CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL NIAL FENNELLY

apresentadas em 7 de Dezembro de 1995 *

Introdução

1. O presente pedido de decisão prejudicial suscita algumas questões relativas à interpretação do Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço (a seguir «Tratado CECA»), às relações entre este Tratado e o Tratado que institui a Comunidade Europeia (a seguir «Tratado CE»), à aplicabilidade directa das disposições do Tratado, ao estatuto perante os órgãos jurisdicionais nacionais das medidas adoptadas pela Comissão e à existência de uma compensação por violação dos direitos individuais nos termos das disposições do Tratado directamente aplicáveis. Ora, estas questões estão inter-relacionadas e, no âmbito do presente processo, a resposta às primeiras afecta a pertinência das seguintes. A decisão proferida pelo Tribunal de Justiça num processo semelhante, Banks [1], fornece uma directriz relativamente a várias destas questões.

Matéria de facto e tramitação processual

2. O presente pedido de decisão prejudicial apresentado ao Tribunal de Justiça, nos termos dos artigos 177.° do Tratado CE e 41.° do Tratado CECA [2], pelo juiz Cresswell da High Court of Justice of England and Wales (Queen's Bench Division, Commercial Court), tem origem numa acção intentada por alguns pequenos exploradores mineiros do sul do País de Gales contra a PowerGen plc e a National Power plc. Os demandantes no processo principal são membros da South Wales Small Mines Association (a seguir «SWSMA»), que faz parte da Federation of Small Mines of Great Britain (a seguir «FSMGB»). Estas duas organizações defendem os interesses dos proprietários de pequenas minas subterrâneas. Os demandantes extraem carvão mediante licenças concedidas pela British Coal Corporation (a seguir «British Coal») [3]. A PowerGen plc e a National Power plc (a seguir, respectivamente, «PowerGen» e «National Power») são produtores de electricidade e sucederam ao Central Electricity Generating Board (a seguir «CEGB») que era responsável por garantir o abastecimento de electricidade em Inglaterra e no País de Gales e que foi cindida em várias sociedades e privatizada na sua maioria a partir de 1 de Abril de 1990 [4]. Os demandantes alegam que a Nacional Power e a PowerGen assumiram alguns dos direitos e algumas das responsabilidades do CEGB, nascidos antes desta data, incluindo a

* Língua original: inglês.

1 — Acórdão de 13 de Abril de 1994 (C-128/92, Colect., p. I-1209).

2 — Para facilitar a leitura, as disposições dos Tratados são citadas de forma abreviada. Por exemplo, o artigo 86.° do Tratado CE e o artigo 63.° do Tratado CECA serão designados respectivamente como artigo 86.° CE e artigo 63.° CECA.

3 — Nos termos da Section 36(2)(a) do Coal Industry Nationalisation Act de 1946.

4 — Os dois outros sucessores do CEGB são a National Grid Co. plc e a Nuclear Electric plc.

obrigação de indemnização pecuniária reclamada no presente processo [5].

3. A British Coal é uma «statutory corporation» que possui a maior parte das reservas de carvão da Grã-Bretanha [6] e é, de longe, o principal fornecedor de carvão da indústria de fornecimento de electricidade [7] neste país. Intervém no processo principal a pedido da National Power, que requer uma contribuição, pelo menos parcial, para a indemnização que deverá eventualmente pagar aos demandantes.

4. O litígio refere-se às condições em que o CEGB adquiriu carvão aos pequenos exploradores mineiros entre 1985 e 31 de Março de 1990 que, segundo os demandantes eram, no que se refere à segurança contratual, aos volumes fornecidos e aos preços, muito inferiores às concedidas ao principal fornecedor, a British Coal. Esta última dispunha de contratos a longo prazo com o CEGB para a venda de determinadas quantidades do seu carvão a preços mais elevados. Em 1986, a British Coal notificou à Comissão as condições desses acordos com o CEGB. A British Coal, a National Power e a PowerGen celebraram novos acordos de preços, com efeitos a partir de 1 de Abril de 1990. Na sequência da notificação à Comissão e da publicação de um resumo [8], estes acordos foram aprovados por carta de arquivamento («comfort letter») da Comissão de 24 de Outubro de 1990.

5. Apenas os três principais pequenos exploradores mineiros vendiam directamente ao CEGB; os outros demandantes forneciam empresas que misturavam carvão de diversas origens (incluindo algum da British Coal) para atingir a composição combustível mais adequada, podendo a seguir revender ao CEGB em maior quantidade do que o poderiam fazer os pequenos exploradores mineiros. O CEGB comprava também uma pequena quantidade de carvão importado.

6. Segundo os demandantes, a diferença de tratamento entre a British Coal e eles próprios é desproporcionada face às economias de escala e de segurança que o primeiro podia dar ao CEGB. A British Coal é acusada de ter inspirado estas práticas de compra discriminatórias. Estas e outras práticas [9] foram objecto de denúncia apresentada à Comissão pela FSMGB e pela National Association of Licensed Open Cast Operators (a seguir «NALOO») em Março de 1990, com base nos artigos 85.° e 86.° CE e 63.°, n.° 1, 65.° e 66.°, n.° 7, CECA. Posteriormente, a SWSMA apresentou uma denúncia, em 5 de Junho de 1990, nos termos do

5 — Os demandantes invocam a section 66(1) do Electricity Act de 1989.

6 — Por força do Coal Industry Nationalisation Act de 1946.

7 — A indústria de fornecimento de electricidade utiliza também petróleo, gás, energia nuclear e energias renováveis.

8 — JO 1990, C 191, p. 9.

9 — A denúncia visava também as políticas da British Coal relativa à concessão de licenças aos exploradores independentes de minas. O processo Banks, já referido, incidia sobre este aspecto da denúncia. No caso em apreço, os demandantes invocaram, em vão, a aplicabilidade directa dos artigos 60.°, 65.° e 66.°, n.° 7, CECA; v. a seguir a análise no Ponto 26.

artigo 3.° do Regulamento n.° 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962 [10], invocando apenas o artigo 86.° CE contra o alegado abuso de posição dominante (ou de posição dominante conjunta após 1 de Abril de 1990) da parte do CEGB e dos seus sucessores.

7. A Comissão declarou primeiramente, numa carta de 28 de Agosto de 1990 enviada à representação permanente do Reino Unido, que considerava que a denúncia da FSMGB e da NALOO era de facto fundamentada quanto a um certo número de pontos, entre os quais a alegada discriminação sistemática feita pela PowerGen e pela National Power entre a British Coal e os pequenos exploradores mineiros. A este respeito, declarava que pretendia enviar às autoridades britânicas a recomendação adequada prevista no artigo 63.°, n.° 1, CECA. O Ministério da Energia do Reino Unido apresentou em seguida à NALOO, à FSMGB e à SWSMA, em nome da British Coal, da PowerGen e da National Power, propostas para resolver o diferendo suscitado por estas denúncias. As propostas subordinavam-se à retirada das denúncias e à renúncia a qualquer direito de indemnização para o período anterior a 1 de Abril de 1990. Estas condições foram rejeitadas, mas as empresas de electricidade aplicaram unilateralmente condições de compra de carvão mais favoráveis, com efeito retroactivo a 1 de Abril de 1990.

8. A Comissão rejeitou ambas as denúncias numa carta de 23 de Maio de 1991. Considerou que as denúncias apresentadas nos termos dos artigos 63.° e 66.°, n.° 7, CECA e 85.° e 86.° CE se justificavam na medida em que se referiam à situação posterior a 1 de Abril de 1990, data em que entraram em vigor os novos contratos de fornecimento de carvão, mas que as novas condições de compra propostas pelo Governo do Reino Unido haviam resolvido a situação [11]. A decisão não se referia aos contratos de compra de carvão do CEGB para o período anterior a 1 de Abril de 1990. A decisão da Comissão concluía que o artigo 63.° CECA se aplicava aos contratos e que a National Power e a PowerGen estavam conjuntamente em posição dominante para a compra do carvão em Inglaterra e no País de Gales, mercado onde quase não havia outros compradores industriais.

9. O presente processo teve início em 11 de Junho de 1991, na Commercial Court of the Queen's Bench Division of the High Court of Justice of England and Wales. Solicitavam-se indemnizações às quatro empresas que sucederam ao CEGB, por alegadas violações ao artigo 86.° CE por parte deste último e relativas aos seus contratos de compra de carvão de 1985 a 31 de Março de 1990. O recurso foi em seguida arquivado no que se refere a duas destas empresas (National Grid Co. plc e Nuclear Electric plc) devida à forma como fora repartido o

10 — Primeiro regulamento de execução dos artigos 85.° e 86.° do Tratado CEE (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22).

