ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
(Primeira Secção Alargada)
4 de Março de 2003 *

No processo T-319/99,

Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental (FENIN), com sede em Madrid (Espanha), representada por R. García-Gallardo Gil-Fournier, G. Pérez Olmo e M. D. Domínguez Pérez, advogados,

recorrente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por W. Wils e É. Gippini Fournier, na qualidade de agentes, assistidos por J. Rivas Andrés, advogado, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrida,

que tem por objecto a anulação da decisão da Comissão de 26 de Agosto de 1999 [SG(99) D/7.040], que rejeita uma denúncia ao abrigo do artigo 82.° CE,

* Língua do processo: espanhol.

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (Primeira Secção Alargada),

composto por: B. Vesterdorf, presidente, K. Lenaerts, J. Azizi, N. J. Forwood e H. Legal, juízes,

secretário: J. Plingers, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 26 de Fevereiro de 2002,

profere o presente

Acórdão

Factos na origem do litígio e tramitação processual

1 A recorrente é uma associação que reúne a maioria das empresas que comercializam produtos sanitários utilizados no meio hospitalar em Espanha. Em 12 de Dezembro de 1997, denunciou à Comissão um abuso de posição dominante, na acepção do artigo 82.° CE, alegadamente cometido pelas 26 entidades, entre as quais três ministérios do governo espanhol, que gerem o sistema nacional de saúde espanhol (a seguir «SNS»). Em particular, a recorrente acusava esses organismos de pagarem sistematicamente as suas dívidas aos membros daquela com um atraso médio de 330 dias, ao passo que as dívidas a outros prestadores de serviços eram pagas dentro de prazos muito mais razoáveis.

Esta discriminação explica-se pelo facto de os organismos que gerem o SNS deterem uma posição dominante no mercado espanhol dos produtos sanitários, o que lhes dá a possibilidade de atrasar o pagamento das dívidas referentes a esses produtos sem que os respectivos credores possam exercer qualquer pressão comercial no sentido de os obrigarem a renunciar a essa prática.

2 A recorrente apresentou à Comissão uma exposição suplementar em 12 de Maio de 1998. Por carta de 2 de Dezembro de 1998, a Comissão informou a recorrente da sua decisão provisória de rejeitar a denúncia. A recorrente apresentou observações complementares à Comissão numa segunda exposição de 10 de Fevereiro de 1999.

3 Por decisão de 26 de Agosto de 1999 (a seguir «decisão impugnada»), notificada à recorrente em 31 de Agosto de 1999, a Comissão rejeitou definitivamente a denúncia da recorrente por duas razões: por um lado, porque «os 26 ministérios e organismos em causa não são empresas quando participam na gestão do serviço de saúde pública» e, por outro, porque «a posição dos 26 ministérios e organismos em causa não pode ser dissociada da oferta posterior». Por conseguinte, as entidades que gerem o SNS não actuam como empresas quando compram produtos sanitários aos membros da recorrente. Deste modo, porque no presente caso não existe uma das condições de aplicação do artigo 82.° CE, a Comissão considerou «não ser necessário analisar se estavam reunidas as outras condições do artigo 82.° CE».

4 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 10 de Novembro de 1999, a recorrente interpôs o presente recurso.

5 Uma vez ouvidas as partes, o Tribunal de Primeira Instância remeteu o processo a uma secção composta por cinco juízes, em aplicação do artigo 51.° do Regulamento de Processo.

6 Por despacho do presidente da Primeira Secção Alargada do Tribunal de Primeira Instância de 26 de Setembro de 2000, foi admitida a intervenção do Reino Unido em apoio dos pedidos da Comissão, não tendo, no entanto, apresentado alegações. Por carta apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 19 de Dezembro de 2001, o Reino Unido manifestou a sua intenção de desistir da intervenção. Por despacho de 4 de Fevereiro de 2002, o presidente da Primeira Secção Alargada do Tribunal registou essa desistência.

7 Com base no relatório do juiz-relator, o Tribunal de Primeira Instância (Primeira Secção Alargada) decidiu dar início à fase oral e, no âmbito das medidas de organização do processo previstas no artigo 64.° do Regulamento de Processo, colocou questões por escrito à recorrente e à Comissão.

8 Foram ouvidas as alegações e respostas das partes às questões do Tribunal na audiência de 26 de Fevereiro de 2002.

Pedidos das partes

9 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— intimar a Comissão a transmitir-lhe todos os documentos que os seus serviços possuem e que dizem respeito à denúncia que apresentou;

— decidir a causa em sessão plenária, nos termos do artigo 14.° do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, designando, eventualmente, um advogado-geral;

— julgar o recurso admissível;

— anular a decisão impugnada;

— decretar qualquer outra medida que considere oportuna para que a Comissão cumpra as obrigações decorrentes do artigo 233.° CE e, em particular, proceda a um reexame da denúncia apresentada em 12 de Dezembro de 1997;

— condenar a Comissão nas despesas;

— condenar a Comissão no pagamento das despesas efectuadas pela recorrente no decurso do procedimento administrativo.

