

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL  
HENRI MAYRAS  
apresentadas em 12 de Dezembro de 1973 \*

*Senhor Presidente,  
Senhores Juizes,*

**I — Introdução**

1. *Os factos*

A Société belge des auteurs compositeurs et éditeurs, abreviadamente SABAM, é uma sociedade sob forma cooperativa cujo objecto consiste na exploração, administração e gestão, na acepção mais ampla do termo, de todos os direitos de autor e de todos os direitos conexos, na Bélgica e no estrangeiro, em seu próprio nome e no dos seus cooperantes e filiados, dos seus mandantes e de sociedades correspondentes.

Procede à cobrança dos direitos de autor e reparte-os entre os seus membros.

Nos termos do artigo 10.º dos seus estatutos, que entraram em vigor em 1967, para ser admitido na qualidade de cooperante qualquer autor, compositor ou editor deve, nomeadamente, ceder por contrato à SABAM todos os direitos de autor e conexos de que é ou se tornará titular, relativamente a todas as suas obras presentes e futuras. Foi nos termos destas disposições que, por con-

trato-tipo, os senhores Davis, compositor, e Rozenstraten, autor de letras, cederam a esta sociedade, respectivamente em 1963 e 1967, os seus direitos de autor sobre todas as obras presentes ou futuras, bem como os seus direitos de intérprete e de produtor de discos.

Apesar disso, ambos celebraram, em Março de 1969, um contrato com a Radio-télévision Belge (BRT) estipulando a cessão exclusiva dos seus direitos sobre o texto ou sobre a música de uma canção intitulada «Sperciebonen», aliás escrita a pedido de alguns responsáveis da BRT.

Estes autores cediam em exclusivo os seus direitos à BRT por um período de dois anos.

A canção foi várias vezes difundida tanto na rádio como na televisão.

Ora, a sociedade belga Fonior, que dispõe por contrato do direito não exclusivo de explorar fonograficamente as obras inscritas no reportório do Bureau international d'édition mécanique, serviço encarregado pela SABAM de gerir o seu próprio reportório e de conceder autorizações de reprodução mecânica, gravou a canção «Sperciebonen» e dela distribuiu a sua própria versão comercial em discos DECCA.

\* Língua original: francês.

Por iniciativa do compositor e do autor da letra, a SABAM, e posteriormente a BRT, ordenaram à Société Fonior que cessasse a reprodução; em vão, pois a prensagem e a venda do disco continuaram.

## 2. O processo judicial

Assim, a BRT e a SABAM, invocando ambas os direitos que os autores lhes tinham cedido, interpuuseram, respectivamente em Abril e em Novembro de 1969, acções perante o tribunal de première instance de Bruxelas destinadas a obter a condenação da Fonior por reprodução ilícita e violação de direitos de autor.

No decurso do processo, a BRT apresentou ao Tribunal um requerimento de intervenção para contestar a validade dos contratos celebrados entre a SABAM e os senhores Davis e Rozenstraten, alegando que a disposição dos estatutos da SABAM, nos termos da qual todos os membros da cooperativa lhe cedem todos os seus direitos de autor ou direitos conexos sobre todas as suas obras presentes e futuras, é contrária ao princípio de interesse e ordem pública do direito de livre disposição inscrito, nomeadamente, no artigo 1123.º do Código Civil belga.

Embora afastasse essa tese, o Tribunal considerou no entanto necessário examinar se os contratos SABAM não se baseiam numa causa ilícita, na medida em que são celebrados por uma empresa que ocupa uma posição dominante que explora de forma abusiva, na acepção do artigo 86.º do Tratado que institui a Comunidade Económica Europeia.

Embora referindo que o processo de verificação de um abuso de posição dominante não é da competência do juiz cível, o Tribunal, baseando-se no efeito directo do dispo-

to no artigo 86.º, de que uma das consequências é o facto de os particulares podem invocar perante o juiz nacional os direitos que essas disposições lhes conferem, decidiu, em 4 de Abril de 1973, suspender a instância e submeter ao Tribunal quatro questões prejudiciais.

As duas primeiras dizem respeito à interpretação do artigo 86.º Com efeito, o tribunal *a quo* pergunta-vos se pode considerar-se como uma exploração abusiva de posição dominante a exigência imposta por uma empresa que detém de facto, num Estado-membro, o monopólio da gestão dos direitos de autor, da cessão global de todos os direitos, sem distinguir entre estes várias categorias.

Pergunta em segundo lugar se o abuso de posição dominante pode consistir no facto de essa empresa estipular a cessão pelo autor dos seus direitos actuais e futuros e, em especial, exigir que o exercício dos direitos cedidos lhe seja reservado durante cinco anos após a saída do associado.

As duas últimas questões dizem respeito à interpretação do artigo 90.º do Tratado. A noção de «empresa encarregada da gestão de serviços de interesse económico geral» implica que a empresa em causa deve beneficiar de determinados privilégios que são recusados a outras empresas? Finalmente, o disposto no artigo 90.º, n.º 2, confere aos particulares direitos que o juiz nacional deve proteger?

## 3. Processo administrativo iniciado pela Comissão

Enquanto se desenrolava este processo perante o órgão jurisdicional belga, a Comissão das Comunidades Europeias, que ante-

riormente tinha sido alertada para a situação das sociedades de autores, devido à possível incompatibilidade dos estatutos dessas empresas e dos vínculos contratuais existentes entre elas e os seus membros com as normas do Tratado em matéria de concorrência, particularmente as do artigo 86.º, decidiu, em 3 de Junho de 1970, iniciar oficialmente um processo nos termos do Regulamento n.º 17 do Conselho contra três sociedades de autores, compositores e editores: a GEMA na Alemanha, a SACEM em França e a SABAM.

