CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL GIUSEPPE TESAURO

apresentadas em 11 de Julho de 1995 *

1. Com o presente recurso, as sociedades de direito neerlandês Rendo NV, Centraal Overijsselse Nutsbedrijven NV e Regionaal Energiebedrijf Salland NV (a seguir «recorrentes») pedem ao Tribunal de Justiça que anule o acórdão proferido pelo Tribunal de Primeira Instância em 18 de Novembro de 1992 no processo T-16/91 (a seguir «acórdão») [1]. Nesse acórdão, o Tribunal de Primeira Instância julgou parcialmente inadmissível e negou parcialmente provimento ao recurso de anulação da Decisão 91/50/CEE da Comissão, de 16 de Janeiro de 1991 (a seguir «decisão») [2].

O presente recurso insere-se no âmbito de um longo e complexo litígio contratual e judicial que, iniciado há mais de seis anos, envolve numerosas partes e tem por objecto a compatibilidade das restrições à importação e à exportação de energia eléctrica em vigor nos Países Baixos com as normas do Tratado em matéria de concorrência.

Matéria de facto e contexto normativo nacional

2. Nos Países Baixos, a distribuição de electricidade é organizada em três níveis: os quatro produtores abastecem os distribuidores regionais, os quais, por seu turno, abastecem os distribuidores locais; estes, finalmente, vendem a energia eléctrica aos consumidores finais.

Em 3 de Junho de 1949, os produtores fundaram uma associação de empresas denominada NV Samenwerkende Elektriciteitsproduktiebedrijven (a seguir «SEP») [3], à qual confiaram a gestão da rede de alta tensão e a gestão das relações com as sociedades estrangeiras do sector para a importação e a exportação de electricidade.

3. Em 22 de Maio de 1986, a SEP celebrou com os seus accionistas um acordo («Overe-

* Língua original: italiano.

1 — Rendo e o./Comissão (Colect., p. II-2417).

2 — Decisão da Comissão relativa a um processo de aplicação do artigo 85.° do Tratado CEE [IV/32.732 — IJsselcentrale (IJC) e outros, JO L 28, p. 32].

3 — Interveniente no presente processo em apoio da Comissão.

enkomst van Samenwerkink», a seguir acordo «OVS») não notificado à Comissão. Nos termos do artigo 21.° desse acordo, a SEP reservou-se o direito exclusivo de importar e de exportar electricidade e os seus accionistas comprometeram-se a impor aos seus co-contratantes, ou seja, aos distribuidores regionais e locais, uma proibição expressa de importação e de exportação de electricidade [4].

As recorrentes são sociedades de distribuição de electricidade a nível local que se abastecem junto da sociedade de distribuição regional IJsselcentrale (transformada em 1988 em IJsselmij, a seguir «IJC»). A partir de 1985, esta última impôs às recorrentes, além de uma cláusula de aquisição exclusiva que reforçava a proibição de importação constante do acordo OVS, uma taxa (ou «suplemento de compensação») destinada a cobrir os custos suplemantares suportados pela IJC para a distribuição de electricidade nas zonas rurais, que os distribuidores locais e os outros distribuidores regionais não asseguravam.

4. Em 1988, na sequência de um litígio sobre a legalidade dessa taxa, as recorrentes enviaram à Comissão uma denúncia nos termos do artigo 3.° do Regulamento n.° 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962 [5] (a seguir «Regulamento n.° 17»), que tinha por objecto a compatibilidade com a disciplina comunitária da concorrência das seguintes restrições: a) a proibição expressa de importação constante tanto do acordo OVS como de uma anterior convenção geral SEP de 1971 [6]; b) a obrigação de aquisição exclusiva, que comporta igualmente uma proibição de importação; c) o direito da IJC de fixar os preços unilateralmente e de aplicar a taxa.

5. A norma neerlandesa em vigor até 8 de Dezembro de 1989 [7], portanto válida no momento da conclusão do acordo OVS, permitia que qualquer pessoa que obtivesse autorização prévia importasse electricidade. Em contrapartida, a partir de 1 de Julho de 1990, o artigo 34.° da nova lei sobre a electricidade («Elektriciteitswet» de 1989, a seguir «ETW») reservou à SEP, enquanto «sociedade designada» por decreto ministerial, nos termos do artigo 8.° da ETW, o direito exclusivo de importar energia eléctrica destinada a abastecimento público [8]. Esta mesma lei, por outro lado, liberalizou a importação destinada ao consumo privado, nada prevendo no que respeita à exportação.

4 — Desta proibição estão isentos, nos termos do n.° 3 do artigo 21.° do acordo OVS, os fornecimentos com uma potência máxima de 5 000 kV à tensão de 15 kV.

