CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL MARCO DARMON

apresentadas em 25 de Maio de 1988 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Por despacho de 16 de Dezembro de 1987, o Tribunal decidiu apensar, para efeitos da audiência e do acórdão, os dez processos que têm por objecto a anulação da Decisão 85/202/CEE da Comissão, de 19 de Dezembro de 1984, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.° do Tratado CEE [1]. Cinco meses antes, em 8 de Julho de 1987, o Tribunal entendera oportuno dissociar do debate quanto ao fundo, em que estão em causa os acordos, decisões de associações de empresas ou práticas concertadas na indústria da pasta de papel que teriam sido praticados pelos destinatários da decisão, todos estabelecidos fora da Comunidade, a questão da competência comunitária em matéria de aplicação das regras de concorrência do Tratado às empresas de estados terceiros e a questão, específica de um desses processos, respeitante às relações entre o acordo de comércio livre com a Finlândia e o artigo 85.° do Tratado [2].

2. As partes e o Governo do Reino Unido (admitido, por despacho de 9 de Outubro de 1985, a intervir em apoio dos pedidos da Comissão nos seis processos em que a competência desta, desde a interposição dos recursos, foi contestada) foram ouvidos a 12 de Janeiro de 1988 sobre esta questão. É sobre esta última que apresentamos hoje as nossas conclusões.

3. É o fundamento invocado pela Comissão na decisão impugnada para fundamentar a sua competência — a localização dos efeitos [3] — que é contestado pelas recorrentes e desaprovado pelo Governo do Reino Unido. Quaisquer que sejam as suas tomadas de posição sobre este assunto noutros contextos e mesmo que, como alguns não deixaram de salientar, a Comissão tenha tido tendência nos seus articulados para invocar a localização tanto dos efeitos como do comportamento anticoncorrencial, é tendo em conta o primeiro aspecto que nos parece dever ser decidida a questão da competência comunitária.

4. Nisto, divergimos do Governo britânico, que convidou o Tribunal a resolver o litígio considerando que no caso vertente se trata de uma manifestação do exercício duma competência territorial, admitida tanto pelo direito comunitário como pelo direito internacional.

5. É com argumentos colhidos destas duas disciplinas que os adversários da teoria dos efeitos procuram combatê-la. A objecção comum esgrimida contra a decisão da Co-

* Trdução do francês.

1 — JO L 85 de 26.3.1985, p. 1.

2 — Além do argumento relativo ao Acordo de Comércio Livre com a Finlândia, específico do seu processo, as recorrentes no processo 89/85, como a maior parte das outras recorentes, contestam a competência da Comissão para aplicar as regras de concorrência comunitárias apenas com base na teoria dita da «localização dos efeitos». Notemos, no entanto, que a recorrente no processo 104/85 não pôs em causa a competência da Comissão e que, na audiência, a recorrente no processo 116/85 não levantou objecções quanto à competência da Comissão, explicando, em carta de 29 de Outubro de 1987, a sua passividade inicial pela consideração de que o Tribunal teria de examinar essa questão *ex officio*, aderindo, no entanto, quanto a este ponto, aos argumentos apresentados pelas outras recorrentes. Na audiência, confirmou esta posição, remetendo para o prudente arbítrio do Tribunal quanto a esta questão. A recorrente no processo 117/85 não alegou a incompetência, e na audiência, aderiu às posições das outras recorrentes.

3 — Nº 79 da decisão impugnada.

missão articula-se à volta de dois eixos: nem o direito comunitário nem o direito internacional autorizariam a aplicação das normas do direito comunitário da concorrência às empresas estabelecidas fora da Comunidade unicamente em virtude dos efeitos produzidos no interior desta.

6. Após análise destes dois aspectos, convirá lembrar os ensinamentos tirados da jurisprudência americana, particularmente rica neste domínio. Proporemos ao Tribunal, em seguida, os critérios a considerar para fundamentar a competência comunitária em relação a empresas estabelecidas fora da Comunidade e, designadamente à luz desses critérios, abordaremos a situação específica da KEA. Por fim, referiremos o problema específico da relação entre o Acordo de Comércio Livre com a República da Finlândia e o artigo 85.° do Tratado CEE.

I — A teoria dos efeitos à luz do direito comunitário

7. Quaisquer que sejam as particularidades de cada um dos processos, a contestação da competência comunitária para aplicar o direito da concorrência às empresas estabelecidas fora da Comunidade assenta em duas considerações. Em primeiro lugar, sustenta-se que não há nada, no texto do artigo 85.° do Tratado, que permita torná-lo extensível às empresas fora da Comunidade apenas por causa dos efeitos anticoncorrenciais produzidos no território da Comunidade. Em segundo lugar, pensa-se poder deduzir da jurisprudência do Tribunal uma rejeição da teoria dos efeitos. Declaremos desde já que vamos propor ao Tribunal que não leve em consideração qualquer destas duas objecções.

1. O *texto do artigo 85.°*

8. A leitura do artigo 85.° do Tratado permite geralmente sustentar que o direito comunitário da concorrência é aplicável, pela sua própria vocação, desde que efeitos anticoncorrenciais se tenham produzido no território da Comunidade. A afectação do comércio entre Estados-membros constitui o critério de demarcação entre as competências comunitária e nacional na matéria. São os acordos, decisões e práticas concertadas que têm «por objecto ou por efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum» que são proibidos e declarados incompatíveis com o Tratado.

9. Tendo em conta esse texto, a maior parte da doutrina considera que nem a nacionalidade nem a localização geográfica da empresa, mas antes a localização do efeito anticoncorrencial é que constitui o critério de aplicação do direito comunitário da concorrência [4].

10. Na realidade, não é certo que a noção de efeito prevista no artigo 85.° do Tratado seja, em rigor, o fundamento da competência. Tal noção — como, aliás, a de objecto [5] —, permite infalivelmente provar uma infracção ao direito substantivo da concorrência

4 — Bernini, G.: «As regras de concorrência», em *Trinta anos de direito comunitário*, Serviço das Publicações Oficiais das Comunidades Europeias, 1982, p. 345, especialmente p. 375. Goldman, B.: *Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence*, RCADI, 1969 (III), p. 635, especialmente p. 676 e seguintes; *Les effets juridiques extraterritoriaux de la politique de la concurrence*, RMC, 1972, p. 612, especialmente p. 614 e 615. Bischoff, J. N., e Kovar, R.: *L'application du droit communautaire de la concurrence aux entreprises établies à l'extérieur de la Communauté*, JDI (Clunet), 1975, p. 675, especialmente p. 684. Schapira, J., Le Tallec, G., Blaise, J.-B.: *Droit européen des affaires*, PUF, Thémis, 1984, p. 245. Mégret, J., Louis, J.-V., Vignes, D., Waelbroeck, M.: *Le droit de la Communauté économique européenne*, volume 4: «Concurrence», éditions de l'université de Bruxelles, 1972, p. 110 e 111. Soufflet, J.: *La compétence extraterritoriale du droit de la concurrence de la Communauté économique européenne*, JDI (Clunet), 1971, p. 487, especialmente p. 491.

5 — Focsaneaunu, L.: *Pour objet ou pour effet*, RMC, 1966, p. 862.

na hipótese de a competência comunitária ser, ela própria, incontestável. Mas pode ser chamada a desempenhar uma outra função, enquanto critério de competência, e o seu conteúdo não é, então, necessariamente idêntico ao do efeito em direito substantivo. Voltaremos a este ponto.

2. *A lição extraída da jurisprudência do Tribunal*

11. Se a jurisprudência do Tribunal, até ao presente, não consagrou a teoria dos efeitos em matéria de aplicação do direito da concorrência às empresas situadas fora da Comunidade, não poderá daí deduzir-se que o Tribunal a enjeite.

12. O processo mais frequentemente invocado neste debate é o chamado caso das «*matérias colorantes*» [6]. Nos acórdãos do Tribunal de 14 de Julho de 1972, ainda que o Tribunal tenha sido convidado pelo advogado-geral Mayras a considerar o critério dos efeitos — qualificados, é certo — para nele basear a competência comunitária em relação a empresas situadas fora da Comunidade, o Tribunal preferiu reconhecê-la com fundamento na unidade da empresa. Isso não significa, de modo algum, que o local da produção dos efeitos não seja um título de competência suficiente [7]. Como observou justamente a propósito dessa decisão o professor Goldman, «não convém tornar eloquentes os silêncios do Tribunal» [8].

