# CONCLUSÕES DO JUIZ DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA HEINRICH KIRSCHNER

## apresentadas em 21 de Fevereiro de 1990 *

A — Os factos ..... 313

B — O mérito do pedido ..... 316

I — Compatibilidade da aplicação do artigo 86.° com a isenção ..... 316

1) Situação jurídica ..... 317

a) O Tratado e a sua interpretação pelo Tribunal de Justiça ..... 317

b) Isenção individual e aplicação do artigo 86.° ..... 322

c) Isenção por categoria e aplicação do artigo 86.° ..... 326

2) Aquisição de licença de patente como abuso de posição dominante ..... 330

a) Elementos do abuso de posição dominante ..... 330

b) Verificação da infracção na decisão impugnada ..... 336

II — Violação do princípio da segurança jurídica ..... 338

1) Previsibilidade da aplicação do artigo 86.° ..... 340

a) Previsibilidade apesar da isenção por categoria ..... 340

b) Segurança jurídica acrescida pela possibilidade de obtenção de um certificado negativo ..... 342

2) Lesão de uma relação jurídica constituída de boa fé com base na isenção ..... 343

III — Colocação em perigo da aplicação uniforme do direito comunitário ..... 344

C — Conclusão ..... 346

*Senhor Presidente,*
*Senhores Juízes,*

1. Nos termos do artigo 2.° da decisão do Conselho de 24 de Outubro de 1988 [1], cabe a um membro do Tribunal de Primeira Instância chamado a desempenhar funções de advogado-geral apresentar publicamente, com toda a imparcialidade e independência, conclusões fundamentadas sobre as causas submetidas ao Tribunal, para assistir este último no desempenho das suas atribuições. Foi-me atribuída a honrosa tarefa de apresentar as primeiras conclusões perante o nosso Tribunal. Esforçar-me-ei por a desempenhar de forma imparcial e consclen-

* Língua original: alemão.

1 — JO 1988, L 319, p. 1; foi publicada uma versão rectificada no JO 1989, C 215, p. 1.

ciosa, por forma a assistir ao Tribunal na sua primeira decisão. Atendendo ao significado do caso presente ao Tribunal, decidi não apresentar as minhas conclusões por escrito, antes as expondo nesta audiência.

## A — Os factos

Os factos são conhecidos do Tribunal, pelo que me limitarei a repetir os elementos de facto mais importantes, na medida em que facilitem a compreensão ou contribuam para a decisão da matéria de direito.

2. A recorrente, Tetra Pak Rausing SA, coordena a partir da Suíça as actividades do grupo Tetra Pak. Trata-se de um grupo de empresas. A Tetra produz e comercializa embalagens de cartão e máquinas de encher para o empacotamento de géneros alimentícios líquidos, dirigindo o mercado a nível mundial neste domínio. Isto é particularmente válido para a embalagem esterilizada de líquidos, nomeadamente o leite denominado UHT, pois a Tetra foi uma das primeiras sociedades a desenvolver este tipo de processos e a fornecer os respectivos equipamentos e materiais de embalagem.

3. Na Comunidade Europeia, a Tetra dispunha em 1985 de uma parte de mercado de 91,8 % das máquinas para embalagem esterilizada e de 89,1 % para as respectivas embalagens de cartão. A Comissão acusa a Tetra de impedir o acesso de novos concorrentes ao mercado de equipamentos e materiais para acondicionamento esterilizado de leite, violando por esta forma o artigo 86.° do Tratado CEE [2], ao obter a licença exclusiva de uma patente para outro processo de esterilização de embalagens de cartão. A Tetra entende que esta acusação não tem fundamento, uma vez que a licença de patente se encontra entre os acordos isentos nos termos do Regulamento (CEE) n.° 2349/84 [3]. Convém, para compreender o significado da obtenção desta licença pela Tetra, ter presentes, antes de mais, as particularidades técnicas dos mercados em causa.

4. O tratamento UHT consiste em aquecer o leite por um curto espaço de tempo a uma temperatura de cerca de 140° C, por forma a esterilizá-lo. Imediatamente após, é embalado mecanicamente, em condições rigorosamente assépticas, em embalagens de cartão que foram previamente esterilizadas pela mesma máquina. O leite tratado por este processo conserva-se por muitos meses sem que o seu gosto se altere, como acontece em processos comuns de esterilização. Contudo, se não forem respeitadas as condições de esterilização durante o acondicionamento, existe o perigo de o produto se deteriorar e se tornar nocivo para a saúde.

5. As barreiras técnicas para a entrada no mercado de máquinas de empacotamento em condições de esterilização são elevadas. Embora o método fundamental de esterilização usado pela Tetra já não esteja protegido por patente, não deixam de ser necessários muita experiência e um extenso *know-how* para a produção de máquinas que assegurem a necessária esterilização. A produção de material de empacotamento é tecnicamente menos difícil, mas a venda das embalagens de cartão está, em regra, associada à das máquinas. Assim, a chave para o acesso ao mercado destas embalagens está na capacidade de fornecer também as máquinas correspondentes.

2 — Os artigos citados sem indicação de fonte pertencem ao Tratado CEE.

3 — JO 1984, L 219, p. 15; EE 08 F2 p. 135.

6. O leite UHT é geralmente comercializado em embalagens em forma de tijolo. As máquinas de embalagem disponíveis no comércio esterilizam aquelas embalagens com concentrado de peróxido de hidrogénio. As embalagens são depois aquecidas para as secar de todos os resíduos do líquido e manter a esterilidade até ao enchimento.

No processo de enchimento desenvolvido pela Tetra, o material de embalagem é fornecido em rolos e esterilizado liso. As embalagens só ganham forma e são fechadas por todos os lados quando o leite é embalado. O único outro processo comercialmente disponível na Comunidade, desenvolvido pela sociedade PKL, filial da Rheinmetall, utiliza embalagens previamente formadas. Este processo tem a desvantagem, em relação ao desenvolvido pela Tetra, de ser mais difícil secar o peróxido de hidrogénio de embalagens já formadas do que de superfícies lisas, sendo assim maior o perigo de ficarem resíduos do líquido de desinfecção.

7. Estas dificuldades são reduzidas num processo de esterilização desenvolvido no Reino Unido, cuja licença está em causa no presente processo. O efeito do peróxido de hidrogénio é reforçado com a utilização de luz ultravioleta, o que permite a utilização de uma solução diluída do mesmo líquido. A este processo foram concedidas patentes, que expiram no ano 2000, na Irlanda, em Espanha, na Bélgica e em alguns Estados terceiros, como os Estados Unidos, o Canadá e o Japão. Foram apresentados pedidos de concessão de patente em Itália e, com base na Convenção Europeia sobre Patentes, no Reino Unido, em França, na Alemanha e nos Países Baixos, bem como na Áustria, na Suíça e na Suécia. O titular das patentes era inicialmente o National Research and Development Council (NRDC) britânico. Este concedeu uma licença para a patente e o *know-how* ligado ao processo à Novus Corporation, que pertence ao grupo de empresas americano Liquipak, com efeitos a partir de 27 de Agosto de 1981. Tratava-se de uma licença exclusiva, válida até 27 de Agosto de 1988, mas que podia ser prorrogada, com a reserva de não violar o artigo 85.° Nos termos do Regulamento sobre isenção por categorias, n.° 2349/84, o acordo de licença foi isento da proibição do n.° 1 do artigo 85.°, depois de aquele regulamento ter entrado em vigor em 1985.

8. A Liquipak é uma empresa especializada na produção de instalações para acondicionamento de géneros alimentícios líquidos. A Liquipak tinha-se dedicado com êxito, ainda antes da obtenção da licença, à produção de instalações para o empacotamento de leite fresco (pasteurizado) em embalagens de cartão. Estas instalações têm também que corresponder a exigências de higiene bastante elevadas, mas não precisam de assegurar uma esterilização integral, ao contrário das máquinas para embalagem de leite UHT.

9. No estádio da técnica naquela época, o leite fresco era geralmente empacotado em embalagens «de topo em aresta», as quais podiam ser abertas facilmente sem necessidade de qualquer instrumento auxiliar, ao inverso das embalagens em forma de tijolo utilizadas pela Tetra. Depois da obtenção da licença, a Liquipak começou a desenvolver uma máquina para o enchimento daquelas embalagens em condições de esterilização. Contudo, a experiência que tinha no âmbito do empacotamento de leite fresco não permitia à Liquipak produzir uma máquina de enchimento em condições de esterilização tecnicamente satisfatórias. A Liquipak esforçou-se, ao longo de vários anos,

por produzir uma máquina daquele tipo. Foram-lhe concedidas patentes, quer para os aparelhos desenvolvidos por esta forma quer para as embalagens correspondentes.

10. A Liquipak trabalhou em colaboração com o grupo norueguês Elopak para o desenvolvimento dessas máquinas. Este último grupo produz e vende embalagens para o empacotamento de géneros alimentícios e comercializa instalações para enchimento. A sua actividade concentra-se no empacotamento de leite fresco em embalagens de topo em aresta. O seu principal concorrente é a Tetra, cuja quota do mercado de instalações de enchimento e embalagens para leite fresco é de cerca de 50 %.

A Elopak era o distribuidor exclusivo para a CEE dos produtos da Liquipak, nomeadamente das instalações para a embalagem de leite fresco e das máquinas que estão ainda a ser desenvolvidas para o empacotamento esterilizado de leite UHT. A Elopak auxiliou em particular a Liquipak instalando experimentalmente em várias fábricas de lacticínios as máquinas de embalagem asséptica por esta desenvolvidas e fornecendo gratuitamente ou por um pequeno quantitativo as embalagens correspondentes. A Elopak afirma que aqueles esforços tinham já conduzido, em 1986, à produção de uma máquina adequada para comercialização. A recorrente contesta esta afirmação.

11. Em 1986, a Tetra adquiriu o grupo Liquipak e, por esta forma, a licença exclusiva em causa. O British Technology Group, sucessor nos direitos do National Research and Development Council, que tinha cedido originariamente a licença, não levantou quaisquer objecções à passagem desta para a Tetra.

Depois do anúncio da aquisição da Liquipak pela Tetra, a Elopak pôs termo ao apoio que vinha dando aos ensaios da máquina acabada de desenvolver e pediu à Comissão que declarasse a violação, pela Tetra, dos artigos 85.° e 86.° do Tratado CEE.

12. Depois da comunicação das acusações, em Março de 1987, e da audição de 25 de Julho de 1987, a Tetra desistiu da exclusividade da licença. Embora, no entender da Comissão, tivesse cessado por esta forma a violação das regras da concorrência, aquela entendeu ser necessário terminar o processo com uma decisão, antes de mais para clarificar a situação jurídica. Entretanto, face à situação de facto relativamente nova, decidiu prescindir da aplicação de uma multa.

13. Por esta razão, a Comissão aprovou em 26 de Julho de 1988 a decisão ora impugnada [4], cuja parte decisória, contida no essencial no artigo 1.°, é do seguinte teor:

«A aquisição pela Tetra PAK Rausing SA, ou em seu nome, da exclusividade da licença entre o NRDC e a Novus Corp, de 27 de Agosto de 1981, através da aquisição do Grupo Liquipak, na medida em que produz efeitos no mercado comum, constitui uma violação do artigo 86.°, desde a data da aquisição até à data da cessação dos efeitos da exclusividade.»

A Comissão reservou-se expressamente o direito de continuar a examinar o conjunto do comportamento negocial da recorrente nos mercados de embalagens de cartão para leite (quer para empacotamento de leite fresco quer para empacotamento esterilizado) e

4 — Decisão 88/501/CEE (JO L 272, p. 27).

máquinas de embalagem, para verificar se a recorrente praticou outras violações dos artigos 85.° e 86.°

Para evitar repetições, referir-me-ei à matéria de facto apurada pela Comissão apenas quando analisar a matéria de direito.

14. A Tetra Pak interpôs recurso da decisão da Comissão em 11 de Novembro de 1988 para o Tribunal de Justiça. Este, por despacho de 15 de Novembro de 1989 ao abrigo do artigo 14.° da decisão do Conselho de 28 de Outubro de 1988, decidiu, com força vinculatória, remeter o caso para o nosso Tribunal, pelo que, como já aqui foi dito, são desnecessárias observações sobre a competência do Tribunal.

A recorrente baseia o seu pedido de declaração de nulidade da decisão da Comissão numa violação dos artigos 85.° e 86.° Adianta três argumentos: é logicamente impossível que um comportamento autorizado pelo n.° 3 do artigo 85.° seja proibido pelo artigo 86.° Tal viola ainda o princípio da segurança jurídica e põe em causa a aplicação uniforme do direito comunitário pela Comissão e pelos tribunais nacionais. A Comissão contestou estes argumentos. No que respeita às restantes observações das partes na fase escrita do processo, remeto para o relatório para audiência, para poupar ao serviço de tradução uma duplicação do trabalho. Quanto às observações complementares das partes, apresentadas na fase oral do processo, sobre elas será tomada posição no contexto respectivo, na apreciação das questões de direito.

## B — O mérito do pedido

15. A decisão da causa depende de ter sido correcta a consideração pela Comissão da obtenção da licença pela recorrente como abuso na acepção do artigo 86.°, apesar de o acordo de licença de patente se encontrar entre os acordos isentos nos termos do Regulamento sobre isenção por categorias n.° 2349/84.

A recorrente afirma que a aplicação do artigo 86.° ao seu caso constitui uma violação, quer deste preceito quer do artigo 85.° Tomarei posição sucessivamente sobre cada um dos três argumentos em que aquela afirmação se apoia.

### I — *Compatibilidade da aplicação do artigo 86.° com a isenção*

16. A recorrente afirmou na petição que é logicamente impossível a aplicação do artigo 86.° a um comportamento expressamente permitido pelo n.° 3 do artigo 85.° Na audiência de discussão este argumento foi completado no sentido de que, tendo em atenção os acórdãos proferidos nos processos Ahmed Saeed e Hoffmann-La Roche, a celebração de um acordo isento por um regulamento de isenção por categoria não constitui por si só violação do artigo 86.° Terá antes de se verificar um elemento suplementar: que a empresa dominante tenha imposto ao outro contraente o acordo. Esta ampliação de um argumento é admissível, não havendo alteração da causa de pedir (violação dos artigos 85.° e 86.°).