10 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

— julgar inadmissíveis o quinto e o sétimo pedidos da recorrente;

— julgar o recurso improcedente quanto ao mais;

— condenar a recorrente nas despesas.

11 Na audiência, a recorrente declarou ao Tribunal que desistia do quinto e sétimo pedidos.

Questão de direito

12 A recorrente aduz três fundamentos assentes, respectivamente, em violação do direito de defesa, em erro de direito ou em erro manifesto de apreciação na aplicação dos artigos 82.° CE e 86.° CE e em violação das formalidades substanciais decorrente da falta de fundamentação, bem como da falta de transparência.

13 Importa apreciar, em primeiro lugar, o fundamento assente em erro de direito ou em erro manifesto de apreciação na aplicação dos artigos 82.° CE e 86.° CE, uma vez que põe em causa a premissa fundamental em que assenta a decisão impugnada no que diz respeito à definição do conceito de empresa.

Quanto ao fundamento assente em erro de direito ou em erro manifesto de apreciação na aplicação dos artigos 82.° CE e 86.° CE

Argumentos das partes

14 A recorrente censura a Comissão pelo facto de ter considerado que os organismos que gerem o SNS não são empresas e que, portanto, os artigos 82.° CE e 86.° CE não lhes são aplicáveis. Incorrectamente, a Comissão aplicou a solução adoptada no acórdão de 17 de Fevereiro de 1993, Poucet e Pistre (C-159/91 e C-160/91, Colect., p. I-637), ao caso ora em apreço, uma vez que a situação de facto na

origem desse acórdão era bem diferente daquela que é objecto do presente processo. É verdade que, em ambos os processos, os organismos em causa tinham a seu cargo a gestão de um serviço público no contexto da segurança social. Todavia, no acórdão Poucet e Pistre, o Tribunal de Justiça apreciou a questão de saber se esses organismos actuam como empresas, na acepção dos artigos 81.° CE e 82.° CE, nas relações com os seus beneficiários, e não a de saber se actuam nessa qualidade quando compram a terceiros os produtos necessários à prestação do serviço em questão aos seus beneficiários.

15 Uma vez que o presente processo corresponde à segunda hipótese, não pode ser-lhe aplicada a jurisprudência do acórdão Poucet e Pistre, citado no n.° 14 *supra*. Com efeito, neste último processo, os recorrentes contestavam a obrigação legal de inscrição e de pagamento de contribuições. O Tribunal de Justiça precisou, expressamente, que, pelo facto de as actividades em questão estarem abrangidas no regime de segurança social baseado no princípio da solidariedade nacional, não eram actividades económicas e os organismos em questão não deviam ser considerados empresas (acórdão Poucet e Pistre, já referido no n.° 14, *supra*, n.^{os} 18 a 20).

16 Esta perspectiva funcional está de acordo com a tese da recorrente segundo a qual, quando de um procedimento de análise ao abrigo do artigo 82.° CE relativo a uma actividade particular de uma determinada entidade, é a natureza desta actividade, e não a da entidade, que é determinante quanto à questão de saber se esta última deve ser considerada uma empresa na acepção daquela disposição. Esta perspectiva exclui, de resto, a aplicação da solução adoptada no acórdão Poucet e Pistre, já referido no n.° 14, *supra*, a todas as actividades levadas a cabo pelos organismos em causa no presente processo.

17 Há outros acórdãos que favorecem a tese da recorrente. Com efeito, decorre da jurisprudência que «no âmbito do direito da concorrência [...] o conceito de empresa abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e modo de financiamento [...]»

(acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Abril de 1991, Höfner e Elser, C-41/90, Colect., p. I-1979, n.° 21). Esta jurisprudência consagrou, portanto, a aplicação de um critério funcional para determinar se uma entidade deve ser considerada uma empresa para efeitos da aplicação do direito da concorrência.

18 Por outro lado, num processo a respeito do âmbito de aplicação da Directiva 80/723/CEE da Comissão, de 25 de Junho de 1980, relativa à transparência das relações financeiras entre os Estados-Membros e as empresas públicas (JO L 195, p. 35; EE 08 F2 p. 75), o Tribunal de Justiça salientou, para distinguir as empresas públicas das outras entidades estatais: «[Esta distinção] tem origem no reconhecimento do facto de o Estado poder agir quer no exercício da autoridade pública, quer no exercício de actividades económicas de carácter industrial ou comercial, que se traduzem na oferta de bens ou serviços no mercado. Para se poder operar essa distinção, é, portanto, necessário proceder, em cada caso, ao exame das actividades exercidas pelo Estado e determinar a que categoria pertencem» (acórdão de 16 de Junho de 1987, Comissão/Itália, 118/85, Colect., p. 2599, n.° 7). Também nesse caso foi determinante a natureza da actividade exercida pela entidade em causa.

