CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL G. FEDERICO MANCINI apresentadas em 17 de Março de 1987 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Por intermédio de dois recursos interpostos em Junho de 1984, a British American Tobacco Company Ltd (adiante designada por «BAT») e a Reynolds Industries Incorporated (adiante designada por «Reynolds») solicitam a anulação do acto de 22 de Março de 1984, mediante o qual a Comissão das Comunidades Europeias indeferiu as denúncias por elas apresentadas, ao abrigo do n.° 2 do artigo 3.° do Regulamento n.° 17, de 6 de Fevereiro de 1962 (JO de 21.2.1962, p. 204; EE 08 F1 p. 22), contra os acordos celebrados entre a Philip Morris Incorporated (adiante designada por «Philip Morris») e a Rembrandt Group Ltd (adiante designada por «Rembrandt»). Com efeito, no entender da instituição, estes acordos não violam os artigos 85.° e 86.° do Tratado CEE.

O processo tem como fundo o mercado comunitário de cigarros, no qual as empresas citadas operam em situação de oligopólio. Os factos remontam a Abril de 1981: após ter rejeitado as ofertas da BAT e da Reynolds, a Rembrandt cedeu à Philip Morris, por trezentos e cinquenta milhões de USD, metade do capital em acções de uma sua sociedade, a Rothmans Tobacco (Holding) Ltd (adiante denominada «Tobacco Holding»), que, por sua vez, possuía a maioria das acções da Rothmans International (adiante denominada «Rothmans»). Previa-se igualmente no contrato que as actividades desta última empresa — *leader* de uma parte importante do mercado europeu — fossem geridas em comum.

Mas a satisfação das contratantes foi de pouca dura. De facto, em 4 de Maio de 1981, a Reynolds denunciou o acordo aos funcionários da Direcção da Concorrência: graças à participação de 50 % no capital da Tobacco Holding — observou a empresa — a Philip Morris está agora em condições de exercer uma influência importante no comportamento da Rothmans, sua directa e aguerrida concorrente. Foram assim violados o n.° 1 do artigo 85.°, em matéria de acordos, e o artigo 86.°, relativo ao abuso de posição dominante.

Surge assim, para se ampliar alguns meses mais tarde com a denúncia paralela da BAT (20 de Janeiro de 1982), «l'affaire des cigarettes». A Comissão enfrentou-o com energia, enviando em 19 de Maio à Rembrandt e à Philip Morris — que lhe tinham notificado o acordo, na esperança de obter a isenção prevista no n.° 3 do artigo 85.° — uma acusação formal, na qual lhes imputava a inobservância das proibições previstas no Tratado. As duas sociedades esboçaram uma tentativa de defesa, mas bem depressa compreenderam que, para não serem condenadas, teriam de modificar profundamente a estrutura da sua «*partnership*».

Seguiu-se uma complexa negociação que terminou em 1983. Ainda que *obtorto collo*, a Philip Morris aceitou desistir da sua parte na Tobacco Holding para se tornar em

* Tradução do italiano.

troca, mas com uma participação correspondente a 24,9 % dos votos, accionista directa da Rothmans. A Rembrandt, por seu lado, voltando a ser a única proprietária da sociedade financeira, readquiriu sobre a Rothmans um controlo livre da influência da Philip Morris. Os anteriores vínculos de cooperação foram removidos, ao mesmo tempo que se reforçavam algumas cláusulas, já previstas no acordo de 1981 e relativas ao ingresso de terceiros no capital da Rothmans. Além disso, o organismo encarregado do inquérito obteve das partes o compromisso de que continuariam em concorrência e lhe comunicariam, em tempo útil, qualquer iniciativa susceptível de modificar o *statu quo*. Em suma, do acordo concluído três anos antes, apenas o preço permaneceu inalterado.

Para a Comissão, o acordo assim obtido parecia aberto a formas de controlo eficazes e, de qualquer modo, compatível com as normas comunitárias. Em 16 de Dezembro de 1983, por conseguinte, comunicou à BAT e à Reynolds os elementos essenciais dos novos acordos e as razões que a levaram a arquivar as respectivas denúncias, concedendo-lhes um prazo para eventuais observações, nos termos do artigo 6.° do Regulamento n.° 99, de 25 de Julho de 1963 (JO de 20.8.1963, p. 2268; EE 08 F1 p. 62).

As duas empresas responderam atempadamente: o acordo — observaram — mudou de aspecto, mas não de substância. Deve, assim, ser condenado. A Comissão, todavia, foi inamovível e, em 22 de Março de 1984 — ou seja, no dia seguinte à celebração do novo acordo entre a Rembrandt e a Philip Morris —, comunicou à BAT e à Reynolds a rejeição das suas denúncias. Daqui resultaram os recursos sobre os quais sois chamados a pronunciar-vos.

2. Por despachos de 26 de Setembro e de 28 de Novembro de 1984, o Tribunal decidiu, por razões de conexão, apensar os dois processos (142/84, BAT, 156/84, Reynolds) e autorizar a Philip Morris e a Rembrandt a intervirem em apoio da Comissão.

In limine litis a Rembrandt alegou a inadmissibilidade dos dois recursos, invocando a jurisprudência do Tribunal relativa aos pressupostos subjectivos e objectivos da acção. Quem solicita à Comissão que verifique uma infracção às regras de concorrência — afirma em especial — não tem «o direito de exigir... uma decisão definitiva em conclusão do processo... instaurado (com a) reclamação» (acórdão de 18 de Outubro de 1979, processo 125/78, GEMA/Comissão, Recueil 1979, p. 3173, n.° 18) (tradução provisória). Isto não significa que a carta destinada a dar conhecimento da decisão de arquivar o pedido, enviada aos denunciantes de acordo com o referido artigo 6.° do Regulamento n.° 99/63, esteja ao abrigo de recursos nos termos do segundo parágrafo do artigo 173.° do Tratado; todavia, para ser impugnável, este acto deve produzir «efeitos... obrigatórios, susceptíveis de afectar os interesses de quem (o) impugna, modificando de forma relevante a (sua) situação jurídica» (acórdão de 11 de Novembro de 1981, processo 60/81, IBM/Comissão, Recueil 1981, p. 2639, n.° 9) (tradução provisória).

É certo, continua a Rembrandt, que esta não é a única regra estabelecida pelo Tribunal quanto a esta matéria. Assim, pronunciando-se sobre uma declaração de isenção, os juízes decidiram que, no interesse «de uma boa administração da justiça e de uma

correcta aplicação dos artigos 85.° e 86.°», os denunciantes estão, no todo ou em parte, habilitados «a intentar uma acção para protecção dos seus legítimos interesses», e isto porque, ainda que sejam terceiros em relação àquele acto, satisfazem a condição estabelecida na última parte do segundo parágrafo do artigo 173.° (acórdão de 25 de Outubro de 1977, processo 26/76, Metro/ /Comissão, Recueil 1977, p. 1875, n.° 13) (tradução provisória). Dir-se-á — observa ainda a empresa — que os dois acórdãos são contraditórios. Na verdade, os princípios por eles enunciados completam-se: para recorrer do arquivamento, o denunciante é de facto obrigado a demonstrar que, embora não sendo uma decisão, essa medida lhe diz «directa e individualmente» respeito (acórdão Metro), na medida em que lesa os seus interesses específicos (acórdão IBM).

Pois bem, a BAT e a Reynolds não provaram concretamente ter sofrido semelhante prejuízo, enquanto é incontestável que a carta de 22 de Março de 1984 visava encerrar «l'affaire des cigarettes», sancionando a legalidade de um acordo respeitante unicamente à Rembrandt e à Philip Morris. Os recorrentes não têm assim legitimidade para agir; a confirmar esta conclusão lá está o acórdão de 10 de Junho de 1982, processo 246/81 (Lord Bethell/Comissão, Recueil 1982, p. 2277), que declarou inadmissível um recurso interposto no âmbito de um caso em muitos aspectos análogo ao nosso.