5 — Regulamento n.° 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85.° e 86.° do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22).

6 — A convenção geral SEP de 1971, que foi inteiramente substituída pelo acordo OVS, continha cláusulas de conteúdo semelhante.

7 — Data de entrada em vigor da maior parte das disposições da nova lei sobre a electricidade, a que se alude imediatamente *infra* neste texto.

8 — Com excepção de electricidade com tensão inferior a 500 vóltios.

A decisão da Comissão

6. Em 16 de Janeiro de 1991, a Comissão adoptou a decisão controvertida, na qual, após afirmar que tinha unicamente por objecto as restrições às importações e exportações de energia eléctrica resultantes do acordo, afastando qualquer apreciação da taxa de compensação (considerada sem incidência sobre o comércio entre os Estados), declarou que:

— o artigo 21.° do acordo OVS é restritivo da concorrência nos termos do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado e continua a sê-lo não obstante o regime instituído pela ETW [9];

— no sector do consumo *privado*, enquanto a aplicação das regras da concorrência não impede a SEP de desenvolver correctamente o serviço de interesse geral de que está incumbida, as restrições controvertidas comprometem as trocas comerciais em medida contrária aos interesses da Comunidade; consequentemente, não estão preenchidas as condições para a aplicação do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado [10];

— relativamente ao abastecimento *público*, atendendo a que a proibição de importação consta actualmente do artigo 34.° da ETW, a apreciação da legalidade de tal proibição pressupõe uma análise prévia da compatibilidade da lei nacional com o direito comunitário, a efectuar no âmbito de um processo adequado [11].

7. Assim, por um lado, a decisão afirma em termos claros, declarando-a no seu dispositivo, a incompatibilidade do artigo 21.° do acordo OVS com o Tratado, na medida em que entrava as importações e as exportações no sector do consumo *privado*. Por outro lado, remete, de facto, a verificação das restrições instituídas *após* a adopção da ETW no sector da distribuição pública para o resultado de um processo de infracção, não contendo qualquer referência às mencionadas restrições relativas ao período *anterior*.

8. Por carta de 20 de Novembro de 1991, a Comissão informou as recorrentes de que tencionava dar início a um processo de infracção relativa aos factos denunciados; aproveitou para precisar o alcance da decisão adoptada, confirmando a irrelevância comunitária da taxa de compensação e definindo a

9 — N.os 21 a 38 da decisão.

10 — N.os 39 a 48 da decisão.

11 — N.° 50 da decisão.

sua decisão como um arquivamento parcial da denúncia, na parte em que se referia às restrições à importação de electricidade destinada à distribuição pública no período *anterior* à entrada em vigor da ETW [12].

Em 13 de Junho de 1994, a Comissão intentou uma acção nos termos do artigo 169.° do Tratado, na qual solicitava ao Tribunal de Justiça que declarasse que o Reino dos Países Baixos, ao conceder um direito exclusivo de importação de electricidade destinada à distribuição pública, não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 30.° e 37.° do Tratado. O processo encontra-se pendente [13].

O acórdão do Tribunal de Primeira Instância

9. Por recurso interposto em 14 de Março de 1991, as recorrentes pediram ao Tribunal de Primeira Instância, designadamente, que anulasse a decisão na parte em que a Comissão não se pronunciou sobre a aplicação do artigo 21.° do acordo OVS às importações e exportações efectuadas pelas empresas de distribuição de electricidade no sector da distribuição *pública*.

10. No acórdão impugnado, o Tribunal de Primeira Instância julgou o recurso parcialmente inadmissível e, quanto ao restante, negou-lhe provimento.

Mais concretamente, o Tribunal recorrido, considerando que a Comissão não se pronunciou efectivamente sobre a proibição das importações no sector da distribuição *pública* no período *anterior* à entrada em vigor da ETW, concluiu que não existia, quanto a esta questão, um acto impugnável na acepção do artigo 173.° e, portanto, julgou esta parte do recurso inadmissível [14].

Relativamente à parte da decisão em que a Comissão afirmava não pretender tomar posição sobre o período *posterior* à entrada em vigor da ETW, o Tribunal de Primeira Instância declarou que essa parte da decisão era apta a produzir efeitos jurídicos e a afectar os direitos de defesa das recorrentes e que, portanto, o recurso era, neste ponto, admissível [15].

11. Quanto ao mérito, o Tribunal de Primeira Instância considerou que o recurso se baseava essencialmente em três fundamentos distintos: a) violação do direito comunitário

12 — As recorrentes também impugnaram esta carta no Tribunal de Primeira Instância. Por despacho de 29 de Março de 1993, Rendo e o./Comissão (T-2/92, não publicado na Colectânea), o recurso foi julgado inadmissível pelo facto de impugnar um acto sem conteúdo decisório e, portanto, insusceptível de produzir efeitos jurídicos.

