CONCLUSÕES DO JUIZ D. A. O. EDWARD EXERCENDO FUNÇÕES DE ADVOGADO-GERAL

apresentadas em 10 de Março de 1992 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Proponho-me apresentar conclusões únicas no processo T-24/90, Automec/Comissão, e no processo T-28/90, Asia Motor France e o./Comissão. Embora estes processos não estejam formalmente apensos, foram discutidos em sessão plenária em dias consecutivos e suscitam, ou pelo menos parecem suscitar, a mesma questão de princípio. Para abreviar, designá-los-ei respectivamente por «Automec» e «Asia Motor France», mas por vezes designarei o primeiro como «Automec II», para o distinguir do anterior processo Automec («Automec I»), que foi julgado inadmissível em 10 de Julho de 1990 [1].

2. A questão de princípio suscitada por estes processos diz respeito à natureza e extensão da obrigação da Comissão de agir na sequência de uma denúncia apresentada por um particular nos termos do artigo 3.° do Regulamento n.° 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos 85.° e 86.° do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22, a seguir «Regulamento n.° 17»). É a Comissão obrigada a instruir a denúncia? Em caso afirmativo, até que ponto? Tem a Comissão o poder discricionário de não dar seguimento por não ser oportuno? É obrigada a tomar uma decisão que o denunciante possa impugnar perante o Tribunal de Primeira Instância ao abrigo do artigo 173.°? Pode o denunciante utilizar o artigo 175.° para forçar a Comissão a agir? Pode a Comissão justificar a sua inacção com fundamento em ser possível obter satisfação nos órgãos jurisdicionais nacionais, em não existir interesse comunitário suficiente em prosseguir o exame do processo ou em a Comissão não dispor de pessoal para tratar de denúncias de menor importância?

3. A fim de situar no seu contexto as questões precisas suscitadas por estes processos, proponho-me começar por examinar o Tratado e os seus regulamentos de execução, a jurisprudência do Tribunal de Justiça e deste Tribunal, bem como certos aspectos reconhecidos pela Comissão nas audiências.

O Tratado

4. O Tratado não contém qualquer disposição que obrigue expressamente a Comissão a agir na sequência de denúncias individuais. Todavia, o artigo 155.° dispõe que:

«a Comissão *vela* pela aplicação das disposições do presente Tratado bem como das medidas tomadas pelas instituições, por força deste».

5. No domínio da concorrência, o artigo 87.°, n.° 1, prevê que o Conselho adoptará

* Língua original: inglês.

1 — Automec/Comissão (T-64/89, Colect., p. II-367).

regulamentos ou directivas «conducentes à aplicação dos princípios enunciados nos artigos 85.° e 86.°». O artigo 87.°, n.° 2, dispõe em seguida que esses regulamentos e directivas:

«têm por finalidade... a) *garantir o respeito* das proibições referidas no n.° 1 do artigo 85.° e no artigo 86.°...».

6. Aquando da entrada em vigor do Tratado, o artigo 89.°, n.° 1, impôs à Comissão a obrigação:

«(*de velar*), a partir da sua entrada em funções, pela aplicação dos princípios enunciados nos artigos 85.° e 86.° A pedido de um Estado-membro, ou oficiosamente, e em cooperação com as autoridades competentes dos Estados-membros, que lhe prestarão assistência, a Comissão *instruirá* os casos de presumível infracção a estes princípios. Se a Comissão verificar que houve infracção, *proporá* os meios adequados para se lhe pôr termo».

7. Por força do Tratado, a Comissão tem uma obrigação concreta e positiva de velar pelo respeito das suas disposições e, como um dos aspectos desta obrigação geral, a obrigação de velar pela aplicação das regras de concorrência. Embora o Tratado preveja que a Comissão seja o principal guardião, não deve ser o único. O papel complementar dos sistemas jurídicos nacionais está implícito no artigo 85.°, n.° 2, e explícito no artigo 87.°, n.° 2, alínea e). O Regulamento n.° 17 completa o quadro textual ao conferir efeito directo aos artigos 85.°, n.° 1, e 86.°, tornando-os, por conseguinte, directamente aplicáveis pelos órgãos jurisdicionais nacionais [2].

2 — Acórdão de 30 de Janeiro de 1974, BRT, n.° 15 (127/73, Recueil, pp. 51, 62).

O Regulamento n.° 17 e os regulamentos comparáveis

8. Por força do artigo 3.° do Regulamento n.° 17, a Comissão pode, a pedido ou por sua própria iniciativa, adoptar decisões para que seja posto termo às infracções. As pessoas singulares ou colectivas que invoquem um interesse legítimo são declaradas habilitadas a apresentar um pedido — noutros termos, a apresentar denúncias à Comissão sobre a actividade anticoncorrencial de terceiros. A utilização do termo «pedido» (e não «denúncia») estabelece um nexo entre o acto do denunciante e o acto que a Comissão tem o poder de adoptar por força do artigo 3.° O pedido é um convite dirigido à Comissão para que exerça o seu poder. Mas que deve fazer a Comissão, se é que deve fazer alguma coisa?

9. É útil comparar o Regulamento n.° 17 com o Regulamento (CEE) n.° 1017/68, que foi adoptado seis anos mais tarde a fim de aplicar as regras de concorrência aos sectores dos transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável (JO L 175, p. 1; EE 08 F1 p. 106), e com o regulamento *anti-dumping* [Regulamento (CEE) n.° 2423/88, JO L 209, p. 1].

10. O artigo 3.°, n.° 1, do Regulamento n.° 17 dispõe que:

«Se a Comissão verificar, a pedido ou oficiosamente, uma infracção ao disposto no artigo 85.° ou no artigo 86.° do Tratado, *pode*, através de decisão, obrigar as empresas... a pôr termo a essa infracção.»

11. Os artigos 10.° e 11.° do Regulamento n.° 1017/68 alcançam o mesmo resultado em duas etapas. O artigo 10.° dispõe que:

«*Os processos* com vista à cessação de infracções ao disposto no artigo 2.° ou no artigo 8.°, bem como o processo que tem em vista a aplicação do n.° 2 do artigo 4.° *serão iniciados* pela Comissão com base em denúncia ou por sua iniciativa» (ou seja, para aplicação das regras de concorrência tais como adaptadas ao sector dos transportes pelas anteriores disposições do regulamento).

O artigo 11.° prossegue dispondo que:

«Se a Comissão verificar uma infracção..., *pode, mediante decisão, exigir* às empresas... que ponham termo a essa infracção.»

12. Assim, o Regulamento n.° 1017/68 impõe à Comissão uma *obrigação* de agir na sequência de uma denúncia, mas confere-lhe um *poder discricionário* quanto à adopção de uma decisão. O Regulamento n.° 17 confere-lhe um poder discricionário, sem, à primeira vista, lhe impor uma obrigação. Na audiência do processo Automec, o agente da Comissão explicou esta diferença, referindo-se ao carácter intrinsecamente internacional do sector dos transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável e à gravidade de qualquer infracção às regras de concorrência neste sector. Qualquer que seja a explicação, o Regulamento n.° 1017/68 mostra que não existe qualquer dificuldade técnica em impor à Comissão uma obrigação de agir na sequência de uma denúncia, conferindo-lhe simultaneamente um poder discricionário para adoptar em seguida uma decisão.

13. O regulamento *anti-dumping* também impõe à Comissão uma obrigação de agir na sequência de denúncias, mas apenas quando estas contêm elementos de prova suficientes quer no que respeita à existência de *dumping* ou de subvenções, quer quanto ao prejuízo daí resultante (artigo 5.°, n.° 2). A existência de «elementos de prova suficientes» é, em qualquer caso, uma condição prévia à obrigação de agir da Comissão (v. os artigos 7.°, n.° 1, e 5.°, n.° 5).

14. Embora, por esta razão, o regulamento *anti-dumping* não seja directamente aplicável ao caso vertente, é útil recordar que uma obrigação de agir na sequência de uma denúncia pressupõe que esta tenha revelado elementos que exijam uma acção. Seria absurdo impor a uma autoridade pública uma obrigação de utilizar determinado processo formal em resposta a qualquer denúncia, mesmo inútil, vexatória ou manifestamente improcedente.

15. Por fim, no que se refere ao Regulamento n.° 17, a Comissão dispõe de uma competência exclusiva, que não partilha com os órgãos jurisdicionais nacionais, para aplicar o artigo 85.°, n.° 3. A Comissão admitiu na audiência no processo Automec (em que os recorrentes dizem estar em causa um regulamento de isenção por categoria) que a obrigação da Comissão será diferente quando apenas ela tenha o poder de agir.

Os acórdãos GEMA, Metro I, Demo-Studio Schmidt e CICCE

16. No acórdão GEMA, o Tribunal de Justiça confirmou que o artigo 3.°, n.° 1, do

Regulamento n.° 17 confere à Comissão um poder discricionário, mas não lhe impõe uma obrigação de adoptar uma decisão ordenando que seja posto termo a uma infracção às regras de concorrência [3]. Todavia, no acórdão Metro I, o Tribunal de Justiça reconheu o direito dos denunciantes, caso o seu pedido não tenha sido deferido na totalidade ou em parte, de instaurarem um processo destinado a proteger os seus legítimos interesses [4]. Posteriormente, no acórdão Demo-Studio Schmidt, o Tribunal de Justiça declarou que:

«tendo a Comissão recebido a denúncia do recorrente, tinha a obrigação de examinar os factos apresentados por este último para apreciar se (o comportamento criticado) era de natureza a falsear o jogo da concorrência no interior do mercado comum e a afectar o comércio entre Estados-membros» [5].