Antes de se proceder ao exame dos argumentos atrás resumidos deve-se fazer uma observação, talvez um pouco inesperada, mas necessária e, como dizem os ingleses, «sobering». Relativamente aos recursos nos termos do segundo parágrafo do artigo 173.°, o Tribunal e a doutrina fizeram correr os clássicos rios de tinta; não chegaram, no entanto, a formular regras unívocas, sistematicamente organizadas e de fácil compreensão. Sobre um delicadíssimo problema de direito comunitário falta assim a indispensável clareza e o nosso caso é uma prova eloquente das dificuldades a que dá lugar tal situação.

Aquela disposição, como sabemos, distingue os sujeitos com legitimidade para recorrer em duas categorias: os destinatários de uma decisão de uma instituição comunitária e as pessoas que, não o sendo, devem provar que podem ser «directa e individualmente» afectadas pela decisão. A BAT e a Reynolds — cujos recursos têm por objecto uma «carta-decisão» pela qual a Comissão lhes comunicou ter arquivado as respectivas denúncias — pertencem manifestamente à primeira classe. Objecta-se, todavia, que a carta postula ou reflecte o reconhecimento da legalidade dos novos acordos concluídos entre a Rembrandt e a Philip Morris e que, visto a esta luz, não diz directamente respeito às recorrentes. Da primeira categoria passa-se assim à segunda, para a qual valem princípios bem mais complexos e, de qualquer forma, diferentes.

Que caminho escolher? Em minha opinião, é impossível sair do dilema enquanto nos obstinarmos em extrair indicações vinculativas da jurisprudência do Tribunal. Torna-se necessário, em vez disso, averiguar a exacta posição dos recorrentes relativamente ao acto impugnado e às normas que o admitem. Ora, o escopo destas últimas, e em especial dos artigos 85.° e 86.°, é conhecido: visam garantir que no interior do mercado comum as trocas comerciais, quer entre

empresas, quer no respeitante aos consumidores, se desenvolvam de forma leal. Neste quadro, o seu primeiro regulamento de execução (n.° 17/62) autoriza «as pessoas... que invoquem um interesse legítimo» (mas atente-se: este interesse excede a esfera do denunciante para coincidir com o da ordem jurídica) a recorrerem à Comissão para que esta verifique a eventual inobservância das normas *antitrust* e assim assegure a realização do supracitado objectivo.

A execução de semelhante tarefa implica, todavia: a) que a Comissão disponha de um certo poder de avaliação técnica, no que respeita à oportunidade de abrir um inquérito e à verificação dos pressupostos a que está subordinada a aplicação das proibições estabelecidas pelo Tratado; b) que exerça tal poder de forma legítima, isto é, no respeito pelos fins que o justificam e pelas regras que o regem. Daí a necessidade de conferir aos particulares um instrumento — o recurso, precisamente — que obrigue o juiz a verificar se o organismo de controlo a que recorreram avaliou a situação que lhe foi apresentada à luz dos fins e de acordo com os critérios estabelecidos na lei.

Nesta perspectiva, parece-me que a posição de quem impugna o arquivamento de uma sua denúncia não é diferente da de quem recorre de um certificado negativo ou de uma declaração de isenção, ou seja, de decisões que formalmente não lhe dizem respeito, mas — e isto é que importa — que implicam sempre a rejeição, após uma apreciação de mérito, do seu pedido. Importa realçar, por outro lado, que no primeiro caso o Tribunal expressou-se apenas em termos de «legitimidade para interpor recurso» ou de «interesse em agir» [assim, como exemplo, acórdãos de 4 de Outubro de 1983, processo 191/82 (Fediol/Comissão, Recueil 1983, p. 2913, n.os 28 a 31) e, menos explicitamente, de 11 de Outubro de 1983, processo 210/81, (Demo-Studio Schmidt/Comissão, Recueil, 1983, p. 3045, n.° 12); e de 28 de Março de 1985, processo 298/83, (CICCE/Comissão, Recueil, p. 1105, n.° 18)]. Na segunda hipótese, pelo contrário, os juízes perguntaram-se sempre se o acto impugnado dizia directa e individualmente respeito ao denunciante [ver acórdãos de 28 de Janeiro de 1986, processo 169/84, (COFAZ e outros/Comissão, Recueil, p. 391, n.os 22 e seguintes); e de 22 de Outubro de 1986, processo 75/84, (Metro/Comissão, Recueil, p. 3021, n.os 19 e seguintes)].

Querendo aplicar esta jurisprudência ao nosso caso, devemos concluir que as recorrentes, pelo simples facto de terem apresentado uma denúncia nos termos da alínea b) do n.° 2 do artigo 3.° do Regulamento n.° 17, têm ainda o direito de impugnar a decisão de rejeição. Pelo contrário, se a Rembrandt e a Philip Morris tivessem beneficiado de um certificado negativo ou de uma declaração de isenção, a BAT e a Reynolds, mesmo tendo apresentado uma reclamação idêntica, apenas poderiam impugnar aqueles actos na medida em que preenchessem as condições estabelecidas na última parte do segundo parágrafo do artigo 173.° Ora bem, não creio que tal disparidade se justifique. Não vejo por que motivo a existência de uma denúncia basta para fazer surgir o direito de recorrer da decisão negativa da administração e não me parece que, para este efeito, possa ter um peso determinante o papel, mais ou menos activo, desenvolvido pela empresa no decurso da fase pré-contenciosa (*contra*, acórdão de 20 de

Março de 1985, processo 264/82, Timex/ Conselho e Comissão, Recueil, p. 849, n.os 14 e 15).

Mas ainda há mais. Com efeito, observo que entre a situação de que o particular é levado a reclamar (interesse legítimo) e aquela que dá lugar a uma decisão de arquivamento (interesse em agir) não existe sempre a coincidência afirmada no primeiro acórdão Metro. Um exemplo: o Sr. van Dijk, dono de uma tabacaria, dirige-se à Comissão para denunciar um aumento do preço dos cigarros, que atribui a manobras *antitrust* de algumas empresas produtoras. A Comissão, sem abrir um inquérito, verifica que o aumento se deve à introdução de novos impostos e por isso recusa-se a imputar às empresas um comportamento incompatível com o direito comunitário. Poderá van Dijk recorrer desta resposta? Diria que não, a menos que — mas é praticamente impossível — consiga sustentar *in limine litis* que foi lesado nos seus interesses essenciais pela falta de adopção de uma medida *antitrust*.

Em suma, diga-se o que se disser, é *sempre* necessário um interesse em agir. Isto não implica — e aqui está o erro da Rembrandt — que as circunstâncias em que se baseia o arquivamento devam dizer directa e individualmente respeito ao recorrente: a denúncia apresentada, de facto, já é suficiente para fazer dele um destinatário seguro da decisão. Ter interesse em agir, pelo contrário, implica a necessidade de afirmar a *possível* repercussão (não, portanto, a incidência *concreta*, como pretende o acórdão IBM) dos efeitos da decisão na sua esfera jurídica. Por outras palavras, quem fez uma denúncia, ao abrigo do artigo 3.°, só tem legitimidade para recorrer do acto, tácito ou expresso, de rejeição, caso alegue ser razoável prever que tal medida lhe causará um prejuízo.

É precisamente assim que se configura o nosso caso. De facto, é pacífico que os novos acordos celebrados entre a Rembrandt e a Philip Morris tiveram uma incidência pelo menos parcial no mercado comunitário dos cigarros. Neste mercado, por outro lado, a BAT e a Reynolds ocupam uma posição relevante; além disso, são os mais importantes concorrentes da Philip Morris e da Rothmans, que é controlada indirectamente pela Rembrandt. Estes elementos levaram as duas sociedades a declarar nos respectivos recursos que a aquiescência da Comissão lhes causou prejuízo; tanto basta para concluir pela admissibilidade dos seus pedidos.