13 — Comissão/Países Baixos, C-157/94.

14 — N.os 58 a 62.

15 — N.os 44 a 57.

da concorrência e de alguns princípios jurídicos gerais; b) violação da obrigação de fundamentação; c) inobservância de formalidades essenciais, em especial da obrigação da Comissão de conceder ao denunciante um prazo para apresentar observações escritas em caso de arquivamento da denúncia [16].

Relativamente ao primeiro fundamento, em especial no que respeita ao facto de a Comissão não se ter pronunciado sobre a admissibilidade das restrições à importação na acepção do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado, o Tribunal de Primeira Instância começou por recordar que a Comissão não é *obrigada* a adoptar uma decisão que obrigue as empresas a pôr termo às infracções detectadas, embora tenha a *faculdade* de o fazer; da mesma forma, o artigo 3.°, n.° 2, do Regulamento n.° 17 não confere ao denunciante o direito de obter da Comissão uma decisão quanto à existência da infracção alegada [17].

12. Segundo o Tribunal de Primeira Instância, uma obrigação deste tipo só poderia existir se o objecto da denúncia fosse da competência exclusiva da Comissão. Ao invés, com base na jurisprudência mais recente do Tribunal de Justiça [18], compete ao juiz nacional verificar se práticas anticoncorrenciais de uma empresa encarregada da gestão de um serviço de interesse económico geral podem ser justificadas nos termos do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado.

13. Recordando em seguida o poder discricionário de que goza a Comissão nos processos relativos às denúncias apresentadas por particulares nos termos do artigo 3.° do Regulamento n.° 17, o Tribunal de Primeira Instância analisou se a Comissão tinha exercido tal poder sem cometer um erro de direito ou de facto ou um manifesto erro de apreciação.

A este propósito, o Tribunal observou que as proibições à importação estabelecidas no artigo 21.° do acordo OVS e no artigo 34.° da ETW são, com algumas diferenças de pequena importância, susceptíveis de produzir os mesmos efeitos. Daqui resulta, segundo o Tribunal recorrido, que a Comissão considerou correctamente que a análise da compatibilidade da lei nacional com o direito comunitário devia preceder a apreciação a fazer sobre a OVS. De facto, por um lado, a Comissão não pode impor às

16 — Artigo 6.° do Regulamento n.° 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963, relativo às audições referidas nos n.os 1 e 2 do artigo 19 do Regulamento n.° 17 do Conselho (JO 127, p. 2268; EE 08 F1 p. 62).

17 — N.° 98 do acórdão, na parte em que se menciona o acórdão de 18 de Outubro de 1979, GEMA/Comissão (125/78, Recueil, p. 3189).

18 — V. acórdão de 18 de Junho de 1991, ERT (C-260/89, Colect., p. I-2925), e acórdão de 11 de Abril de 1989, Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro (6/86, Colect., p. 803), referidos pelo Tribunal de Primeira Instância.

empresas comportamentos contrários a uma lei nacional, sem fazer uma apreciação desta à luz do direito comunitário; por outro lado, para tal apreciação, a Comissão pode desencadear um processo mais adequado, ou seja, o previsto no artigo 169.° do Tratado [19].

14. Esta conclusão, segundo o Tribunal de Primeira Instância, não prejudica a tutela judicial dos autores de uma denúncia nos termos do Regulamento n.° 17. De facto, a denúncia, que não foi arquivada mas se encontra ainda pendente na Comissão, poderá ser reactivada pelas recorrentes caso o processo do artigo 169.° dê resultados que elas considerem insuficientes.

Embora reconhecendo que, em tal hipótese, o exercício dos direitos de defesa das recorrentes sofreria um atraso considerável, o Tribunal de Primeira Instância considerou que essa consequência era inevitável no caso em apreço, dado que, pelas razões acima expostas, o processo nos termos do artigo 169.° do Tratado revestia carácter prioritário em relação ao processo nos termos do artigo 3.° do Regulamento n.° 17 [20].

15. Ao declarar que a Comissão, não se pronunciando sobre a admissibilidade das restrições em questão com base no artigo 90.°, n.° 2, do Tratado, não cometeu qualquer erro de direito ou de facto ou um manifesto erro de apreciação (e considerando infundados o segundo e o terceiro fundamentos das recorrentes, que não são objecto de impugnação), o Tribunal de Primeira Instância concluiu portanto negando provimento ao recurso na parte em que o julgara admissível.

O acórdão Almelo e o.