11 — A decisão da Comissão, contida na mesma carta e segundo a qual os acordos de licença alterados pela British Coal não violavam o artigo 66.°, n.° 7, CECA é actualmente objecto de um recurso de anulação interposto pela NALOO no Tribunal de Primeira Instância (T-57/91). Este processo foi suspenso pelo presidente do Tribunal de Primeira Instância, em conformidade com o artigo 47.° do Protocolo relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da CECA, até que o Tribunal de Justiça tenha proferido o seu acórdão no processo Banks (C-128/92), e está actualmente em análise.

passivo do CEGB na altura da reorganização da indústria de fornecimento de electricidade. A High Court autorizou, depois, os demandantes alargarem o alcance da sua acção para se incluírem fundamentos baseados nos artigos 4.° e 63.°, n.° 1, CECA.

10. Os principais fundamentos invocados pelas partes perante o órgão jurisdicional nacional são os seguintes:

i) os demandantes alegam que o CEGB os discriminou ilicitamente durante o período em causa; a National Power e a PowerGen refutam todas as acusações da discriminação ilícita contrária aos artigos 86.° CE ou aos artigos 4.° ou 63.°, n.° 1, CECA;

ii) os demandantes alegam que os artigos 86.° CE e 63.° CECA podem ser simultaneamente aplicados à mesma matéria, e que a National Power e a PowerGen devem respeitar as conclusões neste sentido da decisão da Comissão de 23 de Maio de 1991; a National Power e a PowerGen replicam que qualquer discriminação ilícita por parte do CEGB seria exclusivamente abrangida pelo artigo 63.° CECA, que a decisão da Comissão de 23 de Maio de 1991 tinha rejeitado a denúncia, pelo que os demandados não puderam contestar qualquer conclusão aí feita da lei aplicável ou de qualquer violação desta, e que a decisão não se pronunciou sobre a questão de saber se os pedidos dos demandantes se baseavam no artigo 86.° CE ou no artigo 63.° CECA, nem sobre a interpretação correcta do artigo 232.°, n.° 1, CE, nem sobre a existência de uma discriminação ilícita contrária quer ao artigo 86.° CE, quer ao artigo 63.°, n.° 1, CECA durante o período em causa;

iii) os demandantes alegam que o artigo 86.° CE se aplica ainda que o artigo 63.° CECA não se aplique, que o artigo 4.° CECA é directamente aplicável e que pode estar na base de uma acção de indemnização perante o órgão jurisdicional nacional e que o artigo 63.° CECA, sozinho ou em conjugação com o artigo 4.° CECA, é directamente aplicável e pode estar na base de uma acção de indemnização perante um órgão jurisdicional nacional; a National Power e a PowerGen contestaram todos estes fundamentos.

11. A High Court of Justice of England and Wales proferiu um despacho de reenvio em 13 de Janeiro de 1994, convidando o Tribunal de Justiça a pronunciar-se a título prejudicial sobre cinco questões; uma sexta foi acrescentada em 12 de Maio de 1994. O texto das questões é o seguinte:

«1) Quando um comprador de carvão para uso próprio, que não seja uma empresa na acepção do artigo 80.° do Tratado CECA, é acusado de comportamento discriminatório no tocante a preços,

quantidades e outros termos e condições de aquisição, relativamente a carvão produzido por duas ou mais empresas na acepção do artigo 80.° do Tratado CECA, deve essa acusação ser apreciada nos termos do Tratado CECA, do Tratado CEE, ou de ambos?

2) Se e na medida em que essa acusação deva ser apreciada nos termos do Tratado CECA:

a) os artigos 4.° e/ou 63.°, n.° 1, do Tratado CECA impõem qualquer obrigação a esse comprador?

b) em caso afirmativo, é essa obrigação passível de execução através dos órgãos jurisdicionais nacionais?

c) existe uma obrigação desse tipo, legalmente exequível, relativamente a um produtor de carvão e, na hipótese afirmativa, em que circunstâncias? Em especial, existe alguma obrigação desse tipo para com um produtor que vende o seu carvão a uma unidade misturadora independente, a fim de ser misturado com carvão proveniente de outras fontes para produzir uma mistura final que a unidade misturadora vende então ao comprador?

d) o direito comunitário confere ao sujeito activo dessa obrigação o direito a indemnização pelos prejuízos decorrentes do incumprimento dessa obrigação e, em caso afirmativo, em que condições?

3) Se e na medida em que a referida acusação deva ser apreciada nos termos do Tratado CE:

a) existe para o comprador, relativamente ao produtor de carvão, qualquer obrigação nos termos do artigo 86.° do Tratado CE passível de execução através dos órgãos jurisdicionais nacionais e, na hipótese afirmativa, em que condições? Em especial, existe tal obrigação para um produtor que vende o seu carvão a uma unidade misturadora independente a fim de ser misturado com carvão proveniente de outras fontes para produzir uma mistura que essa unidade vende depois ao comprador?

b) o direito comunitário confere ao sujeito activo dessa obrigação o direito a indemnização pelos prejuízos decorrentes do incumprimento dessa obrigação e, em caso afirmativo, em que condições?

c) para avaliar se um alegado abuso de posição dominante afecta o intercâmbio comercial entre Estados-Membros, deve esse efeito ser apreciado apenas por referência aos mercados potenciais do carvão produzido pelas partes que alegaram a infracção ao artigo 86.°, posteriormente por elas vendido a unidades misturadoras ou ao comprador para uso próprio, ou por referência a outros factores e, na hipótese afirmativa, a quais?

4) Em que medida, se for caso disso, dependem as respostas às questões 2 e/ou 3:

a) de uma constatação prévia pela Comissão, da adopção de uma recomendação dirigida a um Estado-Membro e/ou da ulterior violação das medidas nacionais de execução; e/ou

b) da conclusão de outras fases ou procedimentos e, na hipótese afirmativa, de quais?

5) Em que medida, se for caso disso, é a decisão da Comissão contida na sua carta de 23 de Maio de 1991, na parte respeitante ao fornecimento de carvão a produtores de electricidade, determinante quanto à matéria de facto ou de direito em causa no processo em curso no órgão jurisdicional nacional, tendo em conta as especiais circunstâncias em que essa decisão foi tomada?

6) Quando um produtor de carvão, que seja uma empresa na acepção do artigo 80.°, seja acusado de ter induzido ou participado na pretensa discriminação descrita na questão 1 com prejuízo de outras empresas produtoras de carvão devido aos preços e condições a que a primeira empresa vende o seu carvão ao comprador referido na questão 1, deve esta acusação ser examinada no âmbito do Tratado CECA, do Tratado CE ou de ambos?»

Tal como se disse, existe uma inter-relação estreita entre estas questões e as respostas dadas a algumas delas determinam a pertinência das outras no presente caso. Nomeadamente, a resposta à primeira questão é determinante para a resposta às questões seguintes.

12. Na acepção do artigo 80.° CECA, uma empresa (a seguir «empresa CECA») é definida como «as que exercem uma actividade de produção no domínio do carvão e do aço... no que respeita aos artigos 65.° e 66.°,

bem como às informações exigidas para a sua aplicação e aos recursos interpostos nos termos das mesmas disposições, as empresas ou organizações que exercem habitualmente uma actividade de distribuição que não seja a venda aos consumidores domésticos ou ao artesanato». É evidente que os demandantes e a British Coal são empresas CECA. É também evidente que a National Power e a PowerGen não o são; pelo que o CEGB também o não era.

Quanto à primeira questão

13. É necessário, para responder a esta questão, considerar algumas questões subsidiárias, que serão examinadas na seguinte ordem:

i) Qual é o alcance do artigo 63.°, n.° 1, CECA? Rege total ou parcialmente os factos do presente processo tal como descritos pelo órgão jurisdicional nacional?

ii) Qual é a relação entre os artigos 63.°, n.° 1 e 4.°, alínea b), CECA? O artigo 4.°, alínea b) é susceptível de ser aplicado de forma independente, simultânea ou subsidiariamente?

iii) O artigo 232.°, n.° 1, CE permite no caso em apreço a aplicação simultânea ou subsidiária do artigo 86.° CE?

i) O alcance do artigo 63.°, n.° 1, CECA

14. Segundo o artigo 63.°, n.° 1, CECA:

«Se a Comissão verificar que compradores praticam sistematicamente discriminações, designadamente em razão de cláusulas de contratos celebrados por organismos dependentes dos poderes públicos, dirigirá aos governos interessados as recomendações necessárias» [12].