13. Não é possível extrair dos acórdãos do Tribunal sobre a matéria argumentos concludentes favoráveis à teoria dos efeitos, mesmo que alguns contenham afirmações que podem ir em tal sentido. Assim, por exemplo, quando o Tribunal declara, no acórdão Beguelin, «que o facto de uma das empresas participantes no acordo estar sediada num país terceiro não constitui obstáculo à aplicação» do artigo 85.° do Tratado «desde que o acordo produza os seus efeitos no território do mercado comum» [9], não convirá ignorar totalmente a circunstância de, neste processo, se tratar de um acordo de concessão exclusiva em que uma das partes estava estabelecida na Comunidade.

14. Por outras palavras, a jurisprudência do Tribunal *relativa ao direito da concorrência* não permite concluir nem pela adopção nem pela rejeição da localização dos efeitos como critério de aplicabilidade do direito comunitário às empresas sediadas fora da Comunidade.

15. Pelo contrário, pode encontrar-se apoio para a aplicação da teoria dos efeitos no acórdão Walreve e Koch. Neste acórdão, proferido a propósito do princípio da não-discriminação em razão da nacionalidade, considerado nas suas relações com as disposições do Tratado relativas à liberdade de circulação dos trabalhadores e de prestação de serviços, o Tribunal declarou:

«o princípio da não discriminação, pelo facto de ser imperativo, impõe-se na apreciação de todas as relações jurídicas, sempre que essas relações, tanto em razão do lugar onde são constituídas como *do lugar em que produzem os seus efeitos*, podem ser localizadas no território da Comunidade» [10].

6 — Processos 48/69, Imperial Chemical Industries, Recueil 1972, p. 619, 52/69, J. R. Geigy AG, Recueil 1972, p. 787, e 53/69, Sandoz AG, Recueil 1972, p. 845.

7 — Ver J.-M. Bischoff e R. Kovar, artigo já citado, p. 684.

8 — Goldman, B.: «International law association», *Report of the 55th Conference*, New York, 1972, p. 128.

9 — Processo 22/71, acórdão de 25 de Novembro de 1971, Recueil, p. 949, n.° 11.

10 — Processo 36/74, acórdão de 12 de Dezembro de 1974, Recueil, p. 1405, n.° 28, sublinhado nosso.

16. Tratava-se, nesse processo, duma regra da União Ciclista Internacional, cuja sede era em Genebra. Perante o Tribunal, essa organização julgou poder extrair um argumento dos acórdãos do Tribunal proferidos nos processos Geigy[11] e Continental Can[12] contra a teoria da localização dos efeitos, pelo facto de esse critério não ter sido observado nessas decisões.

17. Este argumento é que dá especial significado à resposta do Tribunal. Alguns não deixaram de concluir daí que a localização dos efeitos constitui um fundamento da competência comunitária que, se bem que enunciado noutro domínio, pode ser invocado no da concorrência[13]. Se a tomada de posição do Tribunal no acórdão Walrave e Koch é transponível para o direito da concorrência (e não vemos por que razão não o há-de ser), é legítimo sustentar que, longe de repudiar a teoria dos efeitos, o Tribunal não hesitou em subscrevê-la.

18. Não se poderá, no entanto, ficar satisfeito com tal afirmação. Em semelhante matéria, com efeito, importa verificar se tal critério é ou não conforme às exigências e à prática do direito internacional.

II — A teoria dos efeitos à luz do direito internacional

19. Dois fundamentos da competência dos estados são incontestados em direito internacional: a *territorialidade* e a *nacionalidade*[14]. A primeira reconhece competência jurisdicional a um Estado desde que a pessoa ou o bem em causa nele estejam situados ou que o evento em questão nele se tenha desenrolado. A segunda consagra semelhante competência em relação aos nacionais do Estado em causa.

20. A territorialidade, ela mesmo, gerou dois princípios de competência distintos:

— a territorialidade *subjectiva*, que permite sujeitar à competência de um Estado os actos que tenham origem no seu território, mesmo que a sua consumação tenha ocorrido no estrangeiro,

— a territorialidade *objectiva*, que lhe permite, inversamente, conhecer dos actos cujo início de execução tenha ocorrido no estrangeiro mas cujo cumprimento, pelo menos parcial, ocorreu no seu próprio território.

21. O princípio da territorialidade objectiva desempenhou um papel determinante na extensão das competências nacionais em matéria de concorrência. É dele que procede a teoria da localização dos efeitos, na qual se baseia a competência de um Estado para conhecer destes últimos, mesmo que o comportamento que lhes deu origem não se tenha verificado no seu território.

22. Essa localização constituirá um título de competência conforme às regras do direito internacional? Para responder a esta questão, convêm, em primeiro lugar, tomar em consideração a própria natureza do direito internacional. Este será atributivo de competências, no sentido de que o Estado que procure exercer a sua jurisdição deve provar a existência duma norma de direito internacional que a tanto o autorize? Tratar-se-á, pelo contrário, de um direito que, respeitando a plenitude das competências

11 — Processo 52/69, acórdão de 14 de Julho de 1972, Recueil, p. 826.

12 — Processo 6/62, acórdão de 21 de Fevereiro de 1973, Recueil, p. 241.

13 — Delannay, Ph.: *Observations sous l'arrêt 36/74, Walrave e Koch*, CDE, 1976, p. 209, especialmente p. 224.

14 — Ver, por exemplo, Higgins, R.: «The legal bases of jurisdiction», in Olmstead, C. J. (ed): *Extra-territorial Application of Laws and Responses thereto*, Oxford, ILA e ECS, 1984, p. 3.

estatais — corolário da soberania —, se limita a colocar certos limites ao exercício desta, a qual, na falta de normas proibitivas, permanece intacta?

23. A doutrina divide-se quanto a esta questão. O debate gerou-se essencialmente a propósito do significado e do alcance do acórdão Lotus, proferido em 7 de Setembro de 1927 pelo Tribunal Permanente de Justiça Internacional [15]. Essa decisão, proferida graças ao voto de qualidade do presidente, afirma nomeadamente que o direito internacional não proíbe um Estado

«de exercer, no seu próprio território, a sua jurisdição em qualquer processo em que se trate de factos que ocorreram no estrangeiro e em que não pode apoiar-se numa norma permissiva de direito internacional. Semelhante tese só poderia ser sustentada se o direito internacional proibisse os Estados, de forma geral, de incluir no âmbito de competência das suas leis e de submeter à jurisdição dos seus tribunais pessoas, bens e actos fora do seu território, e se, por derrogação a essa norma geral proibitiva, permitisse aos estados fazê-lo em casos especialmente determinados. Ora, tal não é certamente a situação actual do direito internacional. Longe de proibir, os Estados, de forma geral, de alargar o âmbito de competência das suas leis e da sua jurisdição a pessoas, bens e actos para além do seu território, deixa-lhes, neste aspecto, uma ampla liberdade, que apenas é limitada em alguns casos por normas proibitivas; em relação aos outros casos, cada Estado continua a dispor da liberdade de adoptar os princípios que julgar melhores e mais convenientes. É essa liberdade que o direito internacional deixa aos Estados, que explica a variedade das normas que puderam adoptar sem oposição ou reclamações da parte de outros estados... O máximo que pode exigir-se de um Estado é não ultrapassar os limites que o direito internacional traça à sua competência, residindo na sua soberania o fundamento para a jurisdição que exerce dentro desses limites» [16].

Esta afirmação alcança todo o seu significado quando confrontada com aquela em que o Tribunal Permanente declara que «o direito internacional rege as relações entre estados independentes» e proclama que, «por isso, as limitações à independência dos estados não se presumem» [17].