3. A questão prévia suscitada pela Rembrandt é, assim, infundada. Tem todavia o mérito de ter levantado um problema insuficientemente analisado e da maior importância para a decisão do presente processo: que direitos têm os denunciantes e que obrigações incumbem à Comissão no caso de indeferimento dos respectivos pedidos?

Recordo que, ao adoptar o Regulamento n.° 17, o legislador comunitário pretendia: a) «dar a terceiros, cujos interesses possam ser afectados por uma decisão, a oportunidade de apresentarem *previamente*» as suas observações; b) «assegurar uma ampla publicidade das decisões tomadas»; c) submeter «*todas* as decisões tomadas... em aplicação do presente regulamento... ao controlo do Tribunal de Justiça» (décimo primeiro e décimo segundo considerandos, sublinhados meus). No ulterior Regulamento n.° 99/63, a primeira destas finalidades foi confirmada e posteriormente especificada. O seu quinto considerando, de facto, afirma que os

denunciantes devem ter a possibilidade «de apresentarem as suas observações, quando a Comissão considere que, face aos elementos ao seu dispor, não se justifica dar seguimento ao pedido»; e o artigo 6.° estabelece que, se tal hipótese se verificar, a instituição «informará os requerentes das suas razões (pelas quais adquiriu tal convicção) e fixar-lhes-á um prazo para apresentarem, por escrito, eventuais observações».

Ao interpretar pela primeira vez esta norma (acórdão GEMA, já citado), o Tribunal afirmou que a comunicação aí prevista tem uma finalidade apenas informativa. O acto «implica (na verdade) o arquivamento do processo, sem, no entanto, impedir que a Comissão o possa reabrir, se o julgar oportuno, especialmente se o requerente fornecer, dentro do prazo (que lhe foi concedido), novos elementos de facto e de direito. A tese... segundo a qual quem apresenta um pedido ao abrigo do n.° 2, do artigo 3.° do Regulamento n.° 17 tem direito a uma decisão (definitiva sobre) a subsistência da alegada violação, não pode, pois, ser partilhada» (n° 17).

Digo desde já que também esta situação me deixa perplexo. Como se viu, o Conselho quis oferecer aos interessados a possibilidade de expressarem a sua opinião *antes* de a Comissão dar por encerrado o inquérito. A comunicação prevista no artigo 6.° não pode, assim, ter por única finalidade dar a conhecer ao denunciante os motivos de uma decisão de arquivamento, *já* adoptada. Pelo contrário, deve permitir-lhe «manifestar o seu próprio ponto de vista» sobre as razões pelas quais a Comissão *projecta* indeferir-lhe o pedido. De resto, o estabelecimento de um *prazo* para a resposta só tem sentido numa perspectiva deste género. Fixam-se prazos quando é necessário chegar rapidamente a resultados e a experiência ensina que só muito raramente é urgente reabrir um inquérito acabado de encerrar.

E não é tudo. Em casos como o nosso, parece-me, a obrigação de comunicar os motivos satisfaz um duplo interesse: serve ao destinatário para apreciar a correcção da avaliação de que foram objecto os factos por ele denunciados e serve à Comissão para estabelecer, com base nas observações apresentadas, se «os elementos de que dispõe» bastam para justificar a decisão de arquivar. Reduza-se o alcance de tais objectivos, como se fez no acórdão GEMA, e a norma do artigo 6.° perderá uma boa parte do seu efeito útil. Acrescento, enfim, que a tese da minha preferência está de acordo com tudo quanto o n.° 3 do artigo 19.° do Regulamento n.° 17 estabelece relativamente aos outros casos em que o órgão de vigilância considera não dever aplicar as proibições dos artigos 85.° e 86.°

Concretizemos. No 11.° Relatório sobre a Política de Concorrência (1981), a Comissão declarou que a comunicação em questão «não constitui uma decisão, na acepção (do)... Tratado, e não pode, assim, ser impugnada mediante recurso». É verdade que em algumas ocasiões — como no processo Demo-Studio Schmidt — a denúncia foi formalmente rejeitada; todavia, esses casos eram de interesse geral, pois colocavam problemas jurídicos novos, e não implicam que a Comissão tenha reconhecido aos particulares «um direito... de (a) obrigar a intervir». No decurso dos presentes processos, a recorrida insistiu com ênfase nestes princípios

e sustentou, com base neles, que os recursos são inadmissíveis na parte em que se pede ao Tribunal que a obrigue, mediante uma injunção, a adoptar uma decisão conforme com os interesses dos recorrentes.

A excepção assim deduzida é seguramente fundada. Em sede de controlo da legalidade dos actos comunitários, o Tribunal não pode, de facto, dirigir injunções a quem quer que seja. Será antes a instituição de que emanou o acto que deverá, por força do artigo 176.°, adoptar «as medidas que a execução da sentença» implica (neste sentido, acórdão de 24 de Junho de 1986, processo 53/85, Akzo/Comissão, Recueil, p. 1965, n.° 23). Reconhecido isto, todavia, ocorre de imediato acrescentar que a prática reclamada pela Comissão é, sem dúvida alguma, incorrecta, na medida em que se opõe aos objectivos da regulamentação *antitrust* e não corresponde às regras da boa administração. Estas características ressaltam com clareza de uma breve análise do processo que o órgão de controlo, inspirando-se no modelo «Demo», seguiu no nosso caso.

A Comissão declara, antes do mais, ter expedido a carta-decisão de 22 de Março de 1984 apenas porque a BAT e a Reynolds o solicitaram. Daqui se deduz que, na falta de um pedido por parte das duas empresas, se teria limitado à comunicação prevista no artigo 6.°: é contudo inegável, como adiante veremos, que as vicissitudes dos acordos entre a Rembrandt e a Philip Morris fizeram surgir problemas inéditos e, seguramente, de interesse geral. A instituição não está de acordo quanto a este ponto: no seu memorando de defesa (n.° XIV, p. 25) sublinha, com efeito, que o conteúdo da carta impugnada retoma as soluções do passado. Ora — poder-se-ia responder-lhe —, se as coisas eram assim, porquê aplicar à BAT e à Reynolds a conduta seguida no caso «Demo»?

Existe aí, portanto, uma série de contradições, tendo como fundo um quadro profundamente inquietante. É fácil descrever os seus traços principais: as formas de arquivamento das práticas *antitrust* e a possibilidade de um controlo judicial da respectiva regularidade estão, em todos os aspectos e para todos os efeitos, dependentes do poder discricionário do organismo de controlo. Em termos simples, a impugnabilidade desta medida depende do nome com que a Comissão a baptizou: é impugnável se tiver usado a palavra mágica «decisão», não o é no caso contrário. Estamos *toto coelo* longe, em suma, das intenções de protecção dos terceiros e de «ampla publicidade» que o legislador enunciou nos fundamentos dos regulamentos a que aludi.

Vejamos antes em que regras se deveria inspirar este quadro, para que essas intenções não fossem frustradas. O primeiro princípio traduz-se em que o direito de recorrer, tendo a sua origem nos objectivos das normas da concorrência, não pode estar dependente da forma do acto de rejeição da denúncia. O segundo traduz-se em que, mesmo não tendo de decidir definitivamente sobre a existência da infracção, a Comissão não pode suspender *ad libitum* o inquérito encetado. Pelo contrário, das disposições dos regulamentos citados (mas em especial dos artigos 9.°, n.° 3, e 19.° do primeiro regulamento e do artigo 6.° do segundo) resulta que, quando tenciona arquivar um inquérito, a Comissão é obrigada: a) a comunicar ao denunciante os motivos dessa intenção; b) a estabelecer-lhe um prazo adequado para a apresentação das suas

observações; c) a decidir em definitivo, não já quanto à infracção, mas quanto ao pedido.

