ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Primeira Secção)
18 de Novembro de 1992 *

No processo T-16/91,

Rendo NV, sociedade de direito neerlandês, com sede em Hoogeveen (Países Baixos),

Centraal Overijsselse Nutsbedrijven NV, sociedade de direito neerlandês, com sede em Almelo (Países Baixos),

Regionaal Energiebedrijf Salland NV, com sede em Deventer (Países Baixos),

representadas inicialmente por M. A. Poelman, advogado no foro de Eindhoven, e posteriormente por T. R. Ottervanger, advogado no foro de Roterdão, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório do advogado S. Oostvogels, 8, boulevard Pierre Dupong,

recorrentes,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por B. J. Drijber, membro do Serviço Jurídico, na qualidade de agente, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de R. Hayder, representante do Serviço Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

recorrida,

apoiada por

Samenwerkende Elektriciteitsproduktiebedrijven NV, sociedade de direito neerlandês, com sede em Arnhem (Países Baixos), representada por M. van Empel e O. W. Brouwer, advogados no foro de Amesterdão, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório do advogado M. Loesch, 8, rue Sainte-Zithe,

interveniente,

* Língua do processo: neerlandês.

que tem por objecto a anulação parcial da decisão da Comissão de 16 de Janeiro de 1991 relativa a um processo de aplicação do artigo 85.° do Tratado CEE (IV/32.732 — IJsselcentrale e o., JO L 28, p. 32), bem como a condenação da Comissão a declarar a existência de uma infracção ao artigo 85.° e a obrigar as empresas interessadas a pôr termo à infracção declarada,

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

composto por: H. Kirschner, presidente, B. Vesterdorf, R. García-Valdecasas, K. Lenaerts e R. Schintgen, juízes,

secretário: H. Jung

vistos os autos e após a audiência de 5 de Junho de 1992,

profere o presente

Acórdão

Os factos que deram origem ao recurso

1 O presente processo diz respeito a restrições à importação e à exportação de electricidade em vigor nos Países Baixos, restrições essas que decorrem, em parte, de acordos celebrados entre empresas do sector do abastecimento em electricidade e, em parte, da regulamentação nacional que rege o referido sector.

1) *As empresas em causa*

2 As recorrentes são sociedades locais de distribuição de electricidade nos Países Baixos. São abastecidas em electricidade por uma empresa de distribuição regional denominada IJsselcentrale (ou IJsselmij, a seguir «IJC»).

3 Em Maio de 1988, as recorrentes (ou os seus antecessores) apresentaram à Comissão uma denúncia nos termos do artigo 3.°, n.° 2, do Regulamento n.° 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85.° e 86.° do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22, a seguir «Regulamento n.° 17»), dirigida, entre outras, contra a IJC e a NV Samenwerkende Elektriciteitsproduktiebedrijven (a seguir «SEP»), interveniente no presente processo. Alegavam diversas infracções aos artigos 85.° e 86.° do Tratado cometidas pela SEP e pelas sociedades produtoras de electricidade nos Países Baixos.

4 A SEP é uma sociedade que foi criada em 1949 pelas empresas de produção de electricidade nos Países Baixos com vista a estruturar a sua cooperação. Entre as suas tarefas estatutárias, figuram nomeadamente a gestão da rede de alta tensão e a celebração de acordos com empresas de electricidade estrangeiras, relativos à importação e à exportação de electricidade bem como à utilização das ligações entre redes.

5 Na sequência da denúncia das recorrentes, a Comissão adoptou a decisão impugnada, que diz respeito a um acordo de cooperação (Overeenkomst van Samenwerkink, a seguir «OVS») celebrado entre as sociedades de produção de electricidade e a SEP.

2) *O acordo OVS*

6 O acordo OVS foi celebrado em 22 de Maio de 1986 entre a SEP e os seus accionistas (os antecessores dos quatro produtores de electricidade que existem actualmente nos Países Baixos). O acordo não foi notificado à Comissão.

7 O artigo 21.° desse acordo reserva apenas à SEP a importação e a exportação de electricidade e obriga os seus participantes a estipular, nos contratos de fornecimento que celebram com as empresas distribuidoras de energia eléctrica, que estas últimas se absterão de se dedicar à importação e à exportação de electricidade. É esta disposição o objecto da decisão impugnada e do presente litígio.

3) *O enquadramento legislativo nacional*

8 Nos fundamentos da decisão impugnada, a Comissão salienta que a legislação neerlandesa em vigor na época em que o OVS foi concluído não proibia às empresas que não os fornecedores importar elas próprias electricidade, mas fazia depender essa importação de uma autorização que era, em princípio, acessível a qualquer interessado. A decisão impugnada não contém nenhuma indicação quanto a uma eventual regulamentação das exportações de electricidade.

9 Em 8 de Dezembro de 1989 entrou em vigor a maior parte das disposições de uma nova lei neerlandesa sobre a electricidade (Elektriciteitswet 1989). Segundo o artigo 2.° dessa lei, os concessionários (isto é, as quatro empresas produtoras de electricidade) e a «sociedade designada» (isto é, uma sociedade designada pelo ministro dos Assuntos Económicos, em conformidade com o artigo 8.° da lei, para desempenhar certas funções definidas pela lei) têm por missão assegurar conjuntamente o funcionamento fiável e eficaz do abastecimento público nacional de electricidade. Por decreto ministerial de 20 de Março de 1990, a SEP foi designada para esse efeito.

10 O artigo 34.° da lei sobre a electricidade, entrado em vigor em 1 de Julho de 1990, dispõe que a «sociedade designada» é a única a poder importar energia eléctrica destinada à distribuição pública (com excepção da electricidade fornecida com uma tensão inferior a 500 vóltios). A lei proíbe, portanto, às sociedades de distribuição importar electricidade destinada à distribuição pública. Segundo a decisão impugnada, decorre, em contrapartida, do referido artigo 34.° que certos consumidores finais podem importar energia eléctrica para seu próprio consumo e já não têm necessidade de autorização para esse efeito. Resulta do artigo 47.° que as empresas que exploram linhas de electricidade devem colocá-las à disposição de quem o solicitou para transportar a electricidade assim importada.

11 A lei de 1989 sobre a electricidade não regulamenta a exportação de electricidade. A Comissão concluiu daí, em conformidade com as indicações fornecidas pelo Governo neerlandês, que esta é livre tanto para os distribuidores como para os consumidores finais. Todavia, diferentemente do que se passa com a importação, a lei não prevê uma obrigação de transporte para esse efeito.

4) *Processo administrativo*

12 A denúncia apresentada em Maio de 1988 pelas recorrentes tem a sua origem em processos cíveis instaurados em virtude da aplicação, pela IJC, de uma proibição de importação e de exportação conjugada com uma obrigação de compra exclusiva, bem como da imposição de uma taxa, denominada suplemento de compensação dos custos (egalisatiekostentoeslag). Era dirigida contra os três seguintes elementos:

1) a proibição expressa de importação constante tanto da convenção geral SEP de 1971 (artigo 2.°) como do acordo de cooperação («OVS») de 1986 (artigo 22.°);

2) a obrigação de compra exclusiva decorrente dos acordos celebrados pelas denunciantes com a IJC, obrigação que decorre, segundo as denunciantes, nomeadamente das estipulações do OVS na matéria;

3) o direito da IJC de fixar os preços unilateralmente e a taxa de compensação imposta unilateralmente às denunciantes.

13 Por carta de 14 de Junho de 1989, assinada por um chefe de divisão da Direcção-Geral da Concorrência (a seguir «DG IV»), a Comissão informou as recorrentes de que tinha dirigido, em 8 de Junho de 1989, uma comunicação das acusações à SEP e às outras partes no OVS. A carta especificava que esse processo não tinha por objecto a taxa de compensação, por esse encargo não afectar de forma significativa o comércio entre Estados-membros.

5) *A decisão impugnada*

14 A decisão impugnada tem por objecto o artigo 21.° do OVS, na medida em que diz respeito, ou é aplicado pela SEP, às importações feitas por consumidores privados e em que aquela disposição tem por efeito, pelo controlo das ligações entre redes exercido pela SEP, entravar as importações e as exportações feitas por esses consumidores bem como as exportações feitas pelos distribuidores (n.° 20, último parágrafo). Portanto, diz respeito às duas primeiras acusações feitas pelas recor-

rentes na sua denúncia. Em contrapartida, a decisão não diz respeito à terceira acusação invocada na denúncia, isto é, a taxa de compensação imposta pela IJC (n.° 1, penúltimo parágrafo).

15 Na decisão impugnada, a Comissão declara, em primeiro lugar, que o OVS é um acordo entre empresas, na acepção do n.° 1 do artigo 85.° do Tratado, e que a proibição de importação e de exportação de energia eléctrica efectuadas por empresas que não a SEP constitui uma restrição da concorrência.

16 Em segundo lugar, quanto à incidência da lei sobre a electricidade de 1989 no acordo OVS, a Comissão observa que a SEP considera que a nova lei não alterou em nada o alcance do artigo 21.° do OVS. Quanto às importações de electricidade, observa que, embora a lei proíba que sejam efectuadas por outros que não a SEP quando se destinam à distribuição pública, são, em contrapartida, livres quando são efectuadas por consumidores finais para seu próprio consumo. Infere daí que o artigo 21.° do acordo OVS é aplicado, neste domínio, de uma maneira que extravasa da lei. Quanto às exportações, a Comissão salienta que o Governo neerlandês comunicou que são totalmente livres, tanto para as sociedades de distribuição como para os consumidores privados, e que este regime se aplica tanto à electricidade fornecida pela rede pública como à produzida pelos próprios consumidores. Diferentemente do regime previsto para as importações, na medida em que estas sejam admissíveis, a lei sobre a electricidade não impõe qualquer obrigação de transporte para as exportações. O exportador potencial, sublinha a Comissão, deve portanto entender-se com a SEP relativamente à utilização da rede de alta tensão para esse efeito, e o papel desempenhado pela SEP a esse respeito depende da maneira como ela aplica o artigo 21.° do OVS. A Comissão conclui deste conjunto de constatações que a manutenção do artigo 21.° do OVS, conjugado com o regime instaurado pela nova lei, continua a constituir uma infracção ao artigo 85.°

17 Em terceiro lugar, a Comissão examina a questão de saber se o n.° 2 do artigo 90.° do Tratado se opõe, no caso em apreço, à aplicação do n.° 1 do artigo 85.°

18 Nota a este propósito que tanto a SEP como as sociedades de produção que dela fazem parte são empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral. Quanto às importações e exportações efectuadas pelos consumidores finais privados, considera todavia que a aplicação do artigo 85.° ao OVS não frustraria o desempenho da missão atribuída a essas empresas. Entende que o controlo absoluto sobre as importações e exportações de que a SEP dispõe por força do artigo 21.° do OVS não é indispensável para o cumprimento da sua missão em geral.

19 Em contrapartida, no respeitante às importações destinadas à distribuição pública, a Comissão verifica que a proibição feita às sociedades de produção e de distribuição de importarem sem passar pela SEP está presentemente contida no artigo 34.° da lei de 1989 sobre a electricidade.

20 Daí extrai a seguinte consequência:

«No caso em apreço, estamos perante um processo nos termos do Regulamento n.° 17, pelo que a Comissão não proferirá qualquer juízo quanto à questão de saber se a referida restrição das importações se justifica para efeitos do disposto no n.° 2 do artigo 90.° do Tratado. O facto de o fazer implicaria considerar antecipadamente a questão de a nova lei ser ela própria compatível com o Tratado CEE, o que está fora do âmbito do presente processo» (n.° 50 da decisão).

21 Pela mesma razão, a Comissão declara que não pode pronunciar-se sobre a proibição de exportar feita às sociedades de produção no domínio do abastecimento público. Uma proibição de exportar feita às sociedades de produção no domínio do abastecimento público pode extrair-se da obrigação de fornecimento que lhes é imposta pelo artigo 11.° da lei de 1989 sobre a electricidade. Esta disposição obriga os produtores a fornecer a sua electricidade exclusivamente à SEP e a fornecer a electricidade que lhes é fornecida pela SEP exclusivamente às empresas de distribuição (n.° 51, primeiro parágrafo, da decisão).

22 Por fim, quanto à proibição de exportar feita às sociedades de distribuição pelo artigo 21.° do OVS, tanto fora como dentro do domínio do abastecimento público, a Comissão considera-a contrária à economia da nova lei, que precisamente liberaliza as exportações, e entende que é portanto duvidoso que as partes no OVS possam mantê-la e continuar a aplicá-la. Na hipótese de essa proibição ainda assim se manter, a Comissão entende que não pode ser justificada pelo n.° 2 do artigo 90.° (n.os 51, segundo e terceiro parágrafos, e 52 da decisão).

23 Tendo declarado que não é de considerar uma isenção ao abrigo do n.° 3 do artigo 85.°, a Comissão adoptou a decisão impugnada, cujo dispostivo prevê nomeadamente:

«Artigo 1.°

O artigo 21.° do acordo de cooperação concluído em 22 de Maio de 1986 entre, por um lado, os antecessores das actuais quatro empresas produtoras de electricidade e, por outro lado, a NV Samenwerkende Elektriciteitsproduktiebedrijven, tal como é aplicado em conjunção com o controlo e influência de facto exercidos sobre o fornecimento internacional de electricidade, constitui uma infracção ao disposto no n.° 1 do artigo 85.° do Tratado CEE, na medida em que tem por objecto ou efeito a restrição das importações, por parte dos consumidores industriais privados, e das exportações de produção fora do âmbito do abastecimento público, por parte dos distribuidores e consumidores industriais privados incluindo os produtores independentes.

Artigo 2.°

As empresas referidas no artigo 3.° tomarão todas as medidas necessárias para pôr termo à infracção referida no artigo 1.° Num prazo de três meses, a contar da data da recepção da presente decisão, apresentarão à Comissão propostas tendentes à cessação da infracção.»

Nos termos do artigo 3.° da decisão, a SEP e os quatro produtores de electricidade estabelecidos nos Países Baixos são os destinatários da decisão, que foi além disso comunicada às recorrentes.

Tramitação processual

24 Em 14 de Março de 1991, as recorrentes interpuseram o presente recurso, visando a anulação parcial da decisão da Comissão. As partes no OVS, pelo contrário, não impugnaram a decisão.

25 A fase escrita do processo teve tramitação normal. A seu pedido, entrado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 16 de Julho de 1991, a SEP foi admitida, por despacho do presidente da Primeira Secção, de 8 de Outubro de 1991, a intervir em apoio dos pedidos da recorrida.

26 Em 20 de Março de 1991, a Comissão decidiu instaurar processos por infracção, nos termos do artigo 169.° do Tratado, contra nove Estados-membros, entre os quais os Países Baixos, relativamente aos monopólios públicos no sector das trocas de corrente eléctrica. Esses processos têm nomeadamente por objecto proceder ao exame dos referidos monopólios à luz do artigo 37.° do Tratado. Em 9 de Agosto de 1991, foi dirigida uma notificação por incumprimento a esse respeito ao Governo neerlandês.

27 Em 20 de Novembro de 1991, a Comissão dirigiu às recorrentes uma carta assinada por um director da DG IV, indicando que «não pode dar-se seguimento neste momento à vossa denúncia...». Nessa carta, a Comissão informa as recorrentes de que a taxa de compensação, contra a qual a denúncia original era essencialmente dirigida, não pode ser objecto de um processo baseado nos artigos 85.° e/ou 86.° do Tratado, porque não afecta de maneira significativa o comércio entre Estados-membros. Quanto à proibição de importar ou de exportar electricidade no domínio do abastecimento público, a Comissão remete para a decisão impugnada para justificar a sua abstenção de se pronunciar e informa as recorrentes do estado dos processos instaurados nos termos do artigo 169.° do Tratado. Segundo essa carta, a decisão impugnada pode ser interpretada como uma rejeição parcial da

denúncia das recorrentes, no que respeita às restrições à importação de electricidade no domínio do abastecimento público durante o período que precedeu a entrada em vigor da lei de 1989 sobre a electricidade. No que respeita ao período posterior, a Comissão afirma, em contrapartida, que a referida denúncia ainda é objecto de exame com base no artigo 37.° do Tratado, sem que as disposições do Regulamento n.° 17 se apliquem. Declara que não é possível, na fase actual, antecipar o resultado desse exame. Em 17 de Janeiro de 1992, as recorrentes interpuseram um recurso contra essa carta (Rendo II, T-2/92, acórdão de 29 de Março de 1993, JO C 123 de 5.5.1993).

28 Com base no relatório do juiz-relator, o Tribunal decidiu iniciar a fase oral do processo sem instrução. Todavia, convidou, por um lado, a Comissão a apresentar uma cópia da denúncia e da correspondência trocada a esse respeito com as recorrentes e, por outro, as duas partes a pronunciarem-se na audiência sobre certas questões.

29 As partes foram ouvidas em alegações e em resposta às perguntas do Tribunal na audiência de 5 de Junho de 1992. O presidente declarou encerrada a fase oral do processo no fim da audiência.

30 As recorrentes concluem pedindo que o Tribunal se digne:

— anular a decisão da Comissão de 16 de Janeiro de 1991, unicamente na medida em que a Comissão não se pronunciou sobre a aplicação do artigo 21.° do OVS às importações e às exportações efectuadas por sociedades de distribuição, entre as quais as recorrentes, no domínio do abastecimento público;

— ordenar à Comissão, por um lado, que declare ainda nesta fase, através de decisão, em conformidade com o artigo 3.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17, que o artigo 21.° do acordo visado no artigo 1.° da decisão impugnada, tal como aplicado conjuntamente com o controlo de facto e a influência de facto exercidos nos fornecimentos internacionais de electricidade, constitui também uma infracção ao disposto no n.° 1 do artigo 85.° do Tratado, na medida em que o referido artigo 21.° tem como objecto ou como efeito entravar as importações e as exportações efectuadas por sociedades de distribuição no domínio

do abastecimento público, e, por outro lado, obrigar as empresas enumeradas no artigo 3.° da decisão a pôr termo às infracções verificadas;

— em todo o caso, tomar todas as medidas que entender úteis para uma boa administração da justiça;

— condenar a Comissão nas despesas.

31 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar solidariamente as recorrentes nas despesas do processo.

32 A interveniente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— negar provimento ao recurso;

— condenar as recorrentes nas despesas, incluindo as despesas da interveniente.

Quanto à admissibilidade

1) *Quanto ao primeiro ponto do recurso*

33 Na primeira parte dos seus pedidos, as recorrentes solicitam a anulação da decisão da Comissão, na medida em que esta se absteve de se pronunciar sobre a proibi-

ção, feita às sociedades de distribuição, incluindo às recorrentes, pelo artigo 21.° do OVS, de importar e de exportar electricidade no quadro do abastecimento público. Não sendo as circunstâncias do caso vertente as mesmas no que toca às importações e às exportações, há que apreciar primeiro a admissibilidade do recurso no que respeita ao domínio das importações de electricidade, antes de verificar a sua admissibilidade no que respeita ao das exportações.

a) *Quanto à não tomada de posição sobre a proibição, feita às sociedades de distribuição, de importar electricidade*

Argumentação das partes

34 A Comissão é de opinião de que a decisão impugnada contém uma rejeição parcial e implícita da denúncia das recorrentes, nomeadamente na medida em que, contrariamente ao que as recorrentes pediram na sua denúncia, não condenou, com base no artigo 3.° do Regulamento n.° 17, a proibição feita às sociedades distribuidoras de importar electricidade, tal como essa proibição resultava do artigo 21.° do OVS antes da entrada em vigor do artigo 34.° da lei neerlandesa sobre a electricidade. Em contrapartida, especificou, em resposta às perguntas do Tribunal na audiência, que considera ter reservado a sua posição para o período posterior à entrada em vigor da referida lei, pelo que o processo continua aberto a esse respeito.

35 A interveniente entende que a Comissão reservou a sua posição, na decisão impugnada, tanto para o período que precedeu a entrada em vigor da lei sobre a electricidade como para o período posterior. Em sua opinião, mesmo uma decisão que declarasse que o artigo 21.° do OVS constituía uma infracção ao direito da concorrência antes da entrada em vigor dessa lei implicaria uma apreciação da compatibilidade desta última com o direito comunitário. Opõe-se a que se faça uma distinção entre os dois períodos e sublinha que a própria decisão não faz essa distinção. A SEP é, além disso, de opinião de que uma decisão de proibição, como a decisão impugnada, não pode ser interpretada como rejeitando implicitamente uma denúncia.

36 As recorrentes sublinharam, na réplica, o seu interesse em que se esclareça completamente a situação jurídica existente antes da entrada em vigor da lei sobre a electricidade. A este propósito, referiram os litígios pendentes nos órgãos jurisdicionais nacionais.

37 Em resposta às perguntas do Tribunal, as recorrentes afirmaram que a decisão impugnada deve ser interpretada como tendo implicitamente rejeitado a sua denúncia tanto para o período anterior como para o período posterior à entrada em vigor da lei sobre a electricidade. Contestam que a Comissão tenha reservado a sua decisão e invocam a carta de 20 de Novembro de 1991, já referida, para sustentar que o processo iniciado nos termos do Regulamento n.° 17 foi encerrado.

38 Para demonstrar que a decisão impugnada lhes diz directa e individualmente respeito, sublinham que a sua posição jurídica é diferente, no âmbito de um processo nos termos dos artigos 169.° e 37.° do Tratado, da posição de que beneficiam no quadro de um processo nos termos do Regulamento n.° 17.

Apreciação do Tribunal

39 O Tribunal salienta que, por força do artigo 113.° do seu Regulamento de Processo, pode, a todo o tempo e oficiosamente, verificar se estão preenchidos os pressupostos processuais. A existência de um acto susceptível de recurso de anulação, em conformidade com o artigo 173.° do Tratado, é uma condição essencial de admissibilidade e a sua inexistência foi invocada oficiosamente, em várias ocasiões, pelo Tribunal de Justiça (despacho de 7 de Outubro de 1987, Brüggemann/ /CES, 248/86, Colect., p. 3963, e despacho de 4 de Junho de 1986, Grupo das Direitas/Parlamento, 78/85, Colect., pp. 1753, 1757) e pelo Tribunal de Primeira Instância (acórdão de 10 de Julho de 1990, Automec/Comissão, T-64/89, Colect., pp. II-367, II-381, a seguir «Automec I»).

40 Deve, pois, examinar-se se a decisão impugnada é um acto susceptível de recurso de anulação, uma vez que a Comissão se absteve de se pronunciar sobre a proibição de importar electricidade no domínio do abastecimento público. Tal como resulta de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira

Instância, deve-se para esse efeito investigar se essa abstenção produziu efeitos jurídicos obrigatórios susceptíveis de afectar os interesses das recorrentes, modificando de forma clara a situação jurídica destas (v., por exemplo, os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Julho de 1990, Automec I, já referido, e de 13 de Dezembro de 1990, Prodifarma/Comissão, T-116/89, Colect., pp. II-843, II-860).

41 O Tribunal salienta que, no seu dispositivo, a decisão impugnada declara que foi cometida uma infracção ao artigo 85.° do Tratado pela SEP e pelos quatro produtores de electricidade e obriga estes últimos a pôr termo a essa infracção. Em contrapartida, nem o dispositivo nem os fundamentos da decisão impugnada rejeitam explícita e definitivamente a denúncia das recorrentes no que toca às restrições à importação impostas às empresas de distribuição.

42 No entanto, há que examinar se a declaração, que consta do n.° 50 da decisão, segundo a qual a Comissão se absterá de se pronunciar, no quadro do processo nos termos do Regulamento n.° 17, sobre a aplicação do n.° 2 do artigo 90.° do Tratado às referidas restrições implica uma decisão sobre a denúncia das recorrentes.

43 Para determinar o sentido e o alcance dessa declaração, deve-se ter em conta a fundamentação dada pela Comissão e o contexto factual em que ela se inscreve. Dado que a declaração se refere apenas ao período posterior à entrada em vigor da lei neerlandesa de 1989 sobre a electricidade, há que examinar, primeiro, se existe uma decisão respeitante a esse período e, em seguida, se existe uma para o período anterior.

44 Quanto ao período posterior à entrada em vigor da lei, a Comissão salienta, para fundamentar a sua abstenção, que a proibição de importar electricidade para o abastecimento público sem passar pela SEP está actualmente fixada no artigo 34.° da lei sobre a electricidade e que não pretende pronunciar-se antecipadamente sobre a compatibilidade da nova lei com o Tratado, dado que essa questão não é objecto do processo em curso, instaurado nos termos do Regulamento n.° 17.

45 O sentido dessa fundamentação é especificado pelo facto de que a Comissão iniciou, cerca de dois meses após a data da decisão impugnada, um processo nos termos do artigo 169.° do Tratado contra o Reino dos Países Baixos e outros Estados-membros, relativamente aos monopólios públicos no sector das trocas de corrente eléctrica. A decisão impugnada foi, portanto, adoptada num momento em que a instauração de um processo por incumprimento estava já a ser considerada pela Comissão.

46 O Tribunal considera que, nestas circunstâncias, o n.° 50 da decisão deve ser interpretado como referindo-se implicitamente a um processo nos termos do artigo 169.° do Tratado, que tem por objecto, entre outros, apreciar a compatibilidade da lei de 1989 sobre a electricidade, nomeadamente das restrições à importação nela previstas, com as disposições do Tratado.

47 A Comissão exprime assim a ideia de que o exame dessa questão deve ser reservado para um processo por incumprimento, de cujo desfecho dependerá a apreciação a fazer, à luz do n.° 2 do artigo 90.° do Tratado, das restrições correspondentes, inscritas no OVS.

48 Na decisão, a Comissão manifesta, portanto, a intenção de não prosseguir o processo iniciado nos termos do Regulamento n.° 17 no que respeita à proibição de importar electricidade no domínio do abastecimento público, na medida em que essa proibição esteja coberta pela nova lei, e de remeter o exame desta última para um processo a instaurar, nos termos do artigo 169.° do Tratado, contra o Reino dos Países Baixos.

49 Essa remissão não equivale a uma decisão de rejeitar definitivamente uma denúncia e de arquivar o processo, tal como foi tomada em várias ocasiões na prática da Comissão e reconhecida pela jurisprudência (v., por exemplo, os acórdãos do Tribunal de Justiça de 11 de Outubro de 1983, Demo-Studio Schmidt/Comissão, 210/81, Recueil, p. 3045; de 28 de Março de 1985, CICCE/Comissão, 298/83, Recueil, p. 1105, e de 17 de Novembro de 1987, BAT/Comissão, 142/84 e 156/84, Colect., p. 4487). Essas decisões de arquivamento caracterizam-se pelo

facto de porem termo ao inquérito instaurado, comportam (eventualmente) uma apreciação dos acordos em causa e impedem os denunciantes de exigir a reabertura do inquérito, a menos que forneçam elementos novos (v. o acórdão BAT, já referido, particularmente p. 4571).

50 No caso em apreço, nada impede a Comissão de prosseguir o processo iniciado nos termos dos Regulamentos n.os 17 e 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963, relativo às audições referidas nos n.os 1 e 2 do artigo 19.° do Regulamento n.° 17 do Conselho (JO 1963, 127, p. 2268; EE 08 F1 p. 62, a seguir «Regulamento n.° 99/63»), uma vez que o processo instaurado nos termos do artigo 169.° do Tratado terá chegado ao seu termo. Além disso, a Comissão também não tomou posição quanto ao seguimento que pretende dar à denúncia neste momento.

51 No entanto, ainda que a denúncia das recorrentes permaneça assim pendente na Comissão, a remissão do exame da lei sobre a electricidade para o âmbito de um processo nos termos do artigo 169.° do Tratado, pelo facto de apresentar, a esse respeito, carácter definitivo, é susceptível de afectar a situação jurídica das recorrentes no plano processual.

52 Com efeito, a posição processual das partes que apresentaram à Comissão uma denúncia é fundamentalmente diferente no quadro de um processo nos termos do artigo 169.° do Tratado daquela que têm no quadro de um processo nos termos do Regulamento n.° 17. Neste último, os denunciantes gozam de direitos processuais claramente definidos pelo Regulamento n.° 99/63, nomeadamente do direito de serem informados das razões pelas quais a Comissão entende não dar seguimento favorável à sua denúncia e do direito de apresentar observações a esse respeito. Podem, além disso, submeter à fiscalização jurisdicional a decisão adoptada pela Comissão no termo desse processo (v. o acórdão do Tribunal de Justiça de 25 de Outubro de 1977, Metro/Comissão, 26/76, Recueil, pp. 1875, 1902). Em contrapartida, no quadro de um processo nos termos do artigo 169.° do Tratado, as pessoas que apresentaram queixa não beneficiam de direitos processuais que lhes permitam exigir que a Comissão as informe e as ouça, e não têm a possibilidade de recorrer, se necessário, ao juiz comunitário, interpondo recurso contra a decisão da Comissão de arquivar a sua queixa (v., por exemplo, o acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Maio de 1990, Sonito/Comissão, C-87/89, Colect., p. I-1981).

53 Como a remissão a que a Comissão procedeu tem como efeito interromper, durante um período considerável, o processo instaurado com base no Regulamento n.° 17, há que notar que o exame de uma parte das questões suscitadas pelas recorrentes, na sua denúncia, a propósito das importações de electricidade, foi subtraído a esse processo, no qual as recorrentes beneficiavam de direitos processuais precisos, e foi confiado a um processo com base no artigo 169.° do Tratado, no qual as recorrentes não dispõem de tais direitos.

54 Durante a interrupção do processo nos termos no Regulamento n.° 17, as denunciantes serão privadas do exercício efectivo dos seus direitos processuais. Com efeito, a Comissão indicou claramente que considera não dispor, enquanto o processo instaurado com base no artigo 169.° não estiver terminado, de um elemento que considera necessário para determinar se dará ou não seguimento favorável à denúncia, na medida em que esta visa as restrições à importação previstas no artigo 21.° do OVS e idênticas às fixadas pela lei sobre a electricidade.

55 Por conseguinte, a declaração contida no n.° 50 da decisão adoptada pelo colégio, segundo o qual a Comissão se absterá de examinar as restrições à importação, na medida em que elas resultem, actualmente, do artigo 34.° da lei sobre a electricidade, produziu efeitos jurídicos, afectando os direitos processuais das recorrentes e constitui portanto, a esse título, uma decisão.

56 Decorre do que precede que a decisão impugnada, que, segundo o seu artigo 3.°, não foi dirigida às recorrentes, lhes diz directa e individualmente respeito, na acepção do segundo parágrafo do artigo 173.° do Tratado, porque os seus direitos processuais foram afectados.

57 O recurso é, portanto, admissível na medida em que visa a anulação da decisão da Comissão de se abster de se pronunciar, relativamente ao período posterior à entrada em vigor da lei sobre a electricidade, sobre as restrições à importação decorrentes, para as empresas distribuidoras, do artigo 21.° do OVS.

58 Quanto ao período anterior à entrada em vigor da lei, a decisão impugnada não contém qualquer indicação sobre o seguimento que a Comissão tenciona dar à denúncia, na medida em que esta visa as restrições à importação decorrentes apenas do artigo 21.° do OVS. Não se pronuncia nem sobre uma rejeição definitiva das acusações a elas relativas nem sobre qualquer remissão do exame dessas restrições para o âmbito de outro processo.

59 Além disso, a decisão impugnada, embora tenha sido adoptada na sequência da denúncia das recorrentes, tem apenas parcialmente o mesmo objecto que esta. Por um lado, a Comissão tomou em consideração acusações não feitas pelas recorrentes e, por outro, tratou apenas uma parte das acusações efectivamente aduzidas. Assim, nem a taxa de compensação nem as críticas baseadas na violação do artigo 86.° do Tratado são objecto de exame em termos jurídicos na decisão.

60 Nestas circunstâncias, a decisão impugnada não pode ser interpretada como uma resposta a elementos da denúncia que não são mencionados nem nos fundamentos nem no dispositivo da decisão, tal como foram aprovados pelo colégio da Comissão.

61 Por conseguinte, o Tribunal verifica que a decisão impugnada não se pronuncia de forma alguma sobre as restrições à importação aplicáveis no período anterior à entrada em vigor da lei sobre a electricidade. Não produziu, portanto, efeitos jurídicos a esse respeito e, nessa medida, não existe decisão da Comissão.

62 Por conseguinte, o recurso deve ser julgado inadmissível na medida em que visa a anulação de uma pretensa decisão da Comissão de se abster de se pronunciar sobre as restrições à importação aplicáveis durante esse período.

b) *Quanto à não tomada de posição sobre a proibição, feita às sociedades de distribuição, de exportar electricidade*

Argumentação das partes

63 Quando a Comissão ainda não tinha tomado posição, na fase escrita do processo, sobre a admissibilidade desse aspecto do recurso, especificou na audiência, em resposta às perguntas que o Tribunal lhe dirigira antes, que o considera inadmissível. Segundo a Comissão, a admissibilidade do recurso depende do objecto da denúncia apresentada pelas recorrentes. Dado que esta não incidia sobre restrições à exportação, a Comissão é de opinião de que ou este aspecto da decisão impugnada não diz directa e individualmente respeito às recorrentes, ou elas não têm interesse em agir. Em resposta às perguntas formuladas pelo Tribunal na audiência, a Comissão acrescentou que reservou, na decisão, a sua posição sobre a questão das exportações efectuadas pelas sociedades de distribuição no domínio do abastecimento público. Além disso, afirmou que a sua abstenção de se pronunciar sobre esse ponto não modificou em nada a situação jurídica das recorrentes.

64 Em resposta às perguntas do Tribunal, a interveniente declarou que, em sua opinião, a Comissão reservou a sua posição sobre a questão das exportações e que a sua não tomada de posição a esse respeito não pode, portanto, ser considerada uma decisão. Subsidiariamente, alegou que uma eventual decisão não diria directa e individualmente respeito às recorrentes, porque a denúncia destas não mencionava as exportações.

65 Segundo as recorrentes, a decisão impugnada contém uma recusa de tomar uma decisão sobre a proibição que lhes é feita de exportar electricidade. Reconhecem que a denúncia não mencionava *expressis verbis* as exportações; todavia, são de opinião de que a decisão, no seu conjunto, tem origem na sua denúncia e que essa circunstância é susceptível de as individualizar em relação às outras sociedades de distribuição. Além disso, sublinham que são citadas pelo seu nome no corpo da decisão.

Apreciação do Tribunal

66 O Tribunal constata que a Comissão, no n.° 51 da decisão impugnada, declara que, «mais uma vez», se absterá de se pronunciar sobre a proibição de exportar electricidade feita às sociedades de produção no domínio do abastecimento público. Tal fórmula poderia anunciar, como no domínio das restrições à importação, uma remissão para o processo nos termos do artigo 169.° do Tratado (v. *supra*, n.os 46 e segs.).

67 Todavia, no que respeita à proibição de exportar feita às sociedades de distribuição, portanto às recorrentes, a decisão declara, nos n.os 51, 52 e 54, que essa proibição é contrária ao n.° 1 do artigo 85.° do Tratado e que não pode ser justificada pelo n.° 2 do artigo 90.° do Tratado. Neste domínio, a decisão não pode, portanto, ser interpretada como anunciando uma remissão para um processo com base no artigo 169.° do Tratado.

68 No entanto, o artigo 1.° do dispositivo da decisão impugnada limita-se a declarar a existência de uma infracção unicamente no que respeita às exportações da produção de electricidade fora do domínio do abastecimento público. É apenas a essa infracção que as partes no OVS devem pôr termo, em conformidade com o artigo 2.° da decisão.

69 Nessas circunstâncias, há que examinar se a divergência existente entre o dispositivo e os fundamentos da decisão impugnada permite concluir que a Comissão adoptou uma decisão quanto à proibição de exportar feita às sociedades de distribuição no domínio do abastecimento público. Quanto a esse aspecto, basta salientar que, mesmo que a decisão impugnada contenha, nos seus fundamentos, o resultado de um exame jurídico, esse resultado não é retomado no dispostivo da decisão. Portanto, é forçoso declarar que a Comissão não extraiu consequências da sua análise jurídica e não adoptou uma decisão quanto a esse ponto.

70 Por conseguinte, o recurso deve ser julgado inadmissível na medida em que visa a anulação de uma pretensa decisão da Comissão de não tomar posição quanto às exportações efectuadas pelas sociedades de distribuição no domínio do abastecimento público.

71 De qualquer forma, deve acrescentar-se que, se o dispositivo da decisão fosse interpretado como uma abstenção de declarar a existência de uma infracção quanto às exportações em questão, haveria que examinar se tal decisão poderia dizer directa e individualmente respeito às recorrentes. Ora, a denúncia das recorrentes não era dirigida contra as restrições à exportação decorrentes do OVS. Assim, as recorrentes não dispunham, nesse contexto, dos direitos processuais previstos, para os denunciantes, pelos Regulamentos n.os 17 e 99/63. Por conseguinte, não se pode considerar que lhes diria directa e individualmente respeito — em virtude de certos direitos processuais que lhes seriam próprios — uma decisão eventual sobre as restrições à exportação de electricidade.

72 Ao alegar que são designadas pelos seus nomes na decisão impugnada, as recorrentes invocaram uma jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual empresas que tenham sido identificadas no acto que pretendem impugnar, ou abrangidas pelos inquéritos preparatórios, são susceptíveis de ser directa e individualmente afectadas pelo referido acto (v. o acórdão de 21 de Fevereiro de 1984, Allied Corporation/Comissão, 239/82 e 275/82, Recueil, pp. 1005, 1030). Essa jurisprudência diz sobretudo respeito a recursos contra actos que conduzem à instituição de direitos *antidumping*, interpostos pelos produtores ou exportadores cujo comportamento individual é visado pela medida impugnada.

73 No entanto, o facto de ser identificada em tal acto não permite necessariamente a uma empresa pedir a anulação da totalidade do referido acto. Assim, quando um regulamento impõe direitos *antidumping* diferentes a uma série de operadores económicos, cada um deles só é individualmente afectado pelas disposições que lhe impõem um direito *antidumping*, e não por aquelas que impõem direitos *antidumping* a outras sociedades (v., por exemplo, os acórdãos do Tribunal de Justiça de 10 de Março de 1992, Ricoh/Conselho, C-174/87, Colect., p. I-1335, e de 14 de Março de 1990, Gestetner Holdings/Conselho e Comissão, n.° 12, C-156/87, Colect., p. I-781).

74 Ora, no caso em apreço, as recorrentes foram identificadas na decisão impugnada em virtude da sua qualidade de denunciantes. Essa circunstância não basta por si para que partes da decisão impugnada que não tratam das acusações suscitadas na denúncia possam ser consideradas como dizendo individualmente respeito às recorrentes.

75 Por conseguinte, há que declarar que as recorrentes só poderiam ser afectadas por uma eventual decisão sobre as restrições à exportação na sua qualidade de empresas de distribuição de electricidade nos Países Baixos. Tal decisão dir-lhes-ia respeito como a qualquer outro operador económico que exercesse essa actividade. Por isso, uma eventual decisão da Comissão de não obrigar as partes no OVS a pôr termo aos obstáculos à exportação que daí decorrem, no domínio do abastecimento público, para as empresas de distribuição, não diria individualmente respeito às recorrentes. De qualquer forma, o seu recurso deveria ser julgado inadmissível, mesmo na hipótese de o acto impugnado poder ser interpretado como uma decisão da Comissão sobre as restrições em questão.

2) *Quanto ao segundo ponto do recurso*

Argumentação das partes

76 A Comissão e a interveniente consideram inadmissível o segundo ponto dos pedidos das recorrentes, que pretende que o Tribunal ordene à Comissão que declare a existência de uma infracção ao n.° 1 do artigo 85.° do Tratado e obrigue as partes no acordo a pôr-lhe termo, dado que o Tribunal não pode dirigir injunções à Comissão.

Apreciação do Tribunal

77 Com efeito, o Tribunal não tem competência para pronunciar injunções no quadro da fiscalização da legalidade baseada no artigo 173.° do Tratado. Por conseguinte, este aspecto do recurso deve ser julgado inadmissível.

78 Resulta do conjunto das considerações que precedem que o recurso só é admissível na medida em que visa a anulação da decisão de suspender o processo nos termos do Regulamento n.° 17, no que toca às restrições à importação impostas aos distribuidores de electricidade após a entrada em vigor da lei sobre a electricidade. Quanto ao resto, há que julgar o recurso inadmissível.

Quanto ao mérito

79 Na petição, as recorrentes tinham dividido as suas acusações em duas partes. Na primeira, invocavam a violação do dever de fundamentar, contido no artigo 190.° do Tratado, e a violação de formalidades essenciais. Na segunda, invocavam a violação dos artigos 85.°, n.° 1, e 155.° do Tratado, dos artigos 1.° e 3.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17, bem como a violação dos princípios gerais que fazem parte do direito comunitário, nomeadamente o princípio da segurança jurídica e o princípio de solicitude e de preparação cuidadosa dos actos (zorgvuldigheidsbeginsel). Na sua resposta às observações da interveniente, as recorrentes sustentaram que tinham suscitado sete fundamentos baseados em:

1) violação do artigo 190.° do Tratado;

2) violação de formalidades essenciais — tendo o artigo 90.°, n.° 2, sido mencionado na exposição desse fundamento;

3) violação do artigo 85.°, n.° 1, em conjugação com o artigo 90.°, n.° 2;

4) violação dos artigos 1.° e 3.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17;

5) violação do artigo 155.° do Tratado;

6) violação dos princípios gerais do direito comunitário em geral e,

7) em especial, violação do princípio da segurança jurídica e do princípio da solicitude (zorgvuldigheidsbeginsel).

80 O Tribunal entende que há que distinguir, na realidade, três fundamentos. O primeiro baseia-se na violação do direito comunitário da concorrência e de certos princípios gerais do direito. O Tribunal considera, com efeito, que não há que proceder, a este respeito, à subdivisão em cinco fundamentos proposta pelas recorrentes na sua resposta às observações da interveniente, dado que um exame separado das diferentes acusações enumeradas nos pontos 3 a 7 da lista elaborada pelas recorrentes redundaria em apreciações artificialmente divididas e fragmentadas. O segundo fundamento, por seu lado, baseia-se na violação do artigo 190.° do Tratado, e o terceiro na violação de formalidades essenciais, mais particularmente da, referida na réplica, do artigo 6.° do Regulamento n.° 99/63.

1) *Quanto ao fundamento baseado em violação do direito comunitário da concorrência e dos princípios gerais do direito*

Argumentação das partes

81 Pelo presente fundamento, as recorrentes sustentam, em substância, que a Comissão estava obrigada a declarar que as restrições à importação decorrentes do acordo OVS constituem uma infracção ao n.° 1 do artigo 85.° do Tratado e a tomar uma decisão de proibição a seu respeito. Censuram à Comissão ter faltado a essa obrigação.

82 Na petição, as recorrentes expuseram que a abstenção da Comissão de se pronunciar sobre o artigo 21.° do OVS, no que toca ao domínio do abastecimento público, é contrária ao espírito da jurisprudência do Tribunal de Justiça, segundo a qual o artigo 5.° do Tratado obriga os Estados-membros a não tomar medidas susceptíveis de eliminar o efeito útil das regras da concorrência. Em sua opinião, resulta dessa jurisprudência que o facto de o artigo 34.° da lei relativa à electricidade proibir, neste momento, que se importe electricidade para o abastecimento público sem passar pela SEP não constitui obstáculo à aplicabilidade do artigo 85.°

83 Na réplica, desenvolveram este fundamento afirmando que a Comissão, uma vez que tinha constatado uma infracção ao n.° 1 do artigo 85.°, era obrigada a tomar uma «decisão negativa», excepto se decidisse, fundamentando adequadamente a sua apreciação, que o comportamento em causa se justificava em virtude do disposto nos artigos 85.°, n.° 3, ou 90.°, n.° 2.

84 Subsidiariamente, sustentam que as condições de aplicação do n.° 2 do artigo 90.° do Tratado não estão reunidas no caso em apreço. A esse propósito, alegam que o facto de um Estado-membro ter adoptado disposições legislativas mais ou menos idênticas às disposições anticoncorrenciais que figuram num acordo não é suficiente para justificar a aplicação do artigo 90.°, n.° 2. Admiram-se com o facto de a Comissão «parecer bater em retirada» sempre que um Estado-membro confirma, de certo modo, pela via legislativa, um acordo que continua por outro lado a subsistir. Acrescentam que não é indispensável uma proibição absoluta das importações para garantir à SEP a possibilidade de cumprir adequadamente a missão específica que lhe está cometida.

85 As recorrentes censuram à Comissão não ter ousado extrair as consequências da sua constatação de uma infracção ao n.° 1 do artigo 85.° Referem-se à concepção defendida, segundo elas, pela Comissão nas «orientações relativas à aplicação das regras comunitárias da concorrência no sector das telecomunicações» (JO 1991, C 233, p. 2, n.° 23) — segundo a qual a Comissão tem competência exclusiva para decidir da aplicação do n.° 2 do artigo 90.° — para sublinhar que, em sua opinião, o artigo 21.° do OVS está ferido de nulidade por implicar restrições à importação impostas às sociedades de distribuição.