19 Em qualquer caso, o facto de o SNS ser gerido por entidades estatais de modo algum indicia que a compra de material sanitário por estas não seja uma actividade económica, ao contrário do que afirma a Comissão na decisão impugnada. Com efeito, há operadores privados que prestam os mesmos serviços que o SNS, em Espanha, mas sobretudo noutros Estados-Membros. Por outro lado, por vezes os hospitais públicos espanhóis prestam serviços privados que são facturados ao paciente, nomeadamente no caso de turistas estrangeiros que não são beneficiários do SNS. A tese da Comissão resulta em incoerências, uma vez que a actividade de compra realizada pelos hospitais públicos, ou por sua conta, é exactamente a mesma, quer os serviços que essas compras permitem prestar sejam facturados ao paciente, como é o caso em Espanha dos turistas estrangeiros, quer sejam financiados pelo sistema baseado no princípio da solidariedade nacional, como é o caso dos beneficiários do SNS.

20 Por outro lado, o facto de a existência do SNS criar, segundo a decisão impugnada, «um volume de procura de prestações médicas que não existiria necessariamente num sistema com fins lucrativos» é igualmente irrelevante.

21 Além disso, a recorrente considera que, na decisão impugnada, a Comissão invocou incorrectamente o «princípio da solidariedade nacional» em que se baseia o SNS, bem como a «forte componente de redistribuição dos recursos» do sistema e, por último, o facto de o SNS não prosseguir «fins lucrativos». Estes factores são irrelevantes, uma vez que, no caso em apreço, está em causa a compra de material efectuada pelos organismos que gerem o SNS, actividade estranha ao princípio da solidariedade, e não o modo de financiamento solidário do SNS através de receitas provenientes dos impostos, o que não é contestado pela recorrente. Com efeito, as autoridades públicas não podem pedir sacrifícios aos terceiros fornecedores em nome do princípio da solidariedade.

22 Em qualquer caso, é inadmissível que a Comissão se baseie no princípio da solidariedade para permitir abusos de posição dominante por parte do SNS, denunciados pela recorrente e que consistem na falta de pagamento sistemático de certas dívidas num prazo razoável.

23 A jurisprudência espanhola bem como a doutrina e a própria prática decisória da Comissão são igualmente favoráveis à aplicação de um critério funcional. A recorrente alega que certos autores vão ainda mais longe, criticando a perspectiva adoptada pelo Tribunal de Justiça no acórdão Poucet e Pistre, já referido no n.° 14, *supra*. Cita, nomeadamente, as observações de José Luis Buendía Sierra, na sua obra intitulada *Exclusive Rights and State Monopolies under EC Law. Article 86 (former article 90) of the EC Treaty* [*Direitos exclusivos e monopólios estatais em direito comunitário. Artigo 86.° (ex-artigo 90.°) do Tratado CE*], que considera não ser adequado fazer da segurança social um «domínio protegido» que escapa às regras em matéria de concorrência. Com efeito, segundo este autor, a própria existência da excepção prevista no artigo 86.°, n.° 2, CE implica que as actividades financiadas segundo o princípio da solidariedade continuem, em princípio, submetidas às regras da concorrência.

24 A este respeito, a recorrente sublinha que é de facto à luz da excepção expressamente prevista no artigo 86.°, n.° 2, CE e do critério de necessidade aí previsto que importa apreciar o comportamento abusivo que denuncia. Pelo menos no que diz respeito à actividade de compra, deve ser essa excepção a determinar a legalidade do comportamento dos organismos que gerem o SNS, e não a ficção jurídica segundo a qual estes não são empresas. Se a Comissão tivesse procedido a uma análise ao abrigo do artigo 86.°, n.° 2, CE teria obrigatoriamente concluído que a excepção prevista nessa disposição não era aplicável ao caso em apreço. Com efeito, a aplicação do artigo 82.° CE pela Comissão para pôr termo aos abusos denunciados não causaria qualquer prejuízo ao cumprimento da missão de gestão dos serviços de saúde pública que cabe ao SNS.

25 A recorrente acrescenta que a jurisprudência posterior ao acórdão Poucet e Pistre, já referido no n.° 14, *supra*, alterou ligeiramente a perspectiva adoptada nesse acórdão, contradizendo a posição da Comissão. Assim, nas conclusões relativas ao acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Dezembro de 1995, Van Schijndel e Van Veen (C-430/93, C-431/93, Colect., p. I-4705, n.° 64), o advogado-geral F. G. Jacobs precisou que o fundo de pensões em questão nesse processo não actuava como empresa «nas suas relações com os seus beneficiários». Isto confirma que uma entidade pode actuar como empresa nas suas relações com certas categorias de terceiros, não obstante o facto de exercer outras funções na qualidade de organismo social.