Essa decisão, notificada aos Estados-membros, foi comunicada à SABAM em 8 de Junho de 1970 pelo director-geral da concorrência, que lhe transmitiu a exposição das acusações contra ela formuladas. Essas acusações dizem respeito, nomeadamente, às cláusulas dos contratos relativas à cessão dos direitos de autor e à demissão dos membros, que são objecto das duas primeiras questões submetidas pelo órgão jurisdiccional de Bruxelas.

No âmbito do processo administrativo assim iniciado, tiveram lugar em Setembro de 1970 e no Outono de 1971 trocas de opiniões entre a direcção geral da concorrência e a SABAM, a quem foi assim possível apresentar as suas observações relativamente às acusações contra ela formuladas. Aliás, teve em conta algumas delas, modificando os seus estatutos em Maio de 1971 e em Maio de 1973 em dois pontos essenciais.

Renunciando à exigência da cessão de todos os direitos de autor presentes ou futuros, admitiu que os cooperantes podem decidir ceder apenas os seus direitos de autor relativamente a uma ou várias categorias de formas de exploração e que podem cedê-los tanto para todo o mundo como apenas para certos países.

Em segundo lugar, o período durante o qual os direitos continuam a pertencer à sociedade após a demissão de um membro foi reduzido de cinco para três anos.

Estando previstas outras alterações dos estatutos ou do regulamento interno da SABAM para o fim do ano de 1973, o processo continuou em aberto para permitir à Comissão examinar se as cláusulas até agora modificadas o foram de maneira a deixarem de constituir uma exploração abusiva de posição dominante.

São estas, senhores juizes, as condições nas quais, nos termos do artigo 177.º do Tratado, o juiz nacional decidiu solicitar-vos uma decisão prejudicial, enquanto que, paralelamente, a situação de uma das partes no litígio era objecto, por parte da Comissão, de um processo iniciado nos termos do regulamento n.º 17.

#### *4. Recurso interposto pela SABAM da decisão de reenvio*

A decisão de reenvio foi notificada ao Tribunal de Justiça em 19 de Abril de 1973 pela secretaria do tribunal de première instance de Bruxelas.

Mas, em 18 de Julho seguinte, a SABAM interpôs recurso dessa decisão perante a cour d'appel de Bruxelas e, afirmando nomeadamente que o tribunal de première instance era incompetente para aplicar ao litígio que devia decidir o artigo 86.º do Tratado, invocou o disposto no artigo 9.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17, nos termos do qual: «Enquanto a Comissão não der início a qualquer processo nos termos dos artigos 2.º, 3.º ou 6.º,

as autoridades dos Estados-membros têm competência para aplicar o disposto no n.º 1 do artigo 85.º e no artigo 86.º nos termos do artigo 88.º do Tratado...

jurisdicional de Bruxelas «não deseja que o exame perante o Tribunal (das questões prejudiciais) seja suspenso».

Deste texto, a SABAM retira a consequência de que a expressão «autoridades dos Estados-membros» se aplica não apenas às autoridades administrativas, mas também aos órgãos jurisdicionais nacionais, quer estes sejam competentes para verificar directamente infracções às normas comunitárias da concorrência quer tenham que se pronunciar, a título accidental, sobre a aplicabilidade dos artigos 85.º, n.º 1, ou 86.º, por ocasião de litígios cíveis que devam decidir e que ponham em causa a validade de contratos em relação a esses artigos. A SABAM afirma que, quando a Comissão tiver iniciado um processo nos termos do Regulamento n.º 17 para decidir se os seus estatutos e os contratos que celebra com os seus membros se incluem ou não no âmbito de aplicação do artigo 86.º, o órgão jurisdicional de Bruxelas perdeu provisoriamente toda a competência para apreciar a mesma questão e deveria pura e simplesmente suspender a instância até que a Comissão tivesse proferido uma decisão.

Em 24 de Julho, o advogado da SABAM informou a Secretaria do Tribunal de Justiça do recurso interposto da decisão de reenvio.

Por carta de 30 de Julho de 1973, o escrivão do tribunal de Bruxelas, por seu lado, confirmou ao Tribunal de Justiça o recurso interposto pela SABAM e precisava que o exercício dessa via de recurso «suspende o processo perante o Tribunal de Justiça».

Mas, em 18 de Setembro, contrariando essa afirmação, o mesmo escrivão informou o Tribunal de Justiça de que o órgão

## II — Discussão

É necessário, Senhores Juizes, examinar agora as questões prévias suscitadas pelo presente processo.

1. *O reenvio para o Tribunal de Justiça é regular, não obstante o recurso interposto da decisão de reenvio?*

A primeira dessas questões resulta do recurso interposto pela SABAM da decisão de reenvio. Consiste em saber se o recurso de uma das partes no processo principal deve conduzir este Tribunal a não proferir qualquer decisão prejudicial, pelo menos enquanto a Cour d'appel de Bruxelas não se tenha pronunciado.

Foi a solução cujo fundamento o advogado da recorrente se esforçou por demonstrar na audiência, lembrando os dois efeitos que caracterizam legalmente o recurso em direito belga: o efeito suspensivo e o efeito devolutivo.

Nos termos do artigo 1397.º do Code judiciaire belga, o recurso de uma decisão definitiva suspende a sua execução. Uma decisão é definitiva — na acepção do Code judiciaire — quando esgota a competência do juiz numa questão litigiosa, exceptuados os recursos previstos na lei. Pelo contrário, não tem efeito suspensivo o recurso interposto de

uma decisão interlocutória, pela qual o juiz se limita, nomeadamente, a ordenar uma medida de instrução.