Terceiro princípio. Tal como o certificado negativo, a decisão de arquivar apenas vincula o órgão de controlo desde que o estado de coisas, com base no qual a decisão foi tomada, não sofra alterações. Por outro lado, sendo o seu destinatário o denunciante, este acto não produz efeitos em relação a terceiros, salvo a devolução aos Estados-membros do poder de aplicar os artigos 85.° e 86.° (n.° 3 do artigo 9.° do Regulamento n.° 17/62). A conclusão a que conduzem estes elementos é óbvia: já que uma decisão definitiva sobre o pedido garante a segurança das relações jurídicas entre as partes, o denunciante poderá exercer o direito de recurso conhecendo a resposta da Comissão às suas observações e o Tribunal estará em condições de proceder a um controlo completo e efectivo da legalidade da medida adoptada a seu respeito (ver, neste sentido, o citado acórdão CICCE).

Em suma, com base nas conclusões a que chegámos nos n.os 2 e 3, entendo que a Comissão era obrigada a rejeitar as denúncias da BAT e da Reynolds através de uma decisão definitiva e que os recursos interpostos contra a decisão de 22 de Março de 1984 apenas são admissíveis na medida em que visam obter a anulação desta última.

4. Em apoio dos seus pedidos, a BAT e a Reynolds invocam um sem-número de argumentos que, no entanto, podem facilmente ser reagrupados à volta de quatro acusações principais. Por seu lado, a defesa da Comissão e as observações das sociedades intervenientes são, em grande parte, coincidentes; poderemos assim, quase sempre, tratá-las de forma unitária.

As recorrentes invocam os seguintes fundamentos:

1) violação dos artigos 85.°, n.° 1, e 86.° do Tratado, por erro manifesto, pois a Comissão entendeu que os acordos de 1984 são compatíveis com estas disposições e que os compromissos assumidos pelos contratantes bastam para evitar infracções, actuais ou futuras, ao direito comunitário;

2) violação do artigo 190.° do Tratado, por falta de fundamentação da decisão;

3) violação do princípio da boa fé e de formalidades essenciais, pois a instrução conduzida pelo órgão de controlo não permitiu uma análise objectiva e leal das denúncias;

4) violação dos direitos fundamentais, por a decisão ser tido tomada com base em considerações sobre as quais as recorrentes não tiveram a possibilidade de exprimir o seu ponto de vista.

5. Em virtude da conexão que apresentam com os argumentos abordados no n.° 3, analisarei em primeiro lugar as duas últimas acusações. Relativamente à quarta, a BAT e a Reynolds recordam que «os destinatários de decisões das autoridades públicas que afectem de forma sensível os seus interesses devem ser colocados em condições de dar a conhecer, em tempo útil, o seu ponto de vista» (acórdão proferido em 23 de Outubro de 1974 no processo 17/74, Transocean Marine Paint Association/Comissão, Recueil, 1974, p. 1063, n.° 15) (tradução provisória). Ora, a Comissão não transmitiu às duas empresas certos elementos da maior importância contidos na comunicação das acusações e nos acordos de 1981, justificando-se com a necessidade de proteger o

segredo comercial, exigido pela Philip Morris e pela Rembrandt. Na decisão, além disso, figuram fundamentos a que a carta de 16 de Dezembro de 1983 não fazia referência, sobre os quais os destinatários não puderam, portanto, pronunciar-se.

Passemos à boa fé e às formalidades essenciais. A Comissão tê-las-ia violado ao tomar a decisão de arquivamento, sob influência de factores estranhos ao processo e após ter tido reuniões com representantes da Philip Morris, das quais não existe qualquer acta. Isto explicaria, além do mais, a sua surpreendente metamorfose, da severidade de 1981 à indulgência de 1983. Recordo, a propósito, que as recorrentes requereram ao Tribunal que convidasse a recorrida a apresentar: a) os textos dos acordos de 1981, da comunicação das acusações e dos actos que, erradamente, a recorrida considera abrangidos pelo segredo; b) todos os documentos de que resultam as verdadeiras razões do seu volta-face.

Os dois argumentos não têm fundamento. A refutar o último encontra-se o despacho de 18 de Junho de 1986, pelo qual o Tribunal indeferiu os requerimentos que acabei de citar. Aceitá-los — haveis dito — constituiria uma medida de carácter excepcional e, portanto, apenas susceptível de ser adoptada se, quanto aos fundamentos da Comissão, existissem dúvidas e suspeitas que permitissem perspectivar um desvio de poder. Mas não é esta a situação no caso em apreço. Em especial, o alegado volta-face de 1983 foi plenamente legítimo à luz da jurisprudência que configura a comunicação das acusações como um acto preparatório e que contém apreciações que a Comissão deve rever, se as explicações que lhe forem fornecidas pelas empresas destinatárias ou se as modificações introduzidas nos acordos impugnados justificarem uma tal revisão. Deste modo — haveis acrescentado — a circunstância de a Comissão ter tido reuniões separadas com a Philip Morris não é, em si, criticável. De facto, houve igualmente encontros semelhantes com as empresas denunciantes e, para além disso, nada permite suspeitar de que esses encontros tenham sido ditados por razões ocultas ou estranhas ao direito comunitário (n.os 11-17).

Estas considerações são impecáveis e dispensam comentários. O problema que as motivou permite-me, aliás, completar com uma observação, talvez não inútil, o discurso que desenvolvi no n.° 3, sobre os direitos das partes na fase pré-contenciosa do processo. Com efeito, os requerimentos da BAT e da Reynolds têm a sua origem na ideia de que os denunciantes devem poder dispor das mesmas informações e das mesmas garantias de que se valem, por um lado, o organismo de controlo e, por outro, as empresas incriminadas. Ora, esta tese é completamente destituída de fundamento. Já no Regulamento n.° 17/62 o legislador distingue entre os sujeitos inquiridos, que têm o «direito» de ser ouvidos, e os terceiros interessados, aos quais apenas deve ser dada «a possibilidade» de apresentarem eventuais observações (11.° considerando). Esta posição jurídica diferente é em seguida confirmada pelo artigo 19.° e pelas normas processuais do ulterior Regulamento n.° 99/63.

Além disso, se fosse aceite, a tese dos recorrentes transformaria o inquérito numa espécie de confronto directo entre particulares

que acusam e particulares que se defendem. Ora, o artigo 89.° do Tratado pretende, pelo contrário, que seja apenas o órgão de controlo a proceder à instrução dos casos de presumíveis infracções aos princípios em matéria de concorrência. O *dominus* do processo é, portanto, este último; aos denunciantes apenas é dada a possibilidade de com ele cooperarem. A lei, é verdade, confere-lhes o direito de conhecer as razões pelas quais as suas reclamações foram indeferidas, mas esta prorrogativa — de que beneficiam enquanto detentores de um interesse coincidente com o da ordem jurídica e que os distingue dos outros terceiros ouvidos pela Comissão — é também o limite extremo da sua participação no inquérito.

Duas palavras sobre o argumento relativo à violação de formalidades essenciais. Não tem grande importância que a medida impugnada contenha elementos não referidos na comunicação nos termos do artigo 6.°, pois esses pontos referem-se às críticas formuladas pela BAT na sua resposta e constituem uma réplica aos fundamentos deduzidos pela Comissão. Isto prova que esta última expôs os motivos essenciais que a levaram a arquivar o *dossier* e que o destinatário teve a possibilidade de lhe dar a conhecer o seu próprio ponto de vista. Por último, convém observar que o trecho citado do acórdão Transocean diz respeito, explicitamente, a medidas adoptadas relativamente às empresas incriminadas. Longe de legitimar a tese da BAT e da Reynolds, confirma assim que tais sujeitos têm direito a uma protecção especial, que não é extensível a terceiros.