17. Assim, analisarei o argumento em três partes. Parece-me, em primeiro lugar, necessário analisar as afirmações de natureza jurídica no recurso, e verificar assim se é logicamente impossível (e, portanto, juridicamente incorrecto) aplicar o artigo 86.° a um comportamento alvo de isenção. Para este efeito, procederei em três etapas: depois de uma primeira análise das disposições do Tratado e da jurisprudência do Tribunal de Justiça, verificar-se-á, num segundo momento, se se encontram no direito derivado indicações sobre a relação entre uma isenção individual e o artigo 86.° Esta verificação parece-me necessária, embora no caso presente esteja em causa uma isenção por categoria e não individual, pois a situação jurídica relativa a isenções individuais pode dar indicações sobre os efeitos de uma isenção por categoria; só com uma visão de conjunto é possível tirar conclusões seguras sobre a conjugação dos artigos 85.° e 86.° Numa terceira etapa, verificar-se-á finalmente se o direito derivado contém indicações sobre a relação entre uma isenção por categoria e o artigo 86.°, e em que sentido.

Se resultar desta análise que uma isenção por categoria não obsta à aplicação simultânea do artigo 86.°, surgirá a segunda questão, de saber se o artigo 86.° será apenas aplicável quando exista um elemento suplementar, no sentido das observações da recorrente na audiência de discussão.

1) *Situação jurídica*

a) O Tratado e a sua interpretação pelo Tribunal de Justiça

18. Começo com a verificação simples, mas em todo o caso necessária, de que a possibilidade de isenção está prevista expressamente apenas em relação à proibição de acordos restritivos da concorrência contida no n.° 1 do artigo 85.°, e já não em relação à proibição de abuso de posição dominante prevista no artigo 86.° Tal decorre da colocação sistemática desta regra, que se encontra no n.° 3 do artigo 85.° em lugar de se seguir a ambas as regras, em substituição do artigo 87.° Mas era esta situação que seria de esperar, atendendo a que os autores do Tratado pretendiam que uma isenção tivesse efeitos em relação não só à proibição de acordos restritivos da concorrência do n.° 1 do artigo 85.° mas também à proibição de abuso do artigo 86.° O facto de o não terem feito pode ser explicado atendendo à estrutura diversa dos dois tipos de infracções.

A proibição de acordos restritivos da concorrência do artigo 85.°, n.° 1, estende-se a todos os mercados e a todas as empresas. Está formulada em termos tão gerais que inclui numerosos acordos com razão de ser do ponto de vista económico e contra os quais não há quaisquer restrições, atendendo aos seus efeitos benéficos. Devido a este âmbito de aplicação excessivamente amplo, a proibição necessita de correcções, que são por muitos autores comparadas com a «rule of reason» do direito *antitrust* dos Estados Unidos.

19. Permitam-me, a pretexto deste ponto, uma breve referência ao possível recurso a concepções e argumentos do direito *antitrust* americano. As discussões travadas do outro lado do Atlântico e as soluções encontradas pela jurisprudência contêm, talvez, algumas indicações preciosas para a interpretação do direito comunitário. Em todo o caso, é sempre necessário algum cuidado ao transpor conceitos e teorias de uma or-

dem jurídica para outra. Há diferenças significativas entre a tipologia legal que se encontra nos direitos americano e comunitário, pelo que nem todos os problemas com que um sistema se ocupa encontram correspondência na outra ordem jurídica. Isto é válido, nomeadamente, para a questão da aplicabilidade do artigo 86.° a um processo em que se verificou uma isenção, nos termos do artigo 85.°, n.° 3. Por este motivo, prescindirei de uma análise comparativa com o direito dos Estados Unidos no âmbito destas conclusões.

20. Dediquemo-nos de novo à análise do artigo 85.° A proibição de acordos restritivos da concorrência do n.° 1 deste artigo encontra a necessária limitação no respectivo n.° 3. É da conjugação destes dois preceitos que é possível retirar quais os acordos que são ou não tolerados pelo direito comunitário [5].

O artigo 86.° está estruturado de forma completamente diferente. Esta norma não vale em relação a todos os mercados, mas apenas em relação àqueles em que uma ou várias empresas ocupam uma posição dominante. A proibição dirige-se apenas a empresas com domínio do mercado, e não a quaisquer outras. Isto implica, desde já, uma forte restrição do âmbito de aplicação deste artigo em relação ao artigo 85.° Acresce que o artigo 86.° se limita a proibir comportamentos abusivos. Assim, está fora de causa a proibição de comportamentos aceites pelo ordenamento comunitário em matéria de concorrência, em função das vantagens que apresentam. Não é assim necessária qualquer limitação do âmbito de aplicação do artigo 86.° orientada por uma «rule of reason».

21. A recorrente defendeu na audiência de discussão o entendimento de que a verificação da aplicabilidade do artigo 86.° deve ter lugar em duas etapas, tal como acontece com o artigo 85.° Decorre do acórdão United Brands [6] que é necessário verificar em primeiro lugar se, à primeira vista, existe um abuso, e de seguida se este se justifica objectivamente. Assim procedeu também a Comissão no processo impugnado. Esta observação da recorrente esquece que a verificação de um caso especialmente regulamentado de isenção é completamente diferente da verificação de elementos objectivos isolados no âmbito do próprio tipo constitutivo da proibição. O artigo 86.° não pode ser interpretado no sentido de conter qualquer tipo permissivo.

22. O artigo 86.° distingue-se também do artigo 85.° por o seu tipo poder ser realizado através do comportamento unilateral de uma única empresa. O artigo 85.° não abrange qualquer comportamento deste género; este pode assim ser praticado por empresas sem posição dominante no mercado, sem que o direito comunitário da concorrência a tal se oponha. Isto vem demonstrar que as empresas que dominam o mercado, em comparação com as outras, têm de respeitar regras mais severas e suportar restrições mais amplas da sua liberdade de acção.

Se se pretendesse excluir do âmbito de aplicação do artigo 86.° os acordos isentos nos termos do n.° 3 do artigo 85.°, verificar-se-ia a estranha situação de o artigo 86.°

5 — Ver acórdão de 6 de Abril de 1962, Bosch (13/61, Recueil, p. 97, 113), e acórdão de 30 de Abril de 1986, Asjes (209/84 a 213/84, Colect., p. 1425, 1469).

6 — Acórdão de 14 de Fevereiro de 1978 (27/76, Recueil, p. 207, 298).

proibir a empresas que dominam o mercado comportamentos que pequenas empresas podem praticar sem restrições decorrentes do direito da concorrência, não proibindo, contudo, àquelas condutas que, devido à sua perigosidade para a concorrência, estão submetidas a controlo mesmo em situações normais de mercado, só sendo admitidas dentro de determinados pressupostos.

23. As diferenças expostas na estrutura dos dois preceitos têm também razão de ser do ponto de vista económico. O artigo 85.° aplica-se a condutas de todas as empresas em condições de concorrência normais, proibindo-lhes a perturbação do funcionamento adequado da concorrência, nomeadamente através de acordos ou de práticas concertadas. Em contrapartida, o artigo 86.° protege de perturbações mais graves a concorrência já enfraquecida pelo domínio do mercado[7]. Não é assim imaginável uma permissão para um comportamento que se apresenta como um abuso e vem restringir ainda o pouco de concorrência existente. Parecem mais adequadas, para salvaguardar aquele resto de concorrência, intervenções das autoridades competentes em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas que vão para além do necessário e admissível num mercado não dominado.

24. A recorrente entende, em todo o caso, que a aplicação do artigo 86.° a um comportamento isento nos termos do artigo 85.° contraria o acórdão do Tribunal de Justiça no caso Continental Can[8], de acordo com o qual os artigos 85.° e 86.° não podem ser interpretados de modo a assumirem sentidos contraditórios, pois que servem a realização da mesma finalidade. A isto se tem de opor que a finalidade comum dos dois artigos, tal como é apresentada na alínea f) do artigo 3.° do Tratado, consiste em estabelecer um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado comum. Assim, os dois preceitos têm de ser interpretados por forma a permitirem alcançar este objectivo comum. Para este efeito, pode bastar a aplicação de apenas um dos preceitos.

25. Nestes termos, quer o teor quer a inserção sistemática das regras sobre concorrência contidas no Tratado apontam no sentido de o artigo 86.° ser também aplicável a um comportamento que, nos termos do n.° 3 do artigo 85.°, está isento da proibição do n.° 1 do mesmo artigo.

26. Também em relação a outras proibições do Tratado CEE é possível verificar que a isenção do n.° 3 do artigo 85.° respeita apenas à proibição do n.° 1 do mesmo artigo. Isto vale, por exemplo, para acordos que levam a discriminações fundadas na nacionalidade. Para estes casos, o artigo 7.° afasta a possibilidade de isenção[9]. Tão-pouco um comportamento que viole o artigo 36.° (segunda frase) será admissível por virtude da isenção em causa. Um comportamento deste tipo não poderia ter lugar, apesar da isenção de que beneficiassem os seus autores.

27. De seguida, procurarei comprovar face à jurisprudência do Tribunal de Justiça estas

7 — Acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, Hoffmann-La Roche/Comissão (85/76, Recueil, p. 461, 541).

8 — Acórdão de 21 de Fevereiro de 1973, n.° 25 (6/72, Recueil, p. 215, 246).

9 — Esta questão é muito debatida na doutrina. Ver, por exemplo, Deringer, *EWG Wettbewerbsrecht, Kommentar*, n.° 8, relativo ao artigo 85.°, n.° 3; em sentido inverso, Koch, em Grabitz, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, n.° 66 da nota prévia ao artigo 85.°

conclusões, retiradas da análise do texto do Tratado.

28. Já num acórdão de 20 de Março de 1957 se ocupou o Tribunal de Justiça com a relação entre a proibição de acordos, decisões e práticas concertadas contida no artigo 65.° do Tratado CECA e outras normas proibitivas deste tratado, em concreto com a proibição de discriminação da alínea b) do artigo 4.° Naquele caso, os recorrentes tinham pedido autorização para a regulamentação comercial de um consórcio de vendas do carvão do Ruhr. A Alta Autoridade tinha deferido o pedido em larga medida, rejeitando, contudo, algumas cláusulas com o fundamento de que aquelas violavam quer o n.° 2 do artigo 65.° quer a proibição de discriminação da alínea b) do artigo 4.° do Tratado CECA. Os recorrentes sustentaram que o artigo 65.° era uma regra especial, que afastava a aplicação simultânea da alínea b) do artigo 4.° Pelo contrário, o Tribunal decidiu, seguindo as conclusões do advogado-geral Roemer, que a Alta Autoridade tinha agido correctamente ao apreciar a regulamentação em causa face a ambas as normas proibitivas [10].

29. Quanto à relação entre os artigos 85.° e 86.°, a jurisprudência do Tribunal de Justiça confirma que se trata de duas constelações de factos diferentes, mas que é possível encontrar algumas coincidências nos respectivos campos de aplicação. As primeiras observações encontram-se no acórdão com que o Tribunal de Justiça, em 1966, rejeitou o pedido do Governo italiano de anulação do Regulamento n.° 19/65/CEE [11]. Como é sabido, o Conselho tinha autorizado a Comissão, através daquele regulamento, a adoptar regulamentos de isenção por categoria para contratos de distribuição exclusiva, de compra exclusiva e de licença. A recorrente afirmou, como terceiro fundamento, que estes acordos verticais não podiam ser apreciados face ao artigo 85.°, mas apenas face ao artigo 86.° O regulamento pressupunha erroneamente, através da aplicação do artigo 85.°, que o artigo 86.° não se aplicava a estes acordos, violando por esta forma a dita norma. O Tribunal de Justiça rejeitou expressamente o entendimento de que os artigos 85.° e 86.° «teriam um âmbito de aplicação diferenciado... consoante a função económica das empresas em causa». O Tribunal verificou antes pelo contrário, e aqui cito a versão francesa mais clara dos fundamentos da decisão:

«... que chacun des articles 85 et 86, répondant ainsi à des objectifs propres, est indifféremment applicable à divers types d'accords, dès lors que sont réunies les conditions spéciales de l'un ou de l'autre de ces articles» [12].

Desde então, o Tribunal de Justiça tem, em várias ocasiões, confirmado a aplicabilidade simultânea dos artigos 85.° e 86.° Assim, foi afirmado, no caso Hoffmann-La Roche [13], que a aplicação do artigo 86.° não é afastada pelo facto de o comportamento da empresa em posição dominante estar sujeito ao artigo 85.°, muito em particular ao seu n.° 3. Por último, nos acórdãos do ano passado Ahmed Saeed [14] e Ministère public/

10 — Acórdão de 20 de Março de 1957, Geitling/Alta Autoridade (2/56, Recueil, p. 9, 44 e seguintes).

11 — JO 1965, n.° 36, p. 533; EE 08 F1 p. 22.

12 — Acórdão de 13 de Julho de 1966, Itália/Conselho e Comissão (32/65, Recueil, p. 563, 592).

13 — Processo 85/76, já referido, n.° 116 (p. 550); no mesmo sentido, ver as conclusões do advogado-geral Reischl no processo 7/82, GVL (Recueil 1983, p. 483, 525).

14 — Acórdão de 11 de Abril de 1989, n.os 37 e seguintes (66/86, Colect., p. 803, 849).

/Tournier [15], o Tribunal de Justiça pronunciou-se mais uma vez expressamente no sentido de que os artigos 85.° e 86.° podem ser aplicados simultaneamente, se uma empresa com posição dominante no mercado celebrar acordos restritivos da concorrência. No caso Ahmed Saeed, o Tribunal de Justiça apresentou como exemplo de abuso a imposição por uma empresa em posição dominante aos seus co-contraentes de tarifas aéreas inconvenientes. No segundo caso, o Tribunal não produziu quaisquer observações sobre a relação entre aqueles dois artigos, mas partiu como de uma evidência da sua aplicabilidade simultânea. Com base num pedido de decisão prejudicial de um tribunal francês, o Tribunal de Justiça verificou os pressupostos da violação de ambos os preceitos pelo mesmo comportamento, concretamente através da política de direitos da sociedade francesa de gestão de direitos de autor SACEM.