Mas, segundo o representante da SABAM, a decisão de reenvio do órgão jurisdicional de Bruxelas deve ser considerada definitiva, em primeiro lugar por esse órgão jurisdicional se ter reconhecido competente para aplicar o artigo 86.º do Tratado — ainda que apenas após ter recebido resposta às questões prejudiciais que submeteu ao Tribunal de Justiça — e seguidamente porque reconheceu a pertinência dessas questões para efeitos da solução a dar ao litígio.

Em segundo lugar, embora resulte do artigo 1496.º do Code judiciaire que a execução provisória é legal quando uma decisão ordena uma medida de instrução e no que diz respeito a esta, o advogado da SABAM afirma que um pedido de decisão prejudicial previsto no artigo 177.º do Tratado, que diz respeito a uma questão de direito (a interpretação de uma norma comunitária) e não de facto e não põe em causa a intervenção das partes para a execução desse pedido, não é uma medida de instrução na acepção do direito belga. Assim, o juiz nacional está vinculado pela resposta dada pelo Tribunal de Justiça, enquanto que as medidas de instrução estão sujeitas a debate perante esse juiz.

Finalmente, por via do efeito devolutivo do recurso que o artigo 1068.º do Code judiciaire generaliza, está pendente perante a Cour d'appel o litígio na sua totalidade, e este órgão jurisdicional tem a obrigação de o decidir esgotando a sua própria jurisdição, quer anule quer confirme a decisão recorrida.

Ora, tanto o recurso de uma decisão interlocutória como o de uma decisão definitiva têm efeito devolutivo.

A única excepção a este princípio resulta do segundo parágrafo do artigo 1068.º, que dispõe que, caso um órgão jurisdicional de segunda instância confirme — ainda que parcialmente — uma medida de instrução, deve reenviar a causa para o primeiro juiz.

Assim, a Cour d'appel de Bruxelas, perante a qual está actualmente pendente todo o litígio, tem o poder — e é a única a tê-lo — de decidir se as questões prejudiciais têm ou não pertinência para a composição desse litígio. Por seu lado, o órgão jurisdicional de primeira instância perdeu toda a competência; não pode comunicar ao Tribunal de Justiça qualquer complemento de informação, nem servir-se da interpretação que lhe será dada para a composição do litígio. Igualmente, o título jurídico ao abrigo do qual vos foi submetido o pedido de interpretação perdeu toda a validade, devido ao recurso interposto da decisão de reenvio.

Senhores Juízes, quaisquer que sejam os méritos em direito interno desta argumentação, penso ser impossível segui-la, pela única razão que, ao fazê-lo, o Tribunal excederia a sua competência invadindo a dos órgãos jurisdicionais belgas, uma vez que seria conduzido a apreciar os efeitos do recurso da decisão de reenvio segundo as normas de direito nacional.

É certo que o artigo 177.º do Tratado conferiu ao Tribunal de Justiça a missão de se pronunciar sobre as questões de interpretação ou de apreciação da validade de normas comunitárias que os órgãos jurisdicionais nacionais têm a faculdade ou até a obrigação de lhe submeter. O mecanismo das questões prejudiciais destina-se a assegurar a coerência e a uniformidade da interpretação do direito comunitário.

Mas, da mesma forma que o Tribunal se recusa a apreciar a pertinência das questões submetidas para efeitos da composição do litígio no processo principal, da mesma forma que não tem poder para controlar a competência do órgão jurisdicional nacional que lhe submete um pedido nem a legalidade do processo seguido perante este órgão, também não lhe compete investigar se o exercício de uma via de recurso contra uma decisão de reenvio produz efeitos que o tornem incompetente, pelo menos enquanto o tribunal de segunda instância se não tenha pronunciado.

E isto porque, em todos estes casos, o Tribunal teria que interpretar a lei interna e, mais ainda, aplicá-la a um caso concreto, o que ultrapassa o âmbito da sua competência.

No máximo, o Tribunal poderia, talvez, limitar-se a retirar as consequências do direito interno se a sua aplicação fosse evidente e incontestada. Mas a demonstração que o advogado da SABAM se esforçou por fazer na audiência evidenciou amplamente não ser esse o caso. Para chegar à conclusão de que o recurso da decisão de reenvio tem efeito suspensivo, não lhe foi necessário afastar duas objecções, a de que essa decisão não tem carácter definitivo e a da qualificação como medida de instrução do pedido de decisão prejudicial?

Aceitar a sua conclusão implicaria que este Tribunal se substituísse à Cour de cassation belga, única qualificada para decidir definitivamente litígios desta natureza.

O artigo 177.º estabelece uma cooperação directa entre o Tribunal de Justiça e os órgãos jurisdicionais nacionais dos Estados-

-membros, que podem usar da faculdade de lhe reenviar a título prejudicial qualquer questão de interpretação do direito comunitário que considerem necessária para a composição dos litígios perante eles pendentes.

Não é sequer necessário, em minha opinião, que essa questão seja suscitada por uma das partes; o juiz nacional pode suscitá-la oficiosamente. Aliás, o processo previsto no artigo 177.º, dominado por princípios de interesse e ordem pública, desenrola-se sem qualquer participação activa das partes no processo principal, que apenas são admitidas a apresentar ao Tribunal observações escritas e orais, mas não são partes activas no processo.