6. Resolvidos os problemas relativos ao processo, ao respeito pelas formalidades e à observância dos direitos fundamentais, chegou a altura de me debruçar sobre o âmago da questão. Para este efeito, todavia, convém começar por passar em revista, de forma mais pormenorizada do que seria possível ao princípio, as principais características das empresas interessadas e do seu mercado (A), os acordos de 1981 (B) e de 1984 (C), e as etapas do longo e atormentado processo que deu origem ao recurso (D).

(A) Todos os protagonistas do nosso processo operam sobretudo no sector industrial e comercial dos cigarros. A BAT é a mais importante empresa manufactura de tabaco de todo o Ocidente e tem a sua sede na Grã-Bretanha. A Reynolds é uma sociedade americana cujos interesses também se estendem à indústria alimentar. A Rembrandt tem nacionalidade sul-africana e ocupa-se de investimentos em várias actividades comerciais. A Philip Morris é o maior exportador americano de cigarros e, talvez, a primeira multinacional do sector. Por último, britânicas são as duas sociedades a que se refere o acordo: Tobacco Holding, sociedade financeira controlada a 100 % pela Rembrandt, e a sua filial Rothmans, que se dedica quase exclusivamente à produção e venda de cigarros, destinando-se 50 % ao consumo europeu.

No que se refere ao mercado, é útil citar em primeiro lugar um relatório que a Comissão apresentou ao Parlamento em Fevereiro de 1982 [COM (82) 61 final, p. 7)]. Aí se lê que, «não obstante a supressão dos direitos aduaneiros... e a transposição de duas etapas a caminho da harmonização dos impostos sobre o consumo, não existe (ainda) um verdadeiro mercado comunitário dos cigarros...

É opinião comummente aceite que tal estado de coisas depende de uma ampla série de factores, (entre os quais) em especial... a presença de empresas públicas e privadas e (a execução) de políticas diferentes em matéria de publicidade e de protecção da saúde». Dito isto, vejamos quais eram, na época dos factos, as quotas de mercado das várias empresas no conjunto da Comunidade e na área do Benelux: esta última por os seus mercados se caracterizarem por uma grande homogeneidade e pela posição dominante que a Rothmans aí ocupa. A resposta é fornecida pelos seguintes quadros:

a) *Mercado comunitário dos cigarros: anos 1976-1982 (em %)*

	1976	1977	1978	1979	1980	1981	1982
Philip Morris	*6,0*	6,7	8,0	9,9	11,8	10,9	*13,1*
Rothmans International	*13,5*	13,7	14,6	15,3	15,4	14,8	15,0
R.J. Reynolds	*2,2*	2,5	2,8	3,3	3,3	3,5	3,6
BAT	*9,8*	9,8	10,7	10,5	10,7	11,1	*10,4*

b) Mercados belgo-luxemburguês e neerlandês: anos 1980-1982 (em %)

	B-L			NL		
	1980	1981	1982	1980	1981	1982
Philip Morris	8,7	10,3	*	7,0	8,8	10,0
Rothmans International	47,8	47,4	*	49,0	49,0	47,2
Reynolds				10,0	10,0	10,2
BAT	10,2	10,1	*	23,0	24,1	24,5

Estes dados, observou a Comissão, demonstram que o mercado comunitário está «estagnado e é oligopolístico» a tal ponto que, «na ausência de concorrência real no plano dos preços e de progressos no campo da investigação, a *publicidade e a aquisição de (outras) sociedades são os principais instrumentos de crescimento das quotas de mercado*» (comunicação das acusações, n.° 8, p. 14, sublinhado meu). Com efeito, no fim do período analisado, apenas a Philip Morris podia invocar uma *performance* brilhante, enquanto as outras empresas tinham, mais ou menos, permanecido na linha de partida. Observações em larga medida idênticas devem ser feitas para os mercados do Benelux.

(B) Debrucemo-nos sobre o acordo de 1981. A Rembrandt, contra o pagamento de 350 milhões de USD, cedeu à Philip Morris metade do capital da Tobacco Holding e,

indirectamente, uma participação de 21,9 % nos lucros da sua concorrente Rothmans. Entre as cláusulas acessórias, assume especial importância a terceira, por força da qual as partes se atribuíam um direito de preferência em caso de venda das respectivas acções e se obrigavam a agir de forma a que, mesmo na sequência de uma intervenção repressiva das autoridades *antitrust*, qualquer terceiro adquirente ficasse vinculado a essa condição.

Ora, parece-me evidente que este género de acordos e, em especial, as cedências de acções neles previstas são incompatíveis com o direito comunitário. Como muito bem sublinhou a Comissão ao comunicar as acusações aos contratantes, a aquisição pela empresa X de uma participação importante na sociedade financeira que controla a empresa concorrente Y «is likely to restrict competition». De facto, é óbvio que, se as duas empresas continuam a operar no mercado, «they will no longer compete in so thoroughgoing a manner as deliberately to harm each other's interests» (p. 16). Pelo contrário — e é precisamente o caso da Philip Morris e da Rothmans, a primeira enquanto proprietária de 50 % da Tobacco Holding e a segunda enquanto controlada por esta sociedade — essas empresas serão «constrangidas a coordenar... as (respectivas) actividades comerciais».

Os efeitos assim descritos tornam-se ainda mais incisivos pelas cláusulas que rodeiam as obrigações fundamentais. É o caso, sobretudo, dos compromissos assumidos na cláusula terceira, e a razão é simples. Na medida em que determinam que a adesão ao pacto de preferência que vincula as partes tem de ser imposta a qualquer terceiro adquirente, eles próprios são, com efeito, «restrictive of competition since they support and consolidate other restrictive provisions and are open-ended in nature, taking no account of the size, market strenght or competitive intentions of the acquiring party» (p. 18).

Em conclusão, com base nestes elementos e tendo em atenção a natureza oligopolística do mercado, a Comissão, a título provisório, declarou que os acordos estavam abrangidos pela proibição do artigo 85.°, n.° 1. Por outro lado, o artigo 86.° também foi violado: com efeito, o acordo contribuía para debilitar a acção concorrencial da Philip Morris, reforçando abusivamente as posições dominantes da Rembrandt, através das filiais da Rothmans, neste importante sector do mercado comunitário que é o Benelux.

(C) Como sabemos, os acordos de 1984 modificaram sensivelmente as relações entre a Rembrandt e a Philip Morris. Esta última sociedade, de facto, renunciou à quota de 50 % no capital da Tobacco Holding e obteve, em compensação, uma participação directa de 24,9 % dos votos na assembleia da Rothmans. Por seu lado, a Rembrandt recuperou 43,6 % dos referidos votos, enquanto o restante capital da sociedade permaneceu nas mãos dos pequenos accionistas que já o possuíam. As cláusulas de maior importância previstas pelas partes contratantes foram as seguintes:

1) a participação da Philip Morris no capital da Rothmans não deve, em caso algum, ultrapassar 25 % dos votos;

2) a Rembrandt apenas pode ceder as suas acções Rothmans no caso de venda integral da sua carteira de títulos, «for cash payable on closing», a um único comprador ou a um mínimo de dez compradores, todos independentes entre si e em relação à Rembrandt, desde que nenhum fique com mais de 10 % dos votos na Rothmans. Antes de proceder à venda, a Rembrandt deve oferecer à Philip Morris, ou a um terceiro por esta designado, o direito de preferência na compra, especificando as condições;

3) as mesmas regras são aplicáveis à Philip Morris;

4) a) se pretender vender as suas acções Rothmans a um só comprador, a Rembrandt deve fazer com que este se ofereça para comprar à Philip Morris a totalidade da sua carteira de títulos da Rothmans «at the same average cash price per equity share as applies to Rembrandt's sale»;

b) se a Rembrandt não exercer o seu direito de preferência, a Philip Morris pode designar um terceiro para que compre um número de acções da Rothmans de um voto (acções ordinárias «B») igual pelo menos a metade das acções de quatro votos (acções ordinárias «A»), de forma a poder exercer os três quartos dos direitos de voto ligados à posse das acções ordinárias «A», salvo no que se refere à nomeação ou despedimento dos directores da Rothmans.