16. No âmbito do mesmo litígio, em especial no âmbito de um recurso interposto pelas recorrentes contra uma decisão arbitral que desatendeu pretensões semelhantes às aqui feitas, o juiz neerlandês pediu ao Tribunal de Justiça para se pronunciar, a título prejudicial, sobre a compatibilidade com os artigos 37.°, 85.°, 86.° e 90.° do Tratado CEE de uma proibição de importação de energia eléctrica para *abastecimento público* constante das condições contratuais gerais de uma empresa regional de distribuição de energia eléctrica nos anos de 1985 e 1986, eventualmente conjugada com uma proibição de importação contida num acordo entre os produtores nacionais.

Como é sabido, no acórdão de 27 de Abril de 1994 [21], o Tribunal de Justiça declarou: a) que a cláusula que impede o distribuidor local de importar energia eléctrica destinada

19 — N.os 102 a 107.

20 — N.° 111.

21 — Acórdão Almelo e o. (C-393/92, Colect., p. I-1477).

a distribuição pública é contrária ao artigo 85.° do Tratado; b) que a cláusula de abastecimento exclusivo, completada por uma proibição de importação, imposta por uma empresa de distribuição regional pertencente a um grupo de empresas em posição dominante colectiva é contrária ao artigo 86.° do Tratado; c) que o juiz nacional é competente para verificar a existência dos pressupostos exigidos para a aplicação do artigo 90.°, n.° 2, do Tratado.

Impugnação do acórdão

17. Por petição apresentada em 21 de Janeiro de 1993, as recorrentes impugnaram o acórdão para o Tribunal de Justiça, solicitando a este último: a) que anulasse o acórdão; b) que anulasse parcialmente a decisão, em conformidade com o requerido no recurso inicial para o Tribunal de Primeira Instância ou, subsidiariamente, que remetesse o processo àquele Tribunal para que se pronunciasse sobre a questão de saber se a decisão devia ser parcialmente anulada; c) que condenasse a Comissão e/ou a interveniente nas despesas relativas ao processo no Tribunal de Primeira Instância e a Comissão nas despesas relativas ao processo no Tribunal de Justiça [22].

22 — A pedido das recorrentes, a instância foi suspensa enquanto se aguardava que fosse proferido o acórdão Almelo e o., já referido, tendo o processo sido reactivado, também por iniciativa das recorrentes, apenas em Janeiro de 1995.

Quanto ao interesse em agir das recorrentes

18. Embora sem suscitar formalmente uma questão prévia, a Comissão manifestou algumas dúvidas sobre a existência de interesse em agir das recorrentes. No essencial, segundo a Comissão, o acórdão Almelo e o. deu completa satisfação às pretensões das recorrentes, declarando a incompatibilidade com o Tratado das restrições controvertidas também no sector da distribuição *pública*, sobre o qual a decisão não se pronunciara.

Em qualquer caso, e por outro lado, a Comissão sublinha que as restrições em questão ainda não provocaram nenhum prejuízo às recorrentes, nem são susceptíveis de o provocar no futuro, na medida em que nunca as recorrentes operaram no sector da importação de electricidade nem têm qualquer interesse em fazê-lo, atendendo ao nível mais reduzido das tarifas neerlandesas relativamente às que vigoram nos países limítrofes.

19. Diga-se desde já que, mesmo na falta de uma questão prévia expressa, o Tribunal de Justiça poderia suscitar oficiosamente a eventual falta de interesse em agir e julgar o recurso inadmissível [23].

23 — V., a este propósito, o despacho de 24 de Setembro de 1987, Vlachou (134/87, Colect., p. 3633).

Todavia, para negar o interesse de uma pessoa em impugnar um acórdão do Tribunal de Primeira Instância em que tenha sido vencida, na acepção do segundo parágrafo do artigo 49.° do Estatuto do Tribunal de Justiça, seria necessário um facto novo, que produzisse efeitos jurídicos susceptíveis de privar de efeito útil o acórdão do Tribunal de Justiça.

20. Não considero que se possa atribuir tal valor ao acórdão Almelo e o. De facto, por um lado, esse acórdão trata exclusivamente das restrições resultantes do acordo OVS, portanto relativas a um período bem determinado, e não das actualmente constantes da ETW, que são objecto de um processo de infracção ainda pendente.

Por outro lado, o acórdão em questão foi proferido no contexto de um reenvio prejudicial de interpretação e, consequentemente, o valor do seu conteúdo está limitado, no plano formal, ao processo principal. Reconhecer a tal acórdão o valor que lhe atribui a Comissão equivaleria a dar-lhe igualmente eficácia de caso julgado material, que o Tratado não prevê.