24. A posição do direito internacional, quanto a este ponto, foi retomada e aperfeiçoada por Sir Gerald Fitzmaurice nas suas conclusões pessoais relativas ao acórdão proferido pelo Tribunal Internacional de Justiça em 5 de Fevereiro de 1970 no processo Barcelona Traction:

«É verdade que, no momento actual, o direito internacional não impõe aos Estados qualquer norma rígida de delimitação do domínio da sua competência nacional em semelhantes matérias (e existem evidentemente outras: por exemplo, as questões de transportes marítimos, a legislação *antitrust*, etc.), mas deixa-lhes neste aspecto uma grande liberdade. Todavia: a) postula *a existência* de limites, mesmo que, em cada caso, seja ao tribunal que incumbe eventualmente defini-los, para efeitos do processo objecto de análise; b) impõe a todos os Estados a obrigação de darem provas de moderação e prudência quanto à extensão da competência que os seus órgãos jurisdicionais se arrogam nos processos que comportem um elemento de conexão com o estrangeiro, e de evitarem usurpar indevidamente a competência de outro Estado quando esta tiver melhor fundamento ou puder ser exercida de forma mais adequada» [18].

15 — *Recueil des arrêts*, publications de la Cour permanente de justice internationale, série A-J 10.

16 — Ibidem, p. 19

17 — Ibidem, p. 18.

18 — Cour internationale de justice: *Recueil des arrêts*, «Avis consultatifs et ordonnances», 1970, p. 65, especialmente p. 105.

25. Uma outra passagem do acórdão Lotus foi invocada por certos autores para atenuar o seu alcance quanto ao reconhecimento da teoria dos efeitos como fundamento da competência estatal. O Tribunal Permanente esclareceu nesse acórdão que mesmo os tribunais dos Estados que aderem a uma concepção estritamente territorial da legislação penal interpretam esta de maneira a incluir no seu âmbito de aplicação infracções cometidas no estrangeiro, se foi no território nacional «que se verificou um dos elementos constitutivos do delito e sobretudo se se produziram aí os seus efeitos» [19]. Mais longe, no seu acórdão, o Tribunal Permanente salienta que, no caso em apreço, entre o acto e os seus efeitos «há uma indivisibilidade jurídica absoluta» [20], o que conduziu certos autores a sustentar que só tais circunstâncias permitirão a um Estado exercer a sua competência com base no princípio da territorialidade objectiva.

26. Mas, a supor que o Tribunal Permanente, ao decidir assim, tenha querido limitar a competência estatal baseada na territorialidade objectiva ao caso em que o efeito manifestado no seu território é ele mesmo um elemento constitutivo da infracção, daí não decorreria qualquer consequência quanto à aplicação das regras de concorrência comunitárias às empresas estabelecidas fora da Comunidade. O artigo 85.° do Tratado — repetimo-lo — proíbe qualquer acordo, decisão ou prática concertada que tenha por efeito «impedir, restringir ou falsear a concorrência no interior do mercado comum». Tal efeito não será necessariamente um elemento constitutivo da infracção [21]? Tal é a opinião do advogado-geral Mayras quando declara que «no direito que regula os acordos, decisões de associações de empresas ou práticas concertadas» se deve «admitir que o próprio efeito da infracção é um dos seus elementos constitutivos e, provavelmente até, o elemento essencial» [22].

27. Por isso, ainda que, por outras razões, se possa colocar a questão: «o Lotus ainda navega?» [23], parece não haver dúvida de que o princípio assim extraído, certamente criticado na doutrina mas não refutado até hoje pela jurisprudência internacional, permite concluir pela conformidade com as normas do direito internacional da tomada em conta da localização dos efeitos como fundamento da competência dos Estados [24]. E o que é assim reconhecido aos Estados deve necessariamente sê-lo à Comunidade, enquanto sujeito de direito internacional, nos casos em que a competência comunitária se substitui à dos Estados-membros.

28. A competência assim reconhecida é uma «jurisdiction to prescribe», poder do Estado de «decretar normas gerais ou decisões individuais através dos seus órgãos legislativos, executivos ou jurisdicionais» [25]. Não poderá entender-se como uma «jurisdiction to enforce», «poder que possui o Estado de executar uma norma geral ou uma decisão individual por actos materiais de execução que podem ir até ao exercício do poder de coerção estatal» [26]. Essa opinião é largamente partilhada por aqueles que admitem que a teoria dos efeitos pode servir

19 — Ibidem, p. 23.

20 — Ibidem, p. 30.

21 — Åkehurst, M.: *Jurisdiction in International Law*, BYIL, 1972-1973, p. 145, especialmente p. 195 e 196. Goldman, B.: *Les champs d'application territoriale des lois sur la concurrence*, RCADI, 1969 (III), p. 635, especialmente p. 701.

22 — Conclusões nos processos apensos 48, 52 e 53/69, já referidos, p. 669, especialmente p. 700.

23 — Julliard, P.: «L'application extraterritoriale de la loi économique», in *L'application extraterritoriale du droit économique*, Cahiers du Cedin, já citado, p. 13, especialmente p. 24.

24 — A este propósito, P. Demaret escreveu: «O acórdão Lotus foi proferido por maioria tangencial. Mas o *dictum* já citado corresponde à realidade internacional de 1927 e, sem dúvida, ainda à de hoje», *L'extraterritorialité des lois et les relations transatlantiques: une question de droit ou de diplomatie?* CDE, 1985, p. 1, especialmente p. 26.

25 — Stern, B.: *Quelques observations sur les règles internationales relatives à l'application extra-territoriale du droit*, AFDI, 1986, p. 7, especialmente p. 11.

26 — Ibidem.

de base a uma competência dos Estados. Aliás, é essencialmente contra as medidas tomadas com base na competência de execução que cerca de vinte estados adoptaram as chamadas «leis de blocagem» [27]. Mas deve então colocar-se a questão de saber se o poder de aplicar uma multa pertence à competência normativa ou à de execução.

29. Quando um acordo, decisão de associação de empresas ou prática concertada são declarados ilegais e é aplicada uma multa, reconhece-se geralmente que se trata do exercício da competência normativa. O que o direito internacional proíbe ao Estado é, para retomar a fórmula do acórdão Lotus, «salvo se existir uma norma em sentido contrário que o autorize, o exercício do seu poder no território de outro Estado» [28].

30. O que fica excluído, portanto, são medidas concretas de execução e de coerção. Mas, como se escreveu, «ordenar não é coagir» [29]. E nós subscrevemos, por nossa parte, a seguinte análise do Prof. Goldman:

«A condenação no pagamento de uma multa, desde que sancione factos que caiam sob a alçada da lei do foro em razão dos efeitos que produzem no território do foro... está indissoluvelmente ligada, como a ocorrência ou a declaração da nulidade, à aplicação da lei competente nessa hipótese; recusar ao juiz o direito de proferi-la seria privar de qualquer significado esta "competência legislativa"» [30].

Foi neste sentido que se pronunciou o advogado-geral Mayras nas suas conclusões relativas aos acórdãos «matérias colorantes»:

«Há que distinguir o facto de aplicar uma sanção pecuniária tendente a reprimir um comportamento anticoncorrencial (como, aliás, a prevenir a sua continuação ou reiteração) da cobrança da multa aplicada, que, em caso de recusa por parte da empresa condenada a pagá-la, apenas poderá ser efectuada por via de execução coactiva» [31].

31. Adiantados estes esclarecimentos, é, sem dúvida, o direito americano que fornece o exemplo das reflexões e tentativas mais sérias para determinar as circunstâncias que permitem a um Estado exercer a sua competência normativa em situações que comportam elementos de conexão com o estrangeiro. Isto não surpreende. O *Sherman Act* remonta a 1890. Deu lugar a uma jurisprudência e uma doutrina abundantes, traduzindo a preocupação de conciliar interesses nacionais legítimos com imperativos do direito e das relações internacionais. Tal é a razão que nos conduz a invocar as decisões mais importantes.

III — Os ensinamentos do direito americano

32. No início, os tribunais americanos ativeram-se à estrita aplicação do critério da territorialidade. Uma das expressões mais

27 — Ver, por exemplo, Atwood, J. R.: «Blocking statutes and sovereign compulsion: recent developments and the proposed restatement», in Hawk, B. E. (ed): *Antitrust and Trade Policies in the United States and the European Community*, Annual Proceeding of the Fordham Corporate Law Institute, New York, Matthew Bender, 1986, capítulo 16, p. 327. Collins, L.: «Blocking and clawback statutes: The United Kingdom approach», *Journal of Business Law*, 1986, p. 372 e 452.