Por último, a Philip Morris comprometeu-se perante a Comissão:

a) a informá-la de quaisquer aditamentos ou modificações introduzidos nos acordos e a fornecer-lhe uma cópia imediatamente após a sua entrada em vigor;

b) a notificá-la, no prazo de 48 horas, de qualquer aumento da sua carteira de acções Rothmans ou de qualquer outra aquisição de direitos de voto que a levassem a ultrapassar o limiar de 25 %. Face a estas informações, a Comissão reexaminará as condições de concorrência que reinam no mercado comunitário do tabaco e adoptará as medidas que julgar oportunas. A pedido do órgão de controlo, a Philip Morris aplicará durante um período de três meses, a contar da data do aumento ou da aquisição, um acordo de «separação» entre os seus próprios interesses e os da Rothmans, que assegure a manutenção do *statu quo* no referido mercado;

c) a não ter representantes no Conselho de Administração ou em qualquer outro órgão directivo da Rothmans;

d) a não procurar obter nem aceitar da Rothmans ou da Rembrandt informações susceptíveis de influenciar o comportamento de qualquer uma das sociedades do próprio grupo.

(D) Em Maio de 1983, a Comissão transmitiu os novos acordos às recorrentes e, em 16 de Dezembro seguinte, convidando-as a apresentar as suas eventuais observações, informou-as de que já não existiam quaisquer

razões para deferir o seu requerimento. Nessa carta, após ter descrito as modificações efectuadas pelas contratantes, a instituição afirmou que os seus acordos «contêm... disposições relativas à cessão e à aquisição de acções Rothmans. A Philip Morris foi informada de que, de acordo com a opinião actual da Comissão..., a execução destas cláusulas... é incompatível com as regras da concorrência. Os compromissos obtidos pela Comissão garantem que, se houver alteração na estrutura da propriedade da Rothmans, será possível adoptar imediatamente medidas adequadas...» (p. 2, *in fine*).

A BAT e a Reynolds responderam que estas observações eram incompatíveis com as orientações que resultavam da comunicação das acusações, pois os novos acordos continuavam a incluir a quase totalidade dos elementos que a Comissão tinha, então, considerado contrários ao Tratado. Deste modo, tinham permanecido quase inalteradas as cláusulas relativas ao direito de preferência e à cessão das acções da Rothmans. A BAT, em especial, observou que as restrições previstas nesses acordos teriam dissuadido qualquer terceiro verdadeiramente independente de comprar uma parte dessas acções. Com efeito, tinham sido concebidas de forma a atingir um objectivo preciso: submeter o potencial adquirente ao controlo prévio da Philip Morris. «In fact, Philip Morris can ensure... that any purchaser of part or all of the Rothmans shares is harmless to or, more importantly, prepared to cooperate with Philip Morris». Contra disposições deste género, de pouco serviriam os frágeis e lacunares compromissos obtidos pela Comissão.

A fase pré-contenciosa do processo foi dada por encerrada pela carta-decisão de 22 de Março de 1984, na qual a instituição informou a BAT e a Reynolds de que as respectivas denúncias não podiam ser aceites e que o processo devia ser considerado arquivado. Contém, em especial, as seguintes declarações:

1) Não foi possível provar que os acordos, analisados numa perspectiva jurídica e económica, sejam susceptíveis de falsear a concorrência no interior da Comunidade (n.° 21);

2) Enquanto os acordos de 1981 conferiam à Philip Morris um direito de veto sobre a maioria efectiva das acções da Rothmans mediante a sua participação na Tobacco Holding, os novos acordos fazem dela um accionista minoritário (n.° 22);

3) Diversas disposições dos novos acordos permitem à Philip Morris: a) adquirir o controlo da Rothmans; b) recuperar uma posição de paridade com a Rembrandt na hipótese de uma venda de acções por parte desta última; c) vender, a um terceiro designado, títulos que representam 34,5 % dos votos na assembleia da Rothmans (n.° 23);

4) Não existe qualquer dúvida de que estas regras oferecem à Philip Morris uma possibilidade de modificar a própria posição de accionista minoritário, obtendo assim o controlo da Rothmans; todavia, tratando-se de simples previsões, não

incidem sobre as condições da concorrência, nos termos do artigo 85.° (n.° 24);

5) De facto, com base nos novos acordos, a Rembrandt poderá exercer os seus direitos de voto na Rothmans sem ter em consideração as políticas da Philip Morris. Não existe, portanto, qualquer motivo para achar que a Rembrandt não tenha interesse em fazer da Rothmans uma empresa tanto quanto possível florescente e rentável (n.° 25);

6) Por outro lado, embora seja certo que não quererá prejudicar o seu próprio investimento na Rothmans, a Philip Morris conserva o maior interesse em impedir, por todos os meios industriais e comerciais de que dispõe, que a Rothmans conquiste novas partes do mercado comunitário. Com efeito, apenas um esforço deste género lhe permitirá utilizar o seu direito de preferência sobre os títulos da Rothmans nas condições de oferta mais favoráveis, desde que a Comissão não se oponha ao exercício deste privilégio (n.° 26);

7) Não se levanta um problema de abuso de posição dominante (artigo 86.°) pois, pelas razões expostas, os novos acordos não colocam a Philip Morris numa situação que lhe permita controlar as actividades comerciais da Rothmans (n.° 29).

7. Regressemos aos recursos da BAT e da Reynolds. Ao examinar os dois primeiros fundamentos — violação dos artigos 85.° e 86.°, por erro manifesto de apreciação, e 190.°, por deficiente fundamentação — só terei em consideração as acusações que dizem respeito ao objecto da medida impugnada, ou seja, aos acordos de 1984 e às cláusulas que neles figuram. Além disso, considero supérfluo expor os argumentos das recorrentes baseados na possibilidade que tem a Philip Morris de modificar a sua posição no interior da Rothmans e interrogar-me sobre os efeitos de semelhante alteração nas relações de concorrência entre as duas empresas. A este respeito, basta ter presente que a Philip Morris deve comunicar à Comissão qualquer iniciativa susceptível de alterar o *statu quo* e que a Comissão pode igualmente intervir em situações que, embora não queridas pelas partes, são, todavia, capazes de influenciar a sua competição comercial.

Isto não significa, naturalmente, que ignore os termos do velho debate sobre a aplicabilidade do artigo 85.° aos *acordos* de concentração entre empresas e, bem assim, a posição favorável que um sector da doutrina tem perante esta perspectiva, as dúvidas que a este propósito nutre a Comissão, o consenso quase geral sobre a necessidade de regulamentar a matéria com normas específicas e o consequente ressentimento de todos face ao Conselho, que se obstina em bloquear as propostas que lhe são feitas pelo executivo. Presumo, aliás, que, se lhe fosse colocada a questão, o Tribunal se pronunciaria pela afirmativa. O acórdão de 13 de Junho de 1966, processo 32/65, (Itália/ /Conselho e Comissão, Recueil, 1966, p. 563 e 592), segundo o qual, na ausência de uma regulamentação que permita a sua derrogação e em presença das outras condições previstas, «o teor do artigo 85.° torna a

proibição aplicável a qualquer acordo celebrado entre empresas» (sublinhado meu), fornece um indício neste sentido.

É inegável, todavia, que no caso em apreço este problema não se coloca. De facto, a Comissão, em princípio, não contesta que o artigo se aplique aos acordos de 1984; limita-se a sustentar, por um lado, que os referidos acordos não contêm elementos susceptíveis de configurar uma violação da norma e, por outro, que, ainda que sejam susceptíveis de evoluir para formas de concentração, os compromissos assumidos pelas partes a seu respeito oferecem-lhe meios para controlar ou para fazer cessar qualquer manobra destinada a alcançar esse fim. Ora, sobre este último ponto — isto é, sobre as expectativas do executivo ou sobre a eficácia dos instrumentos de que dispõe — o Tribunal não pode dizer grande coisa. Ao Tribunal interessa sobretudo a primeira afirmação, que se refere, não ao futuro, mas ao presente: ou seja, aos acordos, tal como funcionam aqui e agora.

Isto esclarecido, passo à análise dos dois fundamentos. No que se refere à violação da disposição relativa aos acordos, decisões e práticas concertadas, os recorrentes observam que, não obstante a sua natureza oligopolística, o mercado comunitário dos cigarros permaneceu competitivo graças a uma diversidade de factores: a dimensão das empresas que nele operam, as quotas que detêm, os métodos utilizados na comercialização do produto, etc. Ora bem, os acordos de 1984 põem fim a este frágil equilíbrio, pois consentem que a Philip Morris e a Rothmans — isto é, duas das mais importantes sociedades do sector — coordenem as suas actividades. Foi a própria Comissão que reconheceu, censurando os acordos de 1981, que, se uma empresa investe de forma considerável em acções de uma concorrente, as duas partes no negócio deixam de se poder «prejudicar deliberadamente». As coisas não mudaram desde então. Em si mesma — é verdade — a posse de 25 % dos votos numa sociedade de capitais não viola as disposições *antitrust*; não pode, todavia, deixar de violá-las, se essa sociedade é uma concorrente e, além disso, *leader* numa situação de oligopólio.

E isto não é tudo. Por força das cláusulas relativas à cessão dos títulos da Rothmans, a Philip Morris goza de uma posição privilegiada na luta pelo controlo da Rothmans; ao mesmo tempo, está em condições de impedir que outros nela participem com probabilidades de êxito e, se a Rembrandt não fizer valer o seu direito de preferência, tem mesmo o direito de escolher o futuro adquirente. Também estes vínculos, como é óbvio, foram feitos para levar a Philip Morris e a Rembrandt a colaborarem ou, pelo menos, a não se prejudicarem entre si. E, se assim é, não podem restar dúvidas de que, desconhecendo a aptidão do acordo para afastar conflitos entre as partes, a Comissão fez dele uma apreciação errónea.

No que se refere à não aplicação do artigo 86.°, a BAT e a Reynolds recordam que «o conceito de exploração abusiva é... objectivo; (implica que)... o comportamento da empresa... dominante (seja) de natureza a

influenciar a estrutura de um mercado em que, precisamente devido à presença da empresa em questão, o grau de concorrência está... enfraquecido» (acórdão de 13 de Fevereiro de 1979, processo 85/76, Hoffmann-La Roche/Comissão, Recueil 1979, p. 461, n.° 91). Assim, para que seja reconhecida a existência de um abuso, não importa o tipo de controlo efectuado por uma empresa; o que importa é que esta proceda de forma a enfraquecer uma concorrência sobre a qual a posição que ela adquiriu já teve efeitos negativos. Nem é indispensável que este enfraquecimento seja grande; o que é decisivo, sobretudo, é que a conduta da empresa afecte de forma sensível o comércio entre os Estados-membros.

A Comissão engana-se, portanto, quando sustenta que, se a sociedade investidora não está em condições de poder condicionar a empresa em que possui uma participação, não existe abuso. Mesmo quem em abstracto partilhe esta tese não poderá negar a existência de um condicionamento no caso em apreço. Para este efeito, bastará não se limitar a observar que a participação da Philip Morris se eleva a 25 % para apreciar o seu potencial de distorção à luz do acordo no seu conjunto, ou seja, considerando igualmente o direito de preferência e, de uma forma mais geral, as cláusulas que regulam a cessão das acções da Rothmans.

Por último, em apoio do seu segundo fundamento, as recorrentes recordam os n.os 30 e 31 do acórdão de 26 de Novembro de 1975, processo 73/74, (Papiers Peints/Comissão, Recueil 1975, p. 1491). Afirma-se no primeiro que «por força do artigo 190.°... a Comissão é obrigada a fundamentar as suas decisões, fazendo referência (quer) aos elementos de facto de que depende a justificação legal da medida... (quer) às considerações que a conduziram a adoptar (essa medida)»; e no outro acrescenta-se que a fundamentação pode ser sumária, mas deve ser oferecida de forma exaustiva quando a medida for «sensivelmente mais longe do que as decisões precedentes».

No caso em apreço, para rejeitar as denúncias da BAT e da Reynolds, a Comissão foi constrangida a declarar que o controlo de 25 % dos votos na assembleia de uma sociedade concorrente e dominante, num mercado oligopolístico, não viola o disposto nos artigos 85.° e 86.° É pelo menos duvidoso que este princípio seja legal, mas do que não há dúvida é que reveste uma extraordinária importância no mundo económico e, por isso, com base no acórdão citado, é necessário, de forma ampla e aprofundada, esclarecer todos os seus aspectos. Pelo contrário, a decisão é lacónica, ao ponto de ser quase reticente. Acrescente-se que a Comissão reconheceu que tinha sido oferecida à Philip Morris, pelas cláusulas relativas à cessão das acções da Rothmans, uma margem de manobra considerável, mas não explicou por que razão o disposto nessas cláusulas não tinha actualmente por efeito falsear o mecanismo da concorrência.

8. Que dizer dos fundamentos assim propostos? Ao que me parece, os argumentos apresentados em apoio do primeiro vão além dos limites, isto é, pedem-vos mais do que podeis dar. Os dois recursos, recordemos, destinam-se a obter a anulação de uma medida pela qual foram rejeitadas as denúncias apresentadas nos termos da alínea b) do n.° 2 do artigo 3.° do Regulamento n.° 17/62. Ora, não creio que em casos deste género o Tribunal tenha o poder de

conferir *todas* as condições requeridas para a aplicação dos artigos 85.° e 86.° Não o creio, porque a um semelhante controlo se opõem, por um lado, o conteúdo negativo da decisão de arquivar e, por outro, a natureza estritamente técnica da apreciação que o órgão administrativo deve fazer. Dentro dos limites impostos por estes factores, a análise que sois chamados a fazer teria então, necessariamente, de concluir pelo reconhecimento de que a decisão de 22 de Março de 1984 tem em consideração todas as circunstâncias controversas e não enferma, portanto, de erro manifesto.

O segundo fundamento exige, pelo contrário, um discurso mais complexo. Permitam-me que o resuma numa frase: o que as recorrentes reprovam à recorrida é o facto de não ter demonstrado por que motivo a participação no capital de um concorrente directo e *leader* de uma parte importante de um mercado oligopolístico não pode ter uma incidência negativa na concorrência entre as partes, mesmo quando corresponde apenas a um quarto dos votos.

Assim formulada, a acusação deve ser rejeitada. Nos n.os 25, 26 e 29 da decisão, a Comissão, com efeito, identificou e esclareceu de forma adequada as razões pelas quais a Philip Morris tem hoje interesse em fazer concorrência à Rothmans e, portanto, em não explorar abusivamente a posição dominante desta. Certamente, a explicação poderia ser mais rica. Todavia, não devemos esquecer que as recorrentes tomaram parte activa em toda a fase pré-contenciosa do processo e que, no decurso desta, tiveram a possibilidade de aprofundar todos os aspectos do problema. Por outro lado, o artigo 190.° «não exige que a Comissão discuta todos os pontos de facto e de direito... tratados no decurso do processo administrativo». A fundamentação de uma decisão que causa prejuízo tem, no final de contas, uma só finalidade: «fornecer ao interessado as indicações necessárias (para) determinar se a decisão tem fundamento» (acórdão de 11 de Julho de 1985, processo 42/84, Remia/Comissão, Recueil, p. 2545, n.° 26) (tradução provisória).