Daqui resulta que o acórdão Almelo e o., embora tenha fornecido novos elementos de clarificação para o presente processo, não pode representar uma alternativa equivalente à decisão nos termos do artigo 3.° do Regulamento n.° 17 solicitada pelas recorrentes, que se coloca no âmbito de um procedimento diverso e autónomo.

21. A circunstância alegada pela Comissão de que as recorrentes não sofreram prejuízos em consequência das restrições em questão, na medida em que nunca operaram no sector das importações, não se me afigura, nesta fase do processo, susceptível de privar as recorrentes do interesse em impugnar o acórdão.

Trata-se, de facto, de uma circunstância anterior aos factos do processo, cuja relevância para a determinação do interesse em agir deveria eventualmente ter sido tomada em conta pelo Tribunal de Primeira Instância. Por conseguinte, não pode ser considerada pelo Tribunal de Justiça um facto novo, susceptível de ilidir a presunção de interesse em agir de que goza uma parte num processo relativamente ao acórdão em que foi vencida.

Mérito da causa

22. As recorrentes invocam três fundamentos de impugnação baseados na violação pelo Tribunal de Primeira Instância do direito comunitário, especialmente dos artigos 85.°, n.° 1, 90.°, n.° 2, e 190.° do Tratado.

Em primeiro lugar, contestam a qualificação jurídica que o Tribunal de Primeira Instância fez da decisão na parte em que não contém qualquer referência às restrições à importação de electricidade vigentes no período *anterior* à entrada em vigor da ETW no sector da distribuição pública. Tendo julgado inadmissível o recurso neste ponto devido à inexistência de um acto impugnável nos termos do artigo 173.° do Tratado, o Tribunal de Primeira Instância cometeu, segundo as recorrentes, um erro de qualificação da decisão.

Em apoio desta tese, as recorrentes invocam a interpretação da decisão fornecida pela própria Comissão, que, como também sublinhou o Tribunal recorrido, tinha como objectivo, abstendo-se de se pronunciar, indeferir tácita e parcialmente a denúncia quanto a este ponto.

23. Em meu entender, o fundamento é procedente.

A título preliminar, sublinho que, como sustenta a Comissão no presente processo (contrariando, de resto, a interpretação da decisão que inicialmente apresentou perante o Tribunal de Primeira Instância), a qualificação jurídica atribuída a um acto pelo seu autor não escapa ao duplo grau de fiscalização judicial do juiz comunitário.

Considerando que a decisão, na parte em que não se pronuncia sobre um dos três fundamentos da denúncia apresentada pelas recorrentes nos termos do Regulamento n.° 17, não é um acto impugnável na acepção do artigo 173.° do Tratado e, por este motivo, julgando o recurso inadmissível neste ponto, o Tribunal de Primeira Instância não respeitou o princípio da tutela dos direitos do denunciante, conforme interpretado pelo Tribunal de Justiça e pelo próprio Tribunal de Primeira Instância.

24. No acórdão Automec II [24], por exemplo, o Tribunal de Primeira Instância, desenvolvendo os princípios já constantes da anterior jurisprudência do Tribunal de Justiça, declarou que a Comissão, chamada a intervir no âmbito do Regulamento n.° 17, embora não possa ser obrigada a adoptar uma decisão que declare a existência de uma infracção às regras da concorrência nem a proceder à instrução da denúncia, é obrigada a examinar atentamente os elementos de facto e de direito levados ao seu conhecimento pelo denunciante, a fim de verificar a existência de um comportamento anticoncorrencial. Em caso de arquivamento, a Comissão é obrigada a fornecer a respectiva fundamentação, a fim de permitir ao Tribunal de Primeira Instância verificar se não terá cometido erros de facto ou de direito ou incorrido em desvio de poder.

Deste modo, a fim de proceder a uma tutela específica dos direitos do denunciante

24 — Acórdão de 18 de Setembro de 1992, Automec/Comissão (T-24/90, Colect., p. II-2223).

o Tribunal de Primeira Instância reservou-se o direito de exercer a sua fiscalização judicial sobre a fundamentação que está na base de um arquivamento decidido pela Comissão, para verificar se satisfaz os requisitos do artigo 190.° do Tratado. Isto deve valer, por maioria de razão, em caso de falta absoluta de fundamentação.

25. É certo que, quando a Comissão não se pronuncia sobre a totalidade da denúncia, o denunciante pode sempre lançar mão da acção por omissão. Esta última, porém, destina-se a obrigar a Comissão a adoptar uma posição definitiva, situando-se numa perspectiva de todo alheia ao contexto que nos ocupa.