26 Por outro lado, nas conclusões relativas ao acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Novembro de 1995, Fédération française des sociétés d'assurances e o. (C-244/94, Colect., p. I-4015, n.° 22), o advogado-geral G. Tesauro precisou que a caixa do seguro de doença em causa nesse processo devia ser qualificada de empresa «pelo menos na sua função de gestão do regime em causa». O Tribunal de Justiça, distinguindo nesse processo a situação aí em causa da situação que foi objecto do acórdão Poucet e Pistre, já referido no n.° 14, *supra*, sublinhou que a prossecução do princípio da solidariedade não é determinante em todas as circunstâncias e que, no caso em apreciação, a entidade em causa exercia de facto uma actividade económica (acórdão Fédération française des sociétés d'assurances e o., já referido, n.° 20).

27 No acórdão de 21 de Setembro de 1999, Albany (C-67/96, Colect., p. I-5751, n.° 85), o Tribunal de Justiça considerou que a ausência de fins lucrativos e a presença de um certo número de elementos de solidariedade, entre os quais a inscrição obrigatória, no regime de pensão em causa, não eram suficientes para «retirar ao fundo de pensões sectorial a sua qualidade de empresa». Nas conclusões relativas ao mesmo acórdão (Colect., p. I-5754, n.° 312), o advogado-geral F. G. Jacobs considerou mesmo que «o carácter não lucrativo de uma entidade ou o facto de esta não prosseguir finalidades não económicas são, em princípio, irrelevantes» para determinar se esta entidade deve ser considerada uma empresa.

28 Por último, o advogado-geral G. Cosmas considerou, nas conclusões relativas ao acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Outubro de 2000, Ferlini (C-411/98, Colect., pp. I-8081, I-8084, n.os 110 a 116), que um hospital público actua na qualidade de empresa na acepção do artigo 81.° CE quando presta cuidados a pessoas que não são beneficiários do regime solidário de segurança social que assegura o seu financiamento. A este respeito, o advogado-geral precisou que, «em cada processo, a noção de 'empresa' deve ser entendida num sentido funcional, tendo em conta a actividade» em causa.

29 A recorrente reconhece que a jurisprudência acima referida não é directamente aplicável à situação em apreço. Com efeito, nos acórdãos Fédération française des sociétés d'assurances e o. e Albany, referidos, respectivamente, nos n.os 26 e 27, *supra*, foi o grau diminuto de solidariedade do regime em causa que levou o Tribunal de Justiça a considerar que as entidades envolvidas eram empresas nas suas relações com os utilizadores do serviço por elas prestado em aplicação do princípio da solidariedade. No presente processo, em contrapartida, a denúncia tem por objecto as relações do SNS com os seus fornecedores. A recorrente considera que, embora em certas circunstâncias possam existir razões para pôr em causa o carácter económico da prestação de serviços de saúde, o SNS deve, face a essa jurisprudência, por maioria de razão, ser considerado uma empresa num contexto em que a solidariedade não desempenha qualquer papel.

30 Segundo a recorrente, a Comissão não pôde apreciar correctamente a questão de saber se o SNS era ou não uma empresa, visto que não procedeu a um análise

suficientemente aprofundada do modo de funcionamento deste. A recorrente contesta igualmente a argumentação, constante da decisão impugnada, segundo a qual não se pode dissociar a actividade do SNS que consiste na prestação de serviços de saúde pública da sua actividade de aquisição de bens. Não é pelo facto de o SNS ter necessidade de se abastecer para poder prestar aqueles serviços que esta actividade deixa de ser uma actividade económica. Ao contrário do que afirma a Comissão na decisão impugnada, não é necessário que o «exercício autónomo» de uma actividade possa ser economicamente viável para que esta seja considerada uma actividade económica e, portanto, para que a entidade seja considerada uma empresa na acepção do artigo 82.° CE. A Comissão não invocou nenhuma jurisprudência ou outro elemento concreto a favor deste aspecto da sua tese.

31 Por outro lado, a argumentação da Comissão resultaria em considerar que a actividade de venda de produtos sanitários exercida pelos membros da recorrente do mesmo modo que a actividade daqueles que prestam outros serviços ao SNS não constituem actividades económicas, o que é manifestamente errado. A recorrente acrescenta que, seguindo essa argumentação, mesmo a actividade das entidades que fornecem produtos aos membros da recorrente não deveria ser considerada uma actividade económica, uma vez que está ligada à prestação de serviços de saúde pelo SNS.

32 A Comissão não contesta a afirmação da recorrente segundo a qual a jurisprudência referida na petição, nomeadamente o acórdão Poucet e Pistre, já referido no n.° 14, *supra*, tem por objecto apenas as relações entre organismos públicos e os beneficiários do serviço público que prestam. Todavia, não pode deduzir-se dessa circunstância que os organismos em questão devam ser considerados empresas nas suas relações com os respectivos fornecedores. Pelo contrário, a decisão do acórdão Poucet e Pistre, já referido no n.° 14, *supra*, precisa que os organismos em causa não são abrangidos pelo conceito de empresa na acepção dos artigos 81.° CE e 82.° CE, sem estabelecer uma distinção como aquela que é proposta pela recorrente.