Nos termos do artigo 20.º do Protocolo relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça:

«Nos casos previstos no artigo 177.º do Tratado, a decisão do órgão jurisdicional nacional que suspenda o processo e que suscite a questão perante o Tribunal *será a este notificada por iniciativa desse órgão*».

Com efeito, só um órgão jurisdicional pode recorrer ao Tribunal de Justiça, e não as pessoas em litígio perante ele.

Da mesma forma, a competência deste Tribunal só lhe pode ser retirada pelo mesmo órgão jurisdicional, qualquer que seja o motivo que este tenha para o fazer, quer por considerar que deve dar ao processo uma solução que não exige a interpretação do direito comunitário, quer por considerar que o recurso interposto da sua decisão de reenvio tem como efeito privá-lo do poder de proferir uma decisão.

Mas, em todo o caso, é o órgão jurisdicional o único a ter competência para notificar ao Tribunal a retirada do seu pedido de decisão prejudicial.

Ora, no caso em apreço, é pacífico que o tribunal de première instance de Bruxelas manteve o seu pedido.

Será necessário ir mais longe e perguntar se as disposições conjugadas do artigo 177.º do Tratado e do artigo 20.º do Protocolo relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça devem ser interpretadas no sentido de que excluem o exercício normal das vias de recurso, quer de apelação, quer de cassação, contra as decisões de reenvio dos órgãos jurisdicionais nacionais para o Tribunal de Justiça?

Neste ponto, penso que o advogado-geral Lagrange, nas conclusões que apresentou no processo 13/61, Bosch (Colect. 1962-1964, p. 11) enunciou perfeitamente as razões para não adoptar essa interpretação.

Em primeiro lugar, o texto do artigo 20.º do Protocolo relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça visa apenas a suspensão do processo pendente perante o órgão jurisdicional que procede ao reenvio para o Tribunal e não a suspensão de «todos os processos nacionais» e, por consequência, o exercício das vias de recurso jurisdicionais.

Em segundo lugar, o duplo grau de jurisdição é, na maior parte dos Estados-membros, um princípio tradicional que, naqueles em que existem processos de reenvio a título prejudicial, se aplica também aos despachos ou decisões de suspensão da instância.

Finalmente, nem o Tratado nem o Protocolo relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça poderiam, sem uma disposição expressa, prejudicar o exercício das vias de recurso, pondo assim em causa as normas processuais e de organização dos órgãos jurisdicionais nacionais.

De resto, competiria apenas à Cour d'appel de Bruxelas, perante a qual o litígio está actualmente pendente, ou, eventualmente, à Cour de cassation belga, submeter ao Tribunal o problema da interpretação do artigo 20.º do Protocolo relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça, se um desses órgãos jurisdicionais tivesse, sobre esse ponto, dúvidas que justificassem um pedido de decisão prejudicial.

Em resumo, considero que, embora nas condições previstas pelo direito interno de cada Estado-membro as partes num processo possam recorrer dos despachos ou decisões de reenvio, não compete ao Tribunal apreciar os efeitos desses recursos na ordem jurídica nacional. Em contrapartida, o Tribunal tem a obrigação de responder a um pedido de decisão prejudicial que lhe foi submetido por um órgão jurisdicional, a menos que este o tenha expressamente retirado.

Só no caso de o órgão jurisdicional de grau superior ter decidido antes de ter sido possível ao Tribunal pronunciar-se, tendo esse órgão jurisdicional revogado ou cessado a sentença ou o acórdão de reenvio, deveria este Tribunal abster-se, uma vez que, nesse caso, o título jurídico que essa sentença ou esse acórdão constituía deixaria de existir.

Caso a revogação ou a cessação ocorresse após o Tribunal ter respondido à questão prejudicial, é necessário reconhecer que o acórdão seria desprovido de efeito para a composição do litígio no processo principal.

Mas não poderia a situação ser idêntica mesmo se se admitisse que não pode ser interposto qualquer recurso na ordem jurídica interna contra as sentenças ou acórdãos de reenvio? Com efeito, pode sempre ser interposto recurso da decisão pela qual o órgão jurisdicional nacional decidiu quanto ao mérito da causa em conformidade com a interpretação dada pelo Tribunal; nesse caso, o juiz de segunda instância poderia, se considerasse que as questões formuladas a título prejudicial não eram pertinentes, adotar uma solução com base em fundamentos de direito interno que não pusessem em causa as normas comunitárias.

2. *Interpretação do artigo 9.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17*

A segunda questão prévia diz respeito à interpretação do artigo 9.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17. Mais especificamente, põe em causa o significado da expressão «autoridades dos Estados-membros».

Com efeito, enquanto que, ao abrigo do n.º 1 desse artigo, a Comissão tem competência *exclusiva* para declarar inaplicável o disposto no artigo 85.º, n.º 1, do Tratado, nos termos do n.º 3 do mesmo artigo as autoridades nacionais são também competentes para aplicar o artigo 85.º, n.º 1, e o artigo 86.º Mas esta competência é suspensa a partir do momento em que a Comissão inicia um processo, nomeadamente ao abrigo do artigo 3.º do Regulamento n.º 17, para pôr termo a uma infracção, sendo então as autoridades nacionais obrigadas a suspender a instância.

A — A noção de início do processo pela Comissão foi objecto de controvérsias doutrinais hoje em dia um pouco ultrapassadas.

Certos autores consideraram, no âmbito do artigo 85.º, que o processo devia considerar-se iniciado desde a notificação de um acordo.