30. Os acórdãos Continental Can e Züchner não fazem senão confirmar esta jurisprudência. No caso Continental Can, o Tribunal de Justiça não afastou a possibilidade de aplicar o artigo 86.° a comportamentos contratuais de uma empresa dominante no mercado [16], e do *obiter dictum* no caso Züchner, de que só o artigo 85.° e não o 86.° abrange práticas concertadas [17], não é possível retirar qualquer conclusão fundamental quanto ao alcance do artigo 86.°

31. A jurisprudência do Tribunal de Justiça confirma também que está fora de causa uma isenção da proibição de abuso de posição dominante comparável ao dispositivo do n.° 3 do artigo 85.° O Tribunal tinha apontado, já no acórdão Continental Can, para a oposição entre os artigos 85.° e 86.° decorrente de a proibição de abuso de posição dominante não conhecer excepções, ao contrário do que acontece com o n.° 3 do artigo 85.° [18]. O advogado-geral Lenz indicou claramente, no caso Ahmed Saeed, que esta não é uma decisão arbitrária dos autores do Tratado, mas uma necessidade decorrente do sistema do direito comunitário. Passo a citar: «...o abuso não é susceptível de homologação, pelo menos numa Comunidade que reconhece a supremacia do direito como princípio superior» [19].

Coerentemente, o Tribunal de Justiça, no caso Hoffmann-La Roche, reconheceu à Comissão a possibilidade de optar por conduzir um processo de acordo com os artigos 85.° ou 86.° [20], quando se verifiquem os pressupostos de ambos.

32. Finalmente, decorre também de princípios da hierarquia das normas a impossibilidade de isenção da proibição de abuso de posição dominante. Não pode reconhecer-se à Comissão «o poder de autorizar, mediante isenção, nos termos do artigo 85.°, n.° 3, do Tratado CEE, isto é, por medida de direito privado, que a empresa interessada infrinja o artigo 86.° do Tratado, isto é, uma disposição dos tratados originários» [21].

33. Pode apontar-se como conclusão desta análise da jurisprudência do Tribunal de Justiça que esta não se opõe à aplicação do artigo 86.° também a acordos isentos nos termos do n.° 3 do artigo 85.° Pelo contrá-

15 — Acórdão de 13 de Julho de 1989 (395/87, Colect., p. 2521).

16 — Processo 6/72, já referido, n.° 25 (p. 245).

17 — Acórdão de 14 de Julho de 1981, n.° 10 (172/80, Recueil, p. 2021, 2030 e seguintes).

18 — Processo 6/72, já referido, n.° 25 (p. 246); ver, no mesmo sentido, as conclusões do advogado-geral Roemer, já referidos (p. 257).

19 — Conclusões de 28 de Abril de 1988 no processo 66/86, n.° 41.

20 — Processo 85/76, já referido, n.° 116 (p. 550).

21 — Processo 66/86, segundas conclusões do advogado-geral Lenz, apresentadas em 17 de Janeiro de 1989, n.° 18.

rio, contém elementos que se aproximam desta interpretação do Tratado, se não a impõem mesmo.

b) Isenção individual e aplicação do artigo 86.°

34. Viremos agora a nossa atenção para a questão da forma pela qual o direito privado comunitário regulamentou a relação entre isenção de proibição de acordos e abuso de posição dominante. Adiante-se desde já que, como é óbvio, o direito derivado não pode modificar nada na regulamentação do Tratado CEE, antes tendo que se conformar com este [22]. Todavia, a interpretação do Tratado levada a cabo pelo legislador comunitário em relação a uma questão que neste não se encontra expressamente tratada constitui um indício importante quanto ao modo de entender determinado preceito. O próprio Tratado, no artigo 87.°, autoriza ao legislador a criação de normas necessárias à realização dos princípios contidos nos artigos 85.° e 86.° Assim, o legislador pode também concretizar o conteúdo do Tratado e, na medida em que este deixe questões em aberto, completá-lo. Os tribunais da Comunidade estão vinculados por estes complementos, desde que se contenham nos limites traçados pelo Tratado. Foi assim que o Tribunal de Justiça, no caso Ahmed Saeed, apreciou a aplicação das regras sobre concorrência do Tratado tendo sempre em atenção o respeito do direito derivado [23].

Examinemos antes de mais, portanto, o Regulamento n.° 17 [24] e os regulamentos sobre a aplicação das regras de concorrência em matéria de transportes, para verificar se contêm alguma indicação sobre a aplicação do artigo 86.° a um comportamento objecto de isenção através de decisão individual.

35. aa) O Regulamento n.° 17 não contém qualquer regulamentação explícita sobre os efeitos da isenção de um acordo na aplicação do artigo 86.° ao comportamento da empresa em causa. Mas é possível retirar alguns indícios em relação a esta questão.

36. Nas regras sobre competência do n.° 1 do artigo 9.° do regulamento, a decisão de isenção é, com base no n.° 3 do artigo 85.°, relacionada apenas com o n.° 1 do mesmo artigo, e não com o artigo 86.° Isto é um primeiro indício. Quando me debruçar sobre o terceiro argumento da recorrente referir-me-ei a outras consequências deste preceito.

37. Segundo indício: o n.° 1 do artigo 8.° refere-se ao conteúdo da decisão de isenção. A isenção é concedida para um determinado espaço de tempo e pode estar ligada a condições e encargos. A obrigatoriedade de fixar um prazo e a possibilidade de condições demonstram que a decisão de isenção se traduz numa permissão limitada de restrição da concorrência, limitada nomeadamente pela finalidade daquela restrição, pelo grau dos seus efeitos sobre a concorrência e pela sua duração. Enquanto é possível delimitar por esta forma uma restrição da concorrência através de um acordo, tal não é possível em caso de restrição efectuada através de uma posição dominante: não é possível regulamentar uma finalidade, o grau ou a duração de uma restrição da concorrência deste tipo [25], na medida em que não se

22 — Ver também o n.° 41 das conclusões apresentadas em 28 de Abril de 1988 pelo advogado-geral Lenz no processo 66/86: «Mesmo um regulamento do Conselho que considerasse determinadas práticas compatíveis com o artigo 86.° do Tratado CEE devia ser examinado face a esta disposição».

23 — Acórdão de 11 de Abril de 1989, n.° 37 (66/86, Colect., p. 803, 849).

24 — JO 1962, n.° 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22.

25 — Mestmäcker, *Europäisches Wettbewerbsrecht*, 1974, p. 357.

proíba o domínio do mercado em si. Diferentemente do que acontece com o artigo 85.°, o artigo 86.° não regulamenta os pressupostos para a admissibilidade de uma restrição da concorrência, mas antes as consequências de uma restrição já existente, submetendo a fiscalização a actividade da empresa em posição dominante. Estas diferenças entre as duas disposições vêm novamente demonstrar que a regulamentação da isenção da proibição do n.° 1 do artigo 85.° não se adequa ao caso do artigo 86.° A autorização de um acordo, nos termos do n.° 3 do artigo 85.°, limitada na finalidade, nos efeitos e na duração, não pode ter o efeito de subtrair ao controlo do artigo 86.° uma restrição da concorrência muito mais ampla, decorrente da posição dominante no mercado de uma dada empresa, por três anos (!), por exemplo.

38. Terceiro indício: a alínea d) do n.° 3 do artigo 8.° do Regulamento n.° 17 prevê a abolição da isenção com efeito retroactivo, se se verificar um abuso em relação àquela por parte da empresa em causa. Assim, as partes num acordo restritivo da concorrência autorizado estão sujeitas à proibição do abuso dessa restrição, da mesma forma que a empresa com posição dominante está sujeita à proibição do abuso dessa posição. Atente-se no paralelo entre a restrição da concorrência através de um acordo isento nos termos do n.° 3 do artigo 85.° e a restrição através da existência de uma posição dominante no mercado: ambas são, enquanto tais, admissíveis, mas não é possível abusar delas. O n.° 3, alínea d), do artigo 8.° do regulamento demonstra por esta forma que a isenção individual não pode justificar um comportamento abusivo. É certo que isto é expresso apenas em relação ao abuso da isenção da probição de acordos. Mas isto explica-se pelo facto de aquela disposição tratar apenas das consequências jurídicas daquele abuso. Do facto de ser necessária uma regulamentação especial sobre os efeitos do abuso da isenção em relação à manutenção da decisão de isenção não é possível concluir que o artigo 8.° do Regulamento n.° 17 afaste medidas da Comissão tomadas nos termos dos artigos 3.° e 15.° deste regulamento contra os abusos particularmente perigosos do artigo 86.°

39. Finalmente — quarto indício — encontra-se uma regulamentação indirecta da aplicação do artigo 86.° durante um processo de isenção do n.° 5 do artigo 15.° do Regulamento n.° 17. Se um acordo tiver sido notificado, nos termos do artigo 4.°, o comportamento notificado não pode ser punido com multa por violação do artigo 85.°, n.° 1, ou do artigo 86.° Mas daqui decorre que o artigo 86.° continua a ser aplicável durante o processo de isenção e que só os poderes de sanção da Comissão se encontram limitados por uma regra especial.

40. Em contrapartida, o Regulamento n.° 17 não contém qualquer regra relativa à aplicação do artigo 86.° no período subsequente à decisão de isenção. O problema da aplicação do artigo 86.° já não se pode colocar em geral nesta situação, pois um acordo que reúne os pressupostos de isenção no n.° 3 do artigo 85.° não pode ser entendido simultaneamente como abusivo na acepção do artigo 86.° A Comissão deve verificar todos os pressupostos da aplicação do n.° 3 do artigo 85.° antes da concessão de uma isenção a uma empresa em posição dominante, muito em particular a participação dos utilizadores no lucro resultante do acordo, a proporcionalidade das restrições impostas e a manutenção da concorrência em relação a uma parte substancial «dos produtos em causa». Se, depois disto, a Comissão chegar a uma conclusão positiva — a

isenção — em relação a um determinado acordo, não pode certamente qualificar o mesmo acordo, no âmbito de um segundo processo por violação do artigo 86.°, como utilização abusiva de posição dominante. Aqui, em matéria de isenção individual, pode a tese da recorrente, de existência necessária de uma contradição na aplicação do direito comunitário, ser parcialmente correcta. É natural que uma decisão da Comissão em favor de uma empresa em posição dominante tenha os mesmos efeitos em relação ao artigo 86.° que um certificado negativo [26], que vincula a Comissão, mas não os tribunais nacionais [27].

41. Em todo o caso, se uma parte num acordo isento adquirir posteriormente uma posição dominante, ou se tomar parte ulteriormente num acordo isento uma empresa naquela situação, já não poderá a verificação da Comissão levada a cabo por ocasião da isenção ter abrangido a questão de saber se também nestas condições de mercado se encontram reunidos os pressupostos do artigo 85.°, n.° 3. O n.° 3, alínea a), do artigo 8.° do Regulamento n.° 17 dá à Comissão, devido — também — a esta alteração da situação de facto, a possibilidade de examinar *ex nunc* se ainda se justifica a excepção à proibição do n.° 1 do artigo 85.° [28]. Uma vez que a Comissão, neste caso, não podia ainda ter tido em conta a posição dominante ao verificar a conformidade com o n.° 3 do artigo 85.°, não pode aqui ser atribuída à decisão de isenção qualquer efeito de autovinculação. Aquela não constitui, assim, impedimento à aplicação do artigo 86.° através de uma decisão de revogação.

42. bb) Examinemos agora os três regulamentos relativos à aplicação das regras sobre concorrência em matéria de transportes [29].

Os três regulamentos introduzem, ao lado da isenção individual que a Comissão confere através de decisão constitutiva de direitos, um processo simplificado, denominado processo de oposição [30]. Neste processo, as empresas que participem em acordos, decisões e práticas concertadas formulam à Comissão um pedido de isenção, que será publicado no Jornal Oficial. Terceiros interessados podem tomar posição em relação a este pedido, num prazo de 30 dias. Depois da publicação, a Comissão tem 90 dias para organizar um processo formal de isenção, notificando aos autores do pedido que há dúvidas sérias sobre a possibilidade de isenção. Se não o fizer, entra em vigor uma isenção por um prazo limitado, e que a Comissão pode a qualquer momento retirar, se se verificar que não estão reunidos os respectivos pressupostos.

26 — Ver Hönn, *Die Anwendbarkeit des Artikels 86 EWG-Vertrag bei Kartellen und vertikalen Wettbewerbsbeschränkungen*, dissertação, Frankfurt, 1969, p. 67, que, em todo o caso, chega a uma conclusão diferente.

27 — Os efeitos do certificado negativo perante os tribunais nacionais são muito debatidos. No mesmo sentido que no texto, por exemplo, M. Waelbroeck: «Judicial review of Commission action in competition matters», *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1983, p. 179, 203 e seguintes, com mais indicações.

28 — A Comissão tem também que ter em consideração o aumento do grau de concentração em determinado mercado ao examinar um pedido de renovação de uma isenção individual. Acórdão de 9 de Julho de 1987, Ancides/Comissão, n.° 13 (43/85, Colect., p. 3131, 3154).

29 — Regulamento (CEE) n.° 1017/68 (JO L 175, p. 1; EE 08 F1 p. 106), Regulamento (CEE) n.° 4056/86 (JO L 378, p. 4) e Regulamento (CEE) n.° 3975/87 (JO L 374, p. 1).

30 — Artigo 12.° do Regulamento n.° 1017/68 (com exclusão dos acordos, decisões e práticas concertadas de situações de crise, nos termos do artigo 6.° do mesmo regulamento), artigo 12.° do Regulamento n.° 4056/86 e artigo 5.° do Regulamento n.° 3975/87.

43. Só o mais recente destes regulamentos, o Regulamento (CEE) n.° 3975/87, sobre a concorrência no sector dos transportes aéreos, contém uma regulamentação expressa relativa à relação entre a isenção individual e o artigo 86.° O n.° 3 do respectivo artigo 5.° determina que a isenção obtida em processo de oposição pode ser retirada, se «os interessados tiverem dado indicações inexactas ou se abusarem de uma isenção ao disposto no n.° 1 do artigo 85.° ou ainda se infringirem o disposto no artigo 86.°». Os regulamentos (CEE) n.os 1017/68 [31] e (CEE) 4056/86 [32], pelo contrário, referem apenas os dois primeiros fundamentos para o efeito retroactivo.

Em contrapartida, os três regulamentos regem da mesma forma a revogação de uma isenção atribuída através de uma decisão constitutiva de direitos. Enquanto o abuso da isenção surge como fundamento para a revogação retroactiva, como na alínea d) do n.° 3 do artigo 8.° do Regulamento n.° 17 [33], o artigo 86.° não é referido em lado algum neste contexto.