Sob este aspecto, portanto, a decisão de rejeitar as denúncias da BAT e da Reynolds revela-se fundamentada de forma coerente. É óbvio, todavia, que isto ainda não implica que esteja provada a inocuidade da participação controvertida; a este respeito, não é pertinente afirmar, como faz a Philip Morris, que, de acordo com a ordem jurídica de um Estado-membro (Alemanha), 25 % representa o limiar abaixo do qual se presume em princípio que as práticas *antitrust* são impossíveis. Parece-me, de facto, uma verdade de La Palisse que, diferentemente das normas nacionais, as disposições do Tratado se referem a todo o mercado comum e visam, sobretudo, evitar que as restrições da concorrência prejudiquem o comércio entre os Doze, isolando os respectivos mercados.

E então? Aquilo que pretendo dizer é simples: esta participação não pode ser estudada *in vitro*, como se fosse um preparado susceptível de ser isolado do organismo de que faz parte. Pelo contrário, o seu grau de compatibilidade com as normas comunitárias deve ser avaliado à luz do impacto que, sobre o mercado europeu, tem o acordo *global* que a prevê. Ora, é notório que o referido acordo contém cláusulas — como a relativa aos direitos de preferência ou aquela que permite à Philip Morris designar o ad-

quirente das acções da Rothmans — cuja importância económica é *ictu oculi* considerável. Para rejeitar as denúncias da BAT e da Reynolds, portanto, a Comissão teria de provar que estes acordos são insusceptíveis de produzir consequências prejudiciais, especialmente no que respeita à liberdade contratual de qualquer outra empresa que opere no mercado dos cigarros. Mas não o fez e, nesta perspectiva, não restam dúvidas de que a sua decisão enferma de uma grave falta de fundamentação.

9. A conclusão assim alcançada encontra, de resto, um sólido apoio no acórdão de 13 de Julho de 1966, processos apensos 56 e 58/64 (Consten-Grundig/Comissão, Recueil 1966, p. 429 e 493). Nos termos do n.° 1 do artigo 85.° — decidiu o Tribunal — «a concorrência pode ser falseada... não apenas por acordos que a limitem entre as partes, mas também por acordos que (a) impeçam ou (a) restrinjam...» nas possíveis relações entre uma parte e terceiros, pelo menos quando se destinam a «criar ou garantir... uma vantagem injusta» para os contratantes. Penso que este princípio é aplicável para além da hipótese examinada pelo Tribunal e, portanto, igualmente a cláusulas que, como aquelas sobre as quais nos debruçamos, fazem parte de um acordo para a aquisição de uma participação em acções. Com efeito, essas cláusulas também podem atribuir àqueles que as estipulam «uma vantagem injusta» e é certo, como se afirma no n.° 17 do citado acórdão Remia, que o fim, em si legítimo, do acordo em que se inserem não as isenta de um exame quanto à sua compatibilidade com as proibições do artigo 85.°

Este exame — sabemo-lo — não teve lugar mas, para colocar as referidas cláusulas numa perspectiva desfavorável, basta o processo. Assim, parece evidente que não eram indispensáveis ou, de qualquer modo, que a conclusão do acordo não dependia delas e, digam o que disserem as intervenientes, não têm por fim proteger o investimento da Philip Morris. A primeira afirmação é demonstrada pelo seu conteúdo, que se debruça unicamente sobre as condições de uma eventual cessão das acções da Rothmans a terceiros, e o segundo é provado pela própria Comissão. Com efeito, no n.° 24 da decisão, esta afirma que, graças a esses acordos, a Philip Morris está em condições de adquirir o controlo da Rothmans, directamente ou por intermédio de um comprador da sua confiança; e é ainda a Comissão que põe em evidência o facto de os compromissos perante ela assumidos pela sociedade se destinarem exactamente a permitir-lhe fazer abortar uma escalada deste género.

Mas há pior. Na comunicação das acusações, recordo, a Comissão definiu as cláusulas aditadas aos anteriores acordos como «themselves restrictive of competiton» e «open-ended in nature», pois são indiferentes aos «size, market strenght or competitive intentions of the acquiring party». Ora bem, a minha impressão é que, de 1981 para 1984, as condições para o ingresso de terceiros no capital da Rothmans se tornaram ainda mais rigídas. Respondendo à carta de 16 de Dezembro de 1983, a BAT, com efeito, declarou que as novas cláusulas se destinam a assegurar «that any eventual purchaser of the (Rothmans) shares... is subject to prior control by Philip Morris». Esta observação traduz a realidade e — tendo em

conta que, no mercado dos cigarros, a aquisição de participações constitui talvez a arma mais eficaz de que se pode dispor na competição com as outras empresas que formam o oligopólio (*supra*, n.° 6) — fornece uma chave decisiva para a compreensão do fenómeno em questão.

Naturalmente, a Comissão não partilha este ponto de vista. No seu memorando de defesa, valha a verdade, tinha reconhecido que, se a Philip Morris não exercer o seu direito de preferência, a aquisição das acções da Rothmans torna-se, aos olhos dos concorrentes, «singularly unattractive»; mas esta preciosa confissão foi corrigida na audiência. Este direito — ouvimo-lo dizer — «is *simply* a right to be notified that Rembrandt is prepared to sell his shares, and a right to bid, so Philip Morris may bid»; a Rembrandt, com efeito, permanece livre para vender ao melhor comprador e nada permite duvidar de que as acções acabarão por ser compradas por «whoever offers the most money» (acta, p. 72).

Todavia, as coisas não se apresentam nestes termos. Pense-se, com efeito, na cláusula n.° 4 a): a Rembrandt, se pretender ceder as suas acções a um só comprador, deve fazer de forma a que este proponha à Philip Morris a aquisição da sua carteira de títulos da Rothmans «at the same average cash price per equity share as applies to Rembrandt's shares». As cartas aqui estão totalmente à vista: a consciência de estar continuamente exposto a «relances» por parte da Philip Morris, a enorme quota que é preciso adquirir (quase 70 % dos votos Rothmans!), a circunstância de o pagamento dever ser feito em numerário, são tudo factores destinados a dissuadir qualquer terceiro — até o mais motivado — de entabular ou concluir a negociação.

Poderia ainda desenvolver este tema e, em especial, atentar nos efeitos não menos preversos que produz o direito de designação atribuído à Philip Morris, mas tal exame levar-nos-ia para lá do âmbito deste processo. Compete ao órgão de controlo determinar se as cláusulas em questão infringem o n.° 1 do artigo 85.° ou se, *pelo contrário*, não restringem a concorrência com as outras empresas que formam o oligopólio. E não se diga que a Comissão não tomou providências nesse sentido porque os compromissos obtidos das contratantes lhe garantiam a não perigosidade daquelas cláusulas; com efeito, a própria recorrida admitiu que esses compromissos — assumidos, para mais, *após* a celebração do acordo — não pesaram nas suas convicções quanto à legalidade deste último.

Em conclusão, não podem restar quaisquer dúvidas de que a recorrida não cumpriu a obrigação que lhe é imposta pelo artigo 190.° A decisão controvertida deve, pois, ser anulada por falta de fundamentação, no que se refere à existência de uma das condições a que está subordinada a compatibilidade de um acordo entre empresas com a proibição do n.° 1 do artigo 85.° do Tratado CEE.

10. Por todas as considerações que precedem, sugiro-vos que julgueis procedentes os recursos interpostos pela British American Tobacco Company Ltd e pela Reynolds Industries Incorporated contra a Comissão das Comunidades Europeias, visando a anulação da decisão de 22 de Março de 1984, relativa aos processos n.os IV/30.342 e IV/30.926. Por força do disposto no n.° 2 do artigo 69.° do Regulamento Processual, as despesas do processo deverão ficar a cargo da Comissão, parte vencida. Cada uma das intervenientes suportará as suas próprias despesas.