17. A natureza da obrigação da Comissão foi definida de forma ainda mais precisa no acórdão CICCE, em que o Tribunal de Justiça declarou que:

«a Comissão... tinha a obrigação de examinar (os elementos de facto e de direito levados ao seu conhecimento por iniciativa da CICCE) para apreciar se, no caso vertente, foram violadas as regras de concorrência do Tratado» [6].

18. Em suma, estes acórdãos têm por efeito obrigar a Comissão a apreciar seriamente as denúncias: o seu poder discricionário em relação às medidas que adoptará em resposta a uma denúncia não é ilimitado.

19. A Comissão também admitiu nas duas audiências que um denunciante tinha o direito de obter uma decisão que pode impugnar perante o Tribunal de Primeira Instância ao abrigo do artigo 173.° Esta admissão era inevitável, uma vez que decorre do acórdão Metro I.

20. A «decisão» a que o denunciante tem direito pode ser dirigida à empresa visada na denúncia (como no processo Metro I) ou ao denunciante. Todavia, pelas razões explicadas no acórdão Automec I e, anteriormente, no acórdão IBM [7], uma decisão impugnável só pode surgir no final do processo administrativo, depois de terem sido respeitadas as garantias processuais previstas no Regulamento n.° 17 e no Regulamento n.° 99/63/CEE (JO 1963, 127, p. 2268; EE 08 F1 p. 62, a seguir «Regulamento n.° 99/63»). Daqui resulta que nem o denunciante nem a empresa visada na denúncia podem insistir em que a Comissão adopte imediatamente uma decisão, excepto, talvez, numa fase em que todos os procedimentos possíveis tenham sido seguidos.

O artigo 6.° do Regulamento n.° 99/63 e o acórdão Automec I

21. O artigo 6.° do Regulamento n.° 99/63 impõe à Comissão, quando esta considere que não existem elementos suficientes para

3 — Acórdão de 18 de Outubro de 1979, GEMA/Comissão, n.os 17 e 18 (125/78, Recueil, pp. 3173, 3189 e 3190).

4 — Acórdão de 25 de Outubro de 1977, Metro/Comissão, n.° 13 (26/76, Recueil, pp. 1875, 1902).

5 — Acórdão de 11 de Outubro de 1983, Demo-Studio Schmidt/Comissão, n.° 19 (210/81, Recueil, pp. 3045, 3065).

6 — Acórdão de 28 de Março de 1985, CICCE/Comissão, n.° 18 (298/83, Recueil, pp. 1105, 1122).

7 — Acórdão de 11 de Novembro de 1981, IBM/Comissão (60/81, Recueil, p. 2639).

dar seguimento a uma denúncia, que informe o denunciante dos motivos e lhe fixe um prazo para apresentar por escrito eventuais observações. No acórdão Automec I, o Tribunal de Primeira Instância considerou que uma «carta nos termos do artigo 6.°» não constituía uma decisão susceptível de recurso.

22. O acórdão Automec I foi criticado com base em que priva o denunciante de qualquer protecção jurídica, já que o Regulamento n.° 99/63 não impõe à Comissão, após ter emitido a carta nos termos do artigo 6.°, que adopte uma decisão definitiva e impugnável [8]. Esta crítica parece resultar de um mal-entendido. O Regulamento n.° 99/63 não *impõe* à Comissão a adopção de uma decisão impugnável, após ter emitido a carta nos termos do artigo 6.°, porque o denunciante pode ficar satisfeito com a explicação dada na carta ou pode simplesmente decidir que não vale a pena ir mais longe. Dirigir uma decisão formal a um denunciante que não a quer seria inútil.

23. Daqui não resulta que o denunciante não possa insistir em obter uma decisão impugnável, se a quer, ou que a Comissão, após ter recebido as observações do denunciante em resposta à carta nos termos do artigo 6.°, possa simplesmente continuar inactiva. É aqui que intervém o artigo 175.° do Tratado, uma vez que constitui o único meio processual que permite ao denunciante forçar a Comissão a tomar outras medidas.

8 — V. a anotação de Stephen O. Spinks na CMLRev (Common Market Law Review), n.° 28, 1991, pp. 453, 459 a 462.

O artigo 175.°

24. O artigo 175.° originou inúmeras discussões e uma boa quantidade de mal-entendidos. Uma das razões disso consiste no facto de o artigo utilizar, nos seus sucessivos parágrafos, as noções de «abstenção de pronunciar-se» (primeiro parágrafo), «abstenção de tomar posição» (segundo parágrafo) e «abstenção de dirigir a uma pessoa singular ou colectiva um acto que não seja recomendação ou parecer» (terceiro parágrafo). Uma complicação suplementar, para os leitores da versão inglesa, decorre do facto de ela utilizar o mesmo termo, «act», para traduzir termos que, noutras versões linguísticas, são diferentes: «failure to *act*» (para «abstenção de se *pronunciar*»), no primeiro parágrafo, e «called upon to *act*» (para «convidada a *agir*»), no primeiro período do segundo parágrafo. Apesar destas complicações, creio que o artigo 175.° pode ser aplicado ao processo em matéria de concorrência de uma forma perfeitamente coerente.

25. Como para o artigo 173.°, os redactores do artigo 175.° pensaram essencialmente nos Estados-membros e nas instituições. O direito de acção que lhes é reconhecido é em seguida adaptado para conferir aos particulares um *locus standi* limitado. O primeiro parágrafo define uma condição de fundo prévia a esta acção: a instituição demandada deve estar vinculada por uma obrigação de se «pronunciar» [9] e ter-se abstido de o fazer. O segundo parágrafo define seguidamente as condições processuais prévias ao exercício da acção: a instituição demandada deve ter sido convidada a agir e não

9 — As versões originais alemã e neerlandesa parecem ser mais explícitas do que as versões francesa e italiana, e certamente mais explícitas do que a versão inglesa, quando se referem à noção pronunciar-se (... einen Beschluß zu fassen.../... een besluit te nemen...).

ter tomado posição, no prazo de dois meses. O terceiro parágrafo define a condição prévia do *locus standi* dos particulares: o demandante deve ser o potencial destinatário de um «acto».

26. Vale a pena salientar que a economia do artigo 175.° visa evitar que sejam inutilmente intentadas acções. Se uma acção é susceptível de ser acolhida, o envio da carta de interpelação prevista no segundo parágrafo deve produzir o resultado procurado sem que deva ser intentada uma acção. Se a instituição é susceptível de ter uma boa defesa, a sua «tomada de posição» deve tornar isso claro.

27. Se se aplicar o artigo 175.° ao presente contexto, é pacífico que uma pessoa que apresentou uma denúncia à Comissão ao abrigo do Regulamento n.° 17 tem direito a obter uma decisão, favorável ou desfavorável. A abstenção, por parte da Comissão, de adoptar tal decisão é uma «abstenção de pronunciar-se», na acepção do primeiro parágrafo. O acórdão Metro I estabelece que um denunciante é o potencial destinatário de «um acto que não seja recomendação ou parecer» e que, por conseguinte, tem *locus standi* ao abrigo do terceiro parágrafo. *Prima facie,* um denunciante confrontado com uma abstenção da Comissão deve poder recorrer ao artigo 175.° O denunciante só pode, todavia, intentar uma acção se as condições processuais prévias previstas no segundo parágrafo tiverem sido igualmente preenchidas. É aqui que o problema se coloca. Parecem possíveis duas abordagens.

28. A primeira abordagem consiste em dizer que as exigências processuais do segundo parágrafo apenas podem ser preenchidas quando o demandante se encontre numa situação que lhe permita convidar a instituição a tomar, *nessa fase e nesse momento,* uma decisão impugnável: em resposta a este convite, a instituição é obrigada quer a tomar essa decisão quer a explicar porque se recusa a fazê-lo. Caso haja um procedimento prévio a respeitar antes que uma decisão possa ser tomada, a carta de interpelação é prematura e uma subsequente acção inadmissível.

29. Esta abordagem teria por consequência, em matéria de concorrência, que o artigo 175.° não poderia, por razões processuais, ser invocado por um denunciante, já que um denunciante não pode exigir à Comissão a adopção de uma decisão em vez de outra e não pode, em particular, exigir-lhe que adopte uma decisão contra a empresa visada na denúncia (v. o acórdão GEMA). O mesmo raciocínio se aplicaria à empresa visada na denúncia, já que também não pode exigir da Comissão uma decisão a seu favor. Efectivamente, a Comissão encontrar-se-ia, desse modo, ao abrigo de uma acção nos termos do artigo 175.°, excepto, talvez, numa situação em que a totalidade do processo exigido nos Regulamentos n.^{os} 17 e 99/63 tivesse sido cumprido e não fosse necessário nenhum outro acto antes que uma decisão pudesse ser tomada.