33 A Comissão sublinha que, ao contrário do que a recorrente afirma, aplicou efectivamente um critério funcional na apreciação económica que fez da situação do SNS. De acordo com a análise que figura nos n.os 20 a 24 da decisão impugnada, não pode dissociar-se a actividade de compra ou produção da actividade de oferta de serviços, já que a segunda seria impossível sem a primeira.

34 A possibilidade de os hospitais públicos poderem prestar serviços privados remunerados a certos pacientes, a título excepcional, apenas é relevante, quando muito, para apreciar se esses hospitais, e não os organismos visados na denúncia, actuam como empresas nas suas relações com os pacientes. A Comissão alega, por outro lado, que esta possibilidade não foi evocada pela recorrente na sua denúncia.

Apreciação do Tribunal

35 Em primeiro lugar, importa recordar que, segundo jurisprudência constante, o conceito de empresa abrange, no âmbito do direito comunitário da concorrência, qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento (acórdãos do Tribunal de Justiça Höfner e Elser, já referido no n.° 17, *supra*, n.° 21; Poucet e Pistre, já referido no n.° 14, *supra*, n.° 17; Fédération française des sociétés d'assurances e o., já referido no n.° 26, *supra*, n.° 14; de 11 de Dezembro de 1997, Job Centre, C-55/96, Colect., p. I-7119, n.° 21; e Albany, já referido no n.° 27, *supra*, n.° 77; acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 2 de Julho de 1992, Dansk Pelsdyravlerforening/Comissão, T-61/89, Colect., p. II-1931, n.° 50, e de 30 de Março de 2000, Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali/Comissão, T-513/93, Colect., p. II-1807, n.° 36).

36 A este respeito, é a actividade consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado que caracteriza o conceito de actividade económica (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Junho de 1998, Comissão/

/Itália, C-35/96, Colect., p. I-3851, n.º 36, e acórdão Consiglio Nazionale degli Spedizionieri Doganali/Comissão, já referido no número anterior, n.º 36), e não a actividade de compra enquanto tal. Assim, como defende a Comissão, não deve dissociar-se a actividade de compra do produto da utilização ulterior do produto adquirido pelo comprador para efeitos de apreciar a natureza desta última. Cabe, por conseguinte, considerar que o carácter económico ou não da utilização ulterior do produto comprado determina necessariamente o carácter da actividade de compra.

37 Por conseguinte, sempre que uma entidade compra um produto, mesmo quando o faz em grande quantidade, não para oferecer bens ou serviços no âmbito de uma actividade económica, mas para o usar no âmbito de outra actividade, por exemplo, uma actividade de natureza puramente social, essa entidade não actua como uma empresa pela sua simples qualidade de comprador num mercado. Embora, de facto, tal entidade possa exercer um poder económico muito importante, que poderia eventualmente dar lugar a uma situação de monopsónio, não deixa de ser verdade que, na medida em que a actividade para cujo exercício ela compra tais produtos não possui natureza económica, essa entidade não actua como uma empresa na acepção das regras comunitárias em matéria de concorrência, não estando, por isso, abrangida pelas proibições previstas nos artigos 81.º, n.º 1, CE e 82.º CE.

38 Importa recordar, em seguida, que, no acórdão Poucet e Pistre, já referido no n.º 14, *supra*, n.ºs 18 e 19, para fundamentar a sua conclusão segundo a qual os organismos que geriam as caixas de seguro de doença em causa nesse processo não exerciam uma actividade económica e que, por conseguinte, não constituíam empresas na acepção dos artigos 81.º CE e 82.º CE, o Tribunal de Justiça baseou-se no facto de tais organismos desempenharem uma função de carácter exclusivamente social, de esta actividade assentar no princípio da solidariedade nacional e, por último, de a referida actividade não ter fins lucrativos, sendo financiada através de prestações legais e independentes do montante das contribuições. Quanto aos acórdãos Fédération française des sociétés d'assurances e o. e Albany, já referidos, respectivamente, nos n.ºs 26 e 27, *supra*, há que reconhecer que o Tribunal de Justiça reafirmou a perspectiva adoptada no seu acórdão Poucet e Pistre (acórdãos Fédération française des sociétés d'assurances e

o., n.os 15 e 16, e Albany, n.º 78), baseando-se no grau mais reduzido de solidariedade existente no funcionamento dos regimes em causa para considerar que as entidades envolvidas nesses processos eram empresas. Em consequência, o princípio estabelecido no acórdão Poucet e Pistre, já referido no n.º 14, *supra*, não foi posto em causa pela referida jurisprudência.

39 No presente processo é pacífico que o SNS, gerido pelos ministérios e outras entidades visadas na denúncia apresentada pela recorrente, funciona em conformidade com o princípio da solidariedade quanto ao seu modo de financiamento através de contribuições sociais e outras contribuições estatais e quanto à prestação gratuita de serviços aos seus beneficiários com base na cobertura universal. Assim, esses organismos não actuam como empresas na sua actividade de gestão do SNS.