44. Isto levanta a questão de saber se o n.° 3 do artigo 5.° do Regulamento n.° 3975/87 permite a conclusão inversa, de que está excluída a aplicação do artigo 86.° a um processo isento na falta de uma disposição expressa, ou seja, em todos os outros casos. Tal poderia ser aceite se aquela regra tivesse o conteúdo normativo de prescrever a aplicação do artigo 86.° Contudo, não é esse o caso. O n.° 3 do artigo 5.° do Regulamento n.° 3975/87 tem antes o conteúdo de acrescentar às sanções associadas à violação do artigo 86.° uma outra, no âmbito do processo de oposição previsto neste regulamento: a revogação da isenção. A violação do artigo 86.° terá assim a consequência suplementar de tornar também retroactivamente aplicável ao acordo o n.° 1 do artigo 85.° Assim, os participantes no acordo violam neste caso não só o artigo 86.°, mas também o n.° 1 do artigo 85.° Mas esta consequência jurídica não decorre sem mais da vigência do artigo 86.° e só pode ser aplicada quando expressamente prevista, como é aqui o caso.

Também o teor da regra em causa vai contra a possibilidade da conclusão inversa. Aquela associa a respectiva sanção a uma violação do artigo 86.° do Tratado CEE, pressupondo assim a sua aplicabilidade ao comportamento dos participantes no acordo.

45. Resumindo: vários indícios, no Regulamento n.° 17 e no n.° 3 do artigo 5.° do Regulamento n.° 3975/87, indicam que uma isenção individual não é de forma alguma obstáculo à aplicação do artigo 86.°, mas terá, em todo o caso, que ser tomada em atenção pela Comissão enquanto causa de uma possível autovinculação. Em contrapartida, o artigo 86.° produz efeitos no campo de aplicação do n.° 3 do artigo 85.°, na medida em que afasta a isenção de um comportamento que se revele como abuso de posição dominante. Contudo, isto não significa que as empresas dominantes no mercado estejam afastadas da possibilidade de beneficiar de uma decisão de isenção. A Comissão pode atribuir a isenção, desde que esta não conduza a um abuso de posição dominante.

31 — Artigo 12.°, n.° 3.

32 — *Ibidem.*

33 — Artigo 13.° do Regulamento n.° 1017/68, artigo 6.° do Regulamento n.° 3975/87 e artigo 13.° do Regulamento n.° 4056/86.

c) Isenção por categoria e aplicação do artigo 86.°

46. Chegámos assim à terceira etapa da nossa investigação, dedicada à relação entre a isenção por categoria e o artigo 86.°, tendo em atenção as conclusões obtidas quanto à isenção individual.

Os regulamentos que possibilitam uma isenção por categoria podem ser divididos em três tipos, os quais reflectem o desenvolvimento deste instrumento na legislação comunitária.

47. É certo que todos os regulamentos sobre isenção por categoria têm em comum o respeitarem apenas à proibição do n.° 1 do artigo 85.°, tal como a isenção individual através de decisão. Nenhum dos regulamentos sobre isenção por categoria declara inaplicável a proibição do artigo 86.° Mas estes regulamentos distinguem-se claramente do regime da isenção individual na medida em que assentam numa apreciação geral e abstracta de um tipo de acordos levada a cabo *ex ante* pelo legislador, o qual para tal se orienta pelos efeitos dos acordos em condições normais de concorrência. Não tem lugar qualquer verificação concreta dos pressupostos do n.° 3 do artigo 85.° que tome em conta as circunstâncias relativas ao mercado em causa, bem como a situação ou o domínio do mercado por determinada empresa [34]. Esta é uma distinção importante que, como exporei, tem efeitos em relação às consequências jurídicas de uma isenção por categoria, comparadas com as de uma isenção individual.

48. Os regulamentos sobre a isenção por categoria distinguem-se quanto ao conteúdo por em alguns se dar atenção às estruturas do mercado, restrição que não se encontra na maioria destes diplomas. Quando a isenção por categoria não depende das estruturas do mercado, surge exclusivamente com base na decisão abstracta do legislador.

Isto é válido, antes de mais, para o mais antigo dos regulamentos de habilitação do Conselho, o Regulamento n.° 19/65, relativo a contratos de licença e de distribuição exclusiva, e para os regulamentos de isenção por categoria publicados com base neste, entre os quais se inclui o regulamento que neste caso nos ocupa, relativo aos contratos de licença de patente [35]. Com uma única excepção, os regulamentos de isenção por categoria aplicam-se independentemente da estrutura do mercado.

O Regulamento (CEE) n.° 1984/83 é o único que contém uma regulamentação suplementar que restringe a isenção de acordos de compra exclusiva entre produtores a pequenas e médias empresas [36]. O legislador comunitário afasta assim em geral a possibi-

34 — Wertheimer: «Het adagium van artikel 86, EEG: "Quod licet bovi non licet jovi"», em *Europees Kartelrecht Anno 1980*, p. 143, 212.

35 — Regulamento n.° 67/67/CEE (JO 1967, p. 849), substituído entretanto pelos regulamentos (CEE) n.° 1983/83 (JO L 173, p. 1) e (CEE) n.° 1984/83 (JO L 173, p. 5), Regulamento (CEE) n.° 2349/84 (JO L 219, p. 15), Regulamento (CEE) n.° 123/85 (JO L 15, p. 16), Regulamento (CEE) n.° 4087/88 (JO L 359, p. 46) e Regulamento (CEE) n.° 556/89 (JO L 61, p. 1).

36 — Segundo considerando, artigo 3.°, alínea b), e artigo 5.°

lidade de isenção de tais acordos em que sejam partes empresas com domínio de mercado.

49. De resto, verifica-se o seguinte quanto à relação entre o artigo 86.° e a isenção por categoria: o regulamento de habilitação não se refere ao artigo 86.° Em contrapartida, dois dos regulamentos de isenção por categoria, concretamente o Regulamento (CEE) n.° 1983/83, relativo a acordos de distribuição exclusiva, e o Regulamento n.° 1984/83, relativo a acordos de compra exclusiva, afirmam claramente nos respectivos considerandos que não excluem a aplicação do artigo 86.° [37].

50. A segunda «família» de regulamentos de isenção por categoria segue a mesma orientação. Incluem-se aqui o Regulamento de habilitação (CEE) n.° 2821/71 e os dois regulamentos publicados com base naquele, (CEE) n.os 417/85 e (CEE) 418/85, relativos a acordos de especialização e a acordos de investigação e desenvolvimento [38]. Os regulamentos «horizontais» n.os 417/85 e 418/85 fazem depender a isenção por grupos de a quota de mercado e o volume de vendas das empresas envolvidas não ultrapassarem determinados limites [39]. Por este motivo, as empresas em posição dominante não podem, pelo menos em regra, beneficiar de isenção com base nestes dois regulamentos.

51. Também a regulamentação relativa à retirada da isenção em casos particulares foi evoluindo com o decorrer do tempo. O artigo 7.° do Regulamento n.° 19/65 prevê-a quando o comportamento isento revelar efeitos incompatíveis com o n.° 3 do artigo 85.° Não é dito se esta retirada é retroactiva ou se produz efeitos apenas para futuro. Em contrapartida, o Regulamento n.° 2821/71 esclarece expressamente no último considerando que a isenção por categoria só pode ser retirada com efeitos para o futuro. O artigo 7.°, que regula a habilitação para a retirada da isenção, corresponde textualmente ao artigo 7.° do Regulamento n.° 19/65, temporalmente anterior. Isto revela que também na aplicação deste último se deve entender que a retirada só é admissível *ex nunc*.

52. A terceira e mais recente categoria de regulamentos de isenção por categoria respeita ao sector dos transportes. Aqui, o fundamento de habilitação é constituído pelo Regulamento (CEE) n.° 3976/87 do Conselho [40]. Este não exclui as empresas em posição dominante do benefício da isenção. Mas surge um novo elemento: o regulamento de habilitação já rege as consequências da violação do artigo 86.° Nos termos do n.° 2 do artigo 7.° do regulamento, a isenção por categoria pode ser retirada se o acordo isento tiver «efeitos... proibidos pelo artigo 86.°». Os considerandos de três dos regulamentos de isenção por categoria publicados com base nesta habilitação [41] declaram expressamente que estes regulamentos não impedem a aplicação do artigo 86.° Qualquer dos três regulamentos prevê a retirada da isenção a acordos cujos efeitos «são proibidos pelo artigo 86.° do Tratado» [42].

Simultaneamente, o n.° 2 do artigo 7.° do regulamento de habilitação deixa bem claro

37 — Décimo quinto considerando do Regulamento n.° 1983/83 e vigésimo terceiro considerando do Regulamento n.° 1984/83.

38 — Regulamento (CEE) n.° 2821/71 (JO L 285, p. 46; EE 08 F2 p. 14); Regulamento (CEE) n.° 417/85 (JO L 53, p. 1; EE 08 F2 p. 162); Regulamento (CEE) n.° 418/85 (JO L 53, p. 5; EE 08 F2 p. 166).

39 — O artigo 3.° do Regulamento n.° 417/85, e os n.os 2 e 3 do artigo 3.° do Regulamento n.° 418/85 (que respeita apenas à parte de mercado).

40 — JO L 374, p. 9.

41 — Regulamentos (CEE) n.os 2671/88, 2672/88 e 2673/88 (JO L 239, p. 9, 13 e 17).

42 — Artigo 7.° do Regulamento n.° 2671/88, artigo 11.° do Regulamento n.° 2672/88 e artigo 4.° do Regulamento n.° 2673/88.

que a retirada da isenção não é a única consequência da violação do artigo 86.° Ali se determina nomeadamente que a Comissão pode simultaneamente, «por força do artigo 13.° do Regulamento n.° 3975/87, tomar todas as medidas adequadas para pôr termo a essas infracções». Esta última disposição autoriza a Comissão a aplicar sanções pecuniárias às empresas que não respeitem a sua ordem de pôr termo a uma infracção ao disposto no artigo 86.° [43]. Em contrapartida, não se remete para o artigo 12.° do Regulamento n.° 3975/87, que autoriza a Comissão a aplicar multas em caso de violação do artigo 86.°

53. No sector dos transportes marítimos, o Conselho não atribuiu à Comissão qualquer habilitação para publicar regulamentos de isenção por categoria. Nos artigos 3.° e 6.° do Regulamento n.° 4056/86, relativo aos transportes marítimos [44], o próprio Conselho previu isenções por grupo, as quais também se referem apenas à proibição do n.° 1 do artigo 85.° O Regulamento n.° 4056/86, como os regulamentos de isenção por categoria propriamente ditos, prevê no artigo 8.° a retirada da isenção quando se verificarem em casos específicos efeitos incompatíveis com o artigo 86.° Simultaneamente, a Comissão tem liberdade para «tomar... todas as medidas adequadas para fazer cessar a infracção ao artigo 86.° do Tratado», nos termos do processo geral previsto no artigo 10.°

54. Tentemos agora retirar alguns princípios gerais desta massa de normas. Ao fazê-lo, é necessário não perder de vista que todas as isenções por categoria constituem, apesar das suas diferenças em pontos específicos, instrumentos para a realização do artigo 85.°, n.° 3. Daqui decorre que regras contidas em determinado regulamento de isenção por categoria poderão ser também de importância para a interpretação de outros regulamentos. Seria anti-sistemático pôr em causa a aplicação unitária dos artigos 85.° e 86.° nos vários sectores abrangidos pelos regulamentos de isenção por categoria através de distinções artificiais. Por esta razão apresentei ao Tribunal esta perspectiva de conjunto, transbordando muito para além de uma simples análise do Regulamento n.° 2349/84.

55. Posto isto, quero expor as seguintes conclusões: o artigo 86.° pode ser aplicado em simultâneo com isenções por categoria, na medida em que o legislador não tenha negado às empresas em posição dominante o benefício daquela isenção através de regras de limitação. Isto foi reconhecido pelo legislador nos considerandos de dois regulamentos de isenção por categoria, sem nestes introduzir preceitos concretos para regulamentar a aplicação do artigo 86.° [45]. Todavia, enquanto na isenção individual o artigo 86.° pode intervir, quer no processo para a atribuição daquela quer no processo para a sua retirada, na isenção por categoria só pode ter efeitos neste último, pois aqui está em causa uma decisão abstracta *ex ante* do legislador sobre o conteúdo que terá o regulamento de isenção por categoria, e não um processo individual de concessão. Devido à falta de um processo individual de concessão surge o perigo de a isenção por categoria aproveitar a empresas que, na prática, não reúnam os pressupostos do n.° 3 do artigo 85.° Uma vez que este modo de isen-

43 — Esta ordem pode ter lugar nos termos do artigo 4.° do Regulamento n.° 3975/87.

44 — JO L 378, p. 4.

45 — Regulamentos n.os 1983/83 e 1984/83.

ção não pressupõe uma verificação prévia da Comissão sobre o preenchimento no caso concreto dos pressupostos do n.° 3 do artigo 85.°, não pode também ser entendido como «apreciação negativa tácita» em relação ao artigo 86.°, que teria como efeito uma autovinculação da Comissão na aplicação deste preceito. Neste ponto, os efeitos da isenção por categoria são menos fortes que os da isenção individual.

Em todo o caso, se uma empresa dominante no mercado só alcançar o benefício da isenção em momento posterior — como é aqui o caso —, terá que estar fora da causa a possibilidade de autovinculação. Como vimos anteriormente, nem no caso da isenção individual se pode verificar a autovinculação da Comissão se a empresa em posição dominante só se tornar parte do acordo isento em momento posterior.

56. Por outro lado, não é possível a retirada da isenção por categoria com efeito retroactivo. Tal parece justificar-se por a isenção por categoria decorrer directamente de uma norma jurídica e não de uma decisão administrativa, como a isenção individual. Nesta medida, os efeitos jurídicos da isenção por categoria são mais fortes do que os da isenção individual.

A circunstância de um regulamento de habilitação e quatro dos mais recentes regulamentos de isenção por categoria preverem a violação do artigo 86.° entre os fundamentos para a retirada da isenção confirma a conclusão de que o artigo 86.° continua a ser aplicável enquanto estiver em vigor a isenção por categoria.