15. Os demandantes apresentaram duas importantes limitações à interpretação deste artigo. Em primeiro lugar, defenderam que o artigo 63.°, n.° 1, só se refere à discriminação pelos *preços,* e não a questões como o volume do carvão a fornecer ou as condições dos contratos de fornecimento. Ainda que isto não se conclua da redacção do artigo, ele está inserido no capítulo V (intitulado «Preços») do título III. Em segundo lugar, alegam que, no âmbito do capítulo V no seu conjunto, e à luz do artigo 63.°, n.°s 2 e 3 CECA em especial, o termo «comprador» do n.° 1 do mesmo artigo só se refere ao «comprador para revenda». Nestas condições, o artigo não se aplica de modo algum aos que

12 — Segundo o artigo 14.° CECA, as recomendações apresentam as mesmas características que as directivas CE: «são obrigatórias quanto aos fins que determinam, mas deixam aos seus destinatários a escolha dos meios adequados para alcançar esses fins».

compram para as suas próprias necessidades, como os demandados.

16. Nenhum destes argumentos é convincente. Um título dá uma indicação sobre a natureza de um capítulo, mas não determina o seu alcance exacto. Às vezes, as disposições do capítulo V referem-se expressamente apenas aos preços e às vezes incidem sobre matérias conexas tais como as condições de venda [13].

17. Acima de tudo, é impossível determinar se a fixação de um dado preço constitui uma discriminação (no sentido de uma actividade sem justificação objectiva) sem se referirem as outras condições dos contratos em comparação. É por este motivo que a afirmação do Tribunal de Justiça no processo Banks segundo a qual a inserção do artigo 60.° no capítulo V do título III do Tratado CE «demonstra que apenas diz respeito às práticas desleais e às práticas discriminatórias em matéria de preços dos produtos» [14] limita o alcance do artigo 63.°, n.° 1. Além disso, o Tribunal de Justiça, na sua análise sobre o artigo 60.° CECA, interessou-se principalmente pelo facto de a actividade da British Coal dizer respeito à concessão de licenças de extracção e não apenas à venda dos produtos.

13 — V. os artigos 60.°, n.° 2, alínea a) e 63.°, n.° 2, alínea a), CECA.

14 — Acórdão Banks, já referido, n.° 13.

18. A definição das práticas discriminatórias no artigo 60.°, n.° 1, CECA como «a aplicação... de condições desiguais a transacções comparáveis» vale igualmente para o artigo 63.°, apesar de, em nosso entender, ser conveniente incluir aí também a situação inversa na qual condições similares são aplicadas a transacções que não são comparáveis [15], e exige que as diferenças das condições sejam proporcionais às diferenças entre as transacções [16]. Para efeitos do artigo 63.°, n.° 3 (que permite que a Comissão alargue às empresas ou a organizações que exerçam uma actividade de distribuição as normas fixadas no artigo 60.°, n.° 1), são consideradas comparáveis as transacções:

«a) concluídas com compradores:

— que se encontrem em concorrência entre si, ou

— que fabriquem produtos idênticos ou similares, ou

15 — V. os acórdãos de 13 de Dezembro de 1984, Sermide (106/83, Recueil, p. 4209, n.° 28), e de 15 de Setembro de 1982, Kind/CEE (106/81, Recueil, p. 2885, n.° 24).

16 — V., por exemplo, o artigo 11.°, n.° 1, da Recomendação n.° 1835/81/CECA da Comissão, de 3 de Julho de 1981, aos Estados-Membros, relativa à obrigação de publicação das tabelas de preços e condições de venda e às práticas proibidas nos comércio do aço (JO L 184, p. 9; EE 08 F2 p. 86): «Não são consideradas condições desiguais (as proibidas pelo artigo 9.°) as condições diferentes aplicadas por um negociante de aço a transacções comparáveis, na medida em que tenham em conta, de maneira adequada, diferenças nas prestações ou na execução das transacções.»

— que desempenhem as mesmas funções comerciais;

e

b) que digam respeito a produtos idênticos ou similares;

e

c) em que outras *características comerciais essenciais* não difiram de maneira sensível» [17].

19. Esta abordagem é válida para todo o artigo 63.° Devem ter-se em conta as características comerciais essenciais de um contrato de compra como a duração do contrato ou a qualidade e o volume das mercadorias a fornecer, para averiguar se os preços específicos são discriminatórios [18]. Noutros termos, cada condição de contrato tem o seu preço. Numa relação de mercado, as partes podem acordar em aceitar condições muito onerosas ou desvantajosas quanto aos prazos de entrega, aos volumes, à segurança, etc., se estiverem em condições de utilizar o seu poder de negociação para garantir uma compensação adequada em contrapartida do aumento dos inconvenientes, dos custos e do risco. O artigo 63.° visa garantir que esta negociação não é entravada por considerações economicamente não pertinentes, e, portanto, visa garantir no mercado preços que reflectem as outras condições substanciais do contrato (isto é, as que não são discriminatórias). Se as diferenças nas condições substanciais não se reflectirem no preço, trata-se de uma forma de discriminação através dos preços tal como é discriminatória a aplicação de preços diferentes a transacções essencialmente semelhantes. Em conclusão, não é portanto possível isolar o preço dos outros aspectos dos contratos de compra, ou de limitar o alcance do artigo 63.°, n.° 1, à discriminação através dos preços sem ter em conta as alegações de discriminação quanto ao volume e à duração do contrato.

20. No seu segundo fundamento relativo à interpretação do artigo 63.°, os demandantes convidam o Tribunal de Justiça a ler a palavra «compradores» como se estivesse seguida pela expressão «para revenda». Uma adenda tão importante deveria ser suportada por argumentos convincentes, nomeadamente porque tende a limitar o alcance do artigo e dos poderes que daí advêem para a Comissão. Contrariamente aos artigos 60.°, 65.° e 66.° CECA, o artigo 63.° visa muito especialmente os compradores. Se se alargar o alcance deste artigo para além das empresas CECA, parece não haver razão para distinguir entre os compradores, consoante

17 — Artigo 10.° da Recomendação n.° 1835/81/CECA, sublinhado nosso.

18 — A relação entre o preço e o volume e a duração do contrato é também mencionada no artigo 2.° da Decisão 72/442/CECA da Comissão, de 22 de Dezembro de 1972, que altera a Decisão n.° 4/53 relativa às condições de publicidade das tabelas de preços e condições de venda praticadas pelas empresas das indústrias do carvão e do minério de ferro (JO L 297, p. 44; EE 08 F2 p. 25), e que se refere aos prémios de quantidade e de fidelidade.

comprem para revenda ou para a sua utilização pessoal [19]; e isto seria incompatível com a proibição extensiva de discriminação do artigo 4.°, alínea b), que será adiante analisado.

21. É verdade, como os demandantes alegaram, que o artigo 63.°, n.° 2, CECA, na medida em que se refere aos compradores, só visa os que compram para revender. Este número permite que a Comissão imponha às empresas (isto é, aos produtores para efeitos do artigo 63.°) que repercutam sobre os seus consumidores (isto é, os compradores) [20], através das suas condições de venda, a obrigação de se conformarem com as normas definidas pela Comissão em aplicação do capítulo V do título III do Tratado. De igual modo, o artigo 63.°, n.° 3, dá expressamente poderes à Comissão para alargar a proibição de práticas desleais de concorrência, de práticas discriminatórias e outras (dos vendedores) mencionadas no artigo 60.°, n.° 1, CECA a «todas as empresas ou organizações que exerçam uma actividade de distribuição no domínio do carvão e do aço». O objecto destes números só pode dizer respeito a estas empresas ou organizações de distribuição. Não é portanto susceptível de diminuir o alcance mais geral de uma disposição como o artigo 63.°, n.° 1, que enuncia uma obrigação susceptível de ser aplicada a todos os compradores.

19 — O artigo 80.° CECA define os distribuidores como sendo as empresas CECA unicamente para efeitos dos artigos 65.° e 66.° deste Tratado.

20 — O termo «acheteurs» figura no texto francês do Tratado, que faz fé, nos n.os 1 e 2 do artigo 63.°, enquanto no texto inglês, o artigo 63.°, n.° 1, utiliza o termo «purchaser» e o artigo 63.°, n.° 2, o termo «customer» num local e «purchaser» num outro. Tanto o contexto como a comparação das versões linguísticas prova que os termos ingleses são sinónimos.