40 Do que precede decorre que, em conformidade com a regra de direito enunciada nos n.os 37 e 38, *supra*, os organismos em causa também não actuam como empresas, uma vez que compram o material sanitário vendido pelas empresas membros da associação recorrente para oferecerem serviços de saúde gratuitos aos beneficiários do SNS.

41 Todavia, a recorrente alegou na réplica que os hospitais públicos espanhóis do SNS oferecem, pelo menos pontualmente, serviços remunerados a pessoas que não são beneficiários do sistema, nomeadamente a turistas estrangeiros, de forma que os organismos em causa actuam necessariamente como empresas, pelo menos no âmbito dessas prestações de serviços, bem como na medida em que as suas compras de material sanitário estão ligadas a estas.

42 A este respeito, importa recordar que, quando é apresentada uma denúncia à Comissão, nos termos do artigo 3.º do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos [81.º] e [82.º] do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22), a Comissão é obrigada a examinar atentamente os elementos de facto e de direito levados ao seu conhecimento pelo denunciante, a fim de apreciar se os referidos elementos

deixam transparecer uma violação dos artigos 81.° CE e 82.° CE (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Setembro de 1992, Automec/Comissão, dito «Automec II», T-24/90, Colect., p. II-2223, n.° 79, e de 9 de Janeiro de 1996, Koelman/Comissão, T-575/93, Colect., p. II-1, n.° 39, confirmado após recurso pelo despacho de 16 de Setembro de 1997, Koelman/ /Comissão, C-59/96 P, Colect., p. I-4809).

43 Em contrapartida, a Comissão não está obrigada a ter em conta, na análise de uma denúncia, elementos de facto que não tenham sido levados ao seu conhecimento pelo denunciante, para poder rejeitá-la com o fundamento de que as práticas denunciadas não violam as regras comunitárias em matéria de concorrência ou, eventualmente, de que não entram no âmbito de aplicação destas últimas (v., por analogia, acórdão Koelman/Comissão, já referido no n.° 42, *supra*, n.° 40). Assim, no contexto de um recurso interposto contra uma decisão de rejeição de uma denúncia em matéria de concorrência, não pode acusar-se a Comissão de não ter tido em consideração um elemento que não lhe foi dado a conhecer pelo denunciante e cuja existência aquela apenas podia ter descoberto através da instauração de um inquérito.

44 No caso em apreço, deve referir-se, como faz a Comissão na tréplica, que a recorrente não se referiu às alegadas prestações de serviços remunerados na sua denúncia inicial, tendo mencionado este facto pela primeira vez no Tribunal de Primeira Instância e na réplica. Por conseguinte, sem que no presente processo haja necessidade de apreciar a eventual relevância desta circunstância para a determinação do carácter económico ou não da actividade de compra levada a cabo pelos referidos organismos, há que considerar que a existência das referidas prestações não pode ser tida em conta para controlar a legalidade da decisão impugnada no âmbito do presente recurso.

45 Do que precede resulta que o presente fundamento deve ser julgado improcedente.

Quanto ao fundamento assente em violação do direito de defesa

Argumentos das partes

46 A recorrente alega que a Comissão violou o seu direito de defesa ao decidir arquivar a sua denúncia de 12 de Dezembro de 1997 sem efectuar uma análise aprofundada de todos os elementos que eram aí apresentados. Com efeito, a recorrente considera ter provado, nessa denúncia, que o SNS detinha uma posição dominante nos mercados relevantes. Por outro lado, os atrasos no pagamento que eram objecto da denúncia representavam um endividamento total do SNS de mais de mil milhões de euros. O SNS cometeu, portanto, abusos característicos de posição dominante, tendo, por isso, causado um prejuízo grave às empresas membros da associação recorrente.

47 Nestas circunstâncias, a Comissão não tinha fundamento para considerar que a denúncia não preenchia a condição relativa ao interesse comunitário, em função da qual a instituição deve apreciar se cabe arquivar ou dar seguimento ao procedimento (acórdão Automec II, já referido no n.° 42, *supra*). A recorrente invoca, em defesa da sua argumentação, a comunicação sobre a cooperação entre a Comissão e as autoridades de concorrência dos Estados-Membros no que diz respeito ao tratamento dos processos no âmbito dos artigos [81.°] e [82.°] do Tratado CE (JO 1997, C 313, p. 3), nomeadamente o seu n.° 14.

48 A Comissão alega que rejeitou a denúncia da recorrente com o fundamento de que o artigo 82.° CE não era aplicável ao caso. Com efeito, os organismos que gerem o SNS não são empresas, não sendo, portanto, destinatários da proibição de abuso de posição dominante. Nestas circunstâncias, era inútil proceder, no caso em apreço, a uma apreciação do interesse comunitário.