30. A segunda abordagem é a de que o segundo parágrafo não quer dizer mais do que diz. Este preceito fixa uma condição prévia puramente processual que visa evitar acções inúteis. Esta condição processual prévia esgota-se logo que uma acção admissível é intentada. Se não foi preenchida, a acção é inadmissível; se o foi, a acção é admissível e o segundo parágrafo já não tem qualquer relevância.

31. De acordo com a segunda abordagem, o artigo 175.° constitui uma via processual de carácter geral que permite levar a agir uma instituição renitente. Antes de intentar uma acção, o demandante deve ter convidado a instituição «a agir» — a tornar-se activa em vez de inactiva [10] —, dependendo a acção a ser tomada das circunstâncias do caso concreto. A instituição dispõe em seguida de um prazo de dois meses para tomar posição sobre esse convite — ou seja, para indicar o que tenciona fazer ou para justificar a sua recusa em fazer alguma coisa. A acção que a instituição é convidada a empreender não é necessariamente a mesma (embora o possa ser) que o «acto» visado nos primeiro e terceiro parágrafos.

32. Se aplicarmos a segunda abordagem ao processo em matéria de concorrência, podemos partir do princípio de que, como explicam os acórdãos IBM e Automec I, o processo conducente a uma decisão em matéria de concorrência implica uma série de actos preparatórios. Estes podem incluir o envio de uma carta nos termos do artigo 6.° dirigida ao denunciante (carta que não porá termo ao processo se o denunciante conseguir convencer a Comissão da fragilidade da sua argumentação), o envio de um pedido de informações ou o início de diligências de instrução ao abrigo dos artigos 11.° e 14.° do Regulamento n.° 17, o envio de uma comunicação de acusações, a organização de uma audição, etc. Em algumas fases, devem ser observadas formalidades rígidas. A Comissão não pode adoptar uma decisão formal, impugnável, sem percorrer as etapas processuais. Mas, em cada fase, pode existir um passo que a Comissão pode dar, mas não dá, no caminho conducente a uma decisão.

33. A segunda abordagem permitiria ao denunciante — ou à empresa visada na denúncia — levar a Comissão a agir. Quando a Comissão é convidada a agir, a acção a empreender depende da fase em que se encontra o processo. Do mesmo modo, quando a Comissão acaba por definir a sua posição, esta posição e a maneira como é definida devem depender das circunstâncias. Em cada caso, a questão *jurídica* será a de saber se o pedido do denunciante visando uma acção e a resposta da Comissão eram juridicamente justificáveis.

34. Esta abordagem permite tanto à Comissão como ao Tribunal tratarem cada processo nos seus termos, sem formalismo excessivo e sem privar o particular da protecção jurisdicional. Se a denúncia é manifestamente inútil, vexatória ou juridicamente infundada, a Comissão pode responder a um pedido de acção por uma breve carta, e é pouco provável que o Tribunal declare que isso constitui uma «tomada de posição» insuficiente. Em contrapartida, uma denúncia séria baseada em elementos sólidos que provam uma violação das regras de concorrência deve receber uma resposta séria, circunstanciada. Nesta medida, a Comissão pode ser obrigada a respeitar os acórdãos Demo-Studio Schmidt e CICCE.

35. Face a este contexto, abordo agora os factos dos dois processos que ocupam o Tribunal.

10 — Esta ideia parece decorrer de uma forma particularmente clara da versão alemã: Diese Klage ist nur zulässig, wenn das in Frage stehende Organ zuvor aufgefordert worden ist, tätig zu werden.

Os factos do processo Automec

36. A recorrente, Automec Srl, é uma distribuidora de veículos automóveis estabelecida em Lancenigo di Villorba, no norte de Itália. É dirigida pelo seu principal accionista, Paolo Mattarollo, sendo os outros accionistas membros da sua família. Em Janeiro de 1964, uma anterior sociedade, também chamada Automec, obteve uma concessão não exclusiva para a distribuição de automóveis BMW na cidade e província de Treviso. De facto, P. Mattarollo explorava uma concessão desde 1960. A distinção entre P. Mattarollo e as suas diferentes sociedades não parece ter importância para o litígio e, no que se segue, referir-me-ei simplesmente à «Automec».

37. No quadro das suas relações com a BMW, a Automec teve de proceder a certas adaptações para respeitar as exigências contratuais da BMW; devia, nomeadamente, assegurar um serviço pós-venda e uma garantia ao comprador final, deter uma existência de automóveis e de peças sobressalentes e recrutar pessoal devidamente qualificado. A Automec declara ter sido levada pela BMW a comprar 12 000 m^2 de terreno e a construir um novo centro de exposição e de manutenção de 4 000 m^2.

38. Posteriormente, a filial encarregada da rede de distribuição da BMW em Itália, BMW Italia SpA, informou a Automec de que não renovaria o contrato de distribuição para além de 31 de Dezembro de 1984. Desde essa data, a BMW não forneceu à Automec automóveis nem peças sobressalentes. A BMW Italia tentou em vão obter do Tribunale de Treviso uma decisão que proibisse a Automec de continuar a utilizar as marcas da BMW.

39. A reacção da Automec à sua exclusão da rede da BMW consistiu em intentar no Tribunale de Milão um processo destinado a obter uma intimação que ordenasse a manutenção das anteriores relações contratuais. O Tribunale rejeitou este pedido. Foi dito na audiência que essa decisão foi confirmada em recurso e que foi objecto de novo recurso para a Corte di cassazione. Também foi dito que o Tribunale de Milão tinha, em primeira instância, proibido a Automec de utilizar a marca BMW e que este processo estava actualmente pendente na Corte d'appello.

40. Em 25 de Janeiro de 1988, a recorrente apresentou uma denúncia à Comissão, dando conta de uma violação do artigo 85.° por parte da BMW. A denúncia referia-se explicitamente ao artigo 3.°, n.° 2, do Regulamento n.° 17 e visava obter uma decisão ordenando à BMW Italia SpA e à BMW AG (a sua sociedade-mãe alemã) que pusessem termo à sua infracção ao artigo 85.°

41. Na denúncia, a Automec sustentava que a duração e o sucesso — em termos de vendas — da sua anterior relação com a BMW tinham demonstrado que respondia às exigências objectivas da rede de distribuição da BMW. Não obstante, a BMW tinha recusado admiti-la nesta rede e fornecer-lhe automóveis e peças sobressalentes. Esta recusa, que data de 31 de Dezembro de 1984, tinha persistido apesar dos «pedidos insistentes» da Automec. A BMW encontrava-se, por conseguinte, em infracção ao artigo 85.° e devia ser-lhe ordenado que executasse, ao preço e condições em vigor para os outros revendedores, as encomendas de automóveis e peças sobressalentes transmitidas pela Automec. Também devia ser ordenado à BMW que autorizasse a Automec a utilizar as suas

marcas, segundo as modalidades praticadas no sector automóvel.

42. Uma troca preliminar de pontos de vista teve lugar entre a Automec e a Comissão. Uma carta incluída nesta troca de pontos de vista foi, posteriormente, objecto do processo Automec I. Em 26 de Julho de 1989, a Comissão dirigiu à Automec uma carta nos termos do artigo 6.°, em resposta à qual a Automec apresentou outras observações.

43. Seguidamente, em 28 de Fevereiro de 1990, o comissário competente em matéria de concorrência, Sir Leon Brittan, escreveu a carta notificando a decisão cuja anulação a Automec agora solicita ao Tribunal [11]. A carta do comissário indica duas razões para a decisão de não dar seguimento à denúncia da Automec:

«1. Em primeiro lugar, e em relação ao primeiro pedido formulado na denúncia (... intimar a BMW a fornecer à Automec veículos e peças sobressalentes e autorizar a Automec a utilizar a marca BMW), a Comissão considera que não dispõe, nos termos do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado, de um poder de injunção que lhe permita obrigar um produtor a fornecer os seus produtos nas circunstâncias do presente caso, e isto mesmo que a Comissão tivesse verificado a incompatibilidade do sistema de distribuição desse produtor (a BMW Italia) com o artigo 85.°, n.° 1. Aliás, a Automec não forneceu qualquer indicação de que a BMW Italia era detentora de uma posição dominante e que dela teria abusado, violando assim o artigo 86.° do Tratado: apenas este artigo do Tratado permitiria eventualmente à Comissão impor à BMW Italia contratar com a Automec.

2. Em relação ao segundo pedido da Automec (... pôr termo à infracção que a Automec censura à BMW Italia), a Comissão verifica que a Automec já submeteu aos tribunais italianos, tanto em primeira instância como em recurso, o litígio que a opõe à BMW Italia, tendo por objecto a rescisão do contrato de concessão que no passado existiu entre as duas sociedades. Nada impede a Automec, no entender da Comissão, de submeter ao mesmo tribunal nacional a questão da conformidade do actual sistema de distribuição da BMW Italia com o artigo 85.°; o recurso ao tribunal nacional é tanto mais fácil quanto este já conhece perfeitamente as relações contratuais que a BMW Italia estabelece com os seus distribuidores.