Não é possível deduzir *a contrario* desta regra especial que o artigo 86.° não pode ser aplicado no âmbito de outros regulamentos de isenção por categoria até à retirada desta isenção. Como já referi, a propósito da isenção individual, em relação à disposição correspondente do n.° 3 do artigo 5.° do regulamento sobre a concorrência no sector dos transportes aéreos, o conteúdo desta regulamentação traduz-se apenas na introdução de uma sanção suplementar para a violação do artigo 86.° — aqui, a retirada da isenção por categoria. Esta sanção suplementar também não é supérflua em casos de acordos nulos, face ao direito nacional, por violação do artigo 86.°, pois a retirada da isenção tem um significado autónomo no âmbito do artigo 85.° Assim, os preceitos especiais pressupõem que o artigo 86.° é aplicável na vigência de uma isenção por categoria [46].

57. Em todo o caso, a recorrente afirma que os regulamentos de isenção por categoria são utilizados pelo legislador para promover determinados tipos de acordos. Este efeito pretendido pelo legislador perder-se-ia em caso de aplicação do artigo 86.° A isto terá que se contrapor, como faz a Comissão, que a publicação de regulamentos de isenção por categoria serve apenas para uma simplificação administrativa. Não me parece exacto que os acordos isentos da proibição do n.° 1 do artigo 85.° sejam, em geral, desejáveis, do ponto de vista da política da concorrência. A isenção limita-se a

46 — Para uma opinião diferente ver Wiedemann, *Kommentar zu den Gruppenfreistellungsverordnungen des EWG-Kartellrechts*, I vol., 1989, Allgemeiner Teil, p. 120 e seguintes, n.os 371 e 373, relativamente à decisão da Comissão impugnada no presente caso.

repor a liberdade contratual das empresas em causa, não tendo qualquer função de orientação em política da concorrência [47].

58. Queria assim apontar como resultado da investigação do primeiro argumento que não é logicamente impossível ou juridicamente contraditório confrontar o comportamento da recorrente com a proibição do artigo 86.°, ainda que a licença exclusiva por ela obtida esteja coberta pelo Regulamento de isenção por categoria n.° 2349/84 da Comissão.

2) *Aquisição de licença de patente como abuso de posição dominante*

59. O segundo aspecto a investigar no âmbito desta primeira parte das minhas conclusões respeita à questão de saber se a Comissão teve razão ao entender que a simples obtenção da licença exclusiva pela recorrente constitui uma violação do artigo 86.° É certo que a recorrente não contestou as conclusões da Comissão em matéria de facto. Mas não deixou de defender na audiência o entendimento de que não resulta daqueles factos qualquer violação do artigo 86.° Assim, a decisão impugnada tem que ser examinada também em relação a este aspecto.

a) Elementos do abuso de posição dominante

60. Começo por tratar um ponto suscitado na audiência. Tratava-se da questão, levantada pelo Tribunal, da possibilidade de o artigo 86.° ser aplicado de dois modos diferentes e ter dois significados diversos, consoante se trate ou não de uma isenção por categoria. Penso que a análise levada a cabo até ao momento demonstrou que a proibição do artigo 86.° tem o mesmo conteúdo nas duas situações. No que respeita às consequências jurídicas de uma lesão da proibição, já vimos que o legislador comunitário as regulou de modo diverso em alguns regulamentos de isenção por categoria, em particular limitando os poderes sancionatórios da Comissão [48]. Estas diferenciações, que respeitam apenas às consequências associadas pelo direito derivado à violação do artigo 86.°, podem ser efectuadas pelo legislador, com base no artigo 87.° Se o não fizer, como é o caso com o Regulamento relativo às licenças de patente n.° 2349/84 que nos ocupa, a aplicação do artigo 86.° continua a reger-se pelas regras gerais relativas à sua execução, ou seja, neste caso, pelo Regulamento n.° 17.

61. É certo que a recorrente retira do acórdão do Tribunal de Justiça no processo Ahmed Saeed [49] a conclusão de que o presente processo tem uma particularidade relativa à aplicação do artigo 86.° Ela entende que um comportamento consistente apenas na celebração de um contrato isento nos termos do Regulamento n.° 2349/84 não basta para fundamentar a alegação de que houve abuso; seria antes necessária a verificação de um elemento suplementar. A recorrente quer retirar do acórdão Ahmed Saeed a conclusão de que este elemento consiste em a empresa em posição dominante ter imposto ao respectivo contraente a celebração do acordo isento.

Permitam-me antes de mais verificar que a recorrente transcreve de forma incompleta a

47 — Koch, em Grabitz, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, n.os 192 e 156 da anotação ao artigo 85.° do Tratado CEE.

48 — Ver o n.° 2 do artigo 7.° do Regulamento (CEE) n.° 3976/87.

49 — Acórdão de 11 de Abril de 1989, já referido, n.os 37 e 42 (66/86).

passagem do acórdão a que se refere: o Tribunal de Justiça afirma, nomeadamente, que a utilização abusiva de posição dominante pode verificar-se particularmente «quando as tarifas impostas devam ser consideradas condições de transporte não equitativas em relação quer aos concorrentes quer aos passageiros». Isto significa que o Tribunal de Justiça não considerou a imposição de condições contratuais por uma empresa com posição dominante graças a esse poder como critério único, ou sequer suficiente, para a existência de abuso. Além disso, também a equidade do conteúdo do contrato imposto desempenha um papel decisivo. Isto revela que, por detrás da exigência de um «elemento suplementar» que a recorrente tenta fazer decorrer do acórdão do Tribunal de Justiça no caso Ahmed Saeed, se esconde na realidade um problema geral, a saber, a questão dos pressupostos dentro dos quais pode o comportamento de uma empresa dominante no mercado ser considerado como utilização abusiva dessa posição.

62. O Tribunal de Justiça foi desenvolvendo linhas de orientação para este problema fundamental do artigo 86.°: interpretou, em primeiro lugar, o artigo 86.° à luz da alínea f) do artigo 3.°, nos termos do qual a Comunidade tem o encargo de «estabelecer um regime que garanta que a concorrência não seja falseada no mercado comum» [50]. A esse respeito estabeleceu no acórdão Continental Can como primeiro elemento do comportamento abusivo o facto de a conduta da empresa reforçar o seu domínio do mercado e por esta forma dificultar a já enfraquecida concorrência residual. Segundo este acórdão, no qual a Comissão se baseia na decisão presente [51], está em causa, para a determinação do abuso, o efeito limitativo da concorrência produzido pelo comportamento da empresa em posição dominante (estava em causa a obtenção de uma participação de 80 % numa empresa concorrente) [52].

63. Mas, se se entender que basta o efeito limitativo da concorrência para caracterizar como abusivo o comportamento de uma empresa dominante no mercado, surge o perigo de relacionar o artigo 86.° com todas as actividades lucrativas daquelas empresas. Tal aproximar-se-ia, no mínimo, de uma proibição de posições dominantes no mercado, não prevista no Tratado. É assim necessário examinar com mais atenção o artigo 86.° quanto a este ponto.

Uma vez que o artigo 86.° não proíbe a existência em si de posições dominantes, uma empresa nesta situação pode actuar com intuitos lucrativos e esforçar-se por alargar as respectivas actividades comerciais. Poderá reforçar a sua posição dominante através de uma atitude concorrencial e afastar do mercado concorrentes menos capazes, mesmo que por esta forma venha a alcançar uma quota de mercado de 100 % [53]. O Tratado CEE não exige que as empresas em posição dominante actuem de forma economicamente destituída de sentido e contra os seus legítimos interesses. De outra forma, o direito comunitário colocar-se-ia em contradição com outros deveres que impendem sobre empresas em posição dominante — como sobre qualquer outra empresa. Estou a pensar, por exemplo, no de-

50 — Ver acórdão de 21 de Fevereiro de 1973, referido (6/72, Recueil, p. 244 e seguintes); acórdão de 6 de Março de 1974, Commercial Solvents, n.° 25 (6/73 e 7/73, Recueil, p. 223, 253; acórdão de 16 de Novembro de 1977, Inno/ /ATAB, n.os 28 e seguintes (13/77, Recueil, p. 2115, 2145); acórdão de 14 de Fevereiro de 1978, referido, n.os 63 e seguintes (27/76, Recueil, p. 286); acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, referido, n.os 125 e 132 (85/76, Recueil, p. 552 e 554).

51 — No n.° 46 da decisão impugnada.

52 — Já referido, n.° 26 (p. 246). Contudo, a decisão da Comissão foi anulada devido a delimitação incorrecta do mercado em causa.

53 — Temple Lang, *Monopolisation and the definition of «abuse» of a dominant position under Article 86 EEC Treaty*, CMLR 1979, p. 345, 351.

ver que do direito das sociedades decorre para os órgãos directivos de utilizar de forma lucrativa o capital que lhes é confiado pelos sócios, e na responsabilidade das empresas pela garantia dos postos de trabalho.

64. De acordo com o acórdão Hoffmann-La Roche, abuso é um conceito objectivo [54], que não pressupõe que a empresa tenha empregue o poder económico alcançado através da sua posição dominante para a realização do abuso [55]. Por este motivo, acções que também podiam ser levadas a cabo por empresas sem posição dominante — como, por exemplo, a obtenção de uma licença de patente, a participação em outra empresa ou a celebração de um contrato exclusivo de compra — não estão excluídas do círculo dos modos de conduta a apreciar face ao artigo 86.° Desta forma, e contrariamente à opinião da recorrente, a qualificação do seu comportamento como abuso não pressupõe que tenha utilizado a sua posição no mercado para forçar a celebração do contrato de licença [56]. Também acções valorativamente neutras das empresas podem violar o artigo 86.°, se forem adequadas para produzir efeitos indesejados do ponto de vista do regime de concorrência da Comunidade.

65. O artigo 86.° coloca assim a empresa dominante perante a especial responsabilidade de «não afectar, com o seu comportamento, uma concorrência livre e não falseada no mercado comum» [57]. Para evitar que esta situação particular de dever da empresa em posição dominante entre em conflito com o princípio de que o domínio do mercado em si não é proibido, é necessário, assim, um elemento suplementar, com o qual seja possível distinguir o comportamento abusivo dos meios da concorrência normal. Onde é possível encontrar estes critérios?

66. Uma primeira resposta é dada pelo desenvolvimento do conceito de abuso pelo Tribunal de Justiça, que se manifesta na definição em dois elementos contida no acórdão Hoffmann-La Roche. Nos termos daquela, deve acrescer ao efeito limitativo sobre a concorrência a utilização pela empresa em posição dominante de meios «que se afastem dos de uma concorrência normal de produtos e serviços, com base nas prestações dos operadores económicos» [58]. O Tribunal de Justiça conta entre estes meios estranhos a uma concorrência normal, por exemplo, os contratos de compra exclusiva celebrados pela firma Hoffmann-La Roche com alguns dos seus clientes.

67. Questiona-se, contudo, se estes meios estranhos a uma concorrência normal serão o único elemento suplementar a ter em conta. Para responder a esta questão, viremos mais uma vez a nossa atenção para o conteúdo do artigo 86.°

O preceito contém uma enumeração exemplificativa de quatro casos de abuso de posição dominante. Os dois primeiros casos referem-se fundamentalmente à protecção de parceiros contratuais e de consumidores contra a exploração da sua dependência em

54 — Acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, já referido, n.° 91 (85/76, Recueil, p. 541).

55 — Acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, já referido (85/76); uma parte da doutrina segue, todavia, opinião diferente; por exemplo, Koch, em Grabitz, *Kommentar zum EWG-Vertrag*, n.os 45 e seguintes da anotação ao artigo 86.°

56 — Ver também o acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, já referido, n.° 120 (85/76, Recueil, p. 551).

57 — Acórdão de 9 de Novembro de 1983, Michelin, n.° 57 (322/81, Recueil, p. 3461, 3511).

58 — Acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, já referido, n.° 91 (85/76, Recueil, p. 541); do mesmo modo, ver acórdão de 11 de Dezembro de 1980, L'Oréal, n.° 27 (31/80, Recueil, p. 3775, 3794); acórdão de 9 de Novembro de 1983, já referido, n.° 70 (322/81, Recueil, p. 3514).

relação à empresa em posição dominante, enquanto a proibição de interligação de contratos prevista na alínea d) visa claramente, para além da protecção dos parceiros contratuais, também a dos concorrentes e a alínea c) proíbe que se afecte a concorrência através de discriminações entre os parceiros comerciais da empresa dominante no mercado. Os três primeiros casos têm em comum dirigirem-se contra práticas que visam alcançar um fim legítimo — a obtenção de lucro — com meios desproporcionados. Desta enumeração exemplificativa é possível partir para a determinação dos casos de abuso inominados. Aquela apresenta limites que têm de ser respeitados por empresas em posição dominante, também em actividades não referidas nas alíneas exemplificativas [59], nomeadamente o princípio da proporcionalidade [60] e a proibição de discriminação.

68. No caso presente, está antes de mais em causa o princípio da proporcionalidade, pois a crítica relativa à obtenção da licença exclusiva (e só da exclusiva) traz implícita uma crítica por comportamento desproporcionado. Aquele princípio, aplicado ao comportamento de uma empresa em posição dominante, significa o seguinte: essa empresa pode orientar a sua actuação em função do lucro, esforçar-se por melhorar a sua posição de mercado através das suas prestações e prosseguir os seus legítimos interesses comerciais. Contudo, só pode utilizar os meios necessários para alcançar estes fins legítimos. Muito em particular, não pode actuar de modo previsivelmente mais restritivo da concorrência do que aquilo que seria necessário.

69. Foi também neste sentido que o Tribunal de Justiça apreciou o respeito do princípio da proporcionalidade pela actuação de empresas em posição dominante numa série de decisões.

Assim, no caso BRT/SABAM [61], o Tribunal de Justiça entendeu que determinadas condições contidas em contratos de gestão de uma sociedade de gestão de direitos de autor eram inequitativas e, portanto, abusivas, pois limitavam a liberdade de exercício dos direitos de autor pelos membros mais fortemente do que seria necessário para garantir a gestão eficaz desses direitos pela sociedade.

Encontram-se considerações idênticas no acórdão Suiker Unie [62], segundo o qual pode ser abusivo o acordo de proibição de concorrência de uma empresa em posição dominante com os seus representantes comerciais «que vai para além da medida adequada à essência das relações económicas e jurídicas em causa» (isto é, da empresa com os seus representantes comerciais).