No nosso caso, de facto, existe um acto cujo conteúdo decisório e carácter definitivo não estão em discussão, como demonstra a admissibilidade reconhecida pelo Tribunal de Primeira Instância relativamente a outras partes do recurso de anulação interposto pelas recorrentes. Trata-se, portanto, muito simplesmente de um acto que não se pronuncia sobre um dos três pontos em que as recorrentes tinham baseado a denúncia.

26. Também não considero, como parece agora sustentar a Comissão, que com o seu silêncio tenha pretendido reservar uma tomada de posição sobre o assunto, ou remetê-la para um posterior e distinto procedimento, como fez para as restrições relativas ao período *posterior* à entrada em vigor da ETW, cuja análise reservou para um processo de infracção. De facto, semelhante reenvio não se teria justificado.

Na falta de qualquer outra indicação, portanto, a falta de decisão sobre um ponto da denúncia deve ser interpretada como um indeferimento *tácito e parcial* desta.

27. O remédio à disposição do denunciante em semelhante caso é a impugnação do acto, no contexto de uma fiscalização da legalidade ex artigo 173.°

Em contrapartida, excluo a solução de uma acção por omissão tendo por objecto o único aspecto sobre o qual a Comissão não se pronunciou. Por um lado, de facto, como já se afirmou, a acção por omissão destina-se a solicitar uma decisão da Comissão, ao passo que, no caso que nos ocupa, esta última já tomou definitivamente posição sobre o assunto.

28. Por outro lado, semelhante solução, em casos como o ora em discussão, teria como

consequência obrigar as recorrentes a lançar mão de dois meios processuais diferentes, um recurso de anulação e uma acção por omissão, finalmente com o mesmo objecto: a contestação do não acolhimento, pela Comissão, de uma denúncia ao abrigo do Regulamento n.° 17 nos termos em que estava formulada. Isto não constituiria uma garantia suficiente dos direitos do denunciante e, simultaneamente, seria contrário às exigências de economia processual.

Parece-me, portanto, que, aceitando a qualificação jurídica dada à decisão da Comissão pelo Tribunal de Primeira Instância e, consequentemente, considerando-a um «*não acto*» na parte em que não se pronuncia sobre um ponto da denúncia, privar-se-iam as recorrentes, pelo menos em parte, dos direitos que lhes assistem nos termos do Regulamento n.° 17 ou, pelo menos, tornar-se-ia o exercício de tais direitos extremamente difícil.

29. As observações acabadas de fazer encontram apoio na recente jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância. Refiro-me, em especial, ao acórdão BEMIM [25], no qual o Tribunal de Primeira Instância, pronunciando-se sobre uma situação análoga à que nos ocupa, chegou a conclusões opostas às do acórdão ora impugnado. Naquele caso, a recorrente tinha apresentado uma denúncia nos termos do Regulamento n.° 17 articulada em três pontos, tendo a Comissão, no entanto, omitido pronunciar-se sobre um deles.

30. No âmbito do recurso de anulação interposto pelas recorrentes e baseado, designadamente, na falta de fundamentação, o Tribunal de Primeira Instância, sem manifestar dúvidas sobre a admissibilidade do fundamento, analisou a decisão sob esse ponto de vista e declarou que efectivamente ela não respondia às exigências do artigo 190.° do Tratado. Consequentemente, deu provimento ao recurso e anulou parcialmente o acto.

Assim, a própria jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância sobre esta questão não é uniforme.

31. Quanto ao mérito, por outro lado, o princípio estabelecido pelo Tribunal recorrido no acórdão BEMIM, sobretudo as consequências que poderiam derivar da sua aplicação, não se afiguram de todo convincentes.

De facto, em meu entender, existe o risco de que uma aplicação não rigorosa do acórdão BEMIM acabe por contradizer aquilo que foi já por diversas vezes declarado pelo Tribunal de Justiça e repetido pelo Tribunal de Primeira Instância, isto é, de que a Comissão, chamada a intervir nos termos do Regulamento n.° 17, «não está obrigada, na

25 — Acórdão de 24 de Janeiro de 1995, BEMIM/Comissão (T-114/92, Colect., p. II-147).

fundamentação das decisões que é levada a adoptar para garantir a aplicação das regras de concorrência, a tomar posição sobre todos os argumentos que os interessados invocam em apoio do seu pedido. Basta, com efeito, que a Comissão exponha os factos e as considerações jurídicas que revestem uma importância essencial na economia da decisão» [26].

32. Mas existe também o risco de trair o espírito da jurisprudência Automec, a qual, embora com o objectivo de identificar, de modo sistemático, os direitos do denunciante nos termos do Regulamento n.° 17, não pôs em discussão o princípio, estabelecido pelo Tribunal de Justiça e que desde então se consolidou, com base no qual as prerrogativas do denunciante são sempre de alcance mais reduzido do que as da empresa que é objecto do procedimento [27].

A este propósito, considero que o Tribunal de Justiça pode mais uma vez estabelecer com clareza quais os papéis que são chamados a desempenhar a Comissão (em aplicação dos artigos 89.° e 155.° do Tratado) e os denunciantes (nos termos dos Regulamentos n.os 17 e 99/63) relativamente às regras de concorrência: os denunciantes apresentam os *factos* e são livres de sugerir a respectiva interpretação jurídica. A qualificação jurídica de tais factos é, no entanto, da competência da Comissão e está sujeita à fiscalização judicial do juiz comunitário em caso de contestação.

33. Em definitivo, regressando ao caso que nos ocupa, considero que o facto de a Comissão não se ter pronunciado sobre um dos três pontos da denúncia deve ser entendido como um indeferimento tácito e parcial, que as recorrentes tinham legitimidade para submeter à apreciação do Tribunal de Primeira Instância. O recurso de anulação de tal indeferimento devia, assim, ser julgado admissível; daqui resulta que o primeiro fundamento de impugnação é procedente.

34. Por outro lado, em meu entender, estão preenchidas as condições para que o Tribunal de Justiça, após anular o acórdão neste ponto, se pronuncie sobre o mérito da causa, sem remeter o processo ao Tribunal de Primeira Instância.

Efectivamente, os autos são suficientemente elucidativos para permitir ao Tribunal de Justiça pronunciar-se sobre o mérito da primeira acusação que as recorrentes suscitaram no Tribunal de Primeira Instância e precisamente de declarar a respectiva improcedência.

26 — Acórdãos do Tribunal de Justiça de 14 de Julho de 1972, Casella (55/69, Colect., p. 311) e Hoechst (55/69, Colect., p. 317), bem como os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 24 de Janeiro de 1992, La Cinq/Comissão (T-44/90, Colect., p. II-1), e de 29 de Junho de 1993, Asia Motors France e o./Comissão (T-7/92, Colect., p. II-669). O próprio acórdão BEMIM repete este princípio, a título de premissa.

27 — Acórdão de 17 de Setembro de 1987, British Tobacco Company e R. J. Reynolds Industries/Comissão (142/84 e 156/84, Colect., p. 4487).

35. Tal acusação dizia respeito a comportamentos verificados antes da entrada em vigor da ETW, sobre os quais a Comissão se absteve de tomar posição. No entanto, o alegado carácter anticoncorrencial de tais comportamentos no momento da decisão era irrelevante, sobretudo na medida em que, como é pacificamente aceite, as recorrentes não sofreram qualquer prejuízo indemnizável [28].

Por outro lado, a Comissão é livre de estabelecer o grau de prioridade a atribuir a cada um dos procedimentos, com base, designadamente, no interesse comunitário do próprio procedimento [29]. A Comissão entendeu, no presente caso, dever concentrar a sua averiguação e a decisão sobre os efeitos restritivos que o acordo OVS era susceptível de causar na época em que a ETW estava em vigor, afastando a alegação das recorrentes sobre os efeitos provocados por comportamentos passados e não actuais. A acusação relativa à falta de decisão relativamente a tais comportamentos era portanto improcedente.

36. Em conclusão, entendo que o Tribunal de Justiça deve julgar procedente o primeiro fundamento de impugnação e, por conseguinte, anular o acórdão do Tribunal de Primeira Instância na parte em que julgou inadmissível a primeira acusação das recorrentes em relação à decisão, mas, ao mesmo tempo, julgar improcedente a acusação originária.

37. Debrucemo-nos agora, ainda que brevemente, sobre os outros dois fundamentos das recorrentes.

No segundo fundamento, acusam o Tribunal recorrido de não ter cumprido a obrigação de fundamentação que lhe é imposta pelo artigo 190.° do Tratado. Efectivamente, ao declarar que os autores de uma denúncia nos termos do Regulamento n.° 17 apenas teriam direito a uma decisão definitiva da Comissão que declarasse a existência de uma infracção quando o objecto da denúncia fosse da competência exclusiva da Comissão e ao negar, em conformidade com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, a competência exclusiva da Comissão na aplicação do artigo 90.°, n.° 2, *primeira frase,* o Tribunal de Primeira Instância não terá, segundo as recorrentes, tomado em consideração a existência e o alcance do artigo 90.°, n.° 2, *segunda frase.*

Parece portanto que as recorrentes atribuem à Comissão uma competência exclusiva na

28 — O único prejuízo que as recorrentes sustentam ter sofrido no período anterior à entrada em vigor da ETW resultaria do pagamento da taxa de compensação, que, todavia, a Comissão considerou desprovido de efeitos significativos no comércio entre os Estados.

29 — V., por exemplo, o acórdão Automec II, já referido.

aplicação do artigo 90.°, n.° 2, segunda frase, da qual resultaria o seu direito de obter uma decisão, segundo as premissas assentes pelo próprio Tribunal de Primeira Instância. O facto de este último não ter aprofundado a questão redundaria, portanto, segundo as recorrentes, numa falta de fundamentação.

38. Em meu entender, este fundamento deve ser afastado uma vez que se baseia numa leitura errada do acórdão. É efectivamente verdade que este se refere expressamente apenas à primeira frase do n.° 2 do artigo 90.° do Tratado; no entanto, não é menos certo que não existem elementos que permitam concluir que, ao não se referir à segunda frase desta disposição, o Tribunal recorrido tenha pretendido afastar-se da interpretação normalmente dada ao artigo 90.°, n.° 2, globalmente considerado.

Na verdade, o Tribunal de Justiça já por mais de uma vez se pronunciou no sentido de que os juízes nacionais são competentes para avaliar se os comportamentos anticoncorrenciais de uma empresa encarregada da gestão de um serviço de interesse económico geral podem ser justificados pelas atribuições específicas conferidas à própria empresa [30]. Ao afirmar este princípio, o Tribunal de Justiça nunca distinguiu entre a primeira e a segunda frases do artigo 90.°, n.° 2.

Considero, portanto, que a referência exclusiva à primeira frase do n.° 2 do artigo 90.° deve ser considerada um elemento redaccional e não um indício de um tratamento superficial de uma questão que poderia ter levado o Tribunal de Primeira Instância a conclusões diversas.

39. No seu último fundamento, as recorrentes alegam que o Tribunal recorrido não fundamentou suficientemente o acórdão na parte em que concordou com o carácter prioritário atribuído pela Comissão ao processo nos termos do artigo 169.° do Tratado relativamente ao que se baseia no Regulamento n.° 17, embora reconhecendo que o exercício dos direitos do denunciante nesse caso sofreria atrasos.

Também este último fundamento é improcedente. De facto, o Tribunal de Primeira Instância, longe de estabelecer um princípio geral de hierarquia entre os processos, apenas considerou que, no caso em discussão, a situação anticoncorrencial denunciada pelas recorrentes seria melhor avaliada no âmbito de um processo de infracção nos termos do artigo 169.°, na medida em que as alegadas restrições tinham obtido consagração legislativa.

30 — V., por exemplo, além dos acórdãos referidos pelo Tribunal de Primeira Instância (ERT e Ahmed Saeed Flugreisen e Silver Line Reisebüro, já referidos), o acórdão Almelo e o.

40. Além disso, como já se afirmou, o Tribunal de Primeira Instância indicou expressa e pormenorizadamente os motivos da sua escolha: a) a impossibilidade de obrigar as empresas objecto do processo a porem fim à infracção eventualmente apurada quando essa infracção é imposta por uma lei nacional cuja compatibilidade com o direito comunitário ainda não foi determinada; b) a necessidade de dar ao Estado interessado a possibilidade de apresentar observações quando está em discussão a legalidade da referida lei; c) a competência primária e exclusiva do Tribunal de Justiça nos processos por incumprimento contra um Estado-Membro.

Daí resulta, com toda a evidência, que o Tribunal de Primeira Instância apresentou fundamentação suficiente sobre esta questão, em conformidade com o disposto no artigo 190.° do Tratado.

41. No que respeita às despesas do processo, finalmente, cabe observar que a procedência do primeiro fundamento de impugnação no presente processo não altera substancialmente a posição das recorrentes, que, no fim de contas, foram vencidas no processo no Tribunal de Primeira Instância e são igualmente vencidas no processo no Tribunal de Justiça. Considero, assim, que devem ser condenadas em todas as despesas do processo, incluindo as relativas à instância de recurso.

Conclusão

42. À luz das observações que antecedem, sugiro portanto ao Tribunal de Justiça que se pronuncie do seguinte modo no que respeita ao recurso do acórdão do Tribunal de Primeira Instância interposto pelas recorrentes:

«1) Dar provimento ao primeiro fundamento de impugnação e, consequentemente: a) anular o acórdão do Tribunal de Primeira Instância na parte em que tinha julgado inadmissível a primeira acusação das recorrentes contra a Decisão 91/50/CEE da Comissão, de 16 de Janeiro de 1991 e b) julgar improcedente a acusação originária sobre esta questão.

2) Quanto ao restante, negar provimento ao recurso.

3) Condenar as recorrentes nas despesas do processo, incluindo as relativas ao processo no Tribunal de Justiça.»