A Comissão permite-se recordar a este respeito que o tribunal italiano não só é tão competente como a Comissão para aplicar ao caso vertente o artigo 85.° do Tratado, e nomeadamente o seu n.° 2, como também dispõe de um poder que a Comissão não tem, ou seja, o de eventualmente condenar a BMW Italia no pagamento de uma indemnização à Automec, caso esta possa provar que a recusa de venda do referido produtor lhe causou prejuízo. O artigo 6.° do Regulamento n.° 99/63/CEE confere à Comissão um poder discricionário de apreciação dos 'elementos ao seu dispor' na sequência de um exame de uma denúncia, poder esse que lhe permite atribuir diferentes graus de prioridade ao tratamento dos processos que lhe são submetidos.

11 — Os detalhes respeitantes aos acontecimentos anteriores constam do acórdão Automec I, n.os 8 a 16 (Colect. 1990, pp. II-367, II-373 a II-375).

Pelas razões expostas no ponto 2 da presente carta, a Comissão chegou à conclusão de que, no caso vertente, não existe interesse comunitário suficiente para aprofundar o exame dos factos descritos na denúncia.»

44. Como referi, o recurso Automec I foi julgado inadmissível em 10 de Julho de 1990. O presente recurso visa a anulação da decisão notificada na carta do comissário que acabei de citar, bem como uma indemnização ao abrigo do artigo 178.° do Tratado. Retomarei a questão da admissibilidade e do mérito destes pedidos após ter recordado os factos do processo Asia Motor France.

Os factos do processo Asia Motor France

45. Os problemas suscitados por este processo começam com uma total confusão quanto à identidade das demandantes e às suas relações com as pessoas que tinham anteriormente apresentado denúncias à Comissão. As demandantes são designadas na petição como Asia Motor France, Jean-Michel Cesbron, exercendo a sua actividade sob a denominação JMC Automobile, Monin Automobiles e EAS. A Asia Motor France e a Monin Automobiles parecem ser sociedades francesas, embora se diga que a Asia Motor France tem uma morada luxemburguesa. A EAS é uma sociedade luxemburguesa. Afirma-se que a Asia Motor France e a JMC Automobile estão sob a tutela de um administrador judicial. A Asia Motor France, a JMC Automobile e a EAS fazem parte do «Grupo Cesbron», controlado por Jean-Michel Cesbron e sua família. As suas relações com a Monin Automobiles, a existirem, não são especificadas.

46. Felizmente, concordou-se na audiência em que o estatuto exacto e a identidade das demandantes não tinham incidência no litígio.

47. As demandantes, que fazem parte do Grupo Cesbron, dedicam-se à importação, comercialização e distribuição de veículos japoneses em França. Os veículos, essencialmente modelos com tracção às quatro rodas fabricados pela Suzuki, Daihatsu, Isuzu e Subaru, são importados de outros Estados-membros, em particular da Bélgica e do Luxemburgo, onde já foram admitidos em livre prática. A Monin Automobiles especializou-se na importação paralela de motociclos Suzuki.

48. Em 18 de Novembro de 1985, os «Établissements Cesbron» apresentaram à Comissão uma denúncia relativa a um acordo entre o ministro dos Transportes francês e os cinco principais importadores de veículos japoneses em França — Sidat Toyota France, Richard Nissan SA, Mazda France Motors, Honda France e Mitsubishi Sonauto. A denúncia afirmava que o acordo estabelecia uma quota de veículos japoneses importados fixada em 3 % das vendas nacionais. A quota era partilhada pelos cinco importadores de acordo com uma fórmula pré-estabelecida baseada nas suas respectivas importações em 1975. Como contrapartida da aceitação da quota, o Governo francês consentia em não reconhecer oficialmente novos fabricantes automóveis japoneses. A denúncia concluía:

«Em consequência, as signatárias apresentam formalmente a presente denúncia contra o Estado francês, por violação dos artigos 30.° e 85.° do Tratado de Roma, e solicitam que a Comissão se digne dar o seguimento adequado à denúncia.»

49. Três anos mais tarde, em 29 de Novembro de 1988, as quatro demandantes apresentaram nova denúncia à Comissão contra os cinco principais importadores. Esta carta, dirigida à Direcção-Geral IV, visava um «cartel ilegal na acepção do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado de Roma». A denúncia afirmava que, como contrapartida da limitação dos cinco importadores à quota de 3 %, o Governo francês tinha introduzido várias medidas discriminatórias, tendo por objecto e efeito impedir os importadores paralelos de veículos japoneses de entrarem no mercado francês. A carta enumerava assim essas medidas:

1) recusa de reconhecimento oficial às demandantes, impedindo-as assim de importar sem a intervenção da administração;

2) sujeição dos veículos de importação paralela a procedimentos de registo específicos e mais longos, normalmente aplicáveis aos veículos em segunda mão;

3) emissão de instruções à Gendarmerie nationale para proceder contra os proprietários de veículos japoneses que circulem com matrículas estrangeiras decorrido o prazo normal de dois meses;

4) imposição de uma taxa de IVA discriminatória de 28 % (mais tarde reduzida para 18,6 %) aos veículos de importação paralela; e

5) criação de problemas de seguro e de revenda aos compradores, ao complicar os procedimentos de registo.

A carta concluía pedindo à Comissão que desmantelasse rapidamente o cartel e aplicasse sanções nos termos do artigo 85.°, n.° 1.

50. Numa série de cartas datadas de 12 e 25 de Abril, 25 de Maio e 22 de Junho de 1989, as demandantes forneceram novas provas documentais da existência do alegado cartel e insistiram junto da Comissão para que instruísse a sua denúncia.

51. Em 9 de Junho de 1989, a Comissão pediu informações sobre o acordo aos cinco grandes importadores franceses. Em 20 de Julho de 1989, o ministro da Indústria e do Ordenamento do Território francês deu instruções às cinco empresas para não responderem ao pedido da Comissão, uma vez que este versava sobre a «política dos poderes públicos franceses relativamente às importações de veículos japoneses».

52. No decurso do mês de Agosto de 1989, a Comissão pediu ao Governo francês que lhe fornecesse informações sobre o acordo. Se a Comissão recebeu uma resposta a esta carta, ela não foi comunicada às demandantes.

53. Em 25 de Agosto de 1989, as demandantes escreveram de novo à DG IV, fornecendo-lhe outras informações, designadamente quanto à repartição anual em percentagem do «bolo» de 3 % entre os cinco grandes importadores, bem como provas de que os mercados tinham sido partilhados tanto a nível regional como a nível nacional. A carta conclui:

«A ausência de qualquer medida de investigação por parte da Comissão até ao momento constitui uma *omissão* tanto mais grave quanto encoraja a manutenção de uma situação contrária à concorrência, susceptível de ser fatal para as empresas denunciantes, e permite aos membros do cartel, que estão de posse dos documentos, limpar a casa e destruir as provas.

...

Permitimo-nos, por conseguinte, insistir em que a Comissão, sem aguardar a resposta dos diversos interessados, notifique as acusações que foram claramente provadas e se dedique em qualquer caso a recolher as provas suplementares que considere úteis, efectuando investigações nas instalações das empresas e da sua associação, e adopte medidas provisórias para restabelecer imediatamente a concorrência.»

54. A Comissão respondeu a esta carta, em 3 de Outubro de 1989, nos seguintes termos:

«No que diz respeito à reacção sobre a tramitação da instrução, compreendo perfeitamente o sentimento de impaciência dos seus clientes perante as diferentes fases da instrução preliminar que está actualmente em curso e que deve, como sabe, tomar também em conta os interesses da defesa.»

A Comissão anexou a esta carta as cartas que havia recebido dos grandes importadores em resposta ao seu pedido de informações (v. *supra*, n.° 51). A Comissão informou ainda as demandantes de que tinha convidado o Governo francês a apresentar-lhe observações. Numa carta às demandantes, de 16 de Outubro de 1989, a Comissão explicou que a carta ao Governo francês visava permitir à Comissão «saber se o comportamento das empresas acusadas na denúncia tinha efectivamente sido adoptado por estas a pedido das autoridades francesas».

55. Por carta de 25 de Maio de 1989, as demandantes informaram a Comissão de duas decisões da Cour d'appel d'Aix-en-Provence proferidas em acções intentadas por compradores de veículos de importação paralela que não tinham podido registar os seus veículos devido aos obstáculos colocados pelo Governo francês. Em ambos os processos, este órgão jurisdicional suspendeu a instância, aguardando uma decisão da Comissão. A carta concluía:

«Não deixarão de notar que é urgente uma decisão da Comissão para permitir aos órgãos jurisdicionais franceses desbloquear um contencioso mantido pelos autores das práticas denunciadas e que, por causa do atraso, se perpetua alegremente.»

56. Em 5 de Julho de 1989, o tribunal de commerce d'Angers, num processo instaurado pelo procureur de la République contra duas das demandantes, criticou o Estado francês pela sua participação no acordo, mas recusou proferir uma decisão definitiva antes de a Comissão tomar a sua decisão.