Mas, uma vez que a iniciativa da notificação pertence às empresas, esta tese choca com o teor do artigo 9.º, n.º 3, que, ao exigir que o processo seja iniciado *pela Comissão*, implica um acto positivo da parte desta.

O facto de a Comissão ter acusado a recepção de uma notificação ou de um pedido de certificado negativo também não basta; trata-se apenas, como o Tribunal declarou no acórdão de 6 de Fevereiro de 1973 (processo 48/72, *Brasserie de Haecht/Wilkin-Janssen*, *Collect.* 1973, p. 19), de um acto de simples correcção administrativa.

Ora, o início de um processo implica, segundo o mesmo acórdão, «um acto de autoridade da Comissão que manifeste a sua vontade de adoptar uma decisão...».

Sem exigir que a Comissão adopte um acto formal que inicie o processo, como fez, por exemplo, relativamente às empresas que participaram em práticas concertadas de fixação de preços das matérias corantes (decisão de 31 de Maio de 1967), o Tribunal enunciou duas condições:

— é necessário um acto de autoridade da Comissão;

— é necessário que esse acto revele uma manifestação de vontade no sentido da adopção de uma das decisões referidas nos artigos 2.º, 3.º ou 6.º do Regulamento n.º 17.

Estes dois critérios parecem aplicáveis aos pedidos de informação referidos no artigo 11.º do regulamento e sobretudo às diligências de instrução previstas no artigo 14.º; trata-se de actos de autoridade que manifestam a vontade de adoptar uma decisão na medida em que, referindo-se a um determinado acordo ou ao exercício abusivo por parte de uma empresa da sua posição dominante, esses actos deixam presumir uma infracção.

Por maioria de razão, as condições exigidas pela jurisprudência do Tribunal para reconhecer que o processo se iniciou parecem estar reunidas quando a Comissão decide comunicar às empresas interessadas as acusações contra elas formuladas com base no artigo 85.º, n.º 1, ou no artigo 86.º

A comunicação de acusações constitui, de certa forma, uma nota de culpa elaborada contra as empresas a quem é imputado terem violado as normas da concorrência.

Aliás, só pode ser elaborada nos termos e tendo em conta as conclusões de um inquérito preliminar.

Portanto, a sua notificação é um acto de autoridade que manifesta inequivocamente a vontade da Comissão de declarar verificada uma infracção e de proceder em conformidade.

Relativamente às sociedades de autores, a Comissão, em 3 de Junho de 1970, adoptou uma decisão formal no sentido de iniciar officiosamente um processo ao abrigo do Regulamento n.º 17 contra a GEMA, a SACEM e a SABAM. Notificou essa decisão aos Estados-membros. Alguns dias mais tarde,

informou dessa decisão, nomeadamente, a SABAM, tendo-lhe comunicado as acusações contra ela formuladas.

Portanto, encontramos-nos sem dúvida perante o caso previsto no artigo 9.º, n.º 3, isto é, um processo efectivamente iniciado pela Comissão.

B — Quer isto dizer que, por essa razão, o órgão jurisdicional de Bruxelas deixou de ser competente, pelo menos até a Comissão ter adoptado uma decisão, para decidir o litígio actualmente perante este Tribunal?

Para responder afirmativamente a esta questão, seria necessário admitir que esse órgão jurisdicional é uma das «autoridades dos Estados-membros» referidas no artigo 9.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17 e, para isso, há que procurar o significado e o alcance dessa expressão.

As autoridades nacionais podem aplicar o artigo 85.º, n.º 1, e o artigo 86.º, tanto a título principal como a título incidental.

Agem a título principal quando actuam contra empresas acusadas de ter cometido infracções às normas comunitárias da concorrência.

Nesses casos, pode tratar-se, consoante os Estados, de autoridade administrativas, como o Bundeskartellamt alemão, ou de órgãos jurisdicionais, como os tribunais correcionais franceses, quando decidem de acções penais intentadas pelo Ministério Público sob iniciativa do Ministro da Economia e das Finan-

ças, após consulta da comissão técnica dos acordos, decisões e práticas concertadas.

Os órgãos jurisdicionais alemães, como o Kammergericht de Berlim ou o Bundesgerichtshof, que conhecem dos recursos interpostos pelas empresas das decisões do Bundeskartellamt, decidem também a título principal.

Quer os órgãos jurisdicionais nacionais decidam directamente acções penais ou se pronunciem sobre um recurso interposto de uma decisão da autoridade administrativa, não é contestável que esses órgãos jurisdicionais são «autoridades dos Estados-membros» na acepção do artigo 9.º, n.º 3, do regulamento e que, portanto, a sua competência cessa obrigatoriamente a partir do momento em que a Comissão dá início a um processo. Esta disposição é obrigatória e directamente aplicável em todos os Estados-membros. Assim, pouco importa que nalguns Estados-membros a aplicação das normas de concorrência seja confiada a órgãos administrativos, enquanto que noutros essa aplicação se inclui na competência das autoridades judiciais. A obrigação de cessação de competência imposta pelo Regulamento n.º 17 não pode ser eludida.

A situação será diferente quando os órgãos jurisdicionais cíveis ou comerciais dos Estados-membros têm que julgar litígios entre particulares, cuja solução depende de uma acção ou de um comportamento sujeito às normas de concorrência previstas no Tratado de Roma?

Nesse caso, o objecto da acção não consiste em declarar verificada uma infracção; trata-se apenas, para o juiz, de se pronunciar sobre as consequências cíveis dessa infracção; nulidade ou resolução de um contrato, atribuição de uma indemnização à parte lesada, etc.