86 Por fim, as recorrentes alegaram que a Comissão teria utilizado uma construção jurídica contrária ao Tratado ao considerar que as restrições à importação que o artigo 21.° do OVS implica são «provisoriamente justificadas» e, por esse facto, (provisoriamente) válidas.

87 A Comissão explica, a título liminar, que o exame das restrições à importação e à exportação de electricidade no quadro de um processo abrangido pelo Regulamento n.° 17 se tornou possível no caso em apreço porque o OVS é um acordo entre empresas na acepção do n.° 1 do artigo 85.° Lembra que restrições neste domínio existem no entanto na maior parte dos Estados-membros e que, paralelamente à análise a que procedeu nos termos do artigo 85.° do Tratado, examinou a situação em cada Estado-membro, exame esse que incluiu a lei neerlandesa sobre a electricidade. A Comissão alega que pensou que o processo contra a SEP e as sociedades de produção não oferecia o quadro adequado para exprimir a sua opinião quanto a uma ou mais das disposições dessa nova lei. Foi por isso que não quis julgar antecipadamente, no quadro da decisão controvertida, a compatibilidade da lei, nomeadamente do seu artigo 34.°, com o direito comunitário.

88 Lembrando em seguida o poder discricionário de que dispõe no exercício das suas tarefas, a Comissão alega que não é obrigada a recorrer ao Tribunal de Justiça, no quadro do artigo 169.° do Tratado, quando entenda que um Estado-membro não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do Tratado, nem constatar e pôr termo, a pedido de um denunciante, a uma infracção às regras da concorrência.

89 A Comissão sustenta que a jurisprudência do Tribunal de Justiça relativa às medidas nacionais que privam os artigos 85.° e 86.° de efeito útil não é pertinente no caso em apreço, dado que o processo baseado no Regulamento n.° 17, de que faz parte o acto impugnado, visa apenas empresas, e não Estados-membros. A Comissão é, portanto, de opinião de que não podia declarar, no processo em causa, que o artigo 34.° da lei sobre a electricidade era contrário aos artigos 5.° e 85.° do Tratado. Acrescenta que as recorrentes não apresentaram queixa contra os Países Baixos em relação à incompatibilidade do artigo 34.° da lei sobre a electricidade com o direito comunitário e que não alegaram que o Governo neerlandês tinha incitado as empresas de produção a adoptar o artigo 21.° do OVS.

90 A Comissão defende-se da crítica de que se contenta com um papel passivo sempre que um Estado-membro sancione um acordo restritivo através de uma lei, alegando que iniciou um processo, nos termos do artigo 169.° do Tratado, contra vários Estados-membros, entre os quais os Países Baixos. Além disso, sublinha que a jurisprudência relativa aos artigos 3.°, alínea f), 5.° e 85.° do Tratado não se

aplica no caso em apreço, dado que o artigo 90.° constitui uma *lex specialis* em relação ao artigo 5.° do Tratado.

91 A Comissão alega em seguida que a acusação de que ela teria a obrigação de tomar uma decisão de proibição, dado que tinha verificado existir uma violação do artigo 86.°, n.° 1, foi alegada tardiamente. O mesmo se passa, em seu entender, com a acusação de que não teria declarado que não estavam respeitadas as exigências do n.° 2 do artigo 90.° do Tratado.

92 Em resposta a essa última acusação, a Comissão alega além disso que não era obrigada a fornecer uma apreciação definitiva sobre o n.° 2 do artigo 90.°, mas que dispõe de um poder discricionário de que fez uso, no caso em apreço, iniciando um processo nos termos do artigo 169.° do Tratado.

93 A interveniente invoca o poder discricionário da Comissão, cuja competência em matéria de política da concorrência implicaria que ela pode e deve poder decidir com toda a liberdade da oportunidade de declarar uma infracção às regras da concorrência.

94 Entende que uma apreciação da Comissão sobre a proibição, feita pelo OVS às empresas de distribuição, de importar e de exportar electricidade comportaria necessariamente uma apreciação da lei sobre a electricidade. Assim, considera que é lógico esperar primeiro que se faça uma apreciação ao artigo 34.° da referida lei. Sublinha que a Comissão não pode em caso algum ordenar-lhe que ponha termo às restrições contidas no OVS que correspondem à proibição contida no referido artigo 34.°, porque não pode impor-lhe que viole uma lei nacional.

95 A interveniente interpreta a decisão no sentido de que a Comissão não se pronunciou, no quadro do processo instaurado com base no Regulamento n.° 17, sobre a questão de saber se a proibição, feita às empresas de distribuição, de importar

electricidade no domínio do abastecimento público se justificava à luz do n.° 2 do artigo 90.° do Tratado. Entende que, até que tenha sido dada resposta à questão de saber se o artigo 34.° da lei sobre a electricidade é compatível com o Tratado, não cabe à Comissão pronunciar-se sobre a aplicabilidade do n.° 2 do artigo 90.° do Tratado e sobre a questão de uma violação do n.° 1 do artigo 85.°

Apreciação do Tribunal

96 Quanto à admissibilidade do presente fundamento, o Tribunal verifica que as recorrentes tinham já alegado, na petição, que a abstenção da Comissão de se pronunciar sobre o artigo 21.° do OVS, no que toca ao domínio do abastecimento público, não se justificava, e que assim a Comissão tinha violado, em particular, os artigos 3.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17 e 155.° do Tratado. Ao invocar estas duas disposições, as recorrentes censuraram implicitamente à Comissão o ter ignorado as obrigações que lhe incumbem, no quadro da aplicação do direito da concorrência, com base no Regulamento n.° 17. Nessas circunstâncias, as acusações feitas na réplica em relação à violação, pela Comissão, de uma pretensa obrigação de tomar uma decisão de proibição não constituem fundamentos novos, e sim argumentos suplementares em apoio do fundamento alegado na petição, referente à violação do direito da concorrência.

97 Quanto ao bem fundado dessa alegação, há que recordar que a Comissão se absteve de se pronunciar sobre a questão de saber se as restrições à importação controvertidas se justificam à luz do n.° 2 do artigo 90.° do Tratado, em virtude de esse exame julgar antecipadamente a questão da compatibilidade da nova lei com o Tratado, o que não seria objecto do processo em causa. A Comissão manifestou, portanto, a sua intenção de remeter o exame dessa questão para um processo nos termos do artigo 169.° do Tratado, que, é certo, apenas foi iniciado posteriormente à adopção da decisão impugnada. Segundo as recorrentes, essa decisão constitui uma violação das obrigações da Comissão na matéria.

98 A este respeito, deverá observar-se, em primeiro lugar, que a tese segundo a qual a Comissão está obrigada, quando tenha verificado a existência de uma infracção, a adoptar uma decisão que obrigue as empresas em causa a pôr-lhe termo é contrá-

ria ao próprio teor do artigo 3.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17, segundo o qual a Comissão pode adoptar tal decisão. Da mesma forma, o artigo 3.°, n.° 2, do Regulamento n.° 17 não confere ao autor de um pedido apresentado ao abrigo do referido artigo o direito de obter da Comissão uma decisão quanto à existência da infracção alegada (v. o acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Outubro de 1979, GEMA/Comissão, 125/78, Recueil, pp. 3173, 3189).

99 Apenas não seria assim se o objecto da denúncia relevasse da competência exclusiva da Comissão. No que toca à aplicação do n.° 2 do artigo 90.°, o Tribunal de Justiça considerou, no seu acórdão de 18 de Junho de 1991, ERT (C-260/89, Colect., pp. I-2925, I-2962), que cabe ao juiz nacional apreciar se práticas, contrárias ao artigo 86.°, de uma empresa encarregada da gestão de um serviço de interesse económico geral podem ser justificadas pelas necessidades decorrentes da missão especial cometida a essa empresa. Resulta dessa jurisprudência que a Comissão não está investida de uma competência exclusiva para aplicar o artigo 90.°, n.° 2, primeira frase, do Tratado (v. igualmente o acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Abril de 1989, Ahmed Saeed, 66/86, Colect., pp. 803, 853). Daqui resulta que, no caso em apreço, o juiz neerlandês é igualmente competente para examinar a questão suscitada na denúncia das recorrentes.

100 Há que acrescentar que a Comissão não pode ser incondicionalmente obrigada a intervir, a pedido de um particular, em relação às empresas encarregadas da gestão de serviços de interesse económico geral, nomeadamente quando tal intervenção implicaria a apreciação da compatibilidade de uma legislação nacional com o direito comunitário. Pelo contrário, há que notar que a Comissão dispõe de um poder de apreciação discricionário quanto à organização dos processos relativos às denúncias apresentadas por particulares com base no artigo 3.° do Regulamento n.° 17.

101 Nestas circunstâncias, cabe ao Tribunal verificar, no quadro do presente fundamento, se, no caso em apreço, a Comissão exerceu o seu poder de apreciação sem cometer erros de direito ou de facto ou um erro de apreciação manifesto. Esse exame implica que se verifique igualmente o contexto em que se insere a decisão impugnada.

102 A esse propósito, o Tribunal verifica que os artigos 21.° do OVS e 34.° da lei sobre a electricidade contêm ambos restrições à importação de electricidade pelas empresas de distribuição. O artigo 21.° do OVS pretende assegurar, através dos contratos de fornecimento celebrados pelos participantes no acordo com os distribuidores, que estes últimos não importem electricidade, com excepção, eventualmente, de alguns fornecimentos de importância menor nas regiões fronteiriças. O artigo 34.° da lei sobre a electricidade, ao reservar apenas à SEP a importação de electricidade destinada ao abastecimento público, proíbe essa actividade aos distribuidores, com excepção da importação de electricidade de tensão inferior a 500 vóltios. O alcance da proibição contida no OVS difere, portanto, ligeiramente da que consta da lei sobre a electricidade.

103 De igual modo, o método escolhido para pôr em prática essa proibição é diferente. Enquanto o OVS procura atingir o resultado pretendido através de uma obrigação contratual imposta aos distribuidores pelas partes no acordo, a lei alcança-o através do monopólio conferido à SEP.

104 O Tribunal constata que as proibições à importação decorrentes, respectivamente, do artigo 21.° do OVS e do artigo 34.° da lei são, apesar das divergências menores acima salientadas, quase idênticas e susceptíveis de produzir, em substância, os mesmos efeitos, a saber, uma impossibilidade quase total, para os distribuidores, de importar electricidade.

105 Nestas circunstâncias, o exame da compatibilidade da lei nacional com o direito comunitário revestia um carácter prioritário em relação ao do OVS. Com efeito, enquanto a incompatibilidade dessa lei com o Tratado não for demonstrada, a declaração de que o OVS constitui uma infracção só é susceptível de produzir efeitos práticos na medida em que as restrições que prevê ultrapassem as que decorrem da lei.

106 Isto resulta nomeadamente do facto de a Comissão não poder obrigar empresas, para pôr termo a uma infracção ao artigo 85.°, a adoptar um comportamento contrário a uma lei nacional, sem fazer uma apreciação desta à luz do direito comunitário.

107 Ora, a questão da compatibilidade com o Tratado do artigo 34.° da lei sobre a electricidade é susceptível de constituir objecto de um debate de carácter político e institucional. O processo adequado de que a Comissão dispõe para tratar questões que põem em causa interesses de ordem pública nacional é o do artigo 169.° do Tratado, no qual os Estados-membros são directamente implicados e no qual cabe ao Tribunal de Justiça declarar, tal sendo o caso, que uma lei nacional constitui uma violação do Tratado.

108 Há que acrescentar que, contrariamente às observações apresentadas pelas recorrentes na réplica, a Comissão não entendeu que as restrições à importação em questão são provisoriamente justificadas e, por essa razão, provisoriamente válidas. Com efeito, dado que a questão da aplicabilidade do n.° 2 do artigo 90.° do Tratado não foi resolvida na decisão, é forçoso declarar que — segundo o n.° 38 da decisão — essas restrições constituem uma infracção ao artigo 85.° do Tratado.

109 Não tendo a Comissão adoptado qualquer decisão sobre a aplicação do n.° 2 do artigo 90.° do Tratado, o argumento das recorrentes segundo o qual as condições de aplicação da referida disposição não estão reunidas no caso em apreço é inoperante. Pode, portanto, ser afastado, sem que seja necessário apreciar a questão de saber se foi aduzido em tempo útil.

110 Há que acrescentar que o argumento invocado pelas recorrentes no quadro do fundamento relativo à fundamentação da decisão, segundo o qual a lei sobre a electricidade poderia ser revogada pelo legislador neerlandês, também não é pertinente nesse contexto. Com efeito, o artigo 3.° do Regulamento n.° 17 habilita a Comissão a declarar a existência de infracções, mas não lhe atribui de forma nenhuma a missão de se pronunciar sobre situações hipotéticas.

111 Por isso, a decisão controvertida da Comissão é justificada. Há que acrescentar que tal resultado não atenta contra a protecção jurisdicional devida aos particulares que tenham apresentado à Comissão uma denúncia nos termos do artigo 3.° do Regulamento n.° 17. É certo que é possível que o processo nos termos do artigo

169.° do Tratado leve a resultados que as denunciantes considerem insuficientes. No entanto, deve recordar-se que a denúncia das recorrentes não foi de forma nenhuma rejeitada, mas está ainda pendente na Comissão. Se necessário, as recorrentes poderão, pois, requerer o prosseguimento do processo iniciado nos termos dos Regulamentos n.os 17 e 99/63, no qual poderão fazer valer plenamente os seus direitos processuais. O Tribunal não ignora que o exercício desses direitos processuais sofreria, nessa hipótese, um atraso considerável, que é no entanto inevitável dado que o processo nos termos do artigo 169.° do Tratado reveste, no caso em apreço, carácter prioritário em relação ao processo nos termos do artigo 3.° do Regulamento n.° 17.

112 Nestas circunstâncias, o exame da decisão controvertida feito pelo Tribunal não revelou que a Comissão tenha cometido um erro de direito ou de facto, ou um erro de apreciação manifesto, ao abster-se de se pronunciar sobre a questão de saber se as restrições à importação em causa se justificam à luz do n.° 2 do artigo 90.° do Tratado. O fundamento baseado em violação do direito comunitário da concorrência e de certos princípios gerais do direito é, pois, improcedente.

2) *Quanto à fundamentação da decisão impugnada*

Argumentação das partes

113 Na petição, as recorrentes invocaram a violação do dever de fundamentar, contido no artigo 190.° do Tratado. Entendem que as considerações que figuram nos n.os 50 e 51 da decisão impugnada não constituem fundamentação suficiente para justificar a abstenção da Comissão de se pronunciar sobre a questão de saber se as restrições à importação e à exportação no domínio do abastecimento público podem beneficiar do disposto no n.° 2 do artigo 90.° do Tratado. Em sua opinião, ao verificar que as referidas restrições não são justificadas, a Comissão não se teria pronunciado, pelo menos expressamente, sobre a compatibilidade da lei sobre a electricidade com o Tratado. Na réplica, as recorrentes acrescentaram que a rejeição implícita da sua denúncia, contida segundo elas na decisão impugnada, não foi suficientemente fundamentada, não tendo a Comissão especificado os fundamentos pelos quais entendeu que não havia infracção.

114 Além disso, alegaram na réplica que a decisão impugnada está viciada por contradições internas. Sustentam, em primeiro lugar, que existem contradições nos desenvolvimentos da decisão relativos às restrições à importação e à exportação instituídas pelos produtores de electricidade. Alegam que, mesmo que algumas dessas contradições pudessem explicar-se por um erro de redacção, se trataria sempre de um raciocínio incoerente e impreciso e que o dispostivo não decorre logicamente dos considerandos da decisão.

115 Quanto às empresas distribuidoras, como as recorrentes, estas sustentam que existe uma contradição entre o n.° 54 da decisão, intitulado «Conclusão», segundo o qual as restrições à exportação, mas não as restrições à importação, constituem uma infracção ao n.° 1 do artigo 85.°, e o n.° 38, em que a Comissão declara que a manutenção do artigo 21.° do OVS é contrária ao n.° 1 do artigo 85.°, sem distinguir entre as importações e as exportações.

116 Por outro lado, entendem que o dispositivo da decisão está em contradição com os n.os 38, 52 e 54, na medida em que não retoma, na íntegra, a conclusão de que as restrições à exportação impostas aos distribuidores constituem uma infracção ao n.° 1 do artigo 85.° e não são justificadas pelo n.° 2 do artigo 90.°

117 A Comissão é de opinião de que a fundamentação da sua decisão é lógica e coerente e que, portanto, não violou o artigo 190.° do Tratado. Em sua opinião, qualquer juízo feito sobre o artigo 21.° do OVS implica inevitavelmente um juízo sobre o artigo 34.° da lei sobre a electricidade, uma vez que esses dois artigos contêm disposições idênticas. A Comissão afirma que a fundamentação exposta nos n.os 50 e 51 da decisão impugnada é suficiente. Lembra que, mesmo que constitua simultaneamente uma rejeição implícita da denúncia das recorrentes, a decisão tem como destinatários a SEP e os quatro produtores de electricidade.

118 A Comissão entende que as acusações baseadas pelas recorrentes, na réplica, nas contradições internas da decisão foram alegadas tardiamente. Alega que as recorrentes não têm interesse em agir no que respeita às acusações baseadas em incoerências da decisão quanto às restrições à importação e à exportação impostas às empresas produtoras.

119 Contesta que haja falta de coerência entre os n.os 38 e 54 da decisão, relativos às importações pelos distribuidores. Em sua opinião, o n.° 38 constitui apenas uma conclusão intermédia. Entende que, no contexto do presente processo, a aplicação dos artigos 85.° e 90.°, n.° 2, do Tratado releva de uma única e mesma apreciação, que se desenrola em várias etapas. Em boa lógica, haveria que examinar primeiro se houve violação do artigo 85.°, n.° 1, antes de verificar se se aplica a excepção prevista no n.° 2 do artigo 90.°

120 A interveniente sustenta que a decisão impugnada está suficientemente fundamentada. Entende que as incoerências entre o n.° 54 da decisão e a parte anterior da exposição de motivos resultam de um erro de redacção, que não justifica a anulação da decisão por falta de fundamentação. Além disso, entende que as recorrentes não compreenderam que a Comissão, no n.° 54 da decisão, extrai a conclusão do exame do artigo 21.° do OVS, enumerando as restrições que, em seu entender, constituem violação do n.° 1 do artigo 85.° e, ao mesmo tempo, não satisfazem as condições do n.° 2 do artigo 90.° Segundo a SEP, é pois lógico que a proibição de importar mencionada no n.° 38 da decisão não conste do n.° 54, dado que a Comissão não tinha a intenção de se pronunciar sobre a compatibilidade desta com o n.° 2 do artigo 90.°

121 Na opinião da interveniente, a decisão impugnada não constitui uma rejeição implícita da denúncia das recorrentes. Entende que a Comissão não estava, portanto, obrigada a expor em detalhe, na decisão, as razões pelas quais não podia declarar a existência de uma violação das regras da concorrência.

Apreciação do Tribunal

122 O Tribunal salienta, a título preliminar, que o facto de a decisão impugnada não ser dirigida às recorrentes não se opõe a que estas invoquem um fundamento baseado na violação do artigo 190.° do Tratado. Com efeito, o interesse que podem ter outras pessoas que não os destinatários de um acto, mas a quem esse acto diz directa e individualmente respeito, em receber explicações deve ser tomado em conta quando se trate de apreciar a extensão do dever de o fundamentar (v., por exemplo, os acórdãos do Tribunal de Justiça de 20 de Março de 1985, Itália/Comissão, 41/83, Recueil, pp. 873, 891, e de 17 de Março de 1983, Control Data/ /Comissão, 294/81, Recueil, pp. 911, 928).

123 O Tribunal verifica, em seguida, que as recorrentes só na réplica desenvolveram uma parte das suas acusações relativas à fundamentação da decisão. Tratando-se, todavia, de argumentos suplementares em apoio de um fundamento já alegado na petição, essas acusações são admissíveis à luz do n.° 2 do artigo 48.° do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância.

124 Há que recordar que resulta de jurisprudência constante do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância (acórdãos do Tribunal de Justiça de 4 de Julho de 1963, Alemanha/Comissão, 24/62, Recueil, p. 133; de 30 de Setembro de 1982, Roquette Frères/Conselho, 110/81, Recueil, p. 3159; de 17 de Janeiro de 1984, VBVB e VBBB/Comissão, 43/82 e 63/82, Recueil, p. 19, e do Tribunal de Primeira Instância de 24 de Janeiro de 1992, La Cinq/Comissão, T-44/90, Colect., p. II-1) que a fundamentação de uma decisão que afecta interesses deve ser susceptível de permitir ao juiz comunitário exercer a fiscalização da legalidade e ao interessado conhecer as justificações da medida tomada, a fim de poder defender os seus direitos e verificar se a decisão é ou não fundada.

125 O Tribunal considera a este respeito que o n.° 50 da decisão impugnada expõe claramente a razão pela qual a Comissão decidiu, quanto ao período posterior à entrada em vigor da lei sobre a electricidade, suspender o processo iniciado nos termos do Regulamento n.° 17, no que respeita às restrições à importação impostas às empresas distribuidoras. Com feito, a preocupação de evitar julgar antecipadamente, no quadro de tal processo, a compatibilidade da referida lei com o Tratado ressalta sem equívocos do referido texto.

126 Essa fundamentação forneceu às recorrentes informações necessárias para contestarem, no quadro do presente recurso, o bem fundado da razão aduzida pela Comissão, o que resulta, por outro lado, dos argumentos que apresentaram na fase escrita do processo. Ela basta igualmente ao Tribunal para exercer a sua fiscalização da legalidade da decisão.

127 A alegação das recorrentes segundo a qual essa fundamentação não é suficiente para justificar a decisão impugnada incide, na realidade, sobre o bem fundado das razões aduzidas pela Comissão, e não sobre a questão de saber se a decisão impugnada expõe suficientemente as referidas razões. Deve, por isso, ser afastada no quadro do presente fundamento.

128 Quanto à pretensa contradição entre os n.os 38 e 54 da decisão em relação às restrições à importação, o Tribunal nota que a diferença entre os dois textos se explica pela posição que ocupam na economia da decisão. O primeiro desses números resume o resultado da apreciação do artigo 21.° do OVS à luz apenas do n.° 1 do artigo 85.° do Tratado, ao passo que o segundo tem em conta igualmente a possibilidade de certas restrições à concorrência poderem encontrar justificação no n.° 2 do artigo 90.° do Tratado. Como a Comissão reservou parcialmente o seu exame do n.° 2 do artigo 90.°, é coerente com a estrutura do conjunto da decisão que as infracções que considerou no n.° 54 constituam apenas uma parte daquelas que tinha verificado antes, sem ter examinado uma eventual justificação.

129 Resulta do conjunto das considerações que precedem que o fundamento baseado em insuficiência da fundamentação da decisão não procede.

3) *Quanto ao fundamento baseado em violação de formalidades essenciais, nomeadamente do artigo 6.° do Regulamento n.° 99/63*

130 O Tribunal salienta que, segundo os artigos 19.°, primeiro parágrafo, do protocolo relativo ao Estatuto CEE do Tribunal de Justiça, aplicável ao Tribunal de

Primeira Instância por força do artigo 46.°, primeiro parágrafo, do referido Estatuto, 38, n.° 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, que era aplicável, aquando da interposição do recurso, ao processo no Tribunal de Primeira Instância, e 44, n.° 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, a petição deve conter uma exposição sumária dos fundamentos invocados. Isto significa que a petição deve explicitar em que consiste o fundamento no qual o recurso se baseia, pelo que a sua simples enunciação abstracta não satisfaz as exigências do Estatuto e do regulamento (v. os acórdãos do Tribunal de Justiça de 15 de Dezembro de 1961, Fives Lille Cail e o./Alta Autoridade, 19/60, 21/60, 2/61 e 3/61, Recueil, pp. 559, 588, e de 5 de Março de 1991, Grifoni/CEEA, C-330/88, Recueil, pp. I-1045, I-1067). Assim, a simples referência a uma violação de formalidades essenciais, tal como se encontra na petição, na falta de alegações precisas relativas à formalidade que teria sido violada, não pode ser considerada suficiente.

131 É certo que as recorrentes indicaram na réplica que censuram à Comissão o não lhes ter dirigido uma comunicação nos termos do artigo 6.° do Regulamento n.° 99/63. Todavia, resulta dos artigos 42.°, n.° 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça e 48, n.° 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância que é proibida a dedução de novos fundamentos no decurso da instância. Dado que só na fase da réplica as recorrentes expuseram que o presente fundamento se baseia na ausência de comunicação nos termos do artigo 6.° do Regulamento n.° 99/63, há que afastá-lo por ser extemporâneo.

132 Resulta das considerações que precedem que o recurso contra a decisão da Comissão de não se pronunciar sobre a questão de saber se as restrições à importação impostas às empresas de distribuição podem encontrar justificação no n.° 2 do artigo 90.° do Tratado é improcedente. Por conseguinte, deve ser negado provimento ao recurso na totalidade.

Quanto às despesas

133 Na sua resposta ao memorando de intervenção da SEP, as recorrentes requereram, qualquer que fosse o desfecho da causa, não ser condenadas nas despesas, nem mesmo nas da intervenção, tendo em conta as imprecisões e incoerências da decisão impugnada.

134 A interveniente sustenta que as recorrentes devem suportar as suas despesas. Entende que não é o Regulamento de Processo do Tribunal, entrado em vigor, em sua opinião, em 1 de Agosto de 1991, que se aplica à sua intervenção, mas o Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça. É de opinião de que, mesmo segundo o n.° 2 do artigo 87.° do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, as recorrentes devem ser condenadas nas despesas se forem vencidas a final.

135 O Tribunal salienta, a título preliminar, que o seu Regulamento de Processo, por força do artigo 130.°, entrou em vigor no primeiro dia do segundo mês seguinte à sua publicação, que teve lugar em 30 de Maio de 1991. A data de entrada em vigor foi, portanto, 1 de Julho de 1991.

136 Por força do disposto no n.° 2 do artigo 87.° do referido Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se tal tiver sido requerido. Tendo as recorrentes sido vencidas, há que condená-las solidariamente nas despesas. O Tribunal considera que, contrariamente às alegações das recorrentes, a Comissão não contribuiu para o surgimento do litígio por uma redacção imprecisa do n.° 50 da decisão e que, portanto, não há que aplicar o n.° 3 do artigo 87.° do seu Regulamento de Processo.

137 Quanto às despesas da interveniente, há que notar que o pedido de intervenção, tendo sido apresentado na Secretaria do Tribunal em 16 de Julho de 1991, é regido pelo Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância. O Tribunal entende que, nas circunstâncias do caso em apreço, não há que aplicar o n.° 4 do artigo 87.° do seu Regulamento de Processo para decidir que a interveniente suporte as suas próprias despesas. As recorrentes devem, portanto, suportar também as despesas da interveniente.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Primeira Secção)

decide:

1) É negado provimento ao recurso.

2) As recorrentes são condenadas solidariamente nas despesas, incluindo as da interveniente.

Kirschner Vesterdorf

García-Valdecasas Lenaerts Schintgen

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 18 de Novembro de 1992.

O secretário

H. Jung

O presidente

H. Kirschner