57. Em 21 de Novembro de 1989, as demandantes escreveram de novo à Comissão, queixando-se dos obstáculos discriminató-

rios levantados contra elas pelo Governo francês e sublinhando que o acordo era do conhecimento público. Em conclusão, a carta declarava:

«Datando a primeira denúncia de Dezembro de 1985, as empresas denunciantes têm o direito de pedir à Comissão que ponha termo às infracções ao Tratado e, em particular, aos artigos 5.°, segundo parágrafo, 30.° e 85.°

...

A presente carta de interpelação é enviada em conformidade com os artigos 3.°, alíneas c) e f), e 175.° do Tratado.

...

A Comissão não pode continuar a encobrir a política anticoncorrencial de um Estado-membro, na acepção do artigo 30.°, resultante de um cartel de empresas contrário ao disposto no artigo 85.°, o que tem por consequência atrasar a reparação do prejuízo sofrido pelas empresas vítimas, que continua a agravar-se.»

58. Quatro meses mais tarde, em 20 de Março de 1990, não tendo recebido resposta da Comissão, as demandantes intentaram a presente acção no Tribunal de Justiça. As demandantes concluem pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

— declarar, nos termos do artigo 175.° do Tratado, que a Comissão não tomou uma decisão a respeito das demandantes, quando estas últimas lho solicitaram nos termos legais;

— condenar, nos termos dos artigos 178.° e 215.° do Tratado, a Comunidade Económica Europeia a indemnizar as demandantes pelo prejuízo causado por estas instituições.

A petição indica as quantias em ecus solicitadas por cada uma das demandantes, mas não contém qualquer especificação dos cálculos que levaram a essas importâncias. Por carta de 12 de Abril de 1990, escrita em resposta a uma carta do secretário do Tribunal de Justiça que pedia cópias legíveis de documentos anexados à petição, as demandantes apresentaram uma nova «Nota explicativa do cálculo do prejuízo», de oito páginas, em que o prejuízo é calculado em francos franceses.

59. A acção foi intentada no Tribunal de Justiça, porque se baseava em parte na alegada omissão da Comissão em agir contra a França nos termos do artigo 30.° Esta parte da acção foi julgada inadmissível e o processo, na medida em que se baseava nas disposições do Tratado em matéria de concorrência, foi remetido ao Tribunal de Primeira Instância por despacho do Tribunal de Justiça de 23 de Maio de 1990. Daqui resulta que o Tribunal de Primeira Instância não pode examinar se o Governo francês agiu legalmente ao estabelecer uma quota de importação de veículos japoneses, ao atribuir essa quota a cinco empresas francesas para a partilharem entre si e (se foi esse o caso) ao adoptar medidas visando impedir, ou pelo menos tornar mais difícil, a importação paralela de veículos japoneses provenientes de outros Estados-membros.

60. Entretanto, em 8 de Maio de 1990, pouco antes de o Tribunal de Justiça proferir o seu despacho, o director-geral da DG IV escreveu uma carta à Asia Motor France. Esta carta do director-geral refere expressamente o artigo 6.° do Regulamento n.° 99/63, a carta de 3 de Abril de 1990 de J.-M. Cesbron a Sir Leon Brittan, informando-o da acção intentada ao abrigo do artigo 175.°, a «denúncia» de 18 de Novembro de 1985, nos termos do artigo 30.°, e a «denúncia» de 29 de Novembro de 1988, nos termos do artigo 85.° e do artigo 30.° A carta enunciava duas razões pelas quais a Comissão não tencionava dar seguimento às denúncias e convidava a interessada a apresentar-lhe observações no prazo de dois meses.

61. As razões indicadas para não dar seguimento à denúncia eram:

«Em primeiro lugar, as investigações realizadas pelos serviços da DG IV com vista a uma eventual aplicação do artigo 85.° revelaram que os cinco importadores cujos comportamentos são postos em causa não dispõem, tendo em atenção o sistema de limitação das importações japonesas em França, de qualquer margem operacional neste processo.

Em segundo lugar, uma eventual aplicação do artigo 30.° deve ser afastada neste caso por inexistência de interesse público comunitário, tendo em atenção o processo de negociação actualmente em curso no âmbito da definição de uma política comercial comum, em particular em relação ao Japão, no que respeita aos veículos automóveis.»

62. Em 29 de Junho de 1990, as demandantes apresentaram as suas observações em resposta à carta do director-geral.

63. Em 3 de Agosto de 1990, a Comissão suscitou uma questão prévia de admissibilidade com fundamento, em primeiro lugar, em que a carta das demandantes de 21 de Novembro de 1989 não era, por várias razões, uma carta de interpelação válida nos termos do artigo 175.°, segundo parágrafo; em segundo lugar, a carta do director-geral de 8 de Maio de 1990 constituía uma «tomada de posição», pondo termo à omissão; e, em terceiro lugar, no que diz respeito ao pedido de indemnização ao abrigo do artigo 178.°, os articulados não continham o mínimo de especificação exigido para tal acção.

64. Em 26 de Setembro de 1990, as demandantes apresentaram as suas observações sobre a questão prévia de admissibilidade. Ao mesmo tempo que contestavam os argumentos da Comissão, as demandantes pediam a título subsidiário que a sua acção fosse considerada um recurso de anulação da carta de 8 de Maio de 1990 nos termos do artigo 6.°

65. Em 7 de Novembro de 1990, o Tribunal de Primeira Instância juntou a análise da questão prévia à do mérito. Em 21 de Janeiro de 1991, a Comissão apresentou uma brevíssima contestação, retomando no essencial o que havia declarado na questão prévia de admissibilidade. As demandantes não apresentaram réplica e a fase escrita do processo foi então encerrada. A audiência realizou-se em 23 de Outubro de 1991.

66. Em 5 de Dezembro de 1991, Sir Leon Brittan escreveu uma carta aos advogados das demandantes onde retomava, de forma algo mais detalhada, os pontos contidos na carta do director-geral de 8 de Maio de 1990. Em conclusão, declarava que a Comissão tinha decidido indeferir os pedidos. Em 4 de Fevereiro de 1992, as demandantes interpuseram no Tribunal de Justiça um re-

curso de anulação da decisão assim notificada (processo C-29/92).

67. Entretanto, por carta datada de 31 de Janeiro de 1992, a Comissão pediu ao Tribunal de Primeira Instância que declarasse a inutilidade superveniente da lide no presente processo, por extinção do objecto da acção, com excepção do que se refere às despesas.

68. Vou agora abordar o exame da admissibilidade dos dois processos.

A admissibilidade do recurso da Automec ao abrigo do artigo 173.°

69. A Comissão admite que a decisão notificada à Automec pela carta do comissário de 28 de Fevereiro de 1990 constitui uma decisão definitiva, susceptível de recurso. Na medida em que o recurso da Automec se baseia no artigo 173.° do Tratado, a Comissão não suscita qualquer questão de admissibilidade e não existe qualquer aspecto que o Tribunal deva apreciar *ex officio*.

A admissibilidade das duas acções nos termos do artigo 178.°

70. A Automec e a Asia Motor France solicitam uma indemnização ao abrigo do artigo 178.° A petição do processo Automec I, que continha um único parágrafo em apoio deste pedido de indemnização, foi anexada à petição da Automec no presente litígio, mas esta última petição não contém nenhuma argumentação em apoio desta parte do pedido. A réplica da Automec contém dois breves parágrafos em apoio deste pedido. A Comissão não suscitou formalmente qualquer questão prévia de admissibilidade, mas, na tréplica, suscita este ponto a título de questão que o Tribunal deve apreciar *ex officio*.

71. Os articulados do processo Asia Motor France contêm pouco mais elementos do que os do processo Automec. Encontra-se aí um pedido de quantias específicas, aparentemente (mas não claramente) baseado num cálculo apresentado mais tarde (v. *supra*, n.° 58). Mas não se encontra aí nenhuma argumentação detalhada, nem sobre a natureza da falta geradora da responsabilidade nem sobre o nexo de causalidade entre a falta e o prejuízo alegado. As demandantes limitam-se a afirmar que a inacção da Comissão, que está na base da acção intentada ao abrigo do artigo 175.°, constituía uma «inertie fautive». Como mencionei (*supra*, n.° 63), a Comissão suscitou especificamente a inadmissibilidade deste pedido.

72. No acórdão Automec I, o pedido de indemnização foi julgado inadmissível, com fundamento em que a recorrente não tinha identificado o comportamento invocado como causador do pedido, o prejuízo alegadamente sofrido e o nexo de causalidade entre o comportamento e o prejuízo [12]. Aplica-se exactamente a mesma argumentação ao processo Automec II, e proponho que o pedido apresentado pela Automec ao abrigo do artigo 178.° seja julgado inadmissível.

73. O raciocínio seguido no acórdão Automec I aplica-se igualmente ao pedido apresentado no processo Asia Motor France,

12 — Colect. 1990, pp. II-390 e II-391, n.os 72 a 77.

uma vez que a única diferença significativa entre os dois processos reside no facto de o pedido apresentado no último ser apoiado por um documento apresentado tardiamente e expresso numa moeda diferente. Proponho, por conseguinte, que este pedido também seja julgado inadmissível.

74. Seria desejável, para o tratamento futuro dos processos submetidos a este Tribunal, precisar que os autores não se podem contentar em juntar, ulteriormente, a recursos de anulação, pedidos de indemnização não especificados. O Tribunal de Primeira Instância deve estar em condições de tratar cada processo que lhe é submetido com base numa argumentação auto-suficiente. O artigo 178.° suscita questões jurídicas complexas e exige uma argumentação tão precisa e específica como qualquer outra forma de recurso para o Tribunal.

A possibilidade de a Asia Motor France transformar a sua acção por omissão, ao abrigo do artigo 175.°, num recurso de anulação, ao abrigo do artigo 173.°

75. As demandantes no processo Asia Motor France pedem, a título subsidiário, que a sua acção seja considerada um recurso de anulação da carta nos termos do artigo 6.° que lhes foi enviada em 8 de Maio de 1990. Um recurso de anulação de uma carta nos termos do artigo 6.° seria em qualquer caso inadmissível — tal como decorre do acórdão Automec I —, mas existe igualmente uma razão de princípio que impede que, pelo menos em matéria de concorrência, uma acção por omissão possa ser transformada num recurso de anulação.

76. É fácil sustentar, com base em razões de economia processual, que uma acção por omissão deve poder ser transformada em recurso de anulação de um acto subsequente que põe termo à omissão. Uma acção ao abrigo do artigo 175.° tem por objectivo forçar uma instituição a agir. Se a instituição agir, mas de uma maneira que o demandante pretende contestar ao abrigo do artigo 173.°, por que razão seria necessário abandonar a acção existente e interpor um novo recurso de anulação, retomando os mesmos argumentos e perdendo meses preciosos, para não falar do custo daí resultante para as partes e para o Tribunal? No meu próprio país, os órgãos jurisdicionais têm amplos poderes, quando uma parte adopta uma nova posição, para permitir à outra parte alterar a sua argumentação a fim de se concentrar nas questões que efectivamente se colocam. Mas aí o contexto é diferente.

77. Tanto o Tribunal de Justiça como este Tribunal são órgãos jurisdicionais com uma competência limitada em domínios limitados. Não podemos fazer sempre o que parece ser mais justo, desejável ou económico, pois estamos vinculados pelo Tratado, pelo Estatuto do Tribunal de Justiça e pelo Regulamento de Processo. Assim, por exemplo, não temos liberdade para prorrogar prazos fixados no Tratado.

78. O primeiro parágrafo do artigo 19.° do Estatuto fixa, em termos gerais, e o artigo 44.°, n.° 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância (artigo 38.° do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça), em termos mais detalhados, os elementos que deve conter um acto introdutório da instância. Deve, em particular, conter a indicação do objecto do litígio, o pedido do recorrente, os fundamentos jurídicos invocados pelo recorrente e os seus

principais argumentos. Estes detalhes devem ser publicados no Jornal Oficial (artigo 24.°, n.° 6, do Regulamento do Tribunal de Primeira Instância; artigo 16.°, n.° 6, do Regulamento do Tribunal de Justiça). A razão é, creio, evidente.

79. O artigo 37.° do Estatuto reconhece ao Estados-membros, às instituições comunitárias e (quando podem provar um interesse) a outras pessoas o direito de intervir nos litígios submetidos ao Tribunal de Justiça ou ao Tribunal de Primeira Instância. O artigo 20.° do Estatuto prevê que os pedidos de decisão prejudicial ao abrigo do artigo 177.° são notificados, pelo secretário do Tribunal de Justiça, às partes, aos Estados-membros, à Comissão e, em certas circunstâncias, ao Conselho. No caso das acções ou recursos, não existe exigência correspondente de notificação directa aos Estados-membros e às instituições (que não sejam a instituição recorrida), e menos ainda às outras partes potencialmente interessadas. Eles devem (a não ser que tenham acesso aos autos por outras vias) decidir se intervêm com base na publicação no Jornal Oficial. Como intervenientes, estarão limitados a apoiar os pedidos de uma das partes (terceiro parágrafo do artigo 37.° do Estatuto).

80. As intervenções não devem ser multiplicadas sem necessidade. Os potenciais intervenientes devem poder com segurança decidir se intervêm ou não com base na publicação no Jornal Oficial. Se não puderem, serão encorajados a intervir por razões de segurança. Isto constitui uma boa razão para, no sistema comunitário, o âmbito de uma acção ou de um recurso ser, em princípio, fixado desde o início, e para o direito das partes de apresentarem novos fundamentos jurídicos no decurso da instância ser severamente restringido (artigo 48.°, n.° 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância; artigo 42.°, n.° 2, do Regulamento do Tribunal de Justiça).

81. Enquanto pode haver margem para uma certa flexibilidade nos processos de funcionários, em que a competência do Tribunal é de natureza diferente, os factos do processo Asia Motor France mostram que mais de um Estado-membro e um número significativo de empresas privadas podem ter interesse na decisão de um processo de concorrência. Pode bastar-lhes deixar à Comissão a defesa numa acção por omissão, mas não podemos concluir que se contentariam em ficar inactivos no caso de um recurso de anulação de uma decisão positiva da Comissão de não agir.

82. Proponho, por conseguinte, que o Tribunal limite o âmbito do presente litígio à acção por omissão tal como originariamente apresentada.

A admissibilidade e a continuidade do objecto da acção da Asia Motor France ao abrigo do artigo 175.°

83. A Comissão sustenta que a acção da Asia Motor France é inadmissível essencialmente por três fundamentos: em primeiro lugar, a carta de 21 de Novembro de 1989 não é exactamente uma carta de interpelação; em segundo lugar, não existia um «acto» que a Comissão fosse obrigada a adoptar e, em consequência, não houve omissão; e, em terceiro lugar, em qualquer caso, a carta do director-geral de 8 de Maio de 1990 constituiu uma «tomada de posição» que pôs termo à omissão e que, por

conseguinte, privou a acção do seu objecto. Como mencionei, a Comissão declara agora, tendo em atenção a carta do comissário de 5 de Dezembro de 1991, que já não é necessário decidir, salvo no que diz respeito às despesas.

84. O fundamento segundo o qual a carta de 21 de Novembro de 1989 não era uma carta de interpelação válida apoia-se em dois argumentos. Em primeiro lugar, a carta não especifica a base jurídica para a obrigação de agir da Comissão, já que se limita a mencionar os artigos 3.° e 175.° do Tratado. Em segundo lugar, a carta não especifica qual a medida que as demandantes pretendem da parte da Comissão.

85. Em minha opinião, ambos os argumentos são infundados. O director-geral da concorrência, quando escreveu a sua carta de 8 de Maio de 1990, não parece ter tido qualquer dificuldade em identificar a carta de 21 de Novembro de 1989 como uma carta de interpelação. Também não parece ter tido dúvidas sobre as medidas que as demandantes aguardavam da Comissão. Com efeito, a própria questão prévia de admissibilidade da Comissão, após duas páginas de críticas sobre a regularidade da carta de interpelação, prossegue citando, noutra rubrica, a passagem da carta das demandantes (já referida, *supra*, no n.° 57) que se refere especificamente aos artigos 5.°, 30.° e 85.° do Tratado. A Comissão declara em seguida:

«É pacífico que a Comissão iniciou uma investigação no momento em que recebeu a carta de interpelação e que essa investigação ainda não está terminada.»

O facto de ter agido assim imediatamente após ter recebido a carta de 21 de Novembro de 1989 é dificilmente compatível com a alegada perplexidade da Comissão quanto ao significado da mesma carta.

86. A questão não está em saber se a posição das demandantes era juridicamente fundada ou se a sua denúncia era justificada, mas se a carta de 21 de Novembro de 1989 era uma carta de interpelação válida. Em minha opinião, era.

87. O segundo argumento da Comissão equivale a dizer que, uma vez que a Comissão nunca pode ser obrigada a adoptar uma decisão contra a(s) empresa(s) visada(s) na denúncia, um autor de uma denúncia não pode intentar uma acção ao abrigo do artigo 175.° do Tratado. Trata-se aqui de uma versão extrema da primeira abordagem da interpretação do artigo 175.° que anteriormente identifiquei. Se admitida, o artigo 175.° tornar-se-ia efectivamente letra morta nos litígios em matéria de concorrência.

88. Devido às razões textuais e às razões práticas expostas nos anteriores n.os 30 a 34, prefiro a segunda abordagem. Proponho, por conseguinte, que este fundamento também seja rejeitado.

89. Se esta tese for admitida, então a acção era admissível no momento da sua propositura, uma vez que as demandantes tinham convidado validamente a Comissão a agir e a Comissão, tanto quanto sabiam, nada fizera. Se se deu o caso de a Comissão ter iniciado uma investigação ao receber a carta de interpelação, as demandantes não foram informadas, como deveriam ter sido.

90. O terceiro fundamento da Comissão é, em meu entender, mais substancial. Aceitando que uma acção ao abrigo do artigo 175.° é admissível no momento da sua propositura, esgota-se o seu objecto se a instituição demandada tomar posteriormente uma posição — por exemplo, enviando uma carta nos termos do artigo 6.°? Uma carta nos termos do artigo 6.° foi considerada pelo Tribunal de Justiça como constituindo uma «tomada de posição» na acepção do segundo parágrafo do artigo 175.° [13].

91. Também aqui parecem ser possíveis dois pontos de vista. O primeiro consiste em dizer que uma acção ao abrigo do artigo 175.° só fica sem objecto quando tenha sido posto termo à «abstenção de pronunciar-se» (na acepção do primeiro parágrafo do artigo 175.°). Esta abordagem poderia encontrar apoio no princípio estabelecido pelo Tribunal de Justiça no processo «comitologia» [14], de acordo com o qual:

«uma recusa de agir, mesmo expressa, pode ser submetida ao Tribunal com base no artigo 175.°, uma vez que não põe fim à omissão».

De acordo com o outro ponto de vista, uma acção ao abrigo do artigo 175.° tem por finalidade incitar uma instituição renitente a agir e o seu objecto esgota-se quando a instituição demandada «toma posição» (na acepção do segundo parágrafo do artigo 175.°).

92. Em qualquer das perspectivas, não se trata de uma questão de admissibilidade. A admissibilidade de uma acção aprecia-se no momento em que é intentada e não por referência a qualquer acontecimento posterior. A verdadeira questão é a de saber se a acção ficou sem objecto, tornando desnecessária uma decisão do Tribunal.

93. Em minha opinião, no momento actual este litígio está sem objecto, já que a Comissão indeferiu definitivamente o pedido das demandantes e estas interpuseram um recurso de anulação dessa decisão. Todavia, a questão que acabou de ser analisada conserva a sua importância no que diz respeito às despesas, pois foram efectuadas despesas substanciais desde que o director-geral da concorrência enviou a sua carta nos termos do artigo 6.°, em 8 de Maio de 1990.

94. Tinha sugerido que existiam duas teses possíveis. De acordo com a primeira, quando é submetida ao Tribunal uma acção admissível ao abrigo do artigo 175.°, o seu objecto só se esgota quando a instituição demandada adoptar um «acto» formal. Uma vez que uma carta nos termos do artigo 6.° não constitui um acto formal (v. o acórdão Automec I), a presente acção conservou o seu objecto até a Comissão ter adoptado a sua decisão definitiva de indeferir o pedido das demandantes. Quando a carta nos termos do artigo 6.° foi enviada, em 8 de Maio de 1990, a via a seguir deveria ter sido a de suspender a instância até que fosse conhecida a solução do processo do artigo 6.°

95. A escolha desta solução teria como vantagem que a existência de uma acção ainda pendente no Tribunal, que poderia ser reactivada a qualquer momento, seria um estímulo para a Comissão continuar activa. A desvantagem consistiria em que uma acção potencialmente inútil continuaria pendente no Tribunal, tendo as partes, e não o Tribunal, um controlo efectivo sobre o seu destino.

13 — Ver acórdão GEMA/Comissão, n.° 21, já referido na nota 3.

14 — Acórdão de 27 de Setembro de 1988, Parlamento/Conselho, n.° 17 (302/87, Colect., pp. 5615, 5641).

96. Penso que a segunda tese é teoricamente menos atraente, uma vez que pressupõe que pode ser posto termo a uma omissão de agir, na acepção de omissão de adoptar um acto impugnável, por meio de uma medida que não é um acto impugnável. Embora apresente a vantagem de aliviar rapidamente o trabalho do Tribunal, esta tese apresenta a desvantagem correspondente de obrigar um denunciante a interpor uma série de recursos para obter resultados se a Comissão continuar a revelar inércia no tratamento do processo.

97. Deixarei a outros a escolha entre estas duas teses, já que, em meu entender, não é necessário efectuar essa escolha para decidir sobre as despesas no caso vertente. Foi necessário um pouco mais de seis anos a partir da data da primeira denúncia (que mencionava especificamente o artigo 85.°) e um pouco mais de três anos a partir da segunda para que as demandantes obtivessem da Comissão a decisão a que incontestavelmente tinham direito. Não me pronunciarei sobre o mérito desta decisão, que foi objecto do novo recurso de anulação. Mas ela nada acrescenta de substancial ao que dizia a carta do director-geral escrita, nos termos do artigo 6.°, dezanove meses mais cedo.

98. Se as razões dadas em Maio de 1990 e reiteradas em Dezembro de 1991 eram suficientes para decidir sobre a denúncia, podiam ter sido indicadas anos antes, o que teria evitado a presente acção. Tendo em consideração o historial do processo, não é provável que as demandantes tivessem obtido, mesmo agora, uma decisão da Comissão, se não tivessem intentado e mantido a presente acção. Por força do artigo 87.°, n.° 6, do nosso Regulamento de Processo, o Tribunal tem inteira liberdade para decidir sobre as despesas. Penso que a justiça exige que a Comissão suporte as despesas de uma acção que, mesmo que actualmente sem objecto, alcançou, pelo menos em parte, o seu objectivo ao produzir uma decisão impugnável.

99. Proponho, por conseguinte, que o Tribunal declare, no processo Asia Motor France, que se verifica a inutilidade superveniente da lide, com excepção das despesas, e que condene a Comissão nas despesas efectuadas pelas demandantes.

100. Um advogado-geral deve normalmente pronunciar-se sobre o mérito de um processo, mesmo se tiver chegado à conclusão de que este deve ser decidido num âmbito diferente. No caso vertente, as questões de mérito são objecto de outro processo, mais adequado. Não direi, por conseguinte, mais nada sobre o processo Asia Motor France.

O mérito no processo Automec

101. A carta do comissário, de 28 de Fevereiro de 1990, à Automec (citada no n.° 43), apresenta dois argumentos para o indeferimento do pedido da Automec: em primeiro lugar, a Comissão não tem poder, nos termos do artigo 85.°, para decretar uma injunção positiva, obrigando a BMW a retomar os seus fornecimentos à Automec; e, em segundo lugar, a denúncia da Automec pode ser melhor encaminhada nos tribunais italianos. No que diz respeito ao segundo argumento, a carta refere o poder da Comissão de conferir diferentes graus de prioridade no exame das alegadas infracções e a inexistência de um interesse comunitário suficiente que justifique aprofundar a instrução da denúncia da Automec.

102. Uma vez que o Tribunal se debruça sobre os fundamentos que lhe são apresentados e não sobre aqueles que lhe poderiam ter sido apresentados, é possível afastar dois argumentos que nos foram apresentados. De acordo com o primeiro argumento, apresentado de forma hesitante e intermitente, a Comissão dispõe de total poder discricionário quanto ao seguimento a dar às denúncias em matéria de concorrência e este poder não é susceptível de fiscalização jurisdicional. Os acórdãos Demo-Studio Schmidt e CICCE (já referidos nos n.os 16 e 17) bastam para afastar este argumento.

103. De acordo com o segundo argumento, qualquer que possa ter sido a situação no passado, a Comissão já não tem meios, incluindo de pessoal, na DG IV, para dar seguimento a todas as denúncias em matéria de concorrência. Foi-nos indicado que a DG IV dispõe actualmente de 28 lugares de categoria A na Direcção A, responsável pelas questões gerais; de 90 lugares (dos quais 4 % a 5 % estão vagos) nas Direcções sectoriais B, C e D; de 44 na Direcção E, responsável pelos auxílios estatais, e de 28 lugares na *task-force* responsável pelas concentrações. A escassez de pessoal na DG IV já foi objecto de comentários há alguns anos atrás [15], se bem que, até um passado recente, a Comissão ainda distribuísse uma brochura de informação destinada às empresas, que indicava:

«Quando uma denúncia é apresentada por uma parte que tem um interesse legítimo na questão, a Comissão examina se existe de facto violação das regras de concorrência. No caso de a denúncia ser fundamentada, a Comissão poderá então tomar as medidas necessárias para pôr termo à infracção» [16].

104. Não compete ao Tribunal decidir se a Comissão padece actualmente de escassez de pessoal. A escassez de pessoal, mesmo devida a restrições orçamentais de que a Comissão não é responsável, não pode justificar a recusa de cumprir uma obrigação jurídica. Poderá, por outro lado, justificar a definição de prioridades, podendo o cumprimento da obrigação ser mais urgente nuns casos do que noutros. É o que a Comissão diz ter feito no *Décimo Sétimo Relatório sobre a Política de Concorrência* (1988), se bem que os critérios aí indicados (no n.° 9) sejam, pelo menos, redigidos em estilo telegráfico.

105. Um sistema de prioridades completa e claramente definidas não pode, em si mesmo, justificar a *rejeição* de uma denúncia que contenha elementos que provem, *prima facie*, a existência de uma violação das regras de concorrência. Isto decorre claramente dos acórdãos Demo-Studio Schmidt e CICCE. Nem, em meu entender, a acção da Comissão pode ser subtraída à fiscalização jurisdicional por referência a uma noção vaga de «interesse comunitário» definida casuisticamente pela própria Comissão. Mas a Comissão foi mais longe do que isso no caso em apreço.

106. Enquanto a carta do comissário à Automec refere as prioridades da Comissão e a ausência de um «interesse comunitário» suficiente, a substância dos motivos da rejeição

15 — V., por exemplo, o relatório do House of Lords Select Committee on the *European Communities, European Union, 14th Report of Session 1984/85*, n.° 51, p. xxi, e o depoimento dos Dr. Ehlermann e Dr. Glaesner, p. 106, QQ.165-166.