Mas, para o poder fazer, é necessário que o juiz decida previamente sobre a existência e qualificação de um acordo, de uma prática concertada ou de um abuso de posição dominante, na acepção dos artigos 85.º ou 86.º do Tratado.

Noutros termos, é-lhe necessário, nesses casos, recorrer à interpretação do direito comunitário.

Por conseguinte, competirá ao juiz nacional, sendo caso disso, fazer uso da faculdade de submeter ao Tribunal de Justiça um pedido de decisão a título prejudicial.

Quando, desta forma, aplicam o artigo 85.º ou o artigo 86.º a título accidental, os órgãos jurisdicionais são também autoridades na acepção do Regulamento n.º 17?

A questão foi objecto de numerosas discussões doutrinárias e de tomadas de posição opostas dos órgãos jurisdicionais nacionais.

Proponho-me tratá-la examinando em primeiro lugar o texto do regulamento; esforçar-me-ei, em segundo lugar, por proceder a um resumo objectivo das teses doutrinárias e das orientações jurisprudenciais nacionais para, seguidamente, passar ao estudo dos acórdãos do Tribunal.

Destes vários elementos de reflexão tentarei deduzir os fundamentos para uma tomada de posição, em função dos objectivos processuais visados pelo Tratado e pelo regulamento.

O artigo 9.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17 utiliza a expressão «autoridades dos Estados-membros», mas são numerosas, entre as outras disposições do mesmo diploma, as que empregam uma expressão análoga falando das «autoridades competentes dos Estados-membros».

Assim, o artigo 10.º, n.º 1, trata da transmissão a essas autoridades, pela Comissão, da «cópia dos pedidos e das notificações, bem como dos documentos mais importantes que lhes sejam dirigidos tendo em vista declarar verificadas infracções ao disposto no artigo 85.º ou no artigo 86.º do Tratado, ou obter um certificado negativo ou uma decisão de aplicação do n.º 3 do artigo 85.º».

Da mesma forma, o artigo 11.º, n.º 2, prevê que, sempre que a Comissão formule um pedido de informações a uma empresa ou associação de empresas, enviará simultaneamente uma cópia do mesmo pedido à autoridade competente do Estado-membro interessado.

Essas autoridades, encarregadas de receber notificações de documentos emanados da Comissão só podem, evidentemente, ser órgãos administrativos.

Nos termos do artigo 13.º, as autoridades competentes dos Estados-membros procedem às diligências de instrução que a Comissão considere necessárias. Segundo o artigo 14.º, n.º 4, esta pode também adoptar decisões que ordenem essas diligências, depois de ouvida a autoridade competente do Estado-membro em cujo território deva efectuar-se a diligência de instrução.

Nos termos do artigo 20.º, n.º 2, as autoridades competentes dos Estados-membros são

obrigadas a não divulgar as informações obtidas no decurso desses inquéritos ou diligências de instrução.

Nestes vários casos, as autoridades competentes são aquelas que os Estados encarregam de proceder às investigações; trata-se, em geral, de serviços administrativos de fiscalização económica.

Alguns comentadores (Mégret, *Le droit de la Communauté européenne*, volume IV: Concurrence, p. 157) retiram desse facto a conclusão de que os termos «autoridades dos Estados-membros» são várias vezes utilizados no Regulamento n.º 17 num sentido que exclui que possam referir-se aos órgãos jurisdicionais comuns quando decidem a título incidental.

Mas estes argumentos de exegese do regulamento não são convincentes. O facto de, noutros artigos do mesmo diploma, ser manifesto que essa expressão não se refere aos órgãos jurisdicionais cíveis ou comerciais não basta para deduzir que estes não são tidos em consideração no artigo 9.º, n.º 3.

Um outro argumento literal baseia-se no facto de o artigo 9.º, n.º 3, só mencionar a competência das autoridades dos Estados-membros para efeitos da aplicação do artigo 85.º, n.º 1, e do artigo 86.º.

Mas, enquanto que o n.º 1 do artigo 9.º reconhece a competência exclusiva da Comissão para aplicar o artigo 85.º, n.º 3, nenhuma disposição do regulamento define a autoridade competente para declarar a nulidade prevista no artigo 85.º, n.º 2. Deve deduzir-se daí que os autores do regulamen-

to consideraram que essa missão incumbia aos órgãos jurisdicionais comuns quando decidem de litígios entre particulares, uma vez que estes têm normalmente como tarefa deduzir as consequências, no plano do direito privado, da violação das normas contidas nos artigos 85.º e 86.º?

Esta interpretação baseia-se também na fundamentação do acórdão do Tribunal de 6 de Abril de 1962, Bosch, já citado; com efeito, nesse acórdão o Tribunal distinguiu entre a competência dos órgãos jurisdicionais para declarar a nulidade dos acordos por força do artigo 85.º, n.º 2, e a das autoridades dos Estados-membros para aplicar o artigo 85.º, n.º 1. No primeiro caso, segundo o acórdão, a competência resulta do carácter directamente aplicável do artigo 85.º, n.º 2, enquanto que, no segundo caso, se fundamenta no artigo 88.º do Tratado conjugado com o artigo 9.º do Regulamento n.º 17.

Não se deveria deduzir daí que as disposições do Regulamento n.º 17 não dizem respeito aos órgãos jurisdicionais comuns cuja competência para aplicar os artigos 85.º e 86.º a título incidental teria como único fundamento o efeito directo desses artigos do Tratado e não o artigo 9.º, n.º 3, do regulamento?

Esta dedução não me parece necessariamente exacta. Embora seja certo que os particulares podem invocar perante os juizes nacionais os direitos que os artigos 85.º e 86.º lhes conferem e que esses juizes têm competência para lhes reconhecer, esse facto não tem como consequência necessária que os órgãos jurisdicionais nacionais, mesmo quando decidem a título incidental, não são abrangidos pelo artigo 9.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17, subtraindo-se à obrigação de renovação provisória da competência quando a Comissão iniciou um processo com base nas mesmas disposições do Tratado.

A este respeito, não é de forma alguma evidente que se deva fazer uma distinção entre os órgãos jurisdicionais nacionais consoante estes se pronunciem a título principal ou incidental.

Por seu lado, os órgãos jurisdicionais nacionais estão muito divididos quanto à questão.

Na Alemanha, os órgãos jurisdicionais cíveis não são considerados autoridades, com fundamento no facto de os seus poderes se limitarem à dedução das consequências cíveis das decisões do Bundeskartellamt (Tribunal Federal Alemão). Mas um dos comentadores dessa decisão, o Dr. Kurt Markert, referindo-se ao acórdão do Tribunal no processo Bilger, de 18 de Março de 1970 (43/69, Colect. 1969-1970, p. 293) e mencionando que o Tribunal tinha afirmado, nessa decisão, que era necessário incluir os órgãos jurisdicionais cíveis dos Estados-membros na noção de «autoridades nacionais», considera, pelo seu lado, que o Tribunal Federal não podia decidir que a questão da competência dos tribunais cíveis seria resolvida em função do direito interno alemão.

Em França, a jurisprudência parece constante no sentido de que os órgãos jurisdicionais comuns são «autoridades» obrigadas a suspender a instância quando a Comissão inicia um processo (Cour d'appel de Paris, 26 de Janeiro de 1963 e 22 de Fevereiro de 1967). Na verdade, esta solução explica-se pelo facto de, nesse país, as únicas autoridades competentes para proferir decisões de aplicação do direito da concorrência, tanto no plano comunitário como no plano nacional, serem as autoridades judiciais ordinárias. A comissão técnica dos acordos, decisões e práticas concertadas e das posições dominantes é apenas um organismo consultivo e o Ministro da Economia e das Finanças tem apenas a iniciativa de submeter o processo a Minis-

tério Público. Só os órgãos jurisdicionais têm competência para aplicar penas, declarar a nulidade ou a validade dos acordos, decisões ou práticas concertadas e decidir quanto às consequências cíveis.

Na Bélgica, a jurisprudência é mais matizada. O tribunal civil de Bruxelas tinha considerado, em 1966, que os órgãos jurisdicionais comuns deviam ser considerados autoridades na acepção do Regulamento n.º 17; mas a Cour de cassation, decidindo um recurso interposto de um acórdão da Cour d'appel que tinha suspenso a instância, considerou que um órgão jurisdicional nacional podia fazê-lo até à decisão da Comissão, se considerasse que não dispunha de elementos suficientes para decidir da aplicação do artigo 85.º, n.º 1. Por conseguinte, adoptou a tese da suspensão facultativa da instância e considerou que, no caso concreto, não era necessário recorrer à interpretação da expressão «autoridades dos Estados-membros».

Quanto à doutrina, está igualmente dividida. Alguns, como o advogado-geral F. Dumon, da Cour de cassation belga, sustentam que as autoridades referidas no artigo 9.º, n.º 3, do regulamento não incluíam os órgãos jurisdicionais comuns quando decidem a título incidental (artigo em *Liber Amicorum*, em homenagem ao Professor L. Frédéricq, 1965, T. I, p. 337).

Pelo contrário, outros autores exprimiram a opinião de que essa expressão engloba todos os órgãos nacionais — administrativos ou judiciais — que intervêm de uma forma ou de outra na aplicação do direito da concorrência, mesmo que as decisões que esses órgãos proferem se baseiem no direito privado (Metzger, nota sobre a Cour d'appel de Paris, 26 de Janeiro de 1963, em *Revue critique de droit international privé*, 1963, ponto 398).

Uma terceira tendência considerou que, na falta de uma noção autónoma de direito comunitário, a definição das autoridades deveria fazer-se, em cada Estado, segundo o direito nacional.

A maior parte destas opiniões foram expressas antes de ser proferido o acórdão Bilger. Há assim que examinar quais as conclusões que podem ser retiradas da jurisprudência do Tribunal.

Esse acórdão parece ter resolvido a questão, uma vez que o Tribunal afirmou muito claramente que a noção de «autoridades dos Estados-membros inclui os órgãos jurisdicionais nacionais». É certo que declarou, também, que essa solução resulta do facto de «o artigo 88.º do Tratado remeter para as normas processuais e de competência nacionais», o que, segundo o Professor Berthold Goldmann, significa que o Tribunal não resolveu definitivamente o problema, cuja solução deve ser procurada nas diferentes leis nacionais. Se outros autores, como o Professor Étienne Cerexhe (Congresso Internacional de Direito Europeu, Berlim, Setembro de 1970), afirmaram que o acórdão de 18 de Março de 1970 não permite qualquer dúvida, não é essa a opinião de outros comentadores que chegaram a perguntar-se se o Tribunal de Justiça teria verdadeiramente pretendido tomar partido na controvérsia (Mégret e outros, *op. cit.*, p. 159). O procurador geral na Cour de cassation belga, Ganshof Van der Meersch, foi muito menos categórico quanto ao alcance do acórdão Bilger (v. as suas conclusões que precederam o acórdão da Cour de cassation da Bélgica de 24 de Dezembro de 1970, *Pasicrisie*, 1971, I, p. 392 e segs.). Todavia, é necessário referir que o processo Bilger dizia respeito a um litígio entre particulares, no qual o problema da aplicação do artigo 85.º, n.º 2, era suscitado a título incidental. Portanto, parece excluído que o Tribunal tenha pretendido referir-se

aos órgãos jurisdicionais nacionais apenas na medida em que estes aplicam os artigos 85.º e 86.º a título principal.

Num acórdão mais recente, de 6 de Fevereiro de 1973, Brasserie de Haecht/Wilkin Janssen, o Tribunal, a propósito de um pedido de decisão prejudicial apresentando pelo tribunal de commerce de Liège, declarou:

«Sem que seja necessário reexaminar a questão de saber se, com a expressão 'autoridades dos Estados-membros', o referido artigo 9.º visa também os juízes nacionais que actuam por força do n.º 2 do artigo 85.º do Tratado». É certo que se trata de um trecho que não é essencial à fundamentação da decisão, mas essa alusão vai no sentido de uma interpretação extensiva do acórdão Bilger. Ao considerar que era inútil um *reexame* do problema, não terá o Tribunal pretendido contrariar a tese segundo a qual o precedente acórdão não o teria resolvido? Em segundo lugar, também o acórdão Brasserie de Haecht II diz respeito a um caso no qual os órgãos jurisdicionais nacionais agem nos termos do artigo 85.º, n.º 2, ou seja, a título incidental.

Não será este facto uma confirmação de que o acórdão Bilger deve ser interpretado no sentido de que os órgãos jurisdicionais que decidem a título incidental devem ser considerados «autoridades dos Estados-membros»?

De qualquer das formas, a procura da definição de uma noção comum desta expressão só pode referir-se à aplicação do artigo 9.º do Regulamento n.º 17; com efeito, trata-se de saber quais são, em cada Estado-membro, as autoridades cuja competência deve cessar se a Comissão iniciar um processo com base no disposto no artigo 85.º, n.º 1, ou no artigo 86.º

Embora seja certo que cada Estado tem o direito de determinar quais as autoridades que, no seu território, estão encarregadas de aplicar, directamente ou a título incidental, o direito comunitário da concorrência, os Estados não têm o poder de designar as autoridades cuja competência deve cessar.

Com efeito, admitir que esse poder pode ser exercido pelos Estados equivale a reconhecer que o âmbito e até a existência da competência da Comissão dependem da vontade estatal. Ora, essa competência baseia-se no direito comunitário, que deve ser objecto de uma aplicação uniforme.

Portanto, sou levado a considerar, como o Professor Goldmann, que, para alcançar essa uniformidade de aplicação, é necessário «erigir em regra geral de carácter comunitário que todos os órgãos de um Estado-membro que aplicam o direito da concorrência — quer tendo a iniciativa das acções penais, quer pela declaração e repressão das infracções ou até através de decisões relativas às consequências cíveis dos actos restritivos da concorrência — é uma autoridade na acepção do artigo 9.º do Regulamento n.º 17» (B. Goldmann, *Droit commercial européen*, Dalloz, 2.ª edição, p. 375).

Com efeito, qual é o objectivo desta disposição senão o de evitar o risco de contradição entre decisões, a nacional por um lado e a comunitária por outro, e ainda assegurar o primado da decisão comunitária sobre a decisão nacional?

No mesmo sentido, do ponto de vista terminológico, a expressão «autoridades dos Estados-membros» é utilizada tanto no artigo 88.º do Tratado como no artigo 9.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17 e ainda no artigo 15.º

do Regulamento n.º 1017/68, relativo à aplicação de regras de concorrência nos sectores dos transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável.

A «ratio legis» destas disposições é idêntica, exceptuando o facto de a data a partir da qual a competência conferida às autoridades dos Estados-membros cessa, aliás provisoriamente, de se exercer ser, num caso, a entrada em vigor das disposições adoptadas em execução do artigo 87.º do Tratado, noutro, o início de um processo pela Comissão, ou ainda, no caso de uma empresa de transportes, a comunicação prevista no artigo 12.º, n.º 3, do Regulamento n.º 1017/68. Trata-se, em todos os casos, de assegurar a aplicação uniforme das normas de concorrência no mercado comum, sem prejudicar o efeito directo das disposições do Tratado relativas aos acordos, decisões e práticas concertadas e às posições dominantes.

Seria paradoxal dizer, actualmente, que a expressão «autoridades dos Estados-membros» só se aplica aos órgãos jurisdicionais, administrativos ou comuns que decidem a título prejudicial, deixando aos órgãos jurisdicionais que decidem a título incidental competência para declarar a nulidade de um acordo, decisão ou prática concertada ou de um abuso de posição dominante e para daí deduzir as devidas consequências, do ponto de vista do direito civil, sem que devam preocupar-se minimamente com o facto de a Comissão iniciar um processo. O risco de contrariedade de decisões e, por consequência, de divergência na aplicação das normas de concorrência não seria menor, tratando-se de uma simples declaração incidental, do que se se estivesse perante uma decisão nacional emanada de um órgão, administrativo ou judicial, que decide a título principal.

Seria também paradoxal reconhecer que os órgãos jurisdicionais nacionais que decidem

a título incidental podiam, antes da entrada em vigor do Regulamento n.º 17, declarar que um acordo, decisão ou prática concertada não era nulo ou que não existia um abuso de posição dominante e afirmar que, a partir do momento em que a Comissão inicia um processo, esses mesmos órgãos jurisdicionais, tendo deixado de ser considerados «autoridades dos Estados-membros», teriam assim toda a liberