatório do juiz-relator, o Tribunal decidiu iniciar a fase oral do processo sem instrução. Todavia, as partes principais foram convidadas, em 28 de Maio de 1993, a apresentar certos documentos e a responder a certas perguntas escritas do Tribunal. Novos pedidos de apresentação de documentos foram igualmente enviados a todas as partes, em 13 de Julho de 1993. Nessa mesma data, foram também dirigidas algumas perguntas à Comissão e ao Reino Unido.

25 A Comissão apresentou os documentos pedidos e respondeu às perguntas escritas formuladas pelo Tribunal, em 7 de Julho de 1993 e em 6 de Outubro de 1993. Nessa oportunidade, informou o Tribunal de que não dispunha de qualquer documento que contivesse a declaração do porta-voz, objecto do presente litígio. Em 27 de Agosto de 1993, a recorrente respondeu às perguntas formuladas pelo Tribunal e apresentou observações sobre as perguntas dirigidas às outras partes, bem como sobre as respostas dadas pela recorrida. A BA respondeu em 31 de Agosto de 1993 à pergunta formulada pelo Tribunal. O Reino Unido respondeu à pergunta feita e apresentou os documentos pedidos, em 1 de Setembro de 1993.

26 As partes principais e as intervenientes foram ouvidas em alegações e nas respostas às perguntas orais formuladas pelo Tribunal na audiência de 23 de Novembro de 1993.

Pedidos das partes

27 A Air France conclui pedindo que o Tribunal se digne: «anular a decisão de 30 de Outubro de 1992, tornada pública nessa data pelo porta-voz da Comissão e publicada na Agence Europe em 31 de Outubro de 1992, através da qual a Comissão se declarou incompetente para conhecer, nos termos do Regulamento n.° 4064/89 do Conselho, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas, da operação de concentração entre a companhia British Airways e a companhia Dan Air, e condenar a recorrida nas despesas, incluindo as da recorrente».

28 Na questão prévia de admissibilidade, a Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne julgar o recurso inadmissível e condenar a recorrente nas despesas.

29 Nas suas observações relativas à questão prévia de admissibilidade, a recorrente conclui pedindo que o Tribunal julgue admissível o presente recurso.

30 Na contestação, a Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne negar provimento ao recurso e condenar a recorrente nas despesas.

31 O Reino Unido, interveniente, considera que «a Comissão não cometeu qualquer erro de direito ao concluir que a aquisição da Dan Air Services Limited pela British Airways plc não era uma concentração com dimensão comunitária, na acepção do artigo 1.°, n.° 2, do Regulamento n.° 4064/89 do Conselho».

32 A BA, interveniente, «apoia os pedidos da Comissão na medida em que a mesma pede que o Tribunal se digne julgar o recurso da Air France inadmissível e improcedente e condenar a Air France nas despesas, incluindo as efectuadas pela BA na sua intervenção».

Quanto à admissibilidade

33 A questão prévia de admissibilidade suscitada pela Comissão articula-se em quatro partes. Em primeiro lugar, a Comissão argumenta que a declaração impugnada não tem a natureza de decisão susceptível de ser objecto de recurso de anulação; em segundo lugar, sustenta que o recurso não é admissível, tendo em conta a forma do

acto contra o qual se dirige; em terceiro lugar, a Comissão sustenta que a via processual utilizada pela recorrente não é adequada; em quarto e último lugar, a Comissão argumenta que, mesmo admitindo o carácter decisório da declaração impugnada, a recorrente não prova que esta lhe diz directa e individualmente respeito.

Quanto à natureza decisória do acto

Exposição sumária da argumentação das partes

34 Segundo a Comissão, a declaração impugnada não pode ser equiparada a uma decisão susceptível de ser objecto de recurso contencioso, nas condições previstas no artigo 173.° do Tratado CEE. Não é susceptível de produzir efeitos jurídicos, regulando, de forma definitiva e obrigatória, uma situação jurídica, designadamente, porque não vincula as autoridades nacionais, no que diz respeito à declaração da sua competência (acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Março de 1980, Sucrimex/Comissão, 133/79, Recueil, p. 1299; acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 13 de Dezembro de 1990, Nefarma/Comissão, T-113/89, Colect., p. II-797). A este respeito, a Comissão contesta que a decisão de 17 de Fevereiro de 1993, já referida, possa ser interpretada como significando que as autoridades belgas admitiram que a declaração impugnada de 30 de Outubro de 1992 fixava o ponto de partida do prazo de um mês de que dispunham para pedir a aplicação do disposto no artigo 22.°, n.° 3, do regulamento.

35 Segundo a Comissão, o artigo 6.°, n.° 1, alínea a), do regulamento apenas a habilita a decidir quanto à inaplicabilidade do regulamento a uma operação de concentração quando esta lhe tenha sido notificada. Caso essa notificação não tenha sido efectuada, nenhuma disposição do regulamento lhe confere a possibilidade de adoptar uma decisão relativa a essa operação (despachos do Tribunal de Justiça de 17 de Maio de 1989, Itália/Comissão, 151/88, Colect., p. 1255, e de 13 de Junho de 1991, Sunzest/Comissão, C-50/90, Colect., p. I-2917; acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Julho de 1980, Giry e Guerlain, 253/78 e 1/79 a 3/79,

Recueil, p. 2327; acórdão do Tribunal de Primeira Instância, Nefarma/Comissão, já referido).

36 A Comissão considera ainda que, se a declaração impugnada não tem natureza decisória, as respostas dirigidas posteriormente à recorrente pelo comissário responsável pelas questões de concorrência, que tinham natureza meramente graciosa, também não podiam ser consideradas uma decisão (despacho do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Novembro de 1992, SFEI e o./Comissão, T-36/92, Colect., p. II-2479, n.° 48).

37 O Reino Unido considera, pelo contrário, que a declaração do porta-voz da Comissão é uma decisão susceptível de ser objecto de fiscalização jurisdicional (acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1971, Comissão/Conselho, dito «AETR», 22/70, Recueil, p. 263, n.^{os} 33 e segs.). Argumenta que as autoridades britânicas não se teriam declarado competentes para conhecer da operação, na ausência de uma decisão da Comissão que declarasse que essa operação não era de dimensão comunitária.

38 Segundo a BA, a declaração impugnada não constitui uma decisão susceptível de ser objecto de recurso. A expressão da posição da MTF, nas suas duas cartas de 21 e 30 de Outubro de 1992, já referidas, não produziu qualquer efeito jurídico. Caso a operação devesse ter sido notificada à Comissão — *quod non* —, essas cartas não poderiam fazer desaparecer tal obrigação relativamente à BA. Segundo a interveniente, tais cartas não habilitavam os Estados-membros a fazer a aplicação da sua legislação nacional. Tal competência resulta directamente do regulamento e da circunstância de a operação não revestir uma dimensão comunitária. Finalmente, essas cartas não privavam a Comissão da possibilidade de ulteriormente fazer uso das suas próprias competências.

39 A recorrente considera, por seu lado, que o acto impugnado, tendo natureza decisória, é susceptível de ser objecto de recurso de anulação. Sustenta que, para existir, uma decisão deve apenas ter sido adoptada pela Comissão. Ora, a Comissão

não contesta que chegou à convicção da sua incompetência para proceder a uma análise, nos termos do regulamento, da aquisição da Dan Air pela BA. No caso vertente, o porta-voz teria declarado publicamente que fora adoptada pela Comissão uma decisão de incompetência, baseada no regulamento, mais especialmente, nos seus artigos 1.°, n.° 2, alínea b), e 5.°, n.° 2, indicando assim, por um lado, que a aquisição da Dan Air pela BA era uma operação de concentração, na acepção do artigo 3.° do regulamento, e, por outro, que só as autoridades nacionais tinham competência para apreciar essa operação.

40 Segundo a recorrente, a declaração do porta-voz punha em relevo dois elementos substanciais. O primeiro elemento era que, em 30 de Outubro de 1992, a Comissão tinha chegado à convicção de que a operação não era de dimensão comunitária, pelo que qualquer referência à natureza «preliminar» do acto seria, por isso, inadequada. A BA não teria procedido à notificação da operação posteriormente à declaração do porta-voz, que teria implicado a natureza supérflua dessa formalidade. Segundo a recorrente, a circunstância de a Comissão não ter reagido quando o OFT examinou a operação, e de a Comissão ter, nas suas cartas já referidas, dirigidas à recorrente, mantido o seu ponto de vista, tal como expresso no acto impugnado, permitem provar o carácter definitivo dessa apreciação. O segundo elemento é que, em 30 de Outubro de 1992, a Comissão tinha também chegado à conclusão de que a operação era abrangida pela competência das autoridades britânicas e não podia sustentar-se que essas autoridades podiam declarar-se incompetentes em virtude de a operação apresentar uma dimensão comunitária. A ocorrência da decisão de 17 de Fevereiro de 1993, já referida, confirmaria, aliás, que o Reino da Bélgica também admitiu a natureza decisória da declaração do porta-voz.

41 Na opinião da recorrente, em virtude do seu carácter definitivo, o acto tornado público em 30 de Outubro de 1992 é, do ponto de vista material, idêntico a uma decisão adoptada nos termos do artigo 6.°, n.° 1, alínea a), do regulamento. Com efeito, a distinção entre a declaração impugnada e uma decisão adoptada na sequência de uma notificação seria puramente formal. Referindo-se ao adágio «Tu patere legem quem fecisti», a recorrente sustenta que o acto impugnado tem força obrigatória, no sentido de que a Comissão está vinculada pela declaração do seu porta-voz, de 30 de Outubro de 1992. A ausência, no regulamento, de qualquer

processo de queixa reforça a possibilidade de, caso não seja aceite a admissibilidade de um recurso do tipo do interposto pela recorrente, a Comissão decidir, sem qualquer possibilidade de recurso jurisdicional, das questões de princípio relativas à interpretação do regulamento.

42 A discussão quanto aos poderes de «avocação» da Comissão, em matéria de operações de concentração não notificadas, não tem qualquer pertinência. A verdadeira questão diz respeito não ao facto de a Comissão se ter abstido de tomar conhecimento de uma operação que não lhe foi notificada, mas ao facto de se ter declarado incompetente no que respeita a essa operação. Por conseguinte, segundo a recorrente, a verdadeira questão de competência que este processo coloca é a de saber se, na ausência de notificação da operação, a Comissão tinha competência para declarar que essa operação se situava fora do âmbito de aplicação do regulamento.

Apreciação do Tribunal

43 A título preliminar, o Tribunal recorda que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, «para determinar se as medidas impugnadas constituem actos na acepção do artigo 173.° é... na sua substância que se deve atentar... Constituem actos ou decisões susceptíveis de ser objecto de recurso de anulação, na acepção do artigo 173.°, as medidas que produzem efeitos jurídicos obrigatórios, susceptíveis de afectar interesses do recorrente, alterando de forma nítida a situação jurídica deste» (acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Novembro de 1981, IBM/Comissão, 60/81, Recueil, p. 2639; v., no mesmo sentido, o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Julho de 1990, Automec/Comissão, T-64/89, Colect., p. II-367).

44 Para apreciar, à luz da jurisprudência anteriormente recordada, se a declaração controvertida apresenta a natureza de acto susceptível de ser objecto de recurso de anulação, há pois que examinar em que medida essa declaração produz efeitos jurídicos. Deste ponto de vista, o Tribunal considera que a declaração impugnada produz efeitos jurídicos a vários títulos.

45 O Tribunal considera que o acto impugnado produziu, antes de mais, uma série de efeitos jurídicos em relação aos Estados-membros. A esse respeito, há que notar que, tendo em conta a sua economia geral, a aplicação do regulamento exclui, em princípio, a aplicação de outras disposições, designadamente das legislações nacionais que tenham igualmente por objecto o controlo das operações de concentração de empresas, que, em caso de inaplicabilidade do regulamento a uma operação determinada, são em princípio aplicáveis a essa operação. Relativamente a uma operação determinada, a legislação ou as legislações nacionais eventualmente susceptíveis de ser aplicáveis dependem da localização das empresas que são partes nessa operação e da dos mercados e actividades abrangidos por esta. No caso vertente, a declaração do comissário responsável pelas questões de concorrência, declarando publicamente a inaplicabilidade do regulamento à operação em causa, teve como efeito confirmar, com segurança, a competência dos Estados-membros cujo território é mais especialmente abrangido, tendo em conta a localização dos operadores económicos partes na operação e os serviços aéreos em causa, ou seja, o Reino Unido e a República Francesa, para apreciar a operação de concentração sob crítica, à luz da sua própria legislação nacional relativa ao controlo das operações de concentração. Aliás, um dos dois Estados-membros referidos examinou efectivamente a operação em causa, à luz da sua própria legislação. A esse respeito, o Tribunal sublinha que o Reino Unido, interveniente em apoio dos pedidos da recorrida, concluiu ele próprio pela admissibilidade do presente recurso, precisando, com razão, que a declaração do Secretary of State, de 2 de Novembro de 1992, fora tornada possível pela declaração impugnada de 30 de Outubro de 1992, que afirmava publicamente a inaplicabilidade do regulamento à operação em questão.

46 Além disso, o acto impugnado produziu efeitos em relação a qualquer outro Estado-membro cujo território seja, directa ou indirectamente, abrangido pela operação em causa. Com efeito, quando a Comissão, como no presente caso, tenha declarado publicamente que uma operação de concentração determinada não tem dimensão comunitária, desaparece qualquer incerteza quanto à satisfação das condições necessárias à aplicação, por um ou mais Estados-membros, do disposto no artigo 22.°, n.° 3, do regulamento. Deste ponto de vista, o Tribunal constata que, também aí, a disposição em causa foi, no presente caso, e, pela primeira vez após a entrada em vigor do regulamento, efectivamente aplicada por um Estado-membro, concretamente, o Reino da Bélgica. Além disso, como a recorrente observou, o pedido do Reino da Bélgica foi apresentado, de facto, no prazo de um mês, previsto pela referida disposição, a contar da declaração impugnada.

47 O Tribunal considera seguidamente que o acto impugnado produziu também efeitos jurídicos em relação às empresas que são parte na operação de concentração. De facto, essa declaração teve como efeito, como aliás confirmam as cartas dirigidas à recorrente pelo comissário responsável pelas questões de concorrência, anteriormente à interposição do presente recurso, dispensar as empresas abrangidas por esta operação de notificar a mesma à Comissão, nas condições previstas no artigo 4.°, n.° 1, do regulamento. A esse propósito, deve observar-se em particular que, tendo em conta o carácter suspensivo que, por força do artigo 7.°, n.° 1, do regulamento, se atribui, em princípio, à notificação de uma operação de concentração de dimensão comunitária, dar a conhecer publicamente às empresas interessadas numa operação que as mesmas não têm a obrigação de a notificar, equivale, à luz do direito comunitário das concentrações, a permitir a respectiva realização imediata. Pelo que, à luz do direito comunitário, a declaração impugnada teve como efeito tornar imediatamente possível, mal foi divulgada, a aquisição da Dan Air pela BA.

48 A esse respeito, o Tribunal sublinha, além disso, que é com razão que a recorrente sustenta que, nas circunstâncias do caso vertente, a instituição recorrida está vinculada pelos termos da declaração impugnada. Com efeito, tendo em conta a natureza dificilmente reversível de uma operação do tipo da que está em causa, a realização com êxito de tal operação é incompatível com uma situação de insegurança jurídica dos operadores económicos envolvidos.

49 Neste ponto da análise, o Tribunal observa que o acto impugnado deve ser claramente distinguido das cartas dirigidas à BA em 21 e 30 de Outubro de 1992, já mencionadas, devido não apenas aos efeitos jurídicos que desse acto resultam para as empresas envolvidas na operação, tal como acabam de ser analisados, mas ainda às diferenças de forma que revestem essas apreciações, sucessivamente feitas sobre a operação em causa. Com efeito, as cartas dirigidas à BA, em 21 e 30 de Outubro de 1992, emanam apenas dos serviços da Comissão e precisam aliás, de forma expressa, que não vinculam a Comissão enquanto tal; pelo contrário, o acto impugnado deve ser visto como emanando do membro da Comissão responsável pelas questões de concorrência e, por isso, vinculou publicamente o colégio dos comissários no seu todo, sobretudo quando é pacífico que a instrução do presente processo revelou que a Comissão decidiu subscrever o respectivo conteúdo.

50 Resulta do conjunto das considerações de direito e de facto acima analisadas que é sem razão que a Comissão sustenta que a apreciação e a qualificação jurídicas tornadas públicas em 30 de Outubro de 1992 tinham natureza preliminar. Este qualificativo poderia, é certo, atribuir-se às apreciações efectuadas pela MTF nas suas cartas de 21 e 30 de Outubro de 1992, mas não pode, de forma nenhuma, ser aplicável ao acto impugnado, que emana de um membro da Comissão exprimindo-se em nome desta. Assim, pelas razões acima expostas, a declaração impugnada tem uma natureza jurídica diferente da do parecer emitido pela MTF, na resposta dirigida à BA, na mesma data que o acto impugnado. De facto, embora essa carta da MTF tenha efectivamente a natureza de «carta de arquivamento», na acepção do acórdão Giry e Guerlain e o., já referido, invocado pela instituição recorrida, e não possa, por consequência, ser objecto de recurso de anulação, o mesmo não se passa com a declaração controvertida. De resto, como a recorrente sublinha, a Comissão não pode utilmente afirmar ter decidido tornar pública uma apreciação que não tinha carácter definitivo. Na realidade, a instrução do processo provou suficientemente que a posição da Comissão estava definida tanto quanto ao carácter de concentração da operação como quanto à ausência de dimensão comunitária dessa operação. Ao invocar os cálculos preliminares efectuados, o comissário pretendeu referir não os cálculos provisórios, mas os cálculos prévios, necessários à apreciação da dimensão comunitária de qualquer operação de concentração de empresas.

51 Por conseguinte, o Tribunal considera que os efeitos da declaração impugnada são, do ponto de vista dos operadores económicos que são parte na operação projectada, idênticos aos que resultariam para eles de uma decisão através da qual a Comissão declarasse, na sequência de uma notificação da operação que lhe tivesse sido devidamente submetida, que esta não era de dimensão comunitária, nas condições previstas no artigo 6.°, n.° 1, alínea a), do regulamento. Do ponto de vista dos Estados-membros e dos terceiros, em particular dos concorrentes directos dos operadores que são parte na operação de concentração, esses efeitos são pelo menos idênticos aos que resultariam para eles de uma decisão formal da Comissão, também adoptada nos termos dessa disposição do regulamento. Ora, não se contesta que uma decisão dessa natureza seria susceptível de ser objecto de recurso de anulação perante o órgão jurisdicional comunitário.

52 Por isso, o argumento da Comissão, segundo o qual ela só poderia declarar a ausência de dimensão comunitária de uma operação nas condições previstas no artigo 6.°, n.° 1, alínea a), do regulamento, ou seja, na sequência de uma notificação da operação, deve ser afastado. Os efeitos jurídicos da declaração impugnada estão, portanto, nesta fase da análise, suficientemente provados, quer se trate dos efeitos em relação aos operadores directamente envolvidos na operação de concentração, aos Estados-membros ou a terceiros.

53 Para além do mais, o Tribunal considera infundada a tese da Comissão segundo a qual, para admitir que a declaração impugnada tem a natureza de decisão, seria necessário considerar que a Comissão «chamou a si o assunto». Com efeito, deste ponto de vista, o Tribunal considera que admitir que a declaração impugnada contém uma decisão susceptível de ser objecto de recurso contencioso, significa apenas que, com base no parecer emitido pela MTF, em resposta ao pedido que lhe fora apresentado pela BA, a Comissão deu a conhecer publicamente a inaplicabilidade do regulamento à operação em causa. Ora, uma vez que este regulamento, cuja aplicação não depende apenas da vontade das partes, habilita a Comissão a analisar certas operações de concentração, o Tribunal considera que, contrariamente ao que a Comissão sustenta, ela é necessariamente competente para verificar a sua própria competência relativamente a uma determinada operação, independentemente de qualquer notificação da referida operação, e declarar, como no caso vertente, que o regulamento não é aplicável a uma operação determinada.

54 Daí resulta que a primeira parte da questão prévia da admissibilidade, tal como foi suscitada pela Comissão, deve ser rejeitada.

Quanto à forma do acto

55 Segundo a Comissão, a declaração impugnada também não tem a natureza de decisão, em razão da sua forma; não visa nenhum destinatário concretamente identificado e não corresponde à comunicação de uma decisão adoptada por ela, mas exprime um simples parecer quanto à interpretação do regulamento. Além disso,

feita verbalmente, essa comunicação, destinada ao público, não era susceptível de ser notificada, na acepção do artigo 191.° do Tratado. A recorrente ficou aliás, por esse motivo, na impossibilidade material de apresentar, em anexo ao seu recurso, a pretensa decisão da Comissão, violando o disposto no artigo 19.° do Estatuto CEE do Tribunal de Justiça.

56 As intervenientes e a recorrente não apresentaram observações particulares a este respeito.

57 O Tribunal recorda, a título preliminar, que resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que «a escolha da forma do acto não altera a natureza do mesmo» (acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Maio de 1977, Koninklijke Scholten Honig/Conselho e Comissão, 101/76, Recueil, p. 797), e que «a forma em que os actos ou decisões são tomados é, em princípio, indiferente no que respeita à possibilidade de os impugnar através de recurso de anulação» (acórdão IBM/Comissão, já referido; v. também, no mesmo sentido, o acórdão «AETR», já referido). É à luz desta jurisprudência que se deve analisar o alcance desta segunda parte da questão prévia de admissibilidade suscitada pela recorrida.

58 A esse respeito, o Tribunal verifica que o acto impugnado reveste uma forma invulgar, uma vez que, por um lado, resulta da instrução, e designadamente das respostas dadas pela Comissão às perguntas escritas do Tribunal, que não existe qualquer documento escrito, além da transcrição que foi publicada por certas agências noticiosas, como a publicada pela Agence Europe, e que, por outro lado, a publicidade muito ampla dada a essa declaração tende, pela sua própria forma, a aproximá-la de um acto de alcance geral, mais do que de uma decisão de carácter individual. O Tribunal observa, todavia, quanto à forma não escrita do acto, que, segundo jurisprudência assente, acima recordada (v. *supra*, n.° 43), as possibilidades de recurso jurisdicional têm em conta, antes de mais, o conteúdo do acto e a questão de saber se este produz efeitos jurídicos que afectam pessoalmente o recorrente. Além disso, o juiz comunitário já aceitou a admissibilidade de recursos dirigidos contra actos materializados de forma invulgar, como uma decisão meramente verbal (acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Fevereiro de 1984, Kohler/Tribunal de Contas, 316/82 e 40/83, Recueil, p. 641). No caso em análise, a materialidade

dos termos da declaração, longe de ter sido contestada pela instituição, foi, pelo contrário, amplamente confirmada por ela, quer no âmbito da troca de correspondência, acima recordada, anterior à interposição do presente recurso, quer aquando da instrução do mesmo recurso. Quanto à natureza das medidas de publicidade conferidas ao acto, deve recordar-se que estas, alheias ao acto em si mesmo, não têm qualquer incidência na sua legalidade e têm apenas efeito quanto ao momento em que começam a correr os prazos de recurso contra esse acto.

59 Por conseguinte, o Tribunal considera que devem ser afastados tanto o argumento baseado no facto de a recorrente não ter podido juntar à sua petição uma cópia da declaração impugnada, como o argumento baseado no facto de a declaração impugnada não ter, até hoje, começado a produzir efeitos, por não ter sido correctamente notificada às empresas abrangidas pela operação de concentração, uma vez que, como se disse anteriormente, para a solução do presente litígio, a declaração impugnada produziu de facto efeitos relativamente a terceiros.

60 Daqui resulta que a segunda parte da questão prévia de admissibilidade suscitada pela Comissão deve ser afastada.

Quanto à «excepção de recursos paralelos»

Exposição sumária da argumentação das partes

61 Segundo a Comissão, a declaração impugnada não obstava de forma alguma a que a recorrente, se considerasse ter razão para isso, interpelasse a Comissão para que esta intimasse a BA a notificar a operação. Essa interpelação teria aberto à recorrente a via da acção por omissão, nas condições previstas no artigo 175.° do Tratado, em caso de silêncio da sua parte, ou, no caso contrário, a via do contencioso de anulação. No caso vertente, todavia, a Air France nunca teria apresentado tal pedido.

62 A Comissão sustenta também que, no âmbito do contencioso de anulação, a recorrente deveria ter dirigido os seus pedidos contra uma das respostas que lhe foram dirigidas pelo membro da Comissão responsável pelas questões da concorrência, em vez de os dirigir contra a declaração de 30 de Outubro de 1992, de que não é destinatária. Além disso, compete à recorrente, considera a Comissão, num prazo razoável posterior a 31 de Outubro de 1992, data em que ficou em condições de ter conhecimento da existência da declaração impugnada, pedir à instituição a respectiva comunicação. Na ausência dessa diligência, o recurso seria inadmissível.

63 Finalmente, a Comissão sustenta que o contencioso deveria ter sido apresentado aos órgãos jurisdicionais nacionais, com a possibilidade de ser decidida pela via de uma questão prejudicial submetida ao Tribunal de Justiça, nos termos previstos no artigo 177.° do Tratado, a questão da dimensão comunitária da operação. A Comissão considera que, com efeito, só a decisão tomada pelas autoridades nacionais poderia, neste caso, afectar a situação da recorrente.

64 O Reino Unido não apresentou observações sobre esta questão.

65 A interveniente BA sublinha que a Air France não apresentou qualquer observação às autoridades britânicas.

66 A recorrente sustenta que a declaração, pela Comissão, da sua incompetência em relação a operações que não lhe sejam notificadas, não pode ter como efeito privar as empresas de uma via judicial contra essa declaração de incompetência. Se se seguisse o raciocínio da Comissão, esta poderia acordar com as empresas que são parte numa operação de concentração, à margem de qualquer fiscalização jurisdicional, que a operação não lhe fosse notificada. Poder-se-ia assim chegar a dois processos distintos, consoante a operação fosse ou não notificada à Comissão.

Apreciação do Tribunal

67 O Tribunal considera que é indiscutivelmente exacto que as vias judiciais preconizadas pela Comissão são, regra geral, as únicas acessíveis a terceiros, no âmbito do contencioso que pode nascer posteriormente aos contactos informais entre as empresas e a Comissão, tais como previstos no n.° 8 da exposição de motivos do Regulamento (CEE) n.° 2367/90 da Comissão, de 25 de Julho de 1990, alterado, relativo às notificações, prazos e audições previstos no Regulamento (CEE) n.° 4064/89 do Conselho, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas (JO L 219, p. 5). Todavia, não são nem adequadas às circunstâncias do presente caso, nem excluem outras vias judiciais. No caso presente, com efeito, a utilização das vias processuais preconizadas pela Comissão teria atrasado inutilmente a solução do litígio, em condições que, como a própria Comissão reconheceu, não são de forma nenhuma compatíveis com o imperativo de celeridade que caracteriza a economia geral do regulamento. Sem pôr em causa o interesse essencial, à luz do princípio da boa administração, do processo de contactos informais, o Tribunal considera, numa preocupação de economia processual e de eficácia da fiscalização jurisdicional, que a recorrente podia, tendo em conta as respostas dadas às suas diferentes cartas dirigidas ao comissário responsável pelas questões de concorrência, considerar legitimamente que uma interpelação dirigida à Comissão não produziria os efeitos esperados e que a via do recurso de anulação estava directamente aberta contra uma declaração que comportava, da parte da autoridade competente, uma qualificação jurídica dos factos.

68 A esse respeito, o Tribunal observa, além disso, que, embora a Comissão tenha sustentado que os pedidos do recurso de anulação deveriam ter sido dirigidos contra uma das respostas dirigidas à recorrente pelo membro da Comissão responsável pelas questões de concorrência, em vez de serem dirigidos contra a declaração impugnada de 30 de Outubro de 1992, a carta enviada em 9 de Novembro de 1992 pela Air France ao comissário responsável pelas questões de concorrência deve ser interpretada como um pedido, à Comissão, de que modifique ou adie a sua própria apreciação dos factos, constante da declaração impugnada de 30 de Outubro de 1992. Nestas condições, a recorrente pôde legitimamente dirigir o seu recurso directamente contra a apreciação inicial da Comissão, tal como foi efectuada em 30 de Outubro de 1992, e não contra a resposta da instituição, datada de 17 de Novembro de 1992, que recusava dar deferimento ao pedido da recorrente, como resulta dos próprios termos dessa carta (v., por analogia, o acórdão do Tribunal de

Primeira Instância de 28 de Outubro de 1993, Zunis Holding e o./Comissão, T-83/92, Colect. p. II-1169).

69 Quanto à objecção de que a recorrente deveria ter dirigido o seu recurso contra a decisão do Secretary of State, porque essa decisão implicava necessariamente que era essa a autoridade competente para decidir sobre a concentração em causa, com a possibilidade de a questão de saber se a operação era de dimensão comunitária ser decidida pelo juiz comunitário, através do artigo 177.° do Tratado, e sem que seja necessário apurar se é possível discutir, perante o órgão jurisdicional nacional, a legalidade de uma decisão, já então definitiva, da Comissão, convém observar, em todo o caso, que a eventual existência de vias judiciais perante o órgão jurisdicional nacional não pode excluir a possibilidade de impugnar directamente, perante o órgão jurisdicional comunitário, a legalidade de uma decisão adoptada por uma instituição comunitária, com base no artigo 173.° do Tratado. Isto é tanto mais verdade no presente caso, quanto, como sublinha com razão a recorrente, o controlo de uma operação de concentração, feito com base na legislação ou em legislações de um ou mais Estados-membros, não pode ser equiparado, no seu alcance e nos seus efeitos, ao exercido pelas instituições comunitárias, com o fundamento de que esses diferentes controlos têm a mesma finalidade. A esse respeito, o Tribunal observa que, contrariamente ao controlo exercido a nível comunitário, o controlo exercido por uma autoridade nacional limita-se à apreciação do alcance da operação no território do Estado-membro em causa e que esse controlo é, aliás, particularmente complexo de fazer em matéria de transportes aéreos internacionais.

70 Finalmente, o Tribunal considera que, nas circunstâncias do presente caso, não se pode sustentar de forma útil que competia à recorrente, num prazo razoável após 31 de Outubro de 1992, data em que a mesma pôde ter conhecimento da declaração impugnada, pedir à instituição que lha comunicasse, uma vez que as cartas dirigidas ao membro da Comissão responsável pelas questões de concorrência devem, tal como se disse (v. *supra*, n.° 68), ser consideradas como destinadas a obter da instituição a revogação ou a alteração da decisão contida na declaração impugnada. Ora, em resposta a estes pedidos, eles próprios apresentados num prazo razoável, o comissário, sem contestar a materialidade da declaração, tal como não contestou a exactidão do seu conteúdo e a interpretação feita pela recorrente, limitou-se a confirmar a sua própria interpretação inicial do regulamento e a

indeferir o pedido da recorrente. Por isso, um pedido de comunicação do acto impugnado era, em todo o caso, supérfluo.

71 Daqui resulta que a terceira parte da questão prévia de admissibilidade, tal como foi suscitada pela Comissão, deve ser rejeitada.

Quanto à questão de saber se a decisão impugnada diz directa e individualmente respeito à recorrente

Exposição sumária da argumentação das partes

72 A Comissão considera que a declaração de 30 de Outubro de 1992 não altera de forma nítida a situação jurídica da recorrente. Admitindo mesmo, considera a Comissão, que o Tribunal chegue à conclusão de que a declaração impugnada constitui um acto que produz efeitos jurídicos obrigatórios, esse acto não causa prejuízo à recorrente, que não provou que a conclusão da Comissão, quanto à inaplicabilidade do regulamento à operação de concentração, modifique, em si, a sua situação. Com efeito, a declaração impugnada não faz um juízo sobre a questão da compatibilidade dessa operação com o mercado comum. Por essa razão também, não pode produzir efeitos jurídicos (acórdãos do Tribunal de Justiça, IBM/Comissão, já referido, e de 24 de Junho de 1986, Akzo Chemie/Comissão, 53/85, Colect., p. 1965).

73 A Comissão é ainda de opinião de que, mesmo que se equiparasse a declaração impugnada a uma decisão tomada nos termos do artigo 6.°, n.° 1, alínea a), do regulamento, ela não diria individualmente respeito à recorrente (acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1963, Plaumann/Comissão, 25/62, Recueil, p. 197; de 14 de Julho de 1983, Spijker/Comissão, 231/82, Recueil, p. 2559; de 28 de Janeiro de 1986, Cofaz/Comissão, 169/84, Colect., p. 391, n.° 25). A circunstância de uma empresa se encontrar numa relação de concorrência com a

empresa abrangida pela operação não é suficiente para que se possa considerar que essa operação lhe diz individualmente respeito.

74 Segundo a Comissão, a tese da recorrente, segundo a qual os limites colocados pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, no que respeita à admissibilidade dos recursos de anulação interpostos por particulares, não devem ser aplicados no domínio das concentrações, conduziria a admitir o recurso de qualquer companhia aérea, ignorando os termos do artigo 173.° do Tratado, que exige que a decisão cuja legalidade se discute diga directa e individualmente respeito ao recorrente (acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Junho de 1982, Lord Bethell/Comissão, 246/81, Recueil, p. 2277, n.° 16).

75 O Reino Unido não apresentou observações particulares sobre este ponto.

76 A BA considera que a Air France não provou que os seus interesses sejam afectados pela medida que contesta (acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Dezembro de 1969, Eridania/Comissão, 10/68 e 18/68, Recueil, p. 459, n.° 7). Segundo a BA, a acusação da recorrente diz respeito, na realidade, a uma pretensa discriminação de que se considera vítima.

77 A recorrente considera que a decisão lhe diz directa e individualmente respeito. Na sua opinião, uma declaração de incompetência da Comissão, para analisar a compatibilidade com o mercado comum da operação em causa, altera a sua situação jurídica. Por um lado, a Comissão parece exigir que a recorrente prove, desde já, a incompatibilidade da operação com o mercado comum. Por outro lado, parece considerar que, em todo o caso, uma declaração de incompetência por parte da Comissão torna as autoridades nacionais competentes em relação à operação de que se trata, sem ter em conta que as apreciações efectuadas pelas autoridades nacionais o são em bases materiais e territoriais diferentes das efectuadas pela Comissão.

78 Segundo a recorrente, o desaparecimento do concorrente Dan Air, em favor de outro que o absorveu, ou seja, a BA, altera suficientemente as posições no mercado para que os concorrentes directos da empresa absorvente sejam individualmente afectados por essa operação. No caso vertente, as consequências que resultam da aquisição da Dan Air pela BA afectam directamente a posição da Air France. A Air France indicou aliás, de forma pormenorizada, nas cartas que dirigiu ao comissário responsável pelas questões de concorrência, às quais se refere expressamente, em que é que a operação lhe dizia directa e individualmente respeito. Não só a BA veio substituir a Dan Air, em Gatwick, mas ainda, nas sete linhas que servem a rota Paris/Londres, a BA passa a controlar ou possuir quatro; na rota Nice/Londres, a parte da BA é de 70% do tráfego, o que lhe confere, neste mercado específico, uma posição dominante manifestamente obstrutora. No mercado das diferentes redes estabelecidas pelos transportadores europeus de grande dimensão, a Air France é o principal concorrente da BA. A aquisição da Dan Air pela BA tem um efeito multiplicador que afecta individualmente a recorrente.

Apreciação do Tribunal

79 Convém recordar liminarmente que «as entidades que não sejam destinatárias de uma decisão só podem afirmar que esta lhes diz individualmente respeito se ela as atingir devido a certas qualidades que lhes são próprias ou a uma situação de facto que as caracteriza em relação a qualquer outra pessoa e, com isso, as individualiza de forma semelhante ao destinatário» (acórdão Plaumann/Comissão, já referido).

80 À luz dos princípios de jurisprudência que acabam de recordar-se, o Tribunal considera, em primeiro lugar, que resulta do exposto (v. *supra*, n.° 47) que, uma vez que permite, de direito e de facto, a realização imediata da operação projectada, a declaração impugnada pode induzir uma alteração imediata da situação do mercado ou dos mercados em questão, que apenas depende então da exclusiva vontade das partes. No caso presente, resulta claramente da análise das cláusulas do acordo de 23 de Outubro de 1992 que o mesmo deveria produzir efeitos a partir de 1 de Novembro de 1992 ou, o mais tardar, na data em que ficassem preenchidas as condições suspensivas que ele continha, entre as quais constava, aliás, a garantia

dada às empresas pela Comissão, em termos suficientemente seguros, de que a operação não era abrangida pelo âmbito de aplicação do regulamento. Nestas condições, e, além disso, tendo a transmissão material dos títulos, que concretizava efectivamente a realização da operação de concentração, ocorrido em 8 de Novembro de 1992, deve considerar-se que a declaração impugnada diz directamente respeito aos operadores económicos, que intervêm no mercado ou nos mercados do transporte aéreo internacional, os quais podiam, à data do acto impugnado, ter por adquirida uma modificação imediata ou rápida do estado do mercado. Em contrapartida, na hipótese de a Comissão ter considerado que a operação era de dimensão comunitária, esses operadores teriam a garantia de que nenhuma alteração do estado do mercado ou dos mercados poderia ocorrer antes de expirar o prazo previsto no artigo 7.°, n.° 1, do regulamento, eventualmente após terem podido fazer valer os seus direitos e terem sido ouvidos.

81 De facto, a declaração pela Comissão de que uma operação de concentração de empresas não é de dimensão comunitária tem como efeito privar os terceiros dos direitos processuais que lhes são conferidos pelo artigo 18.°, n.° 4, do regulamento, direitos esses que, pelo contrário, teriam podido utilizar na hipótese de a operação, de dimensão comunitária, ter sido notificada à Comissão. Por razões que se ligam simultaneamente com os seus efeitos jurídicos imediatos, por um lado, no mercado ou nos mercados abrangidos pela operação de concentração projectada, e, por outro lado, nos direitos processuais de terceiros, a declaração impugnada deve, pois, ser considerada como afectando directamente a posição dos concorrentes no mercado ou nos mercados do transporte aéreo (v., em sentido semelhante, os acórdãos do Tribunal de Justiça de 25 de Outubro de 1977, Metro/Comissão, 26/76, Recueil, p. 1875, e de 19 de Maio de 1993, Cook/Comissão, C-198/91, Colect., p. I-2487, n.° 23).

82 No que se refere, finalmente, à questão de saber se a declaração impugnada diz individualmente respeito à recorrente, o Tribunal observa, em segundo lugar, que resulta da instrução, tal como aliás a Comissão admitiu durante o processo, que a situação da Air France, quanto à operação de concentração em causa, é claramente distinta relativamente à de outros transportadores aéreos internacionais. Com efeito, a operação de concentração traduz-se na substituição da Dan Air pela BA, nas linhas regulares exploradas pela primeira. Resulta da instrução que as ligações aéreas em questão respeitam às relações entre a França e o Reino Unido, por um lado, e às ligações entre a Bélgica e o Reino Unido por outro. No que respeita às relações entre a França e o Reino Unido, as rotas exploradas pela Dan Air têm

como ponto de partida Londres e Manchester e como ponto de chegada Montpellier, Nice, Paris, Pau e Toulouse. As relações entre a Bélgica e o Reino Unido respeitam, por seu lado, à rota Bruxelas/Londres. Em todas estas rotas, a BA reforça substancialmente a sua posição, graças à aquisição da Dan Air, enquanto, paralelamente, o grupo Air France vê a sua posição concorrencial afectada, nas condições que a individualizam em relação a qualquer outro transportador aéreo. Nestas condições, a Air France pode ser equiparada a um destinatário da decisão, no sentido da jurisprudência Plaumann, já referida. Assim, o Tribunal considera que a Air France provou de forma suficiente que o acto impugnado modifica de forma nítida a sua posição no mercado e que lhe diz directa e individualmente respeito, na acepção dos acórdãos Eridania/Comissão e Cofaz/Comissão, já referidos.

83 Por conseguinte, a quarta parte da questão prévia de admissibilidade, tal como foi suscitada pela Comissão, deve ser rejeitada.

84 Resulta de todo o exposto que a questão prévia de admissibilidade suscitada pela Comissão deve ser rejeitada.

Quanto ao mérito

85 Na petição, a recorrente invoca três fundamentos em apoio do seu pedido de anulação:

— o primeiro baseia-se na violação do artigo 1.°, n.^{os} 1 e 2, e do artigo 5.°, n.^{os} 1 e 2, do regulamento;

— o segundo baseia-se na violação do princípio geral da segurança jurídica na aplicação do artigo 1.°, n.^{os} 1 e 2, e do artigo 5.°, n.^{os} 1 e 2, do regulamento;

— o terceiro baseia-se na violação do princípio geral da boa administração, bem como na violação dos artigos 155.° e 190.° do Tratado.

86 Na réplica, a recorrente sustenta também que a decisão impugnada constitui uma violação do princípio geral da igualdade.

Quanto ao primeiro fundamento de anulação, baseado na violação do artigo 1.°, n.^{os} 1 e 2, e do artigo 5.°, n.^{os} 1 e 2, do regulamento

Exposição sumária da argumentação das partes

87 A recorrente contesta a apreciação da Comissão, segundo a qual a operação em questão não tem dimensão comunitária, na acepção do artigo 1.°, n.° 1, do regulamento, por não haver que considerar, para apreciação do volume de negócios realizado pela empresa absorvida, o volume de negócios realizado com a actividade «charter», uma vez que esta actividade deveria ser abandonada antes da operação de concentração que está na origem do litígio.

88 A recorrente considera, em primeiro lugar, que o artigo 5.°, n.° 1, do regulamento impõe à Comissão, para verificar a aplicabilidade do artigo 1.°, n.° 2, que tenha em conta o volume de negócios realizado por uma empresa, parte numa operação de concentração, com as suas actividades normais, durante o último exercício encerrado. Ora, é pacífico que a Dan Air tinha exercido a sua actividade «charter»

durante o último exercício encerrado. Havia, pois, segundo a recorrente, que ter em conta, para a avaliação da dimensão comunitária da operação, o volume de negócios realizado relativamente a esse sector de actividade.

89 A recorrente sustenta, em segundo lugar, que o abandono por uma empresa, parte numa operação de concentração, de um sector de actividade, não origina a aplicação a seu favor do disposto no artigo 5.°, n.° 2, do regulamento, que apenas diz respeito às cessões parciais. Enquanto o prosseguimento das actividades que não são objecto da cessão é uma condição essencial da aplicabilidade do artigo 5.°, n.° 2, do regulamento, a actividade abandonada no decurso do último exercício social encerrado, ou entre a data de fecho desse exercício e a data de realização da operação de concentração, faz parte integrante das actividades cedidas. Ter em conta as alterações ocorridas posteriormente à data de encerramento do exercício de referência, faria perder qualquer efeito útil a essa noção. É por isso que só as modificações que afectam a própria empresa, por aquisição ou cessão de activos, devem ser tomadas em consideração. Esta regra impõe-se ainda mais na hipótese de, como no presente caso, o abandono, pela empresa cedente, de uma parte das suas actividades, se dever a uma obrigação contratual que lhe foi imposta pela empresa cessionária.

90 Segundo a recorrente, a finalidade do critério do volume de negócios do ano de referência é permitir a identificação automática, e sem contestação possível do nível, comunitário ou nacional, a que a avaliação económica da operação deve ser efectuada. Ora, a data de referência, para determinar se essa operação tem dimensão comunitária, não é a mesma em que a Comissão deve situar-se para proceder à avaliação material da operação, como demonstra a decisão da Comissão no processo Accor/Wagons-Lits [Decisão 92/385/CEE da Comissão, de 28 de Abril de 1992, que declara a compatibilidade de uma operação de concentração com o mercado comum (Processo n.° IV/M. 126) (JO L 204, p. 1)]. Uma vez que se trata de um conceito contabilístico, a escolha do exercício social de referência para a avaliação da dimensão da operação deve ser absolutamente respeitada. Além disso, na opinião da recorrente, o passivo correspondente a esse sector de actividade «charter» foi apurado pelo cessionário.

91 A Comissão considera que a interpretação do artigo 5.° do regulamento, proposta pela recorrente, ignora simultaneamente a letra e o espírito do regulamento, bem como a finalidade dos limiares de volume de negócios previstos no artigo 1.°, n.° 2, do regulamento, e o respectivo método de cálculo. Estes limiares destinam-se a reflectir a importância real da operação na estrutura da oferta. Daí resulta que o cálculo do volume de negócios só tem sentido se retratar as empresas na configuração em que se encontram no momento da concentração. Por isso, a Comissão não pode deixar de ter em conta a importância económica dos activos efectivamente cedidos. Tomar em consideração as actividades da Dan Air, que tinham sido abandonadas anteriormente à realização da operação, teria conduzido a uma apreciação errada da importância desta.

92 Embora a referência ao volume de negócios do último exercício encerrado tenha como objectivo fornecer uma base clara e incontestável, não pode todavia levar a ignorar as mudanças estruturais ocorridas posteriormente a essa data. A Comissão considera que nada no artigo 5.°, n.° 2, primeiro parágrafo, do regulamento vem confirmar a interpretação restritiva desta disposição sustentada pela recorrente. A disposição em questão não se preocupa de forma nenhuma com o destino das partes da empresa que não são objecto de transacção. Assim, exclui tanto os casos em que a actividade em questão foi abandonada anteriormente à cessão como os casos em que essa actividade foi prosseguida por um operador diferente do adquirente. Neste caso concreto, a actividade «charter» da Dan Air foi efectivamente abandonada e a circunstância de a BA ter assumido o passivo da Dan Air não significa que a BA tenha adquirido o activo correspondente à actividade «charter» da companhia adquirida. Na hipótese, todavia, de se verificar que a BA contornou a legislação comunitária, a Comissão não hesitaria em fazer uso, em relação a ela, do disposto nos artigos 8.°, n.° 4,14.° e 15.° do regulamento. No caso de a actividade ser retomada num prazo de dois anos, a Comissão deveria analisar a operação no seu conjunto, à data do reinício, em conformidade com os termos do artigo 5.°, n.° 2, segundo parágrafo, do regulamento. Finalmente, a Comissão considera que a solução, preconizada pela recorrente, que consiste em ater-se aos dados contabilísticos, seria susceptível de introduzir desigualdades entre os diferentes Estados-membros, na medida em que as regras de apresentação das contas podem ser diferentes de um Estado-membro para outro.

93 O Reino Unido considera que a exclusão do volume de negócios correspondente à actividade «charter» é conforme com o regulamento, quer se admita que a

transacção em causa comportava a aquisição de apenas uma parte de uma empresa, na acepção do artigo 5.°, n.° 2, do regulamento, quer, a título subsidiário, se admita que a empresa em questão, na acepção do artigo 5.°, n.° 1, do regulamento, é constituída pelos sectores de actividade adquiridos. É manifesto que se, perante a mesma operação de concentração, a Dan Air tivesse continuado a sua actividade «charter», a transacção em causa teria ficado abrangida pelo artigo 5.°, n.° 2, do regulamento. O mesmo aconteceria se a Dan Air tivesse transferido a sua actividade «charter» para um terceiro diferente da BA. O Reino Unido não vê de que forma a solução seria diferente no caso de abandono de uma actividade não transferida. O acordo de aquisição continha, aliás, uma condição alternativa que consistia na obrigação de cessão da actividade ou do abandono desta.

94 A título subsidiário, na hipótese de se entender que o artigo 5.°, n.° 2, não é aplicável, aplicar-se-ia então o artigo 5.°, n.° 1. Com efeito, se o regulamento não contém qualquer definição da noção de empresa, haveria que considerar que o termo visa uma unidade económica. No caso concreto, a parte da Dan Air que deixou de ser independente e passou para o controlo da BA seria a que incluía as actividades da Dan Air diferentes da actividade «charter». Esta parte da actividade era imediatamente identificável pelo seu volume de negócios e deve, segundo a interveniente, ser considerada como a empresa em causa, na acepção do artigo 5.° do regulamento.

95 A BA considera que adquiriu apenas uma parte da empresa Davies e Newman e que, em consequência, só o volume de negócios dessa parte da empresa deve ser imputado ao cedente, nos termos do artigo 5.°, n.° 2, do regulamento. Neste caso particular, a empresa Davies e Newman, que passou para o controlo da BA, é constituída pelo conjunto do pessoal e dos bens necessários ao prosseguimento pela Dan Air apenas das actividades de serviços regulares. É esta a «empresa em causa», do ponto de vista da Davies e Newman, e só o volume de negócios desta empresa deveria ser tido em conta.

96 Segundo a BA, o facto de o abandono da actividade ser voluntário não tem qualquer relevância, uma vez que, após a cessão, os períodos horários, o pessoal e as aeronaves necessários para permitir de novo o arranque das actividades «charter»

da Davies e Newman não passaram para o controlo da BA. Além disso, se, contrariamente à argumentação precedente, a dimensão da empresa Davies e Newman devesse ser apreciada numa data anterior à da realização da operação, seria claro que a BA não adquiriu a totalidade desta empresa e que, por conseguinte, o disposto no artigo 5.°, n.° 2, do regulamento deve aplicar-se.

Apreciação do Tribunal

97 O Tribunal recorda liminarmente que, segundo as disposições pertinentes do regulamento, já referidas, por um lado, nos termos do artigo 1.°, n.° 1, «o presente regulamento é aplicável a todas as operações de concentração de dimensão comunitária...»; nos termos do artigo 4.°, n.° 1, «as operações de concentração de dimensão comunitária abrangidas pelo presente regulamento devem ser notificadas à Comissão no prazo de uma semana após a conclusão do acordo ou o anúncio da oferta pública de aquisição ou de troca ou da aquisição de uma participação de controlo. Esse prazo começa a contar a partir da data em que ocorra o primeiro destes acontecimentos».

98 O Tribunal recorda por outro lado que, nos termos do artigo 3.°, do regulamento, «realiza-se uma operação de concentração... b) Quando: uma ou mais pessoas, que já detêm o controlo de pelo menos uma empresa... adquirem directa ou indirectamente, por compra de partes de capital ou de elementos do activo, por via contratual ou por qualquer outro meio, o controlo do conjunto ou de partes de uma ou de várias outras empresas», e que, nos termos do artigo 1.°, n.° 2, do regulamento, «para efeitos de aplicação do presente regulamento, uma operação de concentração é de dimensão comunitária: a) Quando o volume de negócios total realizado à escala mundial pelo conjunto das empresas em causa for superior a 5 mil milhões de ecus; e b) Quando o volume de negócios total realizado individualmente na Comunidade por pelo menos duas das empresas em causa for superior a 250 milhões de ecus, a menos que cada uma das empresas em causa realize mais de dois terços do seu volume de negócios total na Comunidade num único Estado-membro».

99 Resulta da conjugação do conjunto das disposições citadas que responder à questão de saber se a operação de aquisição da Dan Air pela BA era uma operação de dimensão comunitária, na acepção dessas disposições, equivale a procurar saber se a operação de aquisição, tal como estipulada no acordo de 23 de Outubro de 1992, deveria ser notificada à Comissão. Com efeito, nessa data, o acordo de vontades entre o cessionário e o cedente estava concluído e, por conseguinte, esse acordo constituía, no caso vertente, na hipótese de a operação apresentar uma dimensão comunitária, o ponto de partida do prazo de notificação, tal como é previsto pelo artigo 4.°, n.° 1, do regulamento.

100 A esse propósito, o Tribunal observa antes de mais que, se a aquisição parcial de uma empresa só é, regra geral, possível desde que o contrato de aquisição diga respeito a elementos do activo imobilizado, e não à aquisição dos elementos do activo financeiro, resulta das estipulações do acordo de 23 de Outubro de 1992 e designadamente do seu ponto 2, designado «Agreement to sell the shares and assets», que este contrato tem por objecto, simultaneamente, a cessão à BA da carteira de títulos detida pela Davies e Newman e a cessão de certos activos imobilizados que constituem a empresa. Resulta, aliás, claramente, da condição prevista na cláusula 4.1.5 do acordo — condição que, qualificada erradamente de condição resolutiva pela recorrente, é, na realidade, uma condição suspensiva — que as partes, logo em 23 de Outubro de 1992, decidiram subordinar a conclusão do contrato de aquisição à condição de os activos que correspondiam ao exercício da actividade «charter» não serem adquiridos pelo cessionário, quer o cedente cedesse estes activos a um terceiro quer se encarregasse ele próprio da cessação da actividade deste sector. Ao subordinar a data de produção dos efeitos do acordo à verificação, designadamente, da condição prevista na cláusula 4.1.5, as partes pretenderam, pois, claramente, excluir o sector de actividade «charter» do objecto do contrato de aquisição. Assim, e uma vez que, além disso, a BA se comprometeu para com a Comissão, em 28 de Outubro de 1992, a não aplicar a cláusula 4.2 do acordo, que lhe permitia renunciar à condição suspensiva anteriormente analisada («waiver»), a cláusula 4.1.5 deve ser interpretada como tendo por efeito restringir o objecto do acordo à aquisição dos activos da Davies e Newman diferentes dos necessários ao exercício das actividades do departamento «charter», isto é, apenas aos elementos do activo necessários ao exercício do sector «voos regulares» e das outras filiais do grupo (v. *supra*, n.° 1).

101 O Tribunal recorda que, nos termos do artigo 5.° do regulamento, «1. O volume total de negócios referido no n.° 2 do artigo 1.° inclui os montantes que resultam da venda de produtos e da prestação de serviços realizadas pelas empresas em causa durante o último exercício e correspondentes às suas actividades normais... 2. Em derrogação do n.° 1, se a concentração consistir na aquisição de parcelas, com ou sem personalidade jurídica própria, de uma ou mais empresas, só será tomado em consideração, no que se refere ao cedente ou cedentes, o volume de negócios respeitantes às parcelas que foram objecto de transacção».

102 Resulta da economia geral desta disposição que o legislador comunitário pretendeu que, no âmbito da missão que lhe é conferida em matéria de controlo das concentrações, a Comissão só interviesse se a operação projectada atingisse uma certa dimensão económica, isto é, uma dimensão comunitária. A finalidade do artigo 5.°, n.° 2, do regulamento é pois apreender a dimensão real da operação de concentração, para efeitos de analisar se, tendo em conta as partes da empresa efectivamente adquiridas, estejam ou não constituídas sob a forma de entidades jurídicas, a operação projectada é de dimensão comunitária, na acepção do artigo 1.° do regulamento.

103 À luz desta finalidade do artigo 5.°, n.° 2, do regulamento, e embora este artigo não se refira expressamente à noção de cessação de actividades, o Tribunal considera que as noções de «cessão parcial» e de «cessação parcial» de actividades são equiparáveis, uma vez que ambas permitem apreciar com precisão o objecto, a consistência e a extensão exactas da concentração projectada. Daí resulta que só o volume de negócios que se refere às partes da empresa efectivamente adquiridas deve ser tido em conta para apreciar a dimensão da operação projectada. Assim, só há que atender ao volume de negócios do último exercício social no limite das partes da empresa realmente adquiridas.

104 Ora, resulta da análise do acordo de aquisição concluído entre a BA e a Davies e Newman em 23 de Outubro de 1992, tal como foi feita anteriormente, que este acordo exclui expressamente do seu objecto, através da condição suspensiva da

cláusula 4.1.5, acima analisada, os activos necessários ao exercício da actividade «charter». Ao limitar assim, por conseguinte, o alcance da operação de concentração a certos elementos do activo da entidade adquirida, o acordo de aquisição confere a esta operação a natureza de aquisição parcial, na acepção do artigo 5.°, n.° 2, do regulamento, que incide sobre os elementos de activos imobilizados de uma parte da empresa. É pacífico, com efeito, que, posteriormente à realização da operação de concentração, a empresa cessionária não é, do ponto de vista económico, constituída pela soma das empresas partes na operação de concentração, uma vez que a BA, na sua nova configuração, não inclui os activos que, anteriormente à realização dessa operação, eram necessários à Davies e Newman para o exercício das actividades «charter» da Dan Air. Esta constatação não é susceptível de ser posta em causa, por o cessionário ter apurado o passivo do cedente, incluindo o do sector das actividades «charter».

105 Em aplicação do disposto no artigo 5.°, n.° 2, do regulamento, só o volume de negócios dos sectores de actividade que são efectivamente objecto da transacção devia, pois, ser tomado em consideração para a apreciação da dimensão comunitária da operação. Ora, não se contesta que o volume de negócios assim determinado, ou seja, o volume de negócios referente apenas à parte da Davies e Newman adquirida pela BA, apreciado à data de encerramento do último exercício social, tal como foi comunicado à Comissão pela BA na ficha de cálculos anexa à carta de 16 de Outubro de 1992, seja inferior ao limiar previsto no disposto do artigo 1.°, n.° 2, do regulamento.

106 Embora, neste caso, se verifique que a concentração só se concretizou efectivamente no momento da realização da última das condições suspensivas estipuladas no acordo de 23 de Outubro de 1992, ou seja, numa data compreendida entre 2 e 8 de Novembro de 1992, o Tribunal considera que a Comissão, perante o conjunto das estipulações do acordo, bem como dos compromissos subscritos pela BA, podia, legitimamente, em 30 de Outubro de 1992, data do acto impugnado, proceder à apreciação da dimensão comunitária da operação, para efeitos de determinar se a operação projectada devia ou não ser notificada, antes mesmo da realização da última condição suspensiva.

107 O Tribunal observa além disso que, como sublinhou a Comissão, na hipótese de se verificar que, ao fazer uso da noção de cessação parcial de actividades, o operador económico pretendia, na realidade, proceder a um desvio das disposições do regulamento, a Comissão dispõe dos meios previstos pelo regulamento para pôr termo a essa situação, nomeadamente através dos seus artigos 8.°, n.° 4, 14.° e 15.° Seja como for, não é essa a situação do presente caso, pois é pacífico que as estipulações do acordo, designadamente a cessação definitiva pela Dan Air do seu sector «charter», assim como os compromissos subscritos pela BA, foram escrupulosamente respeitados.

108 De tudo o que fica exposto, resulta que o primeiro fundamento de anulação invocado pela recorrente deve ser julgado improcedente.

Quanto ao segundo fundamento de anulação, baseado na violação do princípio geral da segurança jurídica na aplicação do artigo 1.°, n.os 1 e 2, e do artigo 5.°, n.os 1 e 2, do regulamento

109 Este fundamento divide-se em duas partes: a recorrente sustenta, por um lado, que a noção de abandono de actividade não corresponde a qualquer conceito jurídico ou económico preciso e que, ao recorrer a ela, a Comissão violou o princípio geral da segurança jurídica e, por outro lado, que esta deveria, pelo contrário, ter utilizado os poderes que lhe confere o regulamento, designadamente o artigo 8.°, n.° 2, para, se necessário, impor ao cessionário a cessação definitiva das actividades «charter».

110 A Comissão interroga-se liminarmente quanto à articulação entre os dois primeiros fundamentos de anulação aduzidos pela recorrente. Com efeito, na hipótese de o Tribunal rejeitar o primeiro fundamento, haveria que concluir daí que a Comissão interpretou correctamente o artigo 5.° do regulamento. Ora, a aplicação exacta de

uma disposição do direito comunitário não pode constituir violação do princípio geral da segurança jurídica. Além disso, a noção de abandono de actividade é desprovida de qualquer ambiguidade. É pois irrelevante que o regulamento não refira expressamente essa hipótese, uma vez que a abrange incontestavelmente.

111 As intervenientes não apresentaram observações sobre esta questão.

112 O Tribunal considera, no que se refere à primeira parte do fundamento, para além do que se disse no n.° 103, *supra*, que a noção de abandono ou de cessação de actividade é uma pura questão de facto e que, por isso, a pretensa violação do princípio da segurança jurídica, resultante da tomada em consideração do abandono da actividade «charter», não pode deixar de ser rejeitada.

113 No que diz respeito à segunda parte do fundamento, convém recordar, em todo o caso, que não compete ao juiz, no âmbito do contencioso de anulação, substituir pela sua própria apreciação a da Comissão e decidir sobre a questão de saber se esta devia, através do artigo 8.°, n.° 2, do regulamento, impor a cessação da actividade, sobretudo quando essa disposição do regulamento diz respeito à análise material da compatibilidade da concentração projectada com o mercado comum, a que a Comissão procede em presença de uma operação previamente notificada (v., em último lugar, o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Março de 1992, SIV e o./Comissão, T-68/89, T-77/89 e T-78/89, Colect., p. II-1403, n.^{os} 319 e 320).

114 Por conseguinte, o segundo fundamento de anulação deve também ser julgado improcedente.

Quanto ao terceiro fundamento de anulação, baseado na violação do princípio geral da boa administração, bem como na violação dos artigos 155.° e 190.° do Tratado

115 Este fundamento divide-se também em duas partes. A recorrente acusa a decisão controvertida de ter sido tomada, por um lado, sem consulta dos Estados-membros ou das empresas terceiras interessadas e, por outro lado, com violação do artigo 190.° do Tratado. Com efeito, em primeiro lugar, o princípio geral da boa administração imporia que a Comissão obtivesse os pareceres necessários, para poder decidir com pleno conhecimento de causa uma questão de princípio, mesmo que não fosse expressamente obrigada a essa consulta por um diploma legal. Em segundo lugar, o dever de fundamentar, previsto no artigo 190.° do Tratado, faz parte do princípio geral dos direitos de defesa (acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Julho de 1963, Alemanha/Comissão, 24/62, Recueil, p. 129). Ao abster-se de qualquer referência pertinente ao regulamento, a Comissão não teria cumprido essa obrigação. Por conseguinte, a decisão impugnada estaria viciada por falta de fundamentação, uma vez que os verdadeiros fundamentos em que assenta só se teriam revelado após 30 de Outubro de 1992. Assim, o raciocínio em que assenta a declaração impugnada não seria compreensível, apenas à luz dessa declaração.

116 A Comissão, remetendo para a jurisprudência do Tribunal de Justiça, considera, em primeiro lugar, que não tinha qualquer obrigação de consultar os Estados-membros ou as empresas interessadas, antes de emitir uma opinião quanto à aquisição da Dan Air pela BA. Em segundo lugar, a Comissão sustenta que, de qualquer modo, a acusação baseada na falta de fundamentação procede de uma confusão entre a fundamentação formal da decisão e a justeza dessa fundamentação. No caso vertente, a Comissão sustenta ter exposto de forma suficiente as razões por que considerou que a empresa objecto da operação de aquisição não realizava, no território comunitário, um volume de negócios de 250 milhões de ecus. A questão de saber se estes fundamentos são exactos e susceptíveis de justificar a incompetência da Comissão releva da fiscalização da legalidade interna do acto.

117 O Reino Unido considera que o regulamento não impõe à Comissão a obrigação de consultar os Estados-membros, antes de decidir quanto à sua própria competência em relação a uma operação de concentração. Os direitos dos Estados-membros estão fixados no artigo 19.° do regulamento e os dos terceiros no seu artigo 18.°, n.° 4. Nenhum destes dois artigos é aplicável, na ausência de notificação da operação.

118 A interveniente BA não apresentou observações sobre esta questão.

119 O Tribunal recorda, no que se refere à primeira parte do fundamento, que, como o Tribunal de Justiça decidiu no seu acórdão de 15 de Maio de 1975, Frubo/Comissão (71/74, Recueil, p. 563), seria sujeitar a Comissão a um formalismo excessivo e atrasar inutilmente os processos, obrigá-la ao cumprimento de uma formalidade de consulta, quando, como no presente caso, os diplomas aplicáveis à matéria considerada não impõem à instituição essa obrigação de consulta. Por isso, o Tribunal considera que nenhum princípio geral de direito pode levar o juiz comunitário a impor à Comissão uma obrigação de consulta que, como neste caso, não está prevista em qualquer diploma legal.

120 No que se refere à segunda parte do fundamento, o Tribunal entende que, como a Comissão sublinhou com razão, a mesma se deve a uma confusão entre uma acusação baseada na falta de fundamentação da decisão e a questão da justeza dessa fundamentação. No caso presente, o Tribunal considera que, como aliás está suficientemente provado por este recurso, através do qual a recorrente esteve perfeitamente em condições de discutir a validade da interpretação do regulamento exposta na declaração impugnada, esta está clara e suficientemente fundamentada, por referência à ausência de dimensão comunitária da operação e pela exposição do raciocínio jurídico e económico em que assenta esta dedução.

121 Por conseguinte, o terceiro fundamento do pedido deve também ser julgado improcedente.

Quanto ao quarto fundamento de anulação, baseado na violação do princípio geral da igualdade

122 A recorrente sustenta que, antes da adopção da declaração impugnada, a Comissão organizou uma consulta com o Reino Unido ou aceitou participar nessa consulta, de que todos os outros Estados-membros, e em particular a República Francesa, foram excluídos sem razão. Ora, o princípio geral da igualdade deveria ser alargado aos Estados-membros, nas suas relações com a Comissão. Assim, a recorrente teria interesse em invocar um fundamento que diz respeito à ausência de consulta do seu próprio governo.

123 A Comissão afirma que não se procedeu a qualquer negociação tripartida entre o Reino Unido, a BA e a própria Comissão. O envio ao OFT da cópia da carta que dirigiu à BA em 30 de Outubro de 1992 provaria apenas o espírito de cooperação com as autoridades nacionais competentes em matéria de concorrência em que trabalha a instituição comunitária. Ao mesmo tempo que admite que o Tribunal de Justiça consagrou expressamente o princípio da igualdade de tratamento entre os Estados-membros à luz do direito comunitário (acórdão do Tribunal de Justiça de 29 de Março de 1979, Comissão/Reino Unido, 231/78, Recueil, p. 1447, n.° 17), a Comissão duvida todavia que os particulares possam invocar este princípio, que apenas diz respeito às relações entre os Estados-membros e as Comunidades.

124 As intervenientes não apresentaram observações sobre esta questão.

125 O Tribunal considera que este fundamento carece de base, uma vez que, contrariamente ao que a recorrente sustenta, não resulta de forma nenhuma dos documentos do processo que a Comissão tenha consultado o Governo britânico antes da adopção da declaração impugnada. Portanto, este fundamento não pode deixar de ser rejeitado, sem que seja necessário analisar nem a sua admissibilidade, à luz do artigo 48.°, n.° 2, do Regulamento de Processo, nem a questão de saber se as pessoas singulares ou colectivas podem prevalecer-se de uma violação do princípio da igualdade de tratamento entre Estados-membros.

126 Resulta de tudo quanto precede que deve ser negado provimento ao recurso.

Quanto às despesas

127 Por força do n.° 2 do artigo 87.° do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se tal tiver sido requerido. Tendo a recorrente sido vencida e tendo a Comissão requerido nesse sentido, há que condená-la nas despesas, incluindo as efectuadas pela interveniente British Airways.

128 Por força do n.° 4 do artigo 87.° do mesmo regulamento, os Estados-membros que intervenham no litígio devem suportar as suas próprias despesas. Assim sendo, o Reino Unido suportará as suas próprias despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Segunda Secção)

decide:

1) É negado provimento ao recurso.

2) A recorrente suportará a totalidade das despesas, incluindo as da interveniente British Airways.

3) O Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte suportará as suas próprias despesas.

Cruz Vilaça Briët Barrington

Saggio Biancarelli

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 24 de Março de 1994.

O secretário

H. Jung

O presidente

J. L. Cruz Vilaça