16 — Règles de concurrence de la Communauté européenne — Guide pour les petites et les moyennes entreprises, novembre 1983, p. 46, reeditada com o título As regras de Concorrência no Mercado Único, Fascículo 1/89, Março 1989, p. 48.

da denúncia seria a mesma na ausência destas referências. Os motivos de mérito apresentados são, como disse, a falta de poder da Comissão para decretar uma injunção positiva e a possibilidade de obter satisfação nos tribunais italianos.

107. Não acho que o argumento baseado na falta de poder de injunção seja convincente. Com efeito, a Comissão diz à Automec: «Pedem-nos para intimarmos a BMW a retomar os seus fornecimentos; não podemos fazê-lo; por conseguinte, indeferimos o vosso pedido.» Ora, a questão que se coloca à Comissão não é a de saber se tem o poder de adoptar a decisão solicitada. A primeira questão a examinar é a de saber, como o Tribunal de Justiça declarou no acórdão CICCE, se as regras de concorrência do Tratado foram violadas. Se, e apenas neste caso, a Comissão considerar que as regras de concorrência foram violadas, é que se coloca a questão da decisão a tomar. Se a Comissão, após ter provado uma infracção, não pode adoptar a decisão solicitada pelo autor da denúncia, pode sem qualquer dúvida proferir uma decisão para que seja posto termo à infracção e aplicar coimas e outras sanções pecuniárias a fim de fazer executar essa decisão. Tal decisão pode perfeitamente ter o mesmo efeito prático que uma injunção positiva.

108. Por conseguinte, sou de opinião de que o primeiro argumento do indeferimento da denúncia da Automec não procede, e não é necessário investigar se a Comissão tem o poder, por força do artigo 85.°, de pronunciar uma injunção positiva.

109. No que diz respeito ao segundo argumento do indeferimento, a Comissão referiu-se largamente, neste processo e noutros, à possibilidade de se obter satisfação nos tribunais nacionais. Ora, é importante relembrar, apesar de ser evidente, que os órgãos jurisdicionais nacionais são órgãos jurisdicionais *nacionais.* O Tratado não lhes confere qualquer competência supranacional.

110. Para a vítima de um comportamento contrário à concorrência se socorrer das vias processuais nacionais, tem, antes de mais, de encontrar um tribunal competente e disposto a exercer essa competência relativamente à outra parte quanto ao comportamento em causa. As Convenções de Bruxelas ou de Lugano podem aplicar-se, mas ainda não é claro como devem ser tratadas, no quadro destas convenções, as acções de particulares que visam fazer respeitar direitos que decorrem directamente dos artigos 85.° e 86.° Pode dar-se o caso de, numa determinada situação, nenhum órgão jurisdicional de um Estado da Comunidade ou da EFTA estar disposto a declarar-se competente. Os órgãos jurisdicionais dos países exteriores à Comunidade e à EFTA, que aplicam as suas próprias regras, podem não estar dispostos a aplicar o direito comunitário da concorrência.

111. Supondo que a parte lesada tenha encontrado um órgão jurisdicional disposto a julgar o mérito do litígio, poderá este órgão jurisdicional conceder medidas provisórias para salvaguardar os seus interesses antes de ser proferida uma decisão definitiva? As disposições nacionais aplicáveis podem não prever medidas provisórias exequíveis, e ainda não é claro exactamente em que medida as convenções as tornaram exequíveis,

para além dos limites da competência nacional. Se a parte lesada é obrigada a intentar acções separadas em cada Estado em que lhe é necessário obter medidas provisórias eficazes, pode encontrar-se limitada em tempo, meios e dinheiro.

112. Seguidamente, coloca-se o problema da obtenção de provas. Um órgão jurisdicional não pode normalmente efectuar diligências de instrução no território de outro Estado. Nem todos os Estados-membros são signatários das Convenções de Haia de 1954 (relativa ao processo civil) e de 1970 (sobre a obtenção de provas no estrangeiro), mesmo supondo que os processos ao abrigo dos artigos 85.° e 86.° se incluem no âmbito de aplicação destas convenções. Na medida em que estas convenções se apliquem, elas são objecto de reservas. Por exemplo, o artigo 23.° da Convenção de 1970 autoriza um Estado a declarar que não executará cartas rogatórias destinadas a obter a apresentação de documentos antes do julgamento (procedimento conhecido nos Estados da Common Law sob a designação de «pre-trial discovery of documents»). Todos os Estados contratantes, com excepção dos Estados Unidos da América, fizeram esta reserva sob uma forma ou outra. Estas reservas e a incerteza relativamente ao seu alcance tornaram muito difícil a obtenção de documentos em certos países.

113. A execução dos pedidos de cooperação judiciária está igualmente submetida às disposições nacionais do Estado da execução. Em Inglaterra, uma destas disposições prevê que uma pessoa não é obrigada a apresentar um documento se esta apresentação a expuser a procedimentos penais ou à aplicação de uma sanção pecuniária. Em 1977, a House of Lords considerou que o risco de coimas aplicadas pela Comissão por violação das regras de concorrência da CEE era abrangido por esta disposição [17]. Este órgão jurisdicional rejeitou, por conseguinte, um pedido de cooperação de um tribunal americano chamado a decidir numa acção de natureza privada, tendo por objecto uma pretensa violação do direito *antitrust* americano. A aplicação de semelhante regra no contexto das acções baseadas nos artigos 85.° ou 86.° é susceptível de tornar impossível, na prática, a obtenção de provas.

114. As medidas coercivas para obtenção de depoimentos ou a produção de documentos estão, em qualquer caso, sujeitas às regras nacionais, que podem variar consideravelmente no seu alcance e nos seus efeitos. A experiência mostra que, em processos de concorrência, elementos de prova essenciais são susceptíveis de se encontrar na posse do potencial demandado, donde os poderes alargados conferidos à Comissão no âmbito do Regulamento n.° 17. Sem coacção — ou ameaça de coacção —, uma empresa que se encontre em infracção aos artigos 85.° ou 86.° dificilmente apresentará esses elementos. Nem sempre se encontrará um órgão jurisdicional nacional que tenha simultaneamente a possibilidade e a vontade de aplicar medidas coercivas.

115. A execução no interior da Comunidade de uma decisão transitada em julgado não deve ser muito difícil, na condição de se aplicar a Convenção de Bruxelas. Todavia, isso de pouco servirá à verdadeira vítima de um comportamento ilegal, se não puder encontrar um órgão jurisdicional disposto a declarar-se competente ou a ordenar as me-

17 — Rio Tinto Zinc Corporation v. Westinghouse Electric Corporation (AC — Appeal Cases — 1978, p. 547), que aplica o artigo 14.° do Civil Evidence Act 1968 (lei de 1968 relativa à prova em matéria civil).

didas provisórias necessárias, ou se não puder obter os elementos que provam as suas alegações.

116. A possibilidade de obter satisfação junto dos órgãos jurisdicionais nacionais não é uma questão fácil. A Comissão não pode, em resposta a uma verdadeira denúncia, limitar-se a repetir uma fórmula ritual de que é possível obter satisfação junto dos órgãos jurisdicionais nacionais. A Comissão deve reflectir cuidadosamente sobre a questão de saber se é efectivamente possível obter desse modo satisfação, ou se é obrigada a utilizar os seus próprios poderes.

117. No caso vertente, a Comissão reflectiu sobre a possibilidade de obter satisfação junto dos órgãos jurisdicionais italianos. Com efeito, a Comissão conclui que o litígio é um litígio italiano que já foi submetido aos órgãos jurisdicionais italianos e em relação ao qual estes últimos estão melhor colocados do que a Comissão para decidir. O advogado da recorrente só pôde apresentar dois argumentos substanciais em sentido contrário. Um é o de que a sociedade-mãe BMW na Alemanha (BMW AG) não pode ser demandada em Itália. O segundo é o de que o recurso da Automec envolve a aplicação de regulamentos de isenção por categoria, relativamente aos quais a Comissão tem competência exclusiva.

118. Não fui convencido de qualquer necessidade, para a Automec, de processar a sociedade-mãe BMW na Alemanha com vista a assegurar uma efectiva satisfação. Também não fui capaz de compreender em que medida o recurso da Automec levaria o órgão jurisdicional nacional a usurpar a competência exclusiva da Comissão para aplicar o artigo 85.°, n.° 3.

119. Sou de opinião, por conseguinte, de que a Comissão estava no direito de decidir não dar seguimento à instrução da denúncia da Automec, pelos fundamentos expostos no ponto 2 da carta do comissário de 28 de Fevereiro de 1990. Proponho, por conseguinte, que seja negado provimento ao recurso.

Conclusão

Pelas anteriores razões, proponho que o Tribunal decida nestes processos da seguinte forma:

«No processo T-24/90, Automec/Comissão, deve ser negado provimento ao recurso e a recorrente deve ser condenada nas despesas.

No processo T-28/90, Asia Motor France e o./Comissão, deve ser negado provimento à acção, na parte em que se baseia no artigo 178.° do Tratado, e, na parte em que se baseia no artigo 175.°, deve ser declarada a inutilidade superveniente da lide. A Comissão deve ser condenada nas despesas.»