70. A aplicação do princípio da proporcionalidade no caso United Brands assume um particular significado. Como é sabido, neste acórdão o Tribunal de Justiça começou por declarar abusiva, por violação daquele princípio, a proibição de revenda de bananas verdes que a recorrente tinha imposto aos seus clientes. O Tribunal concedeu à recorrente que esta visava uma política admissível de qualidade na escolha dos revendedores,

59 — Ver análise fundamental desenvolvida neste sentido, Vogel, *Droit de la concurrence et concentration économique*, Paris, 1988, p. 154 e seguintes.

60 — Acórdão de 21 de Fevereiro de 1973, já referido, n.° 26 (6/72, Recueil, p. 246).

61 — Acórdão de 27 de Março de 1974 (127/73, Recueil, p. 313, 316 e seguintes), que, todavia, se refere à alínea a) da enumeração exemplificativa contida no segundo parágrafo do artigo 86.°

62 — Acórdão de 16 de Dezembro de 1975, n.° 486 (40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Recueil, p. 1663, 2002).

mas que por esta forma tinha «erguido barreiras cujos efeitos se estendem para além do fim pretendido» e que, por essa razão, são proibidas pelo artigo 86.° No mesmo acórdão, o Tribunal de Justiça reconheceu às empresas com domínio do mercado o direito de recorrer a sanções contra parceiros contratuais que actuem contra os seus interesses negociais. Mas estas sanções têm que estar numa relação de proporcionalidade com a ameaça para os interesses da empresa dominante constituída pela actuação dos parceiros contratuais [63]. A empresa United Brands não observou esta relação ao suspender os fornecimentos a um cliente por este ter participado numa campanha publicitária de um concorrente daquela.

71. Ainda recentemente foi decidido pelo Tribunal de Justiça que a proporcionalidade é o critério para determinar se os direitos exigidos pela sociedade francesa de gestão de direitos de autor SACEM são abusivos por estes direitos de utilização serem sempre atribuídos globalmente pelo conjunto do seu reportório, não sendo dada aos utilizadores da obra qualquer possibilidade de se limitarem às categorias de obras em que têm interesse, com uma correspondente redução de direitos. O Tribunal de Justiça afirma a este respeito que este comportamento, que serve o objectivo legítimo da protecção dos direitos de autor, só pode ser posto em causa se aquela protecção também puder ser efectuada com outros meios, sem aumento do dispêndio em administração e fiscalização a prestar pela SACEM [64].

Segundo este acórdão, as mesmas considerações valem também para apreciar se os contratos celebrados com os utilizadores da obra dentro desta prática serão restritivos da concorrência, na acepção do n.° 1 do artigo 85.° [65]. Aqui se revela o significado do critério da proporcionalidade na apreciação de uma conduta face quer ao artigo 85.° quer ao artigo 86.°

72. Também o acórdão Hoffmann-La Roche confirma esta estreita conexão entre o conteúdo dos dois preceitos. Neste, o Tribunal de Justiça não verificou expressamente se o comportamento censurado à empresa em posição dominante era proporcional, mas refere-se indirectamente àquele princípio, como demonstrou Vogel [66]. A propósito do exame dos contratos de compra exclusiva da empresa dominante com os clientes, diz-se no acórdão que «contratos deste género poderiam ser admissíveis, quando muito, dentro dos pressupostos referidos no n.° 3 do artigo 85.° do Tratado» [67]. Entre estes pressupostos conta-se a proporcionalidade do acordo que, nos termos da alínea a) do n.° 3 do artigo 85.°, consiste em não serem impostas às empresas em causa «quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos» (os referidos no n.° 3 do artigo 85.°). Ao invés do que entende a recorrente, o elemento suplementar não tem assim que decorrer necessariamente de circunstâncias exteriores ao acordo, podendo consistir no próprio conteúdo deste se daí resultar um comportamento desproporcionado da empresa com domínio de mercado.

63 — Acórdão de 14 de Fevereiro de 1978, já referido (27/76, Recueil, p. 298).

64 — Acórdão de 13 de Julho de 1989, n.° 45 (395/87), no quadro do exemplo contido na alínea a) do segundo parágrafo do artigo 86.°

65 — Já referido, n.° 31 da fundamentação.

66 — *Droit de la concurrence et concentration économique*, p. 155, nota 1 de pé de página.

67 — Acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, já referido, n.° 120 (85/76, Recueil, p. 551).

73. É certo que no presente caso surge ainda um problema jurídico específico, dado que o acordo tem por objecto uma licença de patente. Assim, é necessário levantar a questão da compatibilidade da apreciação da actuação da recorrente com base nos critérios atrás expostos com a jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre a aplicação do artigo 86.° a direitos de propriedade industrial.

Muito recentemente, no acórdão Maxicar, o Tribunal de Justiça confirmou a jurisprudência [68] de acordo com a qual o simples facto de obter — originariamente — o benefício do direito exclusivo (tratava-se de uma licença para modelo ornamental relativo a elementos da carroçaria de veículos automóveis) não pode ser visto como um comportamento abusivo na acepção do artigo 86.° [69].

O Tribunal de Justiça distingue, também aqui [70], a obtenção do direito do seu exercício. Só este pode degenerar em utilização abusiva [71], por exemplo, em caso de recusa arbitrária de fornecimento, de fixação de preços desproporcionados ou de limitação da produção [72]. Aqui surge sempre um elemento que acresce à obtenção do direito exclusivo. Mas este elemento não pode ser visto apenas na eliminação da concorrência de outros produtores, pois este efeito é indissociável da própria existência do direito exclusivo [73].

74. No entanto, sou de entender que estes princípios, desenvolvidos pelo Tribunal de Justiça a respeito da aquisição originária de direitos de propriedade industrial, não podem ser transpostos sem mais para a aquisição derivada de uma licença exclusiva. No caso da aquisição originária de uma patente ou de um modelo ornamental, a empresa protege o seu próprio esforço de desenvolvimento da cópia de terceiros. Isto pode ser feito também por empresas em posição dominante, mesmo quando, como no caso Maxicar, tal leva ao afastamento do mercado de empresas cuja actividade consistia até aí na imitação de produtos deste género [74].

Em contrapartida, quem adquire uma licença de patente apropria-se do esforço de desenvolvimento de terceiros. Tal é legítimo, mas distingue a sua posição jurídica da do titular original do direito. No caso deste, o carácter exclusivo do direito é inerente à sua própria substância, e deve possibilitar-lhe a obtenção de uma compensação pela sua actividade inventiva [75]. Em contrapartida, para o adquirente da licença não está em causa a retribuição dos seus próprios esforços e riscos no desenvolvimento do bem protegido (esta retribuição é paga por ele ao inventor), mas a utilização mais lucrativa possível de um investimento. Assim, diferentemente do que acontece com o próprio direito de propriedade industrial, a licença não é necessariamente exclusiva. Estas diferenças justificam que a posição especial de que goza o titular de um direito de propriedade industrial no âmbito do artigo 86.° não seja estendida ao adquirente da licença.

O facto de o inventor com domínio de mercado poder impedir que a sua invenção seja utilizada por terceiros sem com isso estar a agir abusivamente não significa que uma

68 — Ver acórdão de 29 de Fevereiro de 1968, Parke, Davis/ /Probel [24/67, Recueil, p. 81, 108 e seguintees (patente)]; acórdão de 23 de Maio de 1978, Hoffmann-La Roche/ /Centrafarm [102/77, Recueil, p. 1139, 1168 (marcas)].

69 — Acórdão de 5 de Outubro de 1988, n.° 15 (53/87, Colect., p. 6039).

70 — Ver, no mesmo sentido, a jurisprudência constante do Tribunal de Justiça em relação à distinção entre existência e exercício de direitos de propriedade industrial no quadro da aplicação do artigo 36.°; ver, por exemplo, o acórdão de 31 de Outubro de 1974, Centrafarm/Sterling Drug (15/74, Recueil, p. 1147).

71 — Acórdão de 29 de Fevereiro de 1968, já referido (24/67, Recueil, p. 110).

72 — Acórdão de 5 de Outubro de 1988, já referido, n.° 16 (53/87); ver também o acórdão de 5 de Outubro de 1988, Volvo/Veng, n.° 9 (238/87, Colect., p. 6211).

73 — Conclusões do advogado-geral Mischo no processo 53/87, Maxicar, já referido, n.° 60.

74 — A situação era idêntica no processo 238/87, Volvo/Veng, já referido.

75 — Acórdão de 9 de Julho de 1985, Pharmon/Hoeschst, n.° 26 (19/84, Recueil, p. 2281, 2298).

empresa em posição dominante possa sempre impedir os seus potenciais concorrentes de aproveitar os resultados da investigação de terceiros através da obtenção de uma licença exclusiva.

b) Verificação da infracção na decisão impugnada

75. Vimos, na primeira parte da minha exposição, que o artigo 86.° também pode ser aplicado a acordos abrangidos por uma isenção por categoria. De seguida expus que as condições de aplicação do artigo 86.° estão reunidas quando um comportamento restritivo da concorrência de uma empresa com posição dominante se revela ainda desproporcionado. Estas conclusões aplicam-se também à aquisição derivada de uma licença de patente por uma empresa em posição dominante. Com este pano de fundo jurídico, passemos agora a examinar se a Comissão teve razão ao declarar a existência de uma violação do artigo 86.°

A Comissão, no n.° 60 da decisão impugnada, afirma que o abuso de posição dominante consistiu na obtenção da licença exclusiva, com a qual foi reforçado o domínio do mercado, ficou a concorrência existente ainda mais enfraquecida e se viu ainda mais dificultado o surgimento de novos concorrentes no mercado. Por esta forma, a Comissão fundamentou a decisão, no fundo correctamente, com a afirmação da existência de um comportamento desproporcionado e restritivo da concorrência por parte da recorrente, embora na decisão apenas tenha invocado o acórdão Continental Can e não tenha examinado expressamente as considerações sobre a desproporção contidas na jurisprudência mais recente do Tribunal de Justiça[76]. Mas fica ainda em aberto a questão de saber se o que se apurou em matéria de facto e vem referido nos n.os 18, 22 e 23 da decisão permite as conclusões em matéria de direito nela contidas.

76. aa) Cabe verificar, em primeiro lugar, se foi apurada a existência de um comportamento da recorrente restritivo da concorrência: a obtenção da licença exclusiva reforçou a posição dominante da recorrente em relação a todos os concorrentes, porque estes não dispunham da tecnologia em questão. A recorrente já dispunha de uma parte do mercado das máquinas de enchimento asséptico de cerca de 91,8 %, antes da aquisição da licença exclusiva; a licença exclusiva para o processo alternativo de esterilização pertencia à concorrente potencial Liquipak, a qual se esforçava por penetrar no mercado dominado pela recorrente.

Depois da aquisição, a licença exclusiva passou a pertencer à recorrente; por esta forma, a tecnologia alternativa protegida pela patente ficou a salvo de qualquer dos potenciais concorrentes da Tetra. Esta consequência não é em nada alterada pelo facto de a recorrente ter obtido aquela licença através da aquisição da Liquipak, a qual não é objecto deste processo. A simples obtenção da licença teria também impossibilitado todos os potenciais concorrentes da recorrente de utilizar o processo alternativo de esterilização por forma a terem acesso ao mercado.

77. Além disso, a Comissão apurou, no n.° 18 (e no n.° 27) da decisão, que a concorrente Elopak foi afastada do mercado, pelo menos temporariamente, através da ob-

76 — Ver os quadragésimo sexto e quadragésimo sétimo considerandos da decisão.

tenção da licença exclusiva. Na audiência a Comissão esclareceu que residia aí o abuso da recorrente.

Em contraposição, a recorrente, na audiência de discussão, argumentou contra as afirmações contidas na decisão relativas à situação e actuação da Elopak que estas não eram claras e não justificavam a afirmação de ter sido violado o artigo 86.° Uma vez que não foi apresentado qualquer fundamento relativo à falta de fundamentação da decisão impugnada, é duvidosa, face aos termos do artigo 42.° do Regulamento Processual (presentemente aplicável nos termos do artigo 11.° da decisão do Conselho de 24 de Outubro de 1988 [77]), a admissibilidade da impugnação desta parte da decisão apenas na audiência de julgamento, como já resulta da minha questão na mesma audiência. Mesmo que o Tribunal decida admitir esta observação como argumento suplementar em apoio do fundamento de violação do artigo 86.°, terá sempre que se tomar em consideração o seguinte.

Da verificação da Comissão de que a recorrente reforçou a sua posição dominante em relação aos concorrentes — a todos — e retardou significativamente, no mínimo, o acesso da Elopak ao mercado resulta claramente a existência de um comportamento restritivo da concorrência por parte da recorrente. Esta conclusão mantém-se, refira-se a título subsidiário, mesmo que o Tribunal decida aceitar as objecções da recorrente relativas à matéria de facto apurada sobre a Elopak. Ainda que o Tribunal decida não considerar este conjunto complexo de factos parcialmente controvertidos e não totalmente esclarecidos no processo, subsiste o facto de que com a obtenção da licença a recorrente reforçou ainda mais o domínio do mercado em relação aos concorrentes. Este efeito limitativo da concorrência é só por si suficiente para o artigo 86.°, sem que seja necessário verificar efeitos concretos suplementares sobre o comportamento de determinado concorrente. Basta que a recorrente se tenha apropriado com exclusividade da tecnologia alternativa, impossibilitando assim o seu uso a todos os potenciais concorrentes. Por esta forma já elevou as barreiras de acesso ao mercado e dificultou o surgimento de potenciais concorrentes.

78. bb) Segue-se que a recorrente, com a obtenção da licença exclusiva, usou um meio desproporcionado. É certo que a utilização do desenvolvimento técnico, através da obtenção de licenças de patente, se integra na concorrência produtiva em que a recorrente, enquanto empresa com posição dominante, pode participar. Contudo, não era necessário recorrer a um meio tão clara e directamente restritivo da concorrência para alcançar os fins legítimos da recorrente de ter acesso a inovações tecnológicas para melhorar as suas prestações. Tem antes razão a Comissão ao afirmar que uma licença não exclusiva também teria permitido à recorrente a utilização do processo patenteado para melhorar os seus próprios produtos, sem impedir simultaneamente o acesso de novos concorrentes ao mercado por si dominado.

Por conseguinte, do próprio conteúdo do acordo resulta o carácter desproporcionado da actuação da recorrente, a qual, enquanto empresa em posição dominante, não devia ter sido parte num acordo com este conteúdo. Isto também demonstra concretamente que, contrariamente ao que entende a recorrente, nem só circunstâncias exteriores

77 — JO 1988, L 319, p. 1; foi publicada uma versão rectificada no JO 1989, C 215, p. 1.

ao acordo podem surgir como «elemento suplementar».

79. A circunstância de o acordo exclusivo de licença de patente estar previsto num regulamento de isenção por categoria nada vem alterar à qualificação como desproporcionado do comportamento da recorrente: se tivermos em atenção os considerandos do Regulamento n.° 2349/84, concluiremos que a verificação abstracta da proporcionalidade levada a cabo pelo legislador não tem em conta situações como esta. Em condições normais de mercado, as licenças exclusivas servem para a difusão de novos produtos ou métodos de fabrico. O seu carácter exclusivo justifica-se por o investimento nestas inovações precisar de um estímulo particular, atendendo aos riscos normalmente associados à introdução de novos produtos ou métodos de fabrico. A protecção assegurada pelo carácter exclusivo da licença facilita ao respectivo adquirente o acesso ao mercado. Por esta forma, aquela protecção contribui para o melhoramento da oferta e para o aumento do número de centros de produção, e promove a difusão do progresso técnico[78].

Estas considerações não são de molde a justificar a obtenção pela recorrente da licença exclusiva, neste caso. Pelo contrário, a sua conduta tem efeitos contrários aos objectivos do Regulamento n.° 2394/84, ao dificultar o acesso ao mercado de outras empresas e impedir o aumento do número de centros de produção.

80. Finalmente, o facto de o cedente da licença, BTG, estar de acordo com a transferência da licença exclusiva não vem naturalmente alterar em nada a apreciação do comportamento da recorrente como desproporcionado. A particular responsabilidade que impende sobre a Tetra enquanto empresa em posição dominante proíbe-lhe condutas que restrinjam desproporcionadamente a concorrência, ainda que correspondam aos interesses do respectivo parceiro contratual[79].

81. É possível concluir, em relação ao primeiro argumento da recorrente, que a obtenção de uma licença exclusiva por uma empresa com domínio do mercado, considerada isoladamente, não realiza o tipo de abuso do artigo 86.° Mas se acrescer, como acontece aqui, que com aquele comportamento a concorrência no mercado dominado fica ainda mais restringida, e que aquele comportamento está inteiramente fora de proporção com os objectivos legítimos da empresa em posição dominante, já os pressupostos do artigo 86.° estarão reunidos.

II — *Violação do princípio da segurança jurídica*

82. A recorrente apresenta como segundo argumento que a aplicação do artigo 86.° a um comportamento abrangido por um regulamento de isenção por categoria constitui uma violação do princípio da segurança jurídica. Tal como uma retirada da isenção só é admissível para futuro, também o artigo 86.° só poderia ser aplicado *ex nunc* ao seu comportamento. De outro modo, empresas em posição dominante e respectivos parceiros contratuais nunca poderiam beneficiar de um regulamento de isenção por categoria cuja principal vantagem consiste em as partes poderem confiar na admissibilidade e eficácia de um acordo cujo conteúdo foi isento.

78 — Regulamento n.° 2349/84, décimo primeiro e décimo segundo considerandos.

79 — Ver acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, já referido, n.° 115 (85/76, Recueil, p. 549).

83. A segurança jurídica, tal como a sua aparentada protecção da confiança legítima, contam-se entre os princípios gerais de direito comunitário que o Tribunal de Justiça tem reconhecido em jurisprudência constante [80]. Ambos os princípios impõem que a aplicação do direito ao caso concreto seja previsível [81]. A segurança jurídica tem um papel a desempenhar, fundamentalmente, na aplicação do direito vigente e pode limitar uma aplicação inesperada, por forma a evitar que relações jurídicas constituídas de boa fé possam vir a ser posteriormente postas em causa [82]. A importância deste princípio para a aplicação das regras sobre concorrência do Tratado surgiu logo em 1962, quando o Tribunal de Justiça baseou no princípio da segurança jurídica a teoria de eficácia provisória de acordos antigos, limitando significativamente por esta forma a aplicabilidade directa dos n.os 1 e 2 do artigo 85.° [83]. Ainda recentemente o Tribunal de Justiça recorreu às regras formuladas naquela altura no sector dos transportes aéreos [84].

84. O princípio da protecção da confiança legítima tem a ver, antes de mais, com modificações da situação jurídica ou de uma *praxis* de aplicação do direito pelos órgãos comunitários, e tem um significado particular em relação a operadores económicos que tomaram determinadas disposições confiando na situação existente, que se podem vir a revelar desvantajosas em consequência de modificações entretanto ocorridas [85]. Ambos os princípios impõem uma ponderação entre, por um lado, os interesses protegidos e, por outro lado, o princípio da legalidade da actuação da administração [86] e a margem de manobra das instituições da Comunidade. Só em casos de particular dureza, em que se verifique uma situação de inexigibilidade, se pode justificar excepcionalmente que o princípio da legalidade da actuação da administração e da margem de manobra do legislador ceda perante as exigências da segurança jurídica.

85. O mérito do segundo argumento da recorrente depende assim de saber se a possibilidade de aplicação do artigo 86.° ao comportamento de empresas em posição dominante que beneficiaram de uma isenção por categoria, e antes de esta isenção ser retirada com efeitos para o futuro, constitui uma incerteza que se revista de característica de inexigibilidade. Exporei ao Tribunal, em duas etapas, que não me parece que o princípio da segurança jurídica tenha sido violado neste caso. Assim, em primeiro lugar, a aplicação do artigo 86.° num caso como o da recorrente é em geral previsível. Em segundo lugar, acresce que no caso da recorrente também não se verifica a colocação em causa de uma relação jurídica fundada, de boa fé, na inaplicabilidade do artigo 86.°

80 — Para uma exposição detalhada sobre a aplicação destes dois princípios em direito da concorrência, ver David Edward, «Constitutional rules of Community law in EEC competition cases», cuja publicação está prevista nos *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1989, p. 28 e seguintes do manuscrito.

81 — Ver, por exemplo, o acórdão de 12 de Novembro de 1981, Salumi, n.° 10 (212/80 a 217/80, Recueil, p. 2735, 2751); acórdão de 28 de Abril de 1988, Mulder, n.os 24 e seguintes (120/86, Colect., p. 2321, 2352 e seguintes); David Edward, já referido.

82 — Ver acórdão de 2 de Fevereiro de 1988, Blaizot, n.os 25 e seguintes (24/86, Colect., p. 379, 405 e seguintes); o acórdão fundamental é o de 8 de Abril de 1976, Defrenne, n.os 69 e seguintes (43/75, Recueil, p. 455, 480).

83 — Acórdão de 6 de Abril de 1962, já referido (13/61, Recueil, p. 89).

84 — Acórdão de 30 de Abril de 1986, já referido (209/84 a 213/84, Colect., p. 1425, 1466 e seguintes); acórdão de 11 de Abril de 1989, n.os 20 e seguintes (66/86).

85 — Ver, por exemplo, Sharpston: «Legitimate expectations and economic reality», cuja publicação está prevista na *European Law Review*, 1990, p. 76 do manuscrito; acórdão de 28 de Abril de 1988, no processo 120/86, já referido.

86 — Acórdão de 22 de Março de 1961, Snupat (42/59 e 49/59, Recueil, p. 101, 159).

1) *Previsibilidade da aplicação do artigo 86.°*

a) Previsibilidade apesar da isenção por categoria

86. A aplicação do artigo 86.° era em geral previsível para a recorrente, como decorre de três considerações.

Já vimos que na isenção por categoria o legislador cria uma regulamentação geral e abstracta que não tem nem pode ter em conta as condições existentes no mercado concreto em questão. Assim, uma empresa não pode confiar em que as considerações do legislador sejam válidas para o mercado por ela dominado. Se se tratar de um acordo de licença de patente, como é o caso aqui, esse acordo terá que ser apreciado face ao Regulamento n.° 2349/84, incluindo o vigésimo sétimo considerando, que é do seguinte teor:

«... os acordos que preenchem as condições estabelecidas nos artigos 1.° e 2.° e que não têm por objectivo ou efeito provocar outras restrições de concorrência não têm de ser notificados; as empresas mantêm, no entanto, o direito de solicitar, a título individual, a emissão de um certificado negativo, nos termos do artigo 2.° do Regulamento n.° 17 do Conselho, ou de uma declaração de isenção, nos termos do n.° 3 do artigo 85.°; ...»

Assim, é claramente indicado às partes no acordo que este também pode ter efeitos restritivos da concorrência não cobertos pela isenção por categoria, e que terão de verificar se convém pedir uma isenção individual ou um certificado negativo em relação àqueles efeitos. Consoante a sua posição no mercado, poderão também ter ocasião de verificar a possibilidade de ter lugar uma violação do artigo 86.° As dimensões e a posição de mercado das empresas em causa influenciarão os resultados daquele exame, a levar a cabo por altura da celebração do contrato. Se a licença se transferir posteriormente para outra empresa, esta não pode por esta razão supor que o contrato continua a salvo de qualquer objecção. A cessionária encontrar-se-á assim na mesma posição que uma empresa em vias de celebrar o contrato originário, tendo, tal como esta, que examinar a sua admissibilidade do ponto de vista do direito da concorrência.

87. Segundo argumento: a circunstância de a retirada da isenção por categoria só ter efeitos para futuro também não pode ser entendida pelas empresas em causa no sentido de até àquele momento não terem que contar com a aplicação do artigo 86.° ao seu comportamento.

Sem dúvida que a recorrente chama a atenção para que o sentido da isenção por categoria consiste em possibilitar a celebração jurídico-civilmente eficaz de acordos que correspondam, numa apreciação geral e abstracta, às exigências do n.° 3 do artigo 85.°, sem haver que recorrer a um exame caso a caso[87]. As partes neste acordo, entende a recorrente, devem poder confiar na sua eficácia até uma eventual retirada da isenção. Embora o artigo 86.° não prescreva expressamente a nulidade dos contratos que o violem, esta consequência pode ser deduzida do direito nacional. Tal atinge de

87 — No mesmo sentido, ver Wiedemann: *Kommentar zu den Gruppenfreistellungsverordnungen des EWG-Kartellrechts*, I vol., 1989, Allgemeiner Teil, p. 122, n.° 373.

forma injustamente dura não só a empresa com posição dominante que seja parte no acordo, mas também o seu parceiro contratual, ao qual muito frequentemente não se poderá censurar qualquer ofensa ao artigo 86.°

Já vimos que a empresa em posição dominante tem a possibilidade de prever a aplicação do artigo 86.° anterior à retirada da isenção. Por esta razão, também não pode presumir que as consequências jurídicas de violações do artigo 86.° através de comportamentos isentos se limitem à possibilidade de retirada da isenção. Além disso, se é certo que a lesão do artigo 86.° através de um comportamento isento recai geralmente sob os pressupostos para a retirada da isenção [88], os fundamentos daquela retirada, em contrapartida, vão geralmente para além do caso do abuso previsto no artigo 86.°, incluindo mesmo restrições pouco significativas da concorrência. Da análise desta regulamentação relativa a vários «casos pouco graves» não é, assim, possível retirar a conclusão de que a lesão do artigo 86.° não importa quaisquer outras consequências jurídicas. Assim, a empresa não pode confiar em que a via do artigo 86.° se encontre «vedada» [89].

88. Terceiro argumento: a recorrente entende que, devido às obscuridades na delimitação do mercado relevante e na definição da posição dominante, nenhuma empresa pode estar certa de o seu comportamento ser ou não abusivo ao celebrar um acordo isento. No entanto, as empresas com domínio de mercado estão sempre confrontadas com estes problemas de delimitação, independentemente da existência de uma isenção por categoria; e, em todo o caso, o Tratado impõe-lhes a orientação da sua conduta em função do artigo 86.° Convém recordar, neste contexto, a particular responsabilidade que impende sobre aquelas empresas de ter em atenção as exigências da concorrência, reconhecida pelo Tribunal de Justiça no acórdão Michelin [90]. Uma isenção por categoria não vem trazer qualquer alteração a esta posição da empresa dominante, a qual tem a sua margem de manobra limitada em comparação com a de empresas com menos poder.

89. Também o conceito de abuso está suficientemente determinado para poder servir de linha de orientação às empresas dominantes no mercado na celebração de acordos isentos. Tal não estaria sempre assegurado, possivelmente, se o único critério para a determinação da existência de abuso respeitasse aos efeitos nocivos para a concorrência de determinado comportamento [91]. Mas se o abuso for ainda caracterizado por o comportamento proibido da empresa dominante constituir um meio desproporcionado para a prossecução dos seus legítimos interesses económicos, como é expresso na jurisprudência do Tribunal de Justiça que analisei e na *praxis* das decisões da Comissão [92], as empresas dominantes no mercado disporão de um critério que lhes permite distinguir acordos abusivos de outros em que podem participar sem violar as regras da concorrência.

88 — Ver, por exemplo, o artigo 7.° do Regulamento n.° 19/65.

89 — Noutro sentido, ver Wiedemann, já referido, n.° 373, p. 123.

90 — Acórdão de 9 de Novembro de 1983, já referido, n.° 57 (322/81, Recueil, p. 3511).

91 — Vogel, já referido, p. 143; ver também as conclusões do advogado-geral Roemer no processo 6/72, já referido (Recueil 1973, p. 256).

92 — Ver, para uma análise detalhada, Gyselen, «Abuse of monopoly power within the meaning of Article 86 of the EEC Treaty: Recent developments», em curso de publicação em *Annual Proceedings of the Fordham Corporate Law Institute*, 1989, p. 27 e seguintes do manuscrito.

90. Neste contexto, a recorrente não podia razoavelmente confiar na inaplicabilidade do artigo 86.° à cessão da posição contratual no acordo isento da licença de patente.

Convém recordar, a este respeito, que a recorrente não impugnou, neste processo, os factos apurados pela Comissão em relação à delimitação do mercado e à sua posição dominante, e também não afirmou desconhecer as circunstâncias essenciais em que a Comissão se baseou a este respeito. Nestas circunstâncias, a recorrente tinha que contar com a apreciação do conjunto do seu comportamento negocial face ao artigo 86.°

91. A recorrente tinha também que contar com o facto de a obtenção da licença de patente exclusiva vir a ser considerada abuso de posição dominante. Ela não podia desconhecer os efeitos restritivos da concorrência que daquela são consequência directa. Aqueles efeitos resultavam da assunção de posição no acordo por parte da recorrente, enquanto empresa dominante, sem necessidade de alteração do conteúdo do contrato. Nesta situação, o vigésimo sétimo considerando devia ter-lhe dado a entender que tinha de verificar se estariam realmente reunidos os pressupostos da isenção.

Era, finalmente, manifesto que a obtenção da licença exclusiva não era necessária para garantir os interesses legítimos da recorrente. Uma vez que estava apenas em causa a utilização do processo de esterilização desenvolvido pela BTG no fabrico das suas máquinas, facilmente se pode concluir que uma licença simples bastava para aquele efeito.

b) Segurança jurídica acrescida pela possibilidade de obtenção de um certificado negativo

92. Mesmo sendo suficientemente previsível a aplicação do artigo 86.°, a redacção forçosamente geral do preceito não deixa de colocar algumas dúvidas. Assim, é neste contexto que deve ser apreciado o argumento da Comissão de que as empresas em posição dominante poderiam obter os esclarecimentos jurídicos necessários pedindo um certificado negativo [93].

93. A recorrente afirma a este respeito que os esforços que seria necessário despender para aquele efeito tirariam toda a utilidade à isenção por categoria. O processo de atribuição de um certificado negativo é demasiado longo e não acarreta a segurança jurídica necessária, pois o certificado não vincula os tribunais nacionais nem protege os intervenientes da possível imposição de multas. Ao aplicar o artigo 86.° a um processo isento, a Comissão está a minar o sistema das isenções por categoria, cujo objectivo é precisamente o de evitar a necessidade de verificações em cada caso concreto.

94. Tem de se conceder à recorrente que o processo de atribuição de um certificado negativo está de certo modo em contradição com os objectivos de simplificação administrativa da isenção por categoria. Por outro lado, e como acabámos de ver, o sistema de isenções por categoria não tem por finalidade garantir a imunidade de acordos contra a aplicação do artigo 86.°, de modo a atribuir segurança jurídica aos intervenientes. A atribuição de certificados negativos também não é de modo algum estranha a este sistema, como revela particularmente o

93 — Ver, no mesmo sentido, o acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, já referido, n.° 130 (85/76, Recueil, p. 554).

facto de o vigésimo sétimo considerando do regulamento sobre licenças de patente prever expressamente esta possibilidade.

95. O argumento da duração do processo é mais forte. Pode ser uma dura prova para as partes não terem a certeza, por um longo espaço de tempo, se a Comissão vai ou não considerar abusivo um acordo que celebraram. Todavia, qualquer entidade que apresente um pedido desta natureza terá que suportar um período prolongado de insegurança jurídica, no decorrer do processo. Isto terá de ser assim também para empresas dominantes no mercado.

96. As partes entendem que, com este pedido, a recorrente não se encontraria protegida da aplicação de uma multa. A questão é controvertida na doutrina. Em todo o caso, terá de se referir que a Comissão, no caso presente — em meu entender, correctamente — decidiu não aplicar qualquer multa. As empresas podem assim confiar em que a Comissão fará um uso prudente da possibilidade de aplicação de multas em casos desta natureza; de qualquer modo, é necessário ter em atenção que a decisão do Tribunal neste processo deverá afastar dúvidas subsistentes até ao momento sobre a situação jurídica. De resto, a aplicação de multas neste quadro está também totalmente sujeita à fiscalização deste Tribunal.

A última objecção apresentada pela recorrente neste âmbito, de que um certificado negativo não garante segurança jurídica porque não vincula os tribunais nacionais, será examinada a propósito do terceiro argumento.

2) *Lesão de uma relação jurídica constituída de boa fé com base na isenção*

97. As observações anteriores deram já um começo de resposta à questão seguinte: saber se foi lesada uma relação jurídica constituída de boa fé com base na isenção, em violação de um princípio geral do direito comunitário. Assim, limito-me a duas observações complementares. O acordo originário de licença entre o National Research and Development Council e a empresa Novus, em que a recorrente veio a entrar, tinha sido celebrado em 1981, muito tempo antes, portanto, da entrada em vigor do Regulamento n.° 2349/84. Em consequência, a isenção veio beneficiar o acordo *a posteriori* e sem qualquer contribuição das partes; nestes termos, está fora de causa uma fundamentação de boa fé da relação jurídica na isenção.

98. Em todo o caso, quando a recorrente negociou com a BTG e obteve a licença em 1986 já estava em vigor o regulamento de isenção por categoria — mas ao lado do artigo 86.° A acusação de abuso da Comissão atinge a relação jurídica entre a recorrente e o cessionário da licença apenas em relação ao carácter exclusivo da licença. Nesta medida, era previsível para a recorrente a possível aplicação do artigo 86.°, pelo que não se pode falar a seu respeito de boa fé.

99. Admita-se que os parceiros contratuais de empresas dominantes no mercado não têm que conhecer esta circunstância e, com ela, a possibilidade de aplicação do artigo 86.° Nesta medida, a recorrente chamou a atenção para um aspecto digno de conside-

ração, mas que não conduz à inaplicabilidade parcial do artigo 86.° (em caso de boa fé do parceiro contratual). Aquele artigo respeita apenas ao comportamento da empresa dominante. A solução para este tipo de casos deve ser assim reservada ao direito nacional aplicável no caso concreto, uma vez que no artigo 86.° não se encontra qualquer regulamentação para as consequências jurídico-civis da sua violação.

III — *Colocação em perigo da aplicação uniforme do direito comunitário*

100. Com o terceiro argumento, a recorrente afirma que a aplicação uniforme do direito comunitário é colocada em perigo se o artigo 86.° for aplicado apesar da existência de uma isenção por categoria. Dado que o artigo 86.° é directamente aplicável, os tribunais nacionais poderiam proibir comportamentos isentos a empresas dominantes no mercado, contornando por esta forma a decisão da Comissão de admitir aquele comportamento, expressa no regulamento de isenção por categoria. A recorrente entende que decorre do acórdão do Tribunal de Justiça no processo Walt Wilhelm a inadmissibilidade desta situação.

101. Naquele acórdão, o Tribunal de Justiça reconheceu que o facto de a Comissão estar a apreciar face ao direito comunitário um determinado conjunto de factos não impedia que esses mesmos factos fossem simultaneamente apreciados por um tribunal nacional à luz do respectivo direito sobre acordos, decisões e práticas concertadas. Mas este reconhecimento foi simultaneamente restringido no sentido de que «esta aplicação do direito nacional não pode pôr em causa uma aplicação plena e uniforme do direito comunitário e a eficácia dos actos de execução do mesmo» [94]. Por esta forma, o Tribunal de Justiça reconheceu ao direito comunitário da concorrência a prevalência, em caso de conflito com as disposições correspondentes dos Estados-membros. Todavia, este acórdão respeita apenas à relação entre a aplicação do direito nacional da concorrência por autoridades nacionais, por um lado, e a aplicação do direito comunitário pela Comissão, por outro. Em contrapartida, o acórdão nada diz sobre a aplicação do direito comunitário pela administração e tribunais nacionais, a que se refere o argumento da recorrente. O Tribunal de Justiça também não teve que tomar posição sobre o assunto no acórdão posterior de 10 de Julho de 1980, proferido nos processos apensos 253/78 e 1/79 a 3/79, em que estava em causa a aplicação do direito francês da concorrência na sequência de uma decisão de arquivamento do processo tomada pela Comissão [95].

102. Em contrapartida, o artigo 9.° do Regulamento n.° 17 rege, pelo menos parcialmente, a competência das autoridades nacionais para aplicar o direito comunitário da concorrência.

De acordo com aquela disposição, a Comissão tem competência exclusiva para, nos termos do n.° 3 do artigo 85.°, decidir sobre a isenção constitutiva de direitos. Simultaneamente, as autoridades nacionais têm competência concorrente para aplicar o n.° 1 do artigo 85.° e o artigo 86.°, enquanto a Comissão não der início a qualquer processo nos termos dos artigos 2.°, 3.° ou 6.° do mesmo regulamento [96]. Mas, quando a Comissão actuar, terá, também aqui, competência exclusiva. Todavia, tal só se aplica em relação a autoridades nacionais com funções em matéria de acordos, decisões e práticas

94 — Acórdão de 13 de Fevereiro de 1969, n.° 9 (14/68, Recueil, p. 1, 14 e seguintes).

95 — Acórdão de 10 de Julho de 1980, Giry e Guerlain, n.os 15 e seguintes (253/78 e 1/79 a 3/79, Recueil, p. 2327, 2374 e seguintes).

96 — Artigo 9.°, n.° 3.

concertadas ou a tribunais nacionais com competência para a aplicação das respectivas normas ou para a fiscalização daquelas autoridades. Em contrapartida, outros tribunais ou autoridades nacionais continuam a deter competência para aplicar os artigos 85.°, n.° 1, e 86.°, por exemplo, em casos de direito civil, mesmo que a Comissão já tenha dado início a algum processo. Com efeito, as proibições dos artigos 85.°, n.° 1, e 86.° criam directamente direitos nas relações entre particulares, que os tribunais nacionais devem fazer respeitar. O direito derivado não pode pôr em causa o respeito destes direitos, decorrentes para os particulares do próprio Tratado [97]. O tribunal nacional só pode satisfazer a necessidade de uma aplicação não contraditória do direito da concorrência da Comunidade suspendendo a instância até à existência de uma decisão da Comissão [98].

103. Os tribunais nacionais continuam obrigados a assegurar a tutela dos direitos mesmo depois de a Comissão ter posto termo ao seu processo. O Tribunal de Justiça decidiu-se, numa série de casos, pelo arquivamento do processo por carta administrativa. Se a Comissão, com uma carta daquele tipo, comunicar a uma empresa que não vê qualquer razão para agir contra um determinado acordo, tal não vincula os tribunais nacionais; estes podem decidir, contra o entendimento da Comissão, que o acordo viola o artigo 85.°, sendo assim nulo [99]. Tão-pouco vinculam os tribunais nacionais os certificados negativos da Comissão [100]. Esta solução é objecto de muitas dúvidas, mas é imposta pelo facto de também aqui os tribunais nacionais terem o dever de garantir os direitos dos particulares decorrentes do Tratado CEE.

Entretanto, nem uma carta administrativa nem um certificado negativo da Comissão impedem os tribunais nacionais de apreciar um comportamento à luz das normas aplicadas pela Comissão e chegar a uma conclusão divergente. O entendimento da Comissão expresso na comunicação constitui apenas uma circunstância fáctica a ter em conta pelo tribunal na sua decisão [101].

104. Em contrapartida, nos casos de isenção, a situação é completamente diferente. A decisão de isenção da Comissão, nos termos do n.° 1 do artigo 6.° do Regulamento n.° 17, tem por efeito que o n.° 1 do artigo 85.° deixe de ser aplicável ao acordo isento. Todos os tribunais e autoridades nacionais se encontram vinculados por aquela decisão; não podem subtrair-se ao respectivo efeito *erga omnes*. A vinculação só desaparece no caso de a Comissão revogar a decisão nos termos do n.° 3 do artigo 8.° do Regulamento n.° 17.

Um regulamento de isenção por categoria também vincula, enquanto norma jurídica, os tribunais e autoridades nacionais; estes dispõem, contudo, da possibilidade de o interpretar, por altura da sua aplicação. Poderão assim verificar que determinado acordo não está conforme com aquele regulamento,

97 — Acórdão de 30 de Janeiro de 1974, já referido (127/73, Recueil, p. 51, 62 e seguintes, a respeito do artigo 86.°); sobre o n.° 1 do artigo 85.°, ver o acórdão de 10 de Julho de 1980, Marty/Lauder (37/79, Recueil, p. 2481, 2500).

98 — Acórdão de 6 de Fevereiro de 1973, Haecht II, n.os 10 e seguintes (48/72, Recueil, p. 77, 86); acórdão de 10 de Julho de 1980, já referido, n.° 14 (37/79, Recueil, p. 2500).

99 — Ver acórdão de 10 de Julho de 1980, já referido, n.° 10 (37/79, Recueil, p. 2499).

100 — Conclusões do advogado-geral Reischl no processo 37/79, já referido, p. 2507.

101 — Acórdão de 10 de Julho de 1980, já referido (37/79 p. 2499).

recaindo assim sob a proibição do n.° 1 do artigo 85.° O perigo de surgimento de valorações contraditórias pode ser evitado com o processo de decisão a título prejudicial do artigo 177.°, como ilustra a jurisprudência do Tribunal de Justiça a respeito do antigo Regulamento n.° 67/67/CEE [102].

105. Mas tudo isto se aplica apenas à proibição do n.° 1 do artigo 85.°, não ao artigo 86.° As minhas observações em relação à competência da Comissão para tomar, com base no artigo 86.°, a decisão impugnada, valem inteiramente para a competência correspondente dos tribunais e autoridades nacionais para aplicar o artigo 86.° Uma isenção por categoria não afasta a competência daqueles para apreciar abusos de posição dominante face ao artigo 86.° Em conformidade, o Tribunal de Justiça, no acórdão de 11 de Abril de 1989, no processo Ahmed Saeed, reconheceu também competência às autoridades nacionais para, «conforme os casos», aplicarem o artigo 86.° [103].

106. Ao contrário do que entende a recorrente, a aplicação uniforme do direito comunitário não é colocada em perigo com esta situação. Pelo contrário: só se, além da Comissão, também os tribunais e autoridades nacionais puderem aplicar o artigo 86.° a casos como o presente, se encontra assegurada a respectiva aplicação uniforme na Comunidade.

## C — Conclusão

107. Expus ao Tribunal os fundamentos que me levaram à convicção de que a decisão impugnada da Comissão não viola os artigos 85.° e 86.° Proponho, assim, que o Tribunal tome a seguinte decisão:

«1) É negado provimento ao recurso.

2) A recorrente é condenada nas despesas do processo.»

102 — Ver, por exemplo, o acórdão de 25 de Novembro de 1971, Bégnelin, n.os 19 a 22 (22/71, Recueil, p. 949, 961); acórdão de 3 de Fevereiro de 1976, Fonderies Roubaix, n.os 10 e seguintes (63/75, Recueil, p. 111, 118); e, por último, ver o acórdão de 28 de Janeiro de 1986, Pronuptia, n.° 33 (161/84, Colect., p. 353, 387).

103 — Acórdão de 11 de Abril de 1989, já referido, n.° 32 (66/86).