Apreciação do Tribunal

49 Como se verificou acima, a Comissão rejeitou a denúncia da recorrente pelo facto de os organismos que gerem o SNS não actuarem como empresas na acepção do artigo 82.° CE na sua actividade de compra dos produtos sanitários indispensáveis ao funcionamento do SNS (n.^{os} 20 a 24 da decisão impugnada). Por outro lado, entendeu-se acima que a Comissão podia rejeitar a denúncia da recorrente com esse fundamento nas circunstâncias do caso em apreço.

50 Nestas condições, seria inútil que a Comissão apreciasse os outros aspectos da denúncia apresentada pela recorrente, uma vez que tal apreciação, mesmo admitindo que levasse à conclusão de que se verificava um abuso de posição dominante, não poderia ter levado à adopção de uma decisão que declarasse a existência de uma infracção ao artigo 82.° CE ou aos artigos 82.° CE e 86.° CE conjugados. Não pode acusar-se a Comissão de ter violado o direito de defesa de uma empresa pelo facto de não ter procedido a uma análise a título subsidiário de certos aspectos da sua denúncia.

51 Em consequência, o presente fundamento deve ser julgado improcedente.

Quanto ao fundamento assente em falta de fundamentação e em falta de transparência

Argumentos das partes

52 Segundo a recorrente, a falta de resposta, na decisão impugnada, aos argumentos invocados na sua denúncia a respeito da existência de uma posição dominante e

da sua exploração abusiva, consubstancia o vício de falta de fundamentação. Por outro lado, o raciocínio seguido pela Comissão quanto à questão de saber se os organismos que gerem o SNS são empresas na acepção do artigo 82.° CE é igualmente insuficiente. Com efeito, a Comissão devia ter procedido a uma análise mais completa da jurisprudência relevante a fim de determinar a solução aplicável à situação de facto, em vez de se limitar a citar exclusivamente o acórdão Poucet e Pistre, já referido no n.° 14, *supra*, sem expor as considerações que, do seu ponto de vista, justificavam a sua aplicação à situação em apreço.

53 A recorrente invoca, a este respeito, o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 29 de Junho de 1993, Asia Motor France e o./Comissão (T-7/92, Colect., p. II-669, n.° 35), no qual o Tribunal reafirmou que, quando é apresentada uma denúncia à Comissão, «as garantias processuais previstas no artigo 6.° do Regulamento n.° 99/63 [de 25 de Julho de 1963, relativo às audições referidas nos n.^{os} 1 e 2 do artigo 19.° do Regulamento n.° 17 do Conselho (JO 1963, 127, p. 2268; EE 08 F1 p. 62)] obrigam-na [...] a examinar atentamente os elementos de facto e de direito levados ao seu conhecimento pelo denunciante, a fim de apreciar se os referidos elementos deixam transparecer um comportamento de natureza a falsear o jogo da concorrência [...]». No caso em apreço, a Comissão não cumpriu essa obrigação. Por conseguinte, a fundamentação da decisão impugnada é insuficiente. A recorrente acrescenta que, segundo a jurisprudência, o carácter suficiente da fundamentação de um acto deve ser apreciado «à luz não somente do seu teor mas também do seu contexto e do conjunto das normas jurídicas que regem a matéria em causa» (acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Abril de 1998, Comissão/Sytraval e Brink's France, C-367/95 P, Colect., p. I-1719). Por conseguinte, na fundamentação da decisão impugnada, a Comissão devia ter atendido à importância do presente caso no plano económico.

54 Por outro lado, a Comissão violou o princípio geral da transparência do procedimento administrativo por não ter, em primeiro lugar, informado de forma adequada a recorrente do andamento do procedimento, nomeadamente ao não lhe enviar uma cópia da decisão de transmissão da sua denúncia aos 26 organismos em causa, nem as observações que estes últimos apresentaram em resposta e, em segundo lugar, por se ter recusado a receber os seus representantes.

55 A Comissão considera que a decisão impugnada contém uma fundamentação suficiente, em conformidade com a jurisprudência, uma vez que os seus fundamentos permitem ao Tribunal de Primeira Instância exercer a sua fiscalização, e à recorrente conhecer o único fundamento de rejeição da sua denúncia — ou seja, a apreciação segundo a qual os organismos que gerem o SNS não são empresas na acepção do artigo 82.° CE — a fim de poder defender os seus direitos e verificar se a decisão é ou não válida (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 2 de Julho de 1998, Ouzounoff Popoff/Comissão, T-236/97, ColectFP, pp. I-A-311 e II-905, n.° 56).

56 Quanto à alegação de desrespeito do princípio da transparência, a Comissão alega que nunca enviou a denúncia da recorrente aos organismos em causa. Por conseguinte, os documentos reclamados pela recorrente nunca existiram.

57 Por outro lado, a Comissão não tem qualquer obrigação de se reunir com os denunciantes. Todavia, no caso em apreço, reuniu-se voluntariamente com os representantes da recorrente em 25 de Fevereiro de 1998.