28 — Já citado, p. 18.

29 — Goldman, B., e Lyon-Caen, A.: *Droit commercial européen*, Dalloz, quarta edição, 1983, p. 886.

30 — Goldman, B.: *Observations sur les arrêts «matières colorantes»*, JDI (Clunet), 1973, p. 935.

31 — Recueil 1972, p. 701.

célebres, a este propósito, é a do juiz Oliver Wendell Holmes a propósito do processo American Banana [32]: «All legislation is prima facie territorial» («Qualquer legislação é, *a priori*, territorial»). E prosseguia afirmando que, segundo um princípio geral, até mesmo universal, a legalidade ou ilegalidade de um acto é exclusivamente determinada pelo direito do Estado em cujo território se verificou.

33. Foi necessário esperar por 1945 e pelo acórdão Alcoa [33] para ver consagrada a doutrina dos efeitos na sua forma mais absoluta. Até essa decisão, as empresas estabelecidas no estrangeiro só foram condenadas nos Estados Unidos em razão do seu comportamento no território desse país e o princípio da territorialidade objectiva, conhecido de outros ramos do direito, não foi invocado em processos que versavam sobre práticas concertadas [34]. Decidido por um tribunal especialmente constituído, o processo Alcoa permitiu ao juiz Learned Hand afirmar que, na interpretação da legislação interna relativa a práticas concertadas, importa tomar em consideração os limites geralmente observados pelos Estados no exercício das suas competências. E o juiz Learned Hand prosseguiu com estas palavras que não deixaram de ter eco, de tal modo marcam a consagração extrema da teoria dos efeitos:

«It is settled law... that any state may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the state reprehends; and these liabilities other states will ordinarily recognize» («É regra pacífica... que qualquer Estado pode impor obrigações, mesmo a pessoas que não estejam sob a sua jurisdição, relativamente a actos praticados fora das suas fronteiras que tenham, dentro delas, consequências que o Estado condene; e, regra geral, os outros Estados reconhecerão essas obrigações»).

De acordo com o juiz Hand, tal aplicação da norma estatal em matéria de concorrência a empresas estabelecidas no estrangeiro supõe a reunião de um elemento intencional e de um elemento material. O acto só será sancionado, portanto, se tiver sido desejado e se tiver produzido efeitos, qualquer que seja a importância destes.

34. Decisões deste tipo são raras, sem dúvida porque os casos que não dão lugar a qualquer elemento de conexão diferente do efeito produzido são, na verdade, excepcionais. Citemos, no entanto, o processo da Horlogerie suisse [35]. O juiz Cashin, invocando expressamente a teoria dos efeitos, reconheceu a competência das autoridades americanas em relação a esta ré, estabelecida no estrangeiro, na medida em que o seu comportamento tinha um efeito directo e substancial nos Estados Unidos. Notemos já nesta fase a preocupação de qualificar os efeitos.

35. Tal jurisprudência, nomeadamente quando levada às últimas consequências, como resulta dos termos utilizados pelo juiz Hand, não podia deixar de suscitar críticas e reacções. Para prevenir os conflitos que pudessem resultar, designadamente o exercício de competências concorrentes, duma aplicação sem cambiantes da teoria dos efeitos, foram formuladas nos Estados Unidos propostas diversas. Citemos, a este propósito, o *Restatement of Foreign Relations Law*

32 — 213 US 347 (1909).

33 — 148 F. 2d 416 (1945).

34 — Neale, A. D., e Stephens, M. L.: *International business and national jurisdiction*, Oxford, Clarendon Press, 1988, p. 167.

35 — 1965, *Trade cases*, n.° 71352; 1963, *Trade cases*, n.° 70600.

of the United States, publicado em 1965 pelo American Law Institute, e o *Antitrust Guide for International Operations*, editado em Janeiro de 1977 por iniciativa do Ministério da Justiça americano. Este último documento faz referência à noção de efeito substancial e previsível. Essa mesma noção de efeito substancial figura no *Tentative Draft of the Restatement (revised)*, publicado em 1985, que exige, além disso, que o comportamento no estrangeiro tenha ou tenha tido a intenção de produzir um efeito substancial no interior do território. O elemento intencional é, segundo alguns, equivalente à exigência de efeito previsível [36].

36. Nessa mesma perspectiva tendente a delimitar a teoria dos efeitos, convirá citar a decisão do juiz Choy no processo Timberlane Lumber [37]. Subscrevendo a jurisprudência Alcoa e Horlogerie suisse, o juiz Choy considera que os esforços desenvolvidos até ao presente para reduzir o alcance da teoria dos efeitos são pouco satisfatórios. Por um lado, a noção de efeito substancial parece-lhe dificilmente definível num contexto internacional. Por outro, o *distinguo* entre efeitos directo e indirecto parece-lhe inadequado, na medida em que não permite tomar em conta os interesses de outros países.

37. O juiz Choy conclui que, em certas circunstâncias, os interesses dos Estados Unidos são demasiado fracos e, ao mesmo tempo, o imperativo de moderação, com vista a preservar a harmonia das suas relações internacionais, demasiado forte para justificar uma reivindicação de competência extraterritorial. Para determinar se tal competência deve ser exercida, definiu três critérios cumulativos, os dois primeiros relativos à legalidade e o terceiro relativo à oportunidade, que formula em três questões:

1) O alegado atentado à concorrência afecta ou era destinado a afectar o comércio externo dos Estados Unidos?

2) A sua natureza e importância permitem considerá-lo uma violação do *Sherman Act*?

3) Tendo em conta o respeito devido às regras de cortesia internacional e à «fairness», é necessário, para o reconhecer juridicamente, exercer a competência extraterritorial dos Estados Unidos?

38. Esta terceira condição, que se analisa numa *regra de razão* («rule of reason») em matéria de competência, inclui sete factores cuja enumeração não é exaustiva. Estes são, nomeadamente:

— a importância do conflito com uma norma estrangeira;

— a nacionalidade das partes e a situação do lugar principal de actividade das empresas em causa;

— a importância respectiva dos efeitos nos Estados Unidos e no estrangeiro;

— a medida em que houve vontade expressa de prejudicar ou de afectar o comércio dos Estados Unidos, e a probabilidade de tal efeito.

39. Citemos ainda a sentença Mannington Mills [38], na qual o juiz Weis, referindo-se à decisão Timberlane e interpretando-a,

36 — Ver Neale, A. D., e Stephens, M. L., já citado, p. 167.

37 — 549 F. 2d 597 (9 Cir. 1977).

38 — 595 F. 2d 1287 (3 Cir. 1979).

acrescenta aos critérios assim enunciados outros factores, alguns dos quais são expressamente ligados a considerações de política externa. Em poucas palavras, parece que essa posição, sem contestar o princípio de uma competência extraterritorial, desenvolve as condições atinentes à oportunidade do seu exercício. Notemos, no entanto, que neste mesmo processo o juiz Adams deu uma interpretação diferente dos mesmos critérios, os quais, de acordo com ele, tendem a provar a própria existência duma competência e não a definir as condições do seu exercício.

40. A posição actual do direito americano assenta em dois princípios. De acordo com o primeiro, a competência dos Estados Unidos é reivindicada quando os efeitos no comércio deste país são directos, substanciais e previsíveis. Em virtude do segundo, os tribunais procedem a um «balance of interests» para garantir o carácter razoável do exercício de tal competência [39].

41. A regra do «judicial interest balancing» em matéria de competência não é isenta de críticas. Uma das mais notáveis é a formulada pelo juiz Wilkey no processo Laker Airways [40]. De acordo com ela, a «ponderação de interesses» pelos tribunais, a fim de que o exercício da competência seja conforme à regra de razão, é uma técnica inadequada. Esta última obriga-os a escolher entre uma lei interna, destinada a proteger interesses nacionais, e uma lei estrangeira destinada a afastar a sua aplicação, que ameaçaria interesses estrangeiros.

42. Em tal contexto, a ponderação dos interesses é dificultada por dois factores. Existiriam, em primeiro lugar, limites consideráveis quanto à capacidade dos tribunais para procederem, em tais circunstâncias, a uma avaliação objectiva de interesses concorrentes. Neste contexto, o juiz Wilkey manifesta sérias dúvidas quanto à questão de saber em que medida um juiz está à altura de fazer uma apreciação adequada dos problemas e prioridades concorrentes em causa [41]. Considera, em segundo lugar, que tal método não serve para atingir o seu objectivo, que é assegurar o respeito pela cortesia internacional. No que respeita a esta última, entende que a eficácia da ponderação de interesses, enquanto meio destinado a identificar o exercício mais razoável da competência normativa, não foi demonstrada. Essa abordagem, declarou nomeadamente, encontrou apenas um ponto de apoio temporário no direito interno [42].

43. Salientando que os tribunais americanos recusam muitas vezes adoptar esse método e que a crítica da doutrina subiu de tom em relação a ele, o juiz Wilkey observou, por outro lado, que não se demonstrou que a ponderação de interesses constitua uma regra de direito internacional [43]. Este último não exlui as competências concorrentes. Desde que duas reivindicações de competência sejam justificadas à luz do direito internacional, nenhuma norma desse direito permite afastar uma em proveito da outra pela razão de esta última ser «mais razoável» [44].

44. Assinalemos por fim que o *Tentative draft of the Restatement* de 1985 enumera oito critérios que permitem determinar em que circunstâncias o exercício de competência deve ser considerado razoável. Entre eles

39 — Neale, A. D., e Stephens, M. L., já referido, p. 177.

40 — 731 F. 2d 909 (DC. Cir. 1984); O juiz Wilkey criticou igualmente a «judicial balance of interests» no seu artigo: «American Antitrust: Adjusting conflicts with other legal systems», *Private Investors abroad*, New York, Matthew Bender, 1985, citado por Neale, A. D., e Stephens, M. L., já citado, p. 179, nota 14.

41 — Ibidem, p. 78.

42 — Ibidem, p. 80.

43 — Ibidem.

44 — Ibidem, p. 83 e 84.

figuram o carácter substancial, directo e previsível do efeito, a conformidade da regra com as tradições do sistema internacional, o interesse eventual de outros Estados e a probabilidade de conflito que pode daí resultar.

45. Na prática, não parece, por isso, que a ponderação de interesses, segundo os critérios formulados nos acórdãos Timberlane e Mannington Mills, tenha permitido deduzir uma regra de razão em matéria de competência. Salvo num caso, nota um autor americano, nenhum tribunal declinou o exercício da sua competência na sequência da análise preconizada por essas decisões [45]. O professor Mann entende, por seu lado, que a ponderação de interesses é, em direito, «um mau e enganoso guia» («bad and misleading guide») [46]. Segundo este autor, um juiz não pode ter um poder discricionário para decidir do exercício da sua competência. Se, interpretada à luz do direito internacional, uma lei for aplicável, o juiz não poderá afastá-la. Se as normas de direito internacional excluírem a sua aplicação, o juiz não terá qualquer poder discricionário para aplicá-la. Em consequência, a distinção entre, por um lado, a existência, e, por outro, o exercício de uma competência e o reconhecimento de um poder discricionário que permitam não a exercer, constitui um caminho errado a não seguir [47].

46. Como se vê, por subtil e fecundo que seja, o direito americano, que permite uma abordagem esclarecedora da problemática em causa, não fornece, ao que parece, critérios de competência suficientemente precisos e comprovados para poderem ser pura e simplesmente adoptados. Cabe por isso ao Tribunal de Justiça, com a ajuda nomeadamente da reflexão doutrinal sobre a matéria, definir as circunstâncias em que pode ser reivindicada a competência da Comunidade para aplicar as suas regras de concorrência a empresas estabelecidas fora do seu território.

IV — Os critérios de competência propostos

47. As dificuldades encontradas na nossa matéria ilustram bem que a territorialidade, enquanto factor de conexão, não permite resolver todos os problemas ligados às dimensões e às características do comércio internacional contemporâneo. Um princípio rígido de territorialidade já não se adapta ao mundo moderno, afirmou o professor Mann [48]. No mesmo sentido, citemos o professor Prosper Weil:

«Temos a imagem — escreve ele — de uma sociedade internacional feita de alvéolos justapostos, separados por fronteiras; a noção de território, que está no próprio cerne do conceito de territorialidade, ilustra essa repartição entre entidades separadas por limites físicos e geográficos. Mas é evidente... que as fronteiras não são somente barreiras, mas também pontos de passagem, e que a vida económica despreza esse género de barreiras» [49].

48. Esta declaração levou diferentes autores a elaborar diversos critérios em matéria de aplicação extraterritorial das leis. Assim, Sir Robert Jennings entende que em direito

45 — Griffin, J. P.: «Possible resolutions of international disputes over enforcement of US antitrust laws», 18, *Stanford Journal of International Law*, Issue 2, 1982, citado por Neale, A. D., e Stephens, M. L., já citado, p. 76, nota 14.

46 — Mann, F. A.: *The doctrine of international jurisdiction revisited after twenty years*, RCADI, 1984 (III), p. 12, especialmente p. 30 e 31.

47 — Mann, F. A., ibidem, p. 87 e 88.

48 — Curso já citado, RCADI, 1964, p. 126.

49 — Weil, P.: *L'application extraterritoriale du droit économique*, Cahiers de Cedin, Montchrestien, 1987, p. 11.

internacional um Estado tem o direito de exercer uma competência extraterritorial quando os seus interesses legítimos estejam em causa, mas não poderá abusar desse direito. Haverá abuso quando o exercício da competência extraterritorial constitua uma ingerência no exercício da competência territorial local [50]. Segundo o professor Mann, o verdadeiro problema é identificar aquilo a que chama «legally relevant facts» («Factos juridicamente pertinentes») [51] e o Estado cuja ligação com estes é susceptível de tornar a atribuição de competência justa e razoável [52]. Preconizando basear a competência na «proximidade da conexão» («closeness of connection»), este autor considera

«that a State has (legislative) jurisdiction, if its contact with a given set of facts is so close, so substancial, so direct, so weighty, that legislation in respect of them is in harmony with international law and its various aspects (including the practice of States, the principles of non-interference and reciprocity and the demands of inter-dependence)» [53].

E o professor Mann esclarece, logo a seguir, que um simples interesse político, económico, comercial ou social não constitui uma «conexão estreita». No que respeita, em especial, ao direito da concorrência, entende que o efeito desejado, previsível e, *a fortiori*, imprevisto, não pode estabelecer tal conexão [54].

49. Outros autores propõem que se reconheça a competência do Estado no qual o efeito primário («the primary effect») do acto se faz sentir [55]. Para determinar se o efeito é primário ou secundário, convirá tomar em consideração um duplo factor: o efeito produzido num Estado é mais directo e mais substancial que o produzido noutros Estados? E considera-se que esse método permite o exercício da competência só pelos Estados que nisso têm um interesse legítimo [56]. Por fim, é geralmente admitido que o direito internacional não proíbe as competências concorrentes. Salientemos, todavia, que, segundo alguns, a evolução do direito internacional consuetudinário faria emergir limitações específicas ao exercício extraterritorial das competências dos Estados. Assim, o direito internacional proibiria a aplicação extraterritorial da lei interna quando esta pudesse dar origem a obrigações contraditórias [57] ou suscitasse conflitos de competências [58].

50. Essas diversas preocupações parecem-nos, no essencial, ser tomadas em conta pela adopção do critério do efeito qualificado. Não chocando com qualquer regra proibitiva de direito internacional, esse critério é largamente acolhido pela prática dos Estados [59]. É, além disso, por razões objectivas, particularmente adequado, tendo em conta a especificidade do direito da concorrência [60]. Essa especificidade provêm da sua qualidade de direito do mercado tendente à protecção da ordem pública económica [61]. É em função destas considerações e tendo em

50 — Jennings, R. Y.: *Extraterritorial Jurisdiction and the United States Antitrust Laws*, BYIL, 1957, p. 146, especialmente p. 153.

51 — Mann, F. A.: *The Doctrine of Jurisdiction in International Law*, RCADI, 1964, p. 7., especialmente p. 45.

52 — Ibidem, p. 44.

53 — «Que um Estado tem competência (legislativa) quando a sua conexão a um dado conjunto de factos é tão estreita, tão substancial, tão importante, que a elaboração de leis a seu respeito está em conformidade com o direito internacional e com os seus diferentes aspectos (incluindo a prática dos Estados, os princípios da não ingerência e da reciprocidade e as exigências da solidariedade recíproca)» (ibidem, p. 49).

54 — Ibidem, p. 104.

55 — Nomeadamente Akehurst, M., já referido, p. 198.

56 — Ibidem, p. 201.

57 — Julliard, P.: «Application extraterritoriale de la loi économique», in *L'application extraterritoriale du droit économique*, já referido, p. 13, especialmente, p. 31.

58 — Stern, B., já referido, p. 15.

59 — Idot, L.: *Le contrôle des pratiques restrictives de concurrence dans les échanges internationaux*, université de droit, d'économie et des sciences sociales de Paris (Paris II), tese, 1981, especialmente p. 89 e seguintes.

60 — Bischoff, J. M., e Kovar, R., já referido, p. 700.

61 — Eeckmann, P.: *L'application de l'article 85 du traité de Rome aux ententes étrangères à la CEE, mais causant des restrictions à la concurrence à l'intérieur du marché commun*, RCDIP, 1965, p. 499, especialmente p. 519.

conta as clivagens do direito internacional que devem ser definidos os critérios do efeito cuja localização justifica uma reivindicação da competência normativa em relação a empresas estabelecidas fora da Comunidade.

51. Para alguns, esses efeitos devem corresponder aos que são constatados quando o atentado à concorrência resulta dum comportamento que se desenrola no interior do território do Estado que se arroga a competência [62]. Mas, como indicámos, não é certo que a noção de efeito, prevista no artigo 85.° do Tratado para determinar a *existência* de uma infracção às regras de concorrência, seja idêntica à exigida pelo direito comunitário e admitida em direito internacional a fim de *determinar a competência* em relação a empresas estabelecidas no exterior.

52. Em direito comunitário substantivo, a restrição da concorrência deve ser «perceptível» [63] ou «sensível» [64]. O efeito atentatório da concorrência pode ser directo ou indirecto e objectiva ou razoavelmente previsível [65]. Tais são as características do efeito, enquanto elemento constitutivo de atentado à liberdade da concorrência comunitária.

53. Nem todas estas características nos parece deverem ser consideradas, quando se trate do efeito enquanto critério de competência extraterritorial. A reserva mais importante, a este propósito, diz respeito ao efeito indirecto [66]. Lembremos que o advogado-geral Mayras propôs, nas suas conclusões no caso *«matérias colorantes»*, considerar o critério do efeito directo e imediato, razoavelmente previsível e substancial [67]. Aderimos a esta solução e, pelas razões que ele indica, fazemos nossa a sua análise:

«Não ficaria desarmada a Comissão se, em presença duma prática concertada cuja iniciativa e responsabilidade fossem exclusivamente de empresas exteriores ao mercado comum, se encontrasse privada da possibilidade de tomar qualquer decisão contra ela? Seria ao mesmo tempo renunciar a uma protecção do mercado comum, necessária à realização dos objectivos máximos da Comunidade Económica Europeia» [68].

54. Os efeitos qualificados são geralmente tidos em conta como critério de competência. O *Restatement* refere-se ao efeito substancial e previsível. A International Law Association adoptou, durante a sua 55.ª conferência, realizada em Nova Iorque em Agosto de 1972, uma resolução relativa aos princípios do direito internacional em matéria de práticas restritivas [69]. O artigo 5.° desse texto declara que um Estado tem competência para emitir normas que regulem um comportamento que se desenrole fora do seu território e produza efeitos no interior deste, desde que três condições estejam preenchidas: a) que o comportamento e o seu efeito sejam elementos constitutivos de acordos, decisões de associações de empresas ou práticas concertadas; b) que o efeito seja substancial; c) que seja o resultado directo, e prosseguido a título princípal («direct and primarily intended result»), do comportamento externo em causa. É interessante notar que este texto foi preferido ao proposto pelo Committee on the Extra-territorial Application of Restrictive Trade Practices, segundo o qual o direito interna-

62 — Demaret, P., já referido, p. 33.

63 — Mégret, J., Louis, J.-V., Vignes, D., e Waelbroeck, M.: *Le droit de la Communauté économique européenne*, éditions de l'université de Bruxelles, 1972, volume 4, «Concurrence», p. 20.

64 — Ibidem, p. 21.

65 — Goldman, B., e Lyon-Caen, A.: *Droit commercial européen*, Dalloz, quarta edição, p. 551.

66 — Bischoff, J. M., e Kovar, R., já citado, especialmente p. 706 e seguintes.

67 — Recueil 1972, p. 699-700.

68 — Ibidem, p. 702.

69 — The International Law Association: *Report of the 55th Conference held at New York, August 21st to August 26*, 1972, p. 138.

cional não autorizaria a reivindicação ou o exercício de competência normativa extraterritorial por parte de um Estado só pelo facto de os efeitos ou repercussões dum comportamento verificado no estrangeiro se terem feito sentir no seu território [70]. Assim, nesta assembleia académica, a proposta que rejeita a teoria do efeito viu-se arredada em benefício de uma resolução favorável à adopção do critério do efeito qualificado.

55. É certo que, nas suas observações, o Governo do Reino Unido, referindo-se ao memorando que tinha apresentado à Comissão em 20 de Outubro de 1969 a propósito da decisão *«matérias colorantes»*, sustentou que só o fundamento territorial pode justificar a competência comunitária nos presentes processos. Do mesmo modo, entende que a jurisprudência estabelecida no acórdão *«matérias colorantes»* deve aplicar-se, não somente a filiais, mas também a outros estabelecimentos intermediários, situados na Comunidade, cujo comportamento no interior desta produziu efeitos anticoncorrenciais. Não se trataria então, segundo o Governo britânico, senão do exercício da competência territorial.

56. Por todas as razões expostas precedentemente, julgamos poder propor ao Tribunal que siga essa via. De resto, a conexão territorial da Comunidade, susceptível de permitir a esta assumir competência na matéria, é contestada pelas recorrentes. Estas afirmam que todos os comportamentos que lhes foram imputados ocorreram fora da Comunidade. Acrescentam que os seus diversos representantes agiam com independência e que as respectivas actividades não podem ser-lhes imputadas. Mas, de qualquer forma, parece-nos inútil abordar a discussão sobre a natureza das relações jurídicas entre as sociedades recorrentes e os seus diversos estabelecimentos no interior da Comunidade.

70 — Ibidem, p. 175.

57. Como vimos, não existe qualquer norma de direito internacional susceptível de ser invocada contra o critério do efeito directo, substancial e previsível. A noção de cortesia internacional, de contornos incertos, também não pode ser-lhe contraposta [71].

58. Na falta de tal proibição, em presença duma prática estatal tão difundida, em virtude da sua adequação ao domínio da concorrência, propomos ao Tribunal que o adopte como critério da competência comunitária.

59. Restam por examinar dois problemas particulares, relativos, respectivamente, à situação da KEA e à incidência, em relação às recorrentes finlandesas, do acordo de comércio livre celebrado entre o seu país e a Comunidade.

V — A situação da KEA

60. A KEA é a associação das empresas americanas à qual a Comissão imputa essencialmente recomendações sobre os preços que os seus membros teriam observado e que teriam contribuído para tornar o mercado transparente, favorecendo assim a concertação com outros produtores estranhos à associação. De forma geral, essa associação

71 — Sobre a noção de cortesia internacional, ver Oppenheim, L.: *International Law*, oitava edição H. Lauterpacht, Longmans, Green and Co, volume 1, p. 33 et seguintes; Nys, E.: *Le droit international*, segunda edição 1904, tomo 1, p. 201 e seguintes; Yntema, H. E.: «The Comity Doctrine», *Michigan Law Review*, 1966-1967, volume 65, p. 1.

teria constituído o quadro da concertação entre os produtores em causa.

61. A supô-lo preenchido, o critério que propomos ao Tribunal é susceptível de justificar, em princípio, a competência da Comunidade, ainda que a KEA não disponha de sucursais, filiais ou agências, ou seja, por outras palavras, do tipo de conexão territorial que, na opinião do Reino Unido, permitiria exclusivamente fundamentar o exercício da competência jurisdicional comunitária.

62. A natureza das actividades da KEA, que não se dedica ela própria ao comércio na Comunidade, também não nos parece constituir um obstáculo à aplicabilidade do direito comunitário. Com efeito, a circunstância de uma associação de empresas não participar, como tal, na vida económica, não obsta à aplicação contra ela das regras de concorrência. Lembremos, a este propósito, a generalidade dos termos do vosso acórdão Van Landwyck, no qual, sendo criticada a aplicabilidade do n.° 1 do artigo 85.° a uma recomendação, pelo facto de emanar de uma associação sem fins lucrativos, o Tribunal indicou que:

«Por um lado, tal como resulta do artigo 8.° dos estatutos da Fedetab, as decisões tomadas por esta são obrigatórias para os seus membros. Por outro lado, o n.° 1 do artigo 85.° aplica-se igualmente às associações, na medida em que a *sua actividade própria* ou a *das empresas que a ela aderem* tenda a *produzir os efeitos que aquela disposição visa reprimir*. Dado vários produtores terem expressamente declarado conformar-se com as disposições da recomendação, esta não pode escapar à alçada do artigo 85.° do Tratado só pelo facto de ter sido emitida por uma associação sem fins lucrativos» [72].

63. É certo que, no caso em apreço, os estatutos da KEA prevêem que os seus membros, em princípio, possam livremente afastar-se do preço recomendado. Mas a Comissão alega que a existência de um processo interno da associação para o caso de alguns membros não praticarem os preços assim determinados dificilmente se concilia com tal carácter facultativo. Sustenta, por outro lado, que as recomendações foram observadas em 1975 e 1976. Convém aqui observar que o Tribunal admitiu a aplicação do artigo 85.° a uma recomendação de uma associação de empresas que se qualifica de não obrigatória, na medida em que resulta das circunstâncias do caso que, qualquer que seja o «seu estatuto jurídico exacto», ela constitui «a expressão fiel da vontade da recorrente no sentido de coordenar o comportamento dos seus membros» [73]. Evidentemente, trata-se neste aspecto de um exame que diz respeito ao mérito da causa mas, de qualquer forma, o Tribunal não pode excluir o *princípio* da aplicação do artigo 85.° à associação em causa.

64. Esclareçamos finalmente que se afigura prematuro examinar o invocado vício de nulidade, resultante do facto de a decisão criticada indicar que todos os seus destinatários exportam directamente para a Comunidade ou nela praticam o seu comércio, quando esse não é o caso da KEA. Não se trata aí, para falar propriamente, de um problema de competência, mas de fundamentação, cuja apreciação terá lugar numa fase posterior do processo.

65. A KEA foi constituída com base no Webb Pomerene Act. Como é sabido, esta lei abre uma excepção à legislação *antitrust*

72 — Processo 209/78, acórdão de 29 de Outubro de 1980, Recueil, p. 3125, sublinhado nosso; solução análoga no processo 96/82, NVIAZ, acórdão de 8 de Novembro de 1983, Recueil, p. 3369.

73 — Processo 45/85, VDS, acórdão de 27 de Janeiro de 1987, Colect., p. 405, n.° 32.

americana, autorizando a criação de associações com vista à exportação. Não nos parece, no entanto, que esta lei possa pôr em causa a competência normativa da Comissão, na medida em que não impõe de modo algum às empresas em causa a adopção de acordos, decisões de associações de empresas ou práticas concertadas restritivas da exportação.

66. A este propósito, o professor Turner, em documento apresentado na audiência[74] pelas próprias recorrentes, lembra, em conformidade com as regras geralmente admitidas no direito internacional, que convém distinguir entre a autorização e a obrigação: «Existing international law draws a line between sovereign compulsion and mere permission» («O direito internacional actual estabelece uma distinção entre imposição estatal e simples permissão»).

67. Por outro lado, ainda que o autor indique que uma autorização específica e oficial de um cartel com vista à exportação constitui uma condição decisiva para a sua imunidade face ao exercício de uma competência *antitrust* estrangeira, sublinhemos que sustenta, em última análise, o ponto de vista segundo o qual

«It seems reasonable to conclude that mere permission or even specific authorization for participation in an international cartel should not suffice to immunize the cartel from antitrust attack by countries whose interests are substancially affected» («Parece razoável concluir que uma simples permissão ou mesmo uma autorização específica para participar num cartel internacional não deve bastar para conferir ao cartel imunidade face a processos *antitrust* movidos por países cujos interesses sejam substancialmente afectados»).

VI — O acordo de comércio livre e a aplicação do artigo 85.° do Tratado CEE

68. As recorrentes finlandesas contestam mais especificamente a competência da Comissão para aplicar o artigo 85.° do Tratado CEE, tendo em conta as disposições do acordo de comércio livre celebrado entre a Finlândia e a Comunidade[75]. Este texto, que prevê normas específicas para as restrições da concorrência que afectam as trocas de mercadorias entre as partes contratantes, teria «prioridade» sobre o direito comunitário da concorrência. Assim, a Comissão teria podido somente utilizar o processo previsto no artigo 27.° do acordo, a saber, a solicitação da intervenção do comité misto.

69. Tanto quanto sabemos, essa tese da prioridade do acordo de comércio livre é apresentada à apreciação do Tribunal pela primeira vez. Com efeito, nos dois recursos interpostos por empresas originárias de Estados signatários de acordos de comércio livre contra decisões que lhes aplicavam sanções com base no direito comunitário da concorrência, a competência da Comunidade neste aspecto não foi contestada[76]. Aliás, os numerosos casos em que a Comunidade aplicou os artigos 85.° ou 86.° a tais empresas não deram lugar a recursos em que a aplicabilidade dessas disposições tivesse sido posta em causa.

70. Sublinhemos em primeiro lugar que o artigo 23.° visa as práticas restritivas da

74 — «Application of competition laws to foreign conduct: appropriate resolution of jurisdictionnal issues», conferência do Fordham Corporate Law Institute de 3 e 4 de Outubro de 1985.

75 — Acordo de 5 de Outubro de 1973 (JO L 328 de 28.11.1973, p. 17; EE 11 F4 p. 151).

76 — Processos 85/76, Hoffmann-La Roche, acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, Recueil, p. 461, e 22/78, Hugin, acórdão de 31 de Maio de 1979, Recueil, p. 1869.

concorrência, na medida em que sejam susceptíveis de afectar as trocas entre a Finlândia e a Comunidade. Esse texto distingue-se portanto, quanto ao seu objecto, das disposições *antitrust* próprias das partes contratantes, como acontece, em relação à Comunidade, com o artigo 85.° do Tratado CEE, que visa os acordos que afectam a concorrência no mercado comum.

71. Consequentemente, a circunstância de práticas restritivas da concorrência violarem simultaneamente as disposições do acordo e as regras próprias será susceptível de arredar a aplicação destas últimas em benefício exclusivo do processo previsto no artigo 27.° do acordo? Quer expressa[77], quer tacitamente[78], a doutrina, solicitada a abordar essa questão, não põe em causa a aplicação do artigo 85.° às empresas orginárias de países signatários de acordos de comércio livre na medida em que o comércio intracomunitário seja afectado.

72. A tese das recorrentes implicaria uma limitação muito significativa das prerrogativas das partes contratantes que necessitaria de uma disposição perfeitamente clara ou, pelo menos, deveria poder ser deduzida da intenção evidente das partes no acordo. Ora, os termos deste último não fornecem qualquer indicação nesse sentido. De resto, semelhante interpretação seria incompatível com o «respeito da manutenção do... poder de decisão autónomo» das partes contratantes, referido no preâmbulo.

73. Por fim, as recorrentes sustentam que a noção de afectação das trocas entre a Comunidade e a Finlândia desempenha, no que toca à separação entre a aplicação do acordo e a do Tratado, um papel idêntico ao da cláusula interestatal do artigo 85.°, relativamente ao direito comunitário e ao direito dos Estados-membros. Esse paralelismo parece-nos contestável, na medida em que equipara as relações resultantes, respectivamente, do Tratado CEE e do acordo. Convém aqui invocar o acórdão Polydor[79], em que o Tribunal afirmou, em relação ao acordo de comércio livre celebrado com Portugal, que

«as suas disposições... não têm a mesma finalidade que o Tratado CEE, na medida em que este visa... a formação de um mercado único em condições tão próximas quanto possível de um mercado interno».

74. A lógica aparente do raciocínio que é proposto ao Tribunal ignora esta diferença de objectivos. Não pode transpor-se, para as relações entre disposições do acordo de comércio livre e do Tratado CEE, a natureza das que são estabelecidas entre este e os direitos nacionais dos Estados-membros. Observemos, por outro lado, que o argumento da recorrente ignora, de qualquer forma, que a aplicação simultânea e cumulativa do direito comunitário e do direito nacional ao mesmo acordo, decisão de associação de empresas ou prática concertada não é de forma nenhuma excluída. No acórdão Walt Wilhelm[80], o Tribunal formulou esta solução em termos particularmente claros ao afirmar:

77 — Ver, nomeadamente: Roth: «Die Wettbewerbsregeln in den Freihandelsabkommen der EWG», *Wettbewerb in Recht und Praxis*, p. 423; Temple Lange, John: «European Community Antidumping and Competition Laws, Their Actual and Potential Application to EFTA Countries», *Tidsskrift for Rettsvitenskap*, , 3/87, p. 590.

78 — H. Schröter (in *Kommentar zum EWG-Vertrag-Groeben*, von Boeckl, Thiesing, Ehlermann, volume 1, p. 919) entende que, se a questão prática do efeito directo das regras de concorrência dos acordos de comércio livre não se colocou até hoje, isto deve-se «ao facto de grande parte dos acordos e práticas concertadas incompatíveis com o funcionamento correcto dos acordos de comércio livre caírem igualmente no âmbito de aplicação do artigo 85.° do Tratado CEE». Ver igualmente Hirsch (in *L'accord entre la Suisse et la CEE confère-t-il des droits aux particuliers?*, CDE, 1974, p. 194), que exprime exactamente a mesma ideia do ponto de vista da aplicação das disposições helvéticas anticartel.

79 — Processo 270/80, acórdão de 9 de Fevereiro de 1982, Recueil, p. 329.

80 — Processo 14/68, acórdão de 13 de Fevereiro de 1969, Recueil, p. 1.

«... considerando que o direito comunitário e o direito nacional, em matéria de acordos, decisões de associações de empresas ou práticas concertadas, consideram estes sob aspectos diferentes; que, com efeito, enquanto o artigo 85.° os foca em função dos entraves que podem daí resultar para o comércio entre os Estados-membros, as legislações internas, inspiradas por considerações próprias a cada uma delas, consideram os acordos, decisões de associações de empresas ou práticas concertadas apenas neste quadro...».

E o Tribunal afirmou que, se

«a distinção dos aspectos comunitários e nacionais não pode servir, em todos os casos, de critério determinante para a delimitação das competências..., no entanto, implica que o mesmo acordo, decisão de associação de empresas ou prática concertada possa, em princípio, constituir objecto de dois processos paralelos, um perante as autoridades comunitárias, em obediência ao disposto no artigo 85.° do Tratado CEE, e o outro perante as autoridades nacionais, em cumprimento do disposto no direito interno».

Salientemos, por isso, que a analogia sugerida pelas recorrentes, não só parece discutível no seu próprio princípio, como contraria, além disso, a própria solução que pretendem ver adoptada. A aplicação exclusiva do acordo de comércio livre não pode por isso ser aceite.

75. Poder-se-ia, em contrapartida, considerar, em presença de acordos, decisões de associações de empresas ou práticas concertadas que afectem tanto as trocas intracomunitárias como o comércio entre a Finlândia e a Comunidade, que existe uma obrigação, anterior a qualquer aplicação do artigo 85.°, de recorrer ao processo do comité misto? Parece-nos extremamente duvidoso que se possa inferir dos termos da alínea a) do n.° 3 do artigo 27.° uma obrigação dessa natureza a cargo das partes contratantes. A expressão «cada parte contratante *pode* submeter a questão à apreciação do comité misto» induz a considerar facultativo este processo [81]. Aproximar-se-á esta formulação das que constam da alínea b) do n.° 3 do artigo 27.°: | «No que diz respeito ao artigo 24.°, as dificuldades resultantes da situação referida neste artigo *serão* notificadas, para exame, ao comité misto»; e, sobretudo, da alínea c) do n.° 3 do artigo 27.°: «No que diz respeito ao artigo 25.° (casos de dumping), efectuar-se-á uma consulta no âmbito do comité misto *antes* que a parte contratante interessada tome as medidas adequadas.» Não podem considerar-se neutras estas claras diferenças de terminologia.

76. Mas, de qualquer forma, as recorrentes podem acusar a Comissão de não ter solicitado a intervenção do comité misto a fim de procurar uma solução negociada em virtude de semelhante atitude ignorar tanto o disposto nos artigos 23.° e 27.° do acordo de comércio livre como o carácter especial das relações entre a Finlândia e a Comunidade, sublinhado pela declaração anexa ao acordo?

77. Para refutar esta argumentação, basta, neste contexto, lembrar que o Tribunal considerou no acórdão Adams [82] que

«Uma decisão de solicitar ou não a intervenção do comité misto... só pode ser tomada tendo unicamente em vista os interesses gerais da Comunidade, após uma apreciação essencialmente política que um particular não pode impugnar em juízo.»

78. Observemos *in fine* que não é contestado que a República da Finlândia tenha sido consultada no âmbito da recomendação

81 — Hunnings, March: «A mere permisive provision», *Enforceability of the EEC-EFTA Free Trade Agreements*, 2 EL Rev., 1977, p. 63.

82 — Processo 53/84, acórdão de 7 de Novembro de 1985, Recueil, p. 3595.

da OCDE de 1979 sobre as práticas restritivas da concorrência, se bem que as recorrentes sustentem que tal consulta só incidiu sobre o teor da decisão, que já fora adoptada. Observar-se-á que o Estado contratante não julgou útil convocar uma reunião do comité misto, como lhe permitia o segundo parágrafo do n.° 2 do artigo 31.° do acordo.

79. Por fim, as recorrentes alegam que estão em causa somente os efeitos de «uma concertação dos seus preços com os das outras partes no processo», concertação que «teria podido afectar, quando muito, as trocas de mercadorias entre a Comunidade e a Finlândia» e cujos «eventuais efeitos indirectos sobre as trocas de mercadorias intracomunitárias» não bastam para justificar a aplicação das proibições contidas no Tratado CEE. Por seu lado, a Comissão sustenta ter pretendido sancionar uma concertação mundial que afectava o comércio intracomunitário, levada a cabo pelas recorrentes finlandesas, não somente entre si, mas igualmente com outros produtores.

80. O exame da existência e da intensidade da afectação das trocas intracomunitárias supõe uma análise do mérito à qual o Tribunal procederá numa fase posterior.

81. Nos termos destas observações, entendemos, portanto, que foi com razão que a Comissão, na decisão impugnada, afirmou que o acordo de comércio livre não contém qualquer disposição que a impeça de aplicar imediatamente o n.° 1 do artigo 85.°, quando o comércio entre Estados-membros seja afectado.

82. Concluímos, pois, que o Tribunal deve julgar improcedentes:

— por um lado, a acusação formulada pelas recorrentes contra a decisão impugnada, na medida em que é posto em causa o critério dos efeitos como seu fundamento; caberá ao Tribunal posteriormente, para determinar se a Comissão exerceu justificadamente a sua competência contra as recorrentes, apreciar se os efeitos do comportamento por ela alegado eram substanciais, directos e previsíveis;

— por outro lado, o fundamento segundo o qual o acordo de comércio livre celebrado entre a Comunidade e a República da Finlândia obsta à aplicação das disposições do artigo 85.° contra as recorrentes finlandesas.