22. Perante estas conclusões sobre o alcance do artigo 63.°, n.° 1, CECA, parece evidente que os factos invocados pelos demandantes no processo principal são abrangidos por este artigo. Referir-se-á em seguida o efeito do artigo 63.°, n.° 1, em caso de inacção da Comissão. Nesta fase basta dizer que, se a Comissão tivesse constatado que se verificou efectivamente a discriminação sistemática alegada pelos demandantes durante o período em causa, discriminação não justificada por diferenças objectivas e economicamente pertinentes nas situações, da British Coal, por um lado, e dos pequenos exploradores mineiros e transformadores, por outro, na qualidade de abastecedores do CEGB em carvão, teria sido obrigada pelo artigo 63.°, n.° 1, a fazer as adequadas recomendações ao Governo do Reino Unido.

ii) As relações entre o artigo 63.°, n.° 1 e o artigo 4.°, alínea b), CECA

23. Segundo o artigo 4.° CECA, são considerados «incompatíveis com o mercado comum do carvão e do aço» um certo número de tipos de comportamentos que devem ser «abolidos e proibidos na Comunidade», nomeadamente «b) as medidas ou práticas que estabeleça uma discriminação entre produtores, entre compradores ou entre utilizadores, nomeadamente no que diz respeito às condições de preço ou de entrega e às tarifas de transporte...». Convém fazer duas observações prévias sobre esta disposição.

24. Antes de mais, é preciso verificar o contexto do artigo 4.°, alínea b), CECA. Esta disposição tem, em certa medida, um alcance mais vasto do que a do artigo 63.°, n.° 1, CECA, porque não está expressamente limitada à discriminação *sistemática.* Fora isto, o seu âmbito de aplicação é idêntico ao do artigo 63.°, n.° 1, dado que também diz respeito à discriminação em geral, sendo os casos de discriminação através dos preços e as condições de entrega ou as condições e as tarifas de transporte indicadas meramente a título de exemplos característicos. Além disso, o artigo 4.°, alínea b), refere-se à discriminação praticada pelos vendedores (entre os compradores e os utilizadores) bem como a praticada pelos compradores (entre os produtores e, implicitamente, entre compradores para revenda). Portanto, o artigo 4.°, alínea b), é o reflexo do artigo 60.° CECA na medida em que se refere à discriminação pelos vendedores, bem como do artigo 63.° no que se refere à dos compradores. O seu vasto alcance pessoal é também ilustrado pela ausência de qualquer restrição nos seus termos às empresas CECA como definidas no artigo 80.° *A priori,* esta disposição alarga a proibição de discriminação a uma vasta categoria de compradores que não estão de outra forma submetidos às cláusulas do Tratado CECA, de uma forma semelhante ao artigo 63.°, n.° 1, CECA como já foi interpretado, que de certo modo confirma esta interpretação.

25. No processo Banks, já referido, o Tribunal de Justiça fez a seguinte afirmação no que refere à relação entre o artigo 4.°, alínea d), CECA, por um lado, e os artigos 65.° e 66.°, n.° 7, CECA, por outro: «(as disposições) do artigo 4.° apenas são de aplicação autónoma na falta de regras mais específicas; quando são reproduzidos ou regulamentados em outras disposições do Tratado, os textos que se referem a uma mesma disposição devem ser considerados no seu conjunto e simultaneamente aplicados» [21].

Esta afirmação aplica-se também à relação entre o artigo 4.°, alínea b), CECA e o artigo 63.°, n.° 1. Este último enuncia regras específicas relativas às medidas e práticas discriminatórias condenadas no artigo 4.°, alínea b). Devem portanto ser lidos em conjunto, o que contribui para afastar a tese de que a aplicação do artigo 63.°, n.° 1, se limitaria aos compradores para revenda ou à simples discriminação através dos preços.

26. Além disso, o artigo 4.° CECA está redigido no sentido de proibir, enquanto o artigo 63.°, n.° 1, atribui à Comissão competência para adoptar certas medidas contra a discriminação sistemática praticada pelos compradores. Uma proibição preenche mais facilmente as condições de aplicabilidade directa, isto é, que as disposições sejam suficientemente claras e incondicionais para atribuir directamente às pessoas direitos que os órgãos jurisdicionais nacionais devem proteger, do que uma medida cuja aplicação depende da diligência da Comissão. O acórdão Banks dá indicações claras sobre esta distinção. O Tribunal de Justiça concluiu aí que os artigos 65.° e 66.°, n.° 7, CECA não

21 — Acórdão Banks, já referido, n.° 11; v. também os acórdãos de 23 de Abril de 1956, Industries sidérurgiques luxembourgeoises/Alta Autoridade (7/54 e 9/54, Colect. 1954-1961, p. 33), e de 21 de Junho de 1958, Wirtschaftsvereinigung Eisen-un Stahlindustrie e o./Alta Autoridade (13/57, Colect. 1954-1961, p. 265).

atribuem às partes direitos que estas possam invocar directamente em processos nacionais, uma vez que reservam à Comissão o poder de decidir da compatibilidade com o artigo 65.° de acordos e de práticas concertadas tendentes a falsear a concorrência normal no mercado comum e de verificar, nos termos do artigo 66.°, n.° 7, se as empresas em posição dominante utilizam esta posição para fins contrários aos objectivos do Tratado CECA. Este poder exclusivo está claramente definido no artigo 65.°, n.° 4, segundo parágrafo, enquanto, no caso do artigo 66.°, n.° 7, decorre implicitamente da disposição que prevê a intervenção da Comissão [22]. Como o artigo 4.°, alínea d), CECA não era por si só aplicável no caso em apreço (mas devia ser lido, como se viu, conjuntamente com os artigos 65.° e 66.°, n.° 7), também não podia ter efeito directo [23]. É possível, mas não é certo, que a decisão do Tribunal de Justiça signifique que o artigo 4.°, alínea d), CECA possa ser invocado directamente em processos nacionais em casos que não sejam abrangidos por normas mais específicas como as do artigo 65.° e 66.°, n.° 7.

27. O artigo 63.°, n.° 1, CECA é semelhante ao artigo 66.°, n.° 7, na medida em que não contém uma proibição explícita, limitando-se a habilitar a Comissão a actuar em caso de actividade incompatível com o mercado comum do carvão e do aço. O acórdão Banks permite pensar que a competência que a Comissão retira do artigo 63.°, n.° 1, deve também ser considerada como exclusiva. Como já se disse, os factos alegados no presente processo são totalmente abrangidos pelo artigo 63.°, n.° 1, CECA. Portanto, o artigo 4.°, alínea b), CECA não se aplica por si só mas apenas em conjugação com as regras específicas do artigo 63.°, n.° 1. Não há portanto, no caso em apreço, tal como descrito pelo órgão jurisdicional nacional, que analisar se o artigo 4.°, alínea b), é directamente aplicável a casos marginais, como, por exemplo, uma discriminação não sistemática por parte dos compradores. Conclui-se assim que o artigo 4.°, alínea b), CECA *se aplica no presente caso conjuntamente* com o artigo 63.°, n.° 1, CECA e que nenhum dos dois artigos confere direitos que possam ser directamente invocados pelos particulares, na ausência de acção da Comissão, num processo nacional como o presente.

22 — Acórdão Banks, já referido, n.os 17 e 18.

23 — Acórdão Banks, já referido, n.° 16.

iii) As relações entre o artigo 63.°, n.° 1, CECA e o artigo 86.° CE

28. O artigo 86.° do Tratado CE enuncia que:

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

Estas práticas abusivas podem, nomeadamente, consistir em:

a) impor, de forma directa ou indirecta, preços de compra ou de venda ou outras condições de transacção não equitativas;

...

c) aplicar, relativamente a parceiros comerciais, condições desiguais no caso de prestações equivalentes colocando-os, por esse facto, em desvantagem na concorrência;

...»

29. É possível, para efeitos do presente caso, precisar as relações entre o artigo 63.°, n.° 1, CECA e o artigo 86.° CE colocando a seguinte questão: o artigo 232.°, n.° 1, CE autoriza no caso em apreço a aplicação, simultânea ou subsidiária, do artigo 86.° CE? É sobretudo esta eventual aplicação simultânea que interessa.

30. O artigo 232.°, n.° 1, CE enuncia que:

«As disposições do presente Tratado não alteram as do Tratado que institui a Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, designadamente no que diz respeito aos direitos e obrigações dos Estados-Membros, aos poderes das instituições dessa Comunidade e às regras fixadas por esse Tratado para o funcionamento do mercado comum do carvão e do aço.»

31. O Tribunal de Justiça interpretou várias vezes o artigo 232.°, n.° 1, CE. No processo Deutsche Babcock [24], o Tribunal de Justiça respondeu à questão de saber se uma medida CEE, o Regulamento (CEE) n.° 1430/79 do Conselho, de 2 de Julho de 1979, relativo ao reembolso ou à dispensa do pagamento dos direitos de importação ou de exportação [25], se podia aplicar aos produtos regidos pelo Tratado CECA. O Tribunal de Justiça declarou que a redacção do artigo 232.°, n.° 1, CE «impõe que... (essa disposição) seja interpretada no sentido de que, quando surjam questões que não sejam objecto de disposições do Tratado CECA ou das regulamentações adoptadas com base nele, o Tratado CEE e as disposições adoptadas para a sua aplicação podem aplicar-se a produtos pertencentes ao domínio do Tratado CECA» [26]. O regulamento em questão incidia sobre um domínio que não estava abrangido nem por disposições do Tratado CECA nem por disposições adoptadas para a sua aplicação, dado que o

24 — Acórdão de 15 de Dezembro de 1987 (328/85, Colect., p. 5119).

25 — JO L 175, p. 1; EE 02 F6 p. 36.

26 — Acórdão Deutsche Babcock, já referido, n.° 10.

artigo 72.° CECA se limita a atribuir ao Conselho o poder de fixar taxas mínimas e máximas dos direitos aduaneiros, deixando a cada Estado-Membro o cuidado de determinar, dentro dos limites assim fixados, as tarifas de acordo com o seu próprio processo nacional. «A cobrança e o reembolso dos direitos aduaneiros também não são regulados pelo Tratado. Assim, perante a inexistência de normas específicas, o Tratado CECA ou as decisões de aplicação adoptadas com base nesse Tratado não obstam à aplicação do Regulamento n.° 1430/79» [27].

32. O advogado-geral Sir Gordon Slynn seguiu o mesmo raciocínio nas suas conclusões no processo Deutsche Babcock, afirmando o seguinte:

«Teria sido muito simples determinar que nenhuma disposição do Tratado CEE se aplicaria aos produtos ou à indústria do sector do carvão e do aço se fosse isso o que se pretendia. Não se fez isso. Ao invés, a limitação imposta é de que as disposições do Tratado CEE não 'alteram as do Tratado' anterior, especialmente no que diz respeito aos domínios especificados. A minha interpretação é de que isto significa que o Tratado CEE pode aplicar-se ao carvão e ao aço, excepto quando se trate de matérias que são objecto de disposições do Tratado CECA ou de regulamentações adoptadas com base nele; *a partir do momento em que ele intervenha, as disposições do Tratado CEE deixam de produzir efeito*» [28].

O advogado-geral afirmou que não foram adoptadas com base no Tratado CECA quaisquer normas em matéria de reembolso ou de dispensa do pagamento de direitos de importação ou de exportação e considerou que o Regulamento CEE adoptado neste domínio não colidia com os poderes dos governos dos Estados-Membros em matéria de política comercial (artigo 71.° CECA), nem com os direitos dos Estados-Membros com base no Tratado CECA e também não afectava a sua competência exclusiva em matéria fiscal [29]. O Tribunal não mencionou expressamente este último ponto no processo Deutsche Babcock.

33. O advogado-geral W. Van Gerven citou o acórdão Deutsche Babcock nas suas conclusões no processo Banks, mas acrescentou que, «num domínio como o do direito da concorrência, o Tratado CECA compreende um grande número de disposições específicas — algumas das quais evocarei adiante —, pelo que, quanto aos processos que se articulam em torno de questões do direito da concorrência, o problema de uma aplicação a título subsidiário das normas do Tratado CEE apresenta nitidamente um menor interesse» [30]. Esta afirmação não exclui em princípio a eventual aplicação das normas de concorrência do Tratado CE num processo CECA, quanto mais não fosse em casos excepcionais e marginais. Ora, a análise que

27 — Acórdão Deutsche Babcock, já referido, n.os 12 e 13.

28 — Processo Deutsche Babcock, p. 5131, sublinhado nosso. O texto inglês original tem a seguinte redacção: «in so far as the latter has occupied the ground...». Literalmente: «a partir do momento em que estas últimas 'regulamentações' ocuparam o terreno...».

29 — Conclusões no processo já referido, p. 5132.

30 — Processo Banks, já referido, ponto 8 das conclusões.

o advogado-geral efectuou em seguida, e que o Tribunal de Justiça seguiu no seu conjunto, é susceptível de ter tido um efeito de exclusão *a priori*.

34. O advogado-geral analisou em seguida se o objecto do processo Banks — as licenças de extracção do carvão bruto e as cláusulas referentes às *royalties* ou ao preço de venda constantes dessas licenças — era abrangido pelo Tratado CECA [31]. Foi só após ter concluído que este era o caso, que averiguou quais as disposições especiais desse Tratado que se aplicavam aos factos do processo em apreço [32].

35. O Tribunal de Justiça perguntou também, a título prévio, se os factos do processo Banks eram abrangidos pelo Tratado CECA. Esta questão teve uma resposta positiva, «de onde resulta que o enquadramento jurídico para o processo na causa principal é constituído pelo Tratado CECA». O Tribunal de Justiça examinou então quais as disposições do Tratado CECA que se aplicavam às práticas das empresas em causa [33].

36. O conceito de «enquadramento jurídico» CECA tende de forma mais geral a excluir a aplicação das disposições do Tratado CE impedindo um estudo mais detalhado das aproximações — ou ausência de aproximação — entre as disposições dos dois Tratados. Se o método seguido pelo Tribunal de Justiça é susceptível de ser aplicado de forma geral, parece *a priori* deferir ligeiramente do seguido pelo Tribunal de Justiça e pelo advogado-geral Sir Gordon Slynn no processo Deutsche Babcock. A questão de fundo é a de saber até que ponto o artigo 232.°, n.° 1, CE é de aplicação mais ou menos geral. O acórdão Banks não parece, no entanto, ir contra a declaração do advogado-geral Sir Gordon Slynn segundo a qual o artigo 232.°, n.° 1, CE *não* afirma «que o Tratado CE não pode ser aplicado ao carvão e ao aço» [34].

37. No processo Deutsche Babcock, o Tribunal de Justiça estava disposto a admitir que uma medida CE podia colmatar uma lacuna jurídica do regime legal CECA. Existiam de facto normas CECA em matéria de direitos aduaneiros, mas nenhuma se referia à restituição dos direitos cobrados em excesso.

38. Se o acórdão Banks for lido conjuntamente com as conclusões do advogado-geral W. Van Gerven (que estão em harmonia neste assunto), é possível defender que enuncia o princípio segundo o qual, quando uma questão especial é normalmente abrangida pelo Tratado CECA e se situa num domínio regido por um grande número de disposições específicas (observação preliminar feita pelo advogado-geral) essas disposições fornecem um sistema completo de análise jurídica dos problemas ou do litígio verificados neste domínio. Para retomar a metáfora do

31 — Ponto 9 das conclusões.

32 — Pontos 10 a 23 das conclusões.

33 — Acórdão Banks, n.os 9 a 14; a citação é extraída do n.° 10.

34 — Processo Deutsche Babcock, p. 5131.

advogado-geral Sir Gordon Slynn, elas «ocuparam o terreno»; não existe uma lacuna jurídica a colmatar no regime CECA da concorrência, pelo menos na medida em que se aplica às empresas CECA.

39. As decisões Deutsche Babcock e Banks podem ser harmonizadas da seguinte forma. Ao alargar a jurisprudência Banks, quando o Tratado CECA e as medidas que dele derivam forneçam disposições especiais com coesão e alcance suficientes num domínio específico para serem reputadas como constituindo um sistema ou um «enquadramento» completo, as normas do direito comunitário não podem aplicar-se em conjunto com essas disposições CECA, e isto ainda que prevejam uma protecção mais alargada ou vias de direito mais numerosas. O equilíbrio conseguido no seio de um sistema completo entre as instituições comunitárias, os Estados-Membros, as pessoas e as empresas, e o interesse geral, seria perturbado pela intervenção de diferentes normas CE. Por outro lado, e tendo em conta o acórdão Deutsche Babcock, nos domínios gerais em que o Tratado CECA e as medidas que dele derivam não fornecem um o sistema legal exaustivo, as disposições do direito CE podem aplicar-se na ausência de normas CECA específicas ou de competências dos Estados-Membros.

40. Convém notar que, ainda de acordo com a segunda hipótese — a de um sistema incompleto —, o artigo 232.°, n.° 1, CE não foi interpretado no sentido de que os dois conjuntos de normas, as normas CECA e as normas CE, eram susceptíveis de ser simultaneamente aplicadas à mesma questão, se a sua redacção não fosse manifestamente contraditória. Mas esta interpretação também não foi expressamente excluída. Esta questão não se colocava directamente no processo Deutsche Babcock, uma vez que teria surgido imediatamente um conflito se existissem normas de restituição CECA e CE materialmente diferentes [35]. Isto não se verificaria obrigatoriamente noutros casos, em que a aplicação das normas CE poderia aparentemente complementar em vez de suprir os poderes das instituições dos Estados-Membros, ou as normas específicas CECA. Os demandados alegam que no caso em apreço o artigo 232.°, n.° 1, CE se destina a evitar qualquer conflito directo entre as disposições CE e qualquer disposição CECA específica. Baseando-se no texto francês do artigo, afirmam que as disposições do Tratado CE não afectam, na acepção de «alterar», as do Tratado CECA quando estas regras completam e não alteram a aplicação das normas CECA específicas [36], e, além disso, que, na ausência de qualquer conflito directo, as normas CE e CECA podem aplicar-se às mesmas circunstâncias de facto.

41. Não partilhamos esta perspectiva. Consideramos que um domínio ou circunstâncias de facto particulares são totalmente regidos pelo Tratado CECA desde que existam normas específicas relativas à questão precisa à qual se prevê alargar as normas «complementares» do Tratado CE. Isto permite, pelo menos em alguns casos, dar uma resposta

35 — O Tribunal de Justiça baseou-se no artigo 232.°, n.° 1, CE para excluir tais conflitos manifestos em dois outros casos: acórdão de 25 de Outubro de 1985, Gerlach (239/84, Recueil, p. 3507), e de 6 de Julho de 1982, França, Itália e Reino Unido/Comissão (188/80, 189/80 e 190/80, Recueil, p. 2545).

36 — A versão francesa do artigo 232.°, n.° 1, CE tem a seguinte redacção «Les dispositions du présent traité ne *modifient* pas celles du traité instituant la Communauté européenne du charbon e l'acier...» (sublinhado nosso).
A versão inglesa do artigo 232.°, n.° 1, CE tem a seguinte redacção: «The provisions of this Treaty shall not *affect* the provisions of the Treaty establishing the European Coal and Steel Community...» (sublinhado nosso).

concreta à questão, aliás algo metafísica, de saber quando se pode considerar que um regime jurídico é completo. Será sempre difícil julgar do carácter exaustivo de um tal regime se ele não menciona este ou aquele ponto, podendo a omissão ser consciente ou inconsciente. A tarefa do juiz é facilitada quando o sistema em causa contém normas que regem, com maior ou menor amplitude, todos os aspectos do domínio em causa. De forma mais específica, o Tribunal de Justiça pode limitar-se a verificar que, no domínio particular a que se refere o litígio em causa, existem normas que regem as questões levantadas neste caso concreto. É portanto possível verificar que um sistema rege (e, deste modo, de forma exaustiva) um ponto específico, ainda que subsistam dúvidas quanto ao problema de saber se outras questões do mesmo domínio são objecto de uma regulamentação tão exaustiva, e sem que seja necessário averiguar se seria possível encontrar um conjunto de normas diferentes, mais amplas, num sistema concorrente.

42. Afigura-se que o artigo 63.°, n.° 1, CECA fornece as normas específicas que regem a discriminação sistemática pelos compradores no mercado comum do carvão e do aço. Em aplicação do critério enunciado nos processos Deutsche Babcock e Banks, que serão a seguir examinados, a aplicação do artigo 86.° CE no presente caso está portanto excluída: o artigo 63.°, n.° 1, CECA rege de forma exaustiva a discriminação sistemática pelos compradores.

43. Os factos do presente processo são diferentes em muitos pontos dos do processo Banks. Em primeiro lugar, os compradores implicados são empresas não CECA que, portanto, não estão sujeitos às normas de concorrência do capítulo VI do título III do Tratado CECA. Em segundo lugar, os demandantes não reclamam a aplicação de uma disposição do Tratado CE que é, *em substância,* praticamente análoga à disposição CECA em causa; por outro lado, o processo Banks referia-se a um alegado comportamento anticoncorrencial que é reprovado em termos quase idênticos (apesar de se aplicarem vias de execução muito diferentes) nos artigos 65.° e 66.°, n.° 7, CECA e aos artigos 85.° e 86.° CE respectivamente.

44. Os demandantes (apoiados em grande parte pela Comissão na audiência) baseiam-se em factos do presente processo para defender que o artigo 63.°, n.° 1, CECA deixa subsistir no regime CECA lacunas relativas a um comportamento anticoncorrencial por parte dos compradores não CECA de produtos CECA, lacuna que pode ser colmatada pela aplicação das normas de concorrência do Tratado CE e em especial do seu artigo 86.° Baseiam-se nomeadamente nas observações do advogado-geral K. Roemer no processo Geitling/Alta Autoridade [37]. Os demandantes apresentam o argumento conexo de que um prejuízo não deve ficar sem reparação.

37 — Acórdão de 20 de Março de 1957 (2/56, Colect. 1954-1961, p. 121).

45. O advogado-geral K. Roemer declarou no processo Geitling/Alta Autoridade que «nem toda a restrição da concorrência na acepção do artigo 65.° é necessariamente uma discriminação proibida pelo artigo 4.°, alínea b)», e que «podem efectivamente existir práticas descriminatórias sem influência apreciável sobre a concorrência» [38]. Afirma em seguida que «os acordos e práticas concertadas e as empresas que tenham uma posição dominante no mercado podem também restringir a concorrência através de discriminações» e que «é possível, de acordo com a nossa exposição, que a proibição de discriminação e a de acordos e práticas concertadas coincidam parcialmente, podendo, portanto, estas duas disposições encontrar-se em concorrência ideal» [39]. Concordamos inteiramente com estas observações, e sublinhamos que a discriminação praticada a partir de uma posição dominante terá sem dúvida um efeito sobre a concorrência.

46. Para efeitos do presente processo, é portanto possível identificar três categorias de actividades no mercado: discriminação sistemática, que constitui um comportamento anticoncorrencial, discriminação sistemática, que não constitui tal comportamento, e comportamento anticoncorrencial diferente da discriminação sistemática [40]. Os demandantes alegam com efeito que a política de compras levada a cabo pelo CEGB durante o período de 1986 a 1990 incluía-se na primeira categoria. Não é necessário no caso em apreço averiguar se o comportamento anticoncorrencial das empresas não CECA que compram produtos CECA está submetido a uma regulamentação completa nos termos do Tratado CECA. É certamente possível defender que um comportamento anticoncorrencial desses compradores, excepto a discriminação sistemática, não é regulado pelas normas de concorrência CECA (ainda que certas práticas o possam ser pelo artigo 4.°, alínea d), CECA) e estaria portanto submetido às normas do Tratado CE. Não tentaremos chegar a nenhuma destas conclusões, dado que não seria de qualquer utilidade para os demandantes. A situação destes últimos é circunscrita pelo âmbito de aplicação do artigo 63.°, n.° 1, CECA, uma vez que o comportamento anticoncorrencial que criticam inclui uma discriminação sistemática. Estas normas específicas ocupam o terreno no que se refere a esta categoria de actividades no mercado e excluem a aplicação das normas de concorrência do Tratado CE, não obstante o facto de estas terem maior alcance, nomeadamente no que se refere às possibilidade de vias de recurso e de eventuais acções de indemnização perante os órgão jurisdicionais nacionais.

47. É certo que semelhante comportamento sistematicamente discriminatório e anticoncorrencial por parte dos compradores que são empresas CECA está sujeita ao regime mais alargado das normas CECA incluídas nos capítulos V e VI do título III desse Tratado. Ora, o facto de a Comissão poder dar início a uma acção em semelhantes circunstância contra esse comportamento, nos termos das duas disposições, que se sobrepõem e se completam mutuamente, em vez de uma só, como no caso em apreço, também não ajuda os demandantes. Nem o artigo 63.°, n.° 1, nem o artigo 67.°, n.° 7, CECA é

38 — Conclusões do processo já referido na nota anterior, p. 143.

39 — *Idem*, pp. 143 e 144.

40 — As expressões «discriminação sistemática» e «comportamento anticoncorrencial» são utilizadas para descrever as actividades condenadas respectivamente pelos artigos 63.°, n.° 1, CECA e 85.° e 86.° CE.

directamente aplicável: em cada caso, a sua aplicação depende de uma iniciativa da Comissão. É dificilmente defensável que a Comissão não iniciasse uma acção nos termos do artigo 63.°, n.° 1, contra uma discriminação sistemática incompatível com o mercado comum do carvão e do aço (lendo-se esta disposição à luz do artigo 4.° CECA), decidindo ao mesmo tempo que *o mesmo comportamento* constituía uma utilização de uma posição dominante para fins contrários aos objectivos do Tratado relativamente ao qual se deveria dar início a uma acção nos termos do artigo 66.°, n.° 7, CECA.

48. Nesse caso, a Comissão pode considerar preferível invocar uma disposição em vez da outra devido às diferenças nos mecanismos de execução que propõem — uma recomendação aos governos dos Estados-Membros em causa no artigo 63.°, n.° 1, enquanto o artigo 66.°, n.° 7, prevê uma recomendação às empresas em causa — mas não convém dar demasiada importância à existência desta opção. O facto de a Comissão não ter competência para dirigir recomendações directamente a compradores não CECA que praticam uma discriminação sistemática anticoncorrencial, tendo apenas a faculdade de se dirigir ao governo em causa, não significa que o papel da Comissão nos termos do artigo 63.°, n.° 1, CECA deva *nestes casos* [41] ser completado pela possibilidade de uma acção da Comissão [42] ou pela existência de vias de recurso individuais perante os órgãos jurisdicionais nacionais, em aplicação do artigo 86.° CE. Nestes casos, o regime da concorrência teria um alcance maior, e não menor, do que o aplicável às empresas CECA quanto ao número de autoridades competentes e quanto aos poderes à sua disposição.

49. Além disso, este sobrelanço para chegar ao mesmo grau de rigor na repressão do comportamento anticoncorrencial que o resultante da combinação dos artigos 63.°, n.° 1 e 66.°, n.° 7, CECA substituiriam o sistema no qual a Comissão tem uma competência exclusiva (apesar de variável) por um outro no qual essa competência seria partilhada com os órgãos jurisdicionais nacionais. Se a competência partilhada é normal no âmbito do Tratado CE, a Comissão tem um papel discricionário muito mais essencial no que se refere à regulamentação do mercado comum do carvão e do aço do que no mercado comum geral. Este papel seria perturbado por uma inovação deste tipo. Portanto, ainda que a aplicação apenas do artigo 63.°, n.° 1, CECA num caso como o presente deva ser considerada anómala (opinião que não partilhamos), a aplicação do artigo 86.° CE a um caso regido pelo artigo 63.°, n.° 1, seria, no mínimo, equivalente.

41 — Continuamos a reservar a nossa posição no caso em que o comportamento anticoncorrencial por parte dos compradores não CECA do carvão e do aço não inclua uma discriminação sistemática.

42 — A Comissão é competente para ordenar que o artigo 86.° CE deixe de ser violado e para aplicar multas devido a estas violações; v. os artigos 3.°, n.° 1, e 15.°, n.° 2, respectivamente, do Regulamento n.° 17.

50. É preciso agora analisar o argumento segundo o qual a exclusão da aplicação do artigo 86.° CE permitiria que um prejuízo ficasse sem reparação, em violação da máxima *ubi jus ibi remedium* [43]. Já foi afirmado que o comportamento pretensamente anticoncorrencial e sistematicamente discriminatório do CEGB durante o período de 1986 a 1990 era abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 63.°, n.° 1, CECA. Se a Comissão não actua neste caso, é talvez porque pensa que as condições deste artigo não estão preenchidas. Em qualquer hipótese, uma pessoa que se considerar lesada tem sempre a possibilidade de intentar uma acção contra a Comissão nos termos do artigo 35.° CECA por omissão de cumprir as obrigações que lhe incumbem por força do artigo 63.°, n.° 1.

51. Conclui-se implicitamente da decisão Banks que o Tribunal de Justiça considera que a competência exclusiva da Comissão e a possibilidade de acção do artigo 35.° CECA em caso de omissão desta última dá aos particulares garantias suficientes no domínio da concorrência no mercado comum do carvão e do aço. A ausência de uma possibilidade de recurso nacional de indemnização para os prejuízos anteriores não impediu o Tribunal de Justiça de declarar na ocorrência a inadequação dos meios colocados à disposição da Comissão pelo Tratado CECA. Os demandantes alegam que a ausência de direito à indemnização equivale a uma ausência de via de recurso. Mas este argumento conduz ainda à seguinte questão: «qual é o *jus*»? Não é por si só evidente que uma reparação pecuniária seja possível em cada caso de prejuízo económico causado pelo mau funcionamento dos mercados. A existência de prejuízos invocados depende da interpretação do Tratado. O Tratado CECA prevê um método de controlo e de supervisão dos mercados diferente do do Tratado CE. Não existirá prejuízo sem reparação, contrário a qualquer princípio geral do direito comunitário neste domínio, pelo facto de só se aplicar o artigo 63.°, n.° 1, CECA aos casos em apreço.

52. Conclui-se portanto, em resposta à primeira questão do órgão jurisdicional nacional, que, quando um comprador de carvão para seu próprio uso, que não uma empresa na acepção do artigo 80.° do Tratado CECA, é acusado ter discriminado em matéria de preços, de volume ou quanto às outras condições de compra, relativamente ao carvão produzido por duas ou várias empresas, na acepção do artigo 80.° do Tratado CECA, esta acusação deve ser vista exclusivamente à luz do artigo 63.°, n.° 1, CECA, lido em conjunto com o artigo 4.°, alínea b), deste Tratado.

43 — O advogado-geral M. Darmon afirmou no processo Roquette Frères (acórdão de 26 de Abril de 1994, C-228/92, Colect., p. I-1445, ponto 51 das suas conclusões), que «O princípio do direito a uma protecção jurisdicional efectiva não é apenas uma componente do direito constitucional dos Estados-Membros e um valor considerado pelo Tribunal Europeu dos Direitos do Homem. A jurisprudência do Tribunal de Justiça erige-o em princípio fundamental do direito comunitário.» Mencionou, nomeadamente, a exigência formulada pelo Tribunal de Justiça no processo Roquette Frères/Comissão (acórdão de 30 de Maio de 1989, 20/88, Colect., p. 1553, n.° 15), de que as vias de recurso nacionais garantam de forma eficaz a protecção dos particulares que se considerem lesados.

Quanto à segunda questão

53. Como já foi dito pensamos que a Comissão tem competência exclusiva para aplicar o artigo 63.°, n.° 1, CECA, pelo que este artigo não pode, por si só, ser directamente invocado perante os órgãos jurisdicionais nacionais. Esta é a conclusão que se retira da aplicação ao artigo 63.°, n.° 1, do raciocínio seguido no processo Banks [44]. Portanto, na falta de uma acção da Comissão através de recomendação, os compradores não estão submetidos a nenhuma obrigação cuja execução possa ser solicitada perante um órgão jurisdicional nacional. O Estado-Membro destinatário destas recomendações pode optar entre os meios adequados para atingir os seus fins, os quais podem incluir um eventual recurso aos órgãos jurisdicionais nacionais para fazer aplicar o direito. Na ausência de iniciativa da parte do Estado-Membro em causa, é possível invocar o efeito directo da própria recomendação, referindo-se aos mesmos critérios que os aplicáveis às directivas CE.

54. No que se refere aos prejuízos, uma acção de indemnização por falta de execução da medida nacional pode encontrar a sua fonte no direito nacional. Se a recomendação não é executada, é em certos casos possível uma acção de indemnização contra o Estado-Membro em causa, ainda que a recomendação não tenha efeito directo [45].

55. O Tribunal de Justiça não indicou no processo Banks se uma decisão da Comissão adoptada nos termos dos artigos 65.° ou 66.°, n.° 7, CECA podia ter efeito retroactivo. Referiu-se no entanto à constatação pela Comissão da «violação... dos artigos» [46], o que pode querer dizer que a Comissão, qualquer que seja a medida que adopte, constata a violação de uma proibição preexistente em vez de estabelecer uma proibição *ex nunc*. O artigo 65.°, n.° 1 inclui uma proibição expressa que torna automaticamente nulos os acordos ou decisões que violem este artigo: portanto, a competência exclusiva da Comissão não significa obrigatoriamente que as suas conclusões não possam ter efeito retroactivo até ao momento do acordo ou da decisão. Por outro lado, o artigo 66.°, n.° 7, como o artigo 63.°, n.° 1, não parecem proibir o comportamento em causa na ausência de uma acção da Comissão. O princípio geral da segurança jurídica e da não retroactividade das acções penais e das obrigações civis [47] não seria aplicável se o papel da Comissão fosse de determinar a violação de uma proibição preexistente. A possibilidade de obter uma indemnização por violação do artigo 63.°, n.° 1, para o período anterior à data de qualquer recomendação da Comissão neste domínio, depende naturalmente da questão de saber se a recomendação pode ter

44 — Processo já referido.

45 — V., por exemplo, o acórdão 19 de Novembro de 1991, Francovich e o. (C-6/90 e 9/90, Colect., p. I-5357).

46 — Acórdão Banks, já referido, n.° 21.

47 — V., por exemplo, os acórdão de 10 de Julho de 1984, Kirk (63/83, Recueil, p. 2689, n.os 21 a 23); de 9 de Janeiro de 1990, SAFA (C-337/88, Colect., p. I-1, n.° 13), e de 13 de Novembro de 1990, Fedesa e o. (C-331/88, Colect., p. I-4023, n.° 45).

um tal efeito retroactivo. Ainda que seja conveniente ler o artigo 63.°, n.° 1, à luz da proibição do artigo 4.°, pensamos, tendo em conta todos os argumentos, que a natureza de uma recomendação não permite chegar a esta conclusão.

56. A questão dos prejuízos não tem objecto em nenhum caso, sob todos os seus aspectos, dado que a Comissão não adoptou nenhuma recomendação relativa aos factos em causa. Não há, portanto, motivo para indemnização.

57. Conclui-se que, na falta de uma recomendação da Comissão nos termos do artigo 63.°, n.° 1, CECA, há que responder negativamente a cada um dos quatro pontos da segunda questão.

Quanto à terceira questão

58. Esta questão baseia-se numa hipótese que já foi refutada nestas conclusões, isto é, a aplicação do Tratado CE aos factos do presente caso e nomeadamente o seu artigo 86.° É portanto inútil responder.

Quanto à quarta questão

59. Como já foi dito, consideramos que o artigo 63.°, n.° 1, CECA não pode ter efeito directo na falta de uma recomendação da Comissão. Como não houve nenhuma recomendação, os outros aspectos da questão são de carácter hipotético, não havendo portanto que responder.

Quanto à quinta questão

60. O Tribunal de Justiça declarou no processo Banks que as decisões com base nos artigo 65.° e 66.°, n.° 7, CECA e adoptadas pela Comissão em razão da sua competência exclusiva são obrigatórias em todos os seus elementos nos termos do artigo 14.° CECA e, portanto, vinculam os tribunais nacionais. Estes não deixam todavia de ser competentes para solicitar ao Tribunal de Justiça que se pronuncie sobre a sua validade ou sobre a sua interpretação [48]. Este princípio aplica-se também quando a Comissão conclui que existe uma discriminação sistemática por parte dos compradores o que a leva a adoptar recomendações adequadas dirigidas aos governos em causa.

61. Pode no entanto ser muito interessante para o caso em apreço indicar que considera-

48 — Acórdão Banks, já referido, n.° 23.

mos que as afirmações da carta da Comissão de 23 de Maio de 1991 não constituem conclusões relativamente ao período de 1985 a 31 de Março de 1990 que é objecto do presente processo. A Comissão declara de forma inequívoca que esta carta «se refere à situação em Inglaterra e no País de Gales, à luz da nova situação decorrente da entrada em vigor dos contratos do fornecimento de carvão entre a British Coal, a National Power e a PowerGen em 1 de Abril de 1990. Não se refere a outras matérias (tais como)... a situação anterior a 1 de Abril de 1990...» [49]. Apesar de o CEGB ser acusado de práticas muito semelhantes durante o período em causa, um certo número de factores teriam podido levar a Comissão, no exercício do seu poder de apreciação alargado neste domínio, a adoptar uma posição diferente relativamente ao período anterior.

62. Ainda mais importante, não existe evidentemente qualquer recomendação da Comissão relativa à política de compra do carvão do CEGB de 1985 a 31 de Março de 1990. Se tivesse sido adoptada uma tal recomendação, as conclusões em que se fundaria seriam obrigatórias e não seria útil tentar alargar a um período anterior as conclusões contidas numa decisão relativamente a um período ulterior. Já se concluiu que os órgãos jurisdicionais nacionais não são competentes para aplicar o artigo 63.°, n.° 1, CECA, que, na ausência de recomendação da Comissão, se aplica exclusivamente aos factos em apreço. Neste caso, a questão não tem objecto. É, portanto, inútil dar-lhe uma resposta.

Quanto à sexta questão

63. Esta questão refere-se ao papel de que é acusada a British Coal, isto é, de que estaria na fonte da discriminação sistemática de que é acusado o CEGB ou teria participado na sua execução. Uma recomendação da Comissão ao governo em causa poderia exigir, por um lado, que fossem adoptadas medidas contra as actividades de um terceiro participante na discriminação sistemática, ainda que este participante não fosse ele próprio comprador. Em alternativa a esta medida, ou simultaneamente, uma empresa CECA que se encontre no mercado do carvão em posição idêntica à da British Coal poderia ser submetida às disposição do artigo 66.°, n.° 7, CECA. Poderia acontecer que a Comissão concluísse que esta empresa dispunha de uma posição dominante que a protegia contra uma concorrência efectiva numa parte importante do mercado comum [50]. Em qualquer caso, todas as tentativas para usar esta posição no sentido de incitar os cliente a favorecerem de forma discriminatória esta empresa, em detrimento de concorrentes mais fracos, poderia ser qualificada pela Comissão de abuso de posição dominante com fins contrários aos objectivos do Tratado CECA, levando-a a fazer as recomendações necessárias a esta empresa para a impedir de utilizar a sua posição desta forma.

49 — A carta da Comissão de 28 de Agosto de 1990 enviada à Representação Permanente do Reino Unido limita-se também aos contratos celebrados pela PowerGen e pela National Power.

50 — A parte da British Coal na produção total de carvão no Reino Unido é de 97%.

64. O facto de, em nosso entender, a discriminação sistemática por parte da National Power e da PowerGen, alegadamente induzida ou em que participa British Coal, se reger exclusivamente pelo artigo 63.°, n.° 1, CECA, leva-nos também a considerar favoravelmente a aplicação exclusiva do Tratado CECA a esta questão, e isto por duas razões. Em primeiro lugar, as razões que levaram a esta conclusão aplicam-se também aqui (e, no que se refere à aplicação do artigo 66.°, n.° 7, CECA, decorrem directamente da decisão Banks): o Tratado CECA proporciona um conjunto específico (e completo) de normas que regem o comportamento em causa, o que atribui competência exclusiva à Comissão. Seria portanto conveniente excluir a aplicação do Tratado CE, quer seja pela Comissão quer pelos órgãos jurisdicionais nacionais. Em segundo lugar, o facto de as sociedades directamente responsáveis pela discriminação alegada pelos demandantes estarem submetidas às normas CECA constitui um argumento suplementar para considerar que o mesmo Tratado se aplica ao comportamento das suas «cúmplices». Isto não quer dizer que este argumento seja determinante em todos os casos, apesar de o ser aqui.

65. Concluímos portanto que a acusação que consta da sexta questão deve ser examinada apenas no âmbito do Tratado CECA.

Quanto às despesas

66. As despesas efectuadas pelo Reino Unido e pela Comissão das Comunidades Europeias, que apresentaram observações ao Tribunal, não são reembolsáveis. Revestindo o processo, quanto às partes na causa principal, a natureza de incidente suscitado perante o órgão jurisdicional nacional compete a este decidir quanto às despesas.

Conclusão

67. Propomos portanto que seja respondido da seguinte forma às questões apresentadas pela High Court of Justice of England and Wales:

«1) Quando um comprador de carvão para seu próprio uso, que não é uma empresa na acepção do artigo 80.° do Tratado CECA, é acusado de ter discriminado em matéria de preços, de volume ou quanto às outras condições de compra, relativamente ao carvão produzido por duas ou várias empresas, na acepção do artigo 80.° do Tratado CECA, esta acusação deve ser vista exclusivamente à luz do artigo 63.°, n.° 1, do Tratado CECA, lido em conjunto com o artigo 4.°, alínea b), deste Tratado.

2) Os artigos 4.° e 63.°, n.° 1, do Tratado CECA não impõem sobre tal comprador nenhuma obrigação susceptível de ser invocada perante um órgão jurisdicional nacional e de dar eventualmente lugar a uma indemnização do prejuízo decorrente da violação dessa obrigação, na ausência de uma recomendação da Comissão nos termos do artigo 63.°, n.° 1, do Tratado CECA.

3) Tendo em conta as respostas às questões 1 e 2, o artigo 86.° do Tratado CE não se aplica no caso em apreço.

4) A resposta à questão 2 depende de uma recomendação feita pela Comissão ao governo do Estado-Membro em causa.

5) A carta da Comissão de 23 de Maio de 1991 não tem influência no presente processo, tendo em conta as conclusões relativas aos papéis respectivos da Comissão e do tribunal nacional neste caso.

6) Quando um produtor de carvão que constitui uma empresa, na acepção do artigo 80.° do Tratado CECA, é acusado de ter induzido ou participado numa discriminação como a definida na questão 1, em prejuízo de outras empresas produtoras de carvão, discriminação resultante dos preços e condições em que a primeira empresa vendia o seu carvão ao comprador mencionado na questão 1, esta acusação deve ser apreciada exclusivamente à luz do Tratado CECA.»