Apreciação do Tribunal

58 Importa referir que a Comissão não está obrigada, na fundamentação das decisões que é levada a adoptar para garantir a aplicação das regras de concorrência, a tomar posição sobre todos os argumentos que os interessados invocam em apoio do seu pedido. Basta que exponha os factos e as considerações jurídicas que revestem uma importância essencial na economia da decisão (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de Julho de 1998, ITT Promedia/Comissão, T-111/96, Colect., p. II-2937, n.° 131).

59 No caso em apreço, cabe reconhecer que, pelas razões expostas acima nos n.os 49 e 50, seria inútil se a Comissão tivesse respondido aos argumentos relativos à existência de uma posição dominante e à sua exploração abusiva. Além disso, a Comissão, na decisão impugnada, podia basear-se no acórdão Poucet e Pistre, já referido no n.° 20, *supra*, sem ter necessariamente que analisar a jurisprudência ulterior referida pela recorrente, uma vez que a regra de base estabelecida pelo Tribunal de Justiça no referido acórdão permanece aplicável, tendo sido reafirmada várias vezes, nomeadamente nos acórdãos invocados pela recorrente (v. *supra*, n.° 38). Por conseguinte, na economia geral da decisão impugnada e atendendo ao contexto factual conhecido da recorrente, era lógica a falta de fundamentação relativamente a estes elementos (v., neste sentido, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 24 de Setembro de 1996, NALOO/Comissão, T-57/91, Colect., p. II-1019, n.os 298 a 300).

60 Em consequência, a decisão impugnada não padece de falta de fundamentação.

61 Quanto aos argumentos relativos à alegada falta de transparência revelada pela Comissão, há que recordar que a única obrigação que lhe cabe, ao abrigo do artigo 6.° do Regulamento n.° 99/63/CEE, de 25 de Julho de 1963, relativo às audições referidas nos n.os 1 e 2 do artigo 19.° do Regulamento n.° 17 (JO 1963, 127, p. 2268; EE 08 F1 p. 62), quando não pretende dar seguimento à instrução de uma denúncia, é permitir que o denunciante apresente as suas observações por escrito. Por outro lado, nos termos do artigo 7.° do Regulamento n.° 99/63, a audiência de terceiros, nomeadamente dos denunciantes, só é obrigatória na medida em que estes justifiquem ter um interesse suficiente, dispondo a Comissão de uma margem de discricionariedade razoável quanto ao interesse dessa audiência para a instrução do processo (acórdão de 17 de Janeiro de 1984, VBVB e VBBB/Comissão, 43/82 e 63/82, Recueil, p. 19, n.° 18; v., igualmente, nesse sentido, o acórdão NALOO/Comissão, já referido no n.° 59, *supra*, n.os 275 e 276).

62 Neste caso, é pacífico que a Comissão informou a recorrente da sua posição em 2 de Dezembro de 1998, tendo-lhe dado a oportunidade para apresentar observações em resposta, o que a recorrente fez em 10 de Fevereiro de 1999. Por

outro lado, decorre da decisão impugnada (nota de rodapé n.º 4) que o processo da Comissão continha apenas a denúncia da recorrente e respectivos anexos. A Comissão afirmou, por fim, no Tribunal, sem ter sido contrariada pela recorrente, que não transmitiu a denúncia às entidades em causa, de forma que estas nunca apresentaram observações em resposta.

63 Do que precede resulta que a Comissão respeitou a única obrigação concreta a que estava sujeita no caso em apreço, uma vez que a recorrente teve oportunidade de apresentar as suas observações escritas em resposta à tomada de posição inicial da Comissão. Não pôde ter-se verificado, nesse caso, uma violação do direito de consulta do processo, uma vez que a recorrente tomou conhecimento de todos os documentos que constavam do processo da Comissão.

64 Embora nada acrescente para a decisão da causa, sempre se dirá que a recorrente não contestou a afirmação da Comissão, contida na resposta, segundo a qual os respectivos serviços se reuniram com a recorrente em 25 de Fevereiro de 1998.

65 À luz do que precede, há que concluir que a Comissão respeitou inteiramente os direitos da recorrente enquanto denunciante.

66 Em consequência, o presente fundamento deve ser julgado improcedente.

67 Uma vez que todos os fundamentos invocados pela recorrente são improcedentes, há que negar provimento ao presente recurso na totalidade.

Quanto às despesas

68 Por força do disposto no n.º 2 do artigo 87.º do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a recorrente sido vencida, há que condená-la nas despesas, nos termos do pedido da Comissão.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Primeira Secção Alargada)

decide:

1) **É negado provimento ao recurso.**

2) **A recorrente suportará as suas próprias despesas, bem como as efectuadas pela Comissão.**

Vesterdorf Lenaerts Azizi

Forwood Legal

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 4 de Março de 2003.

O secretário O presidente

H. Jung B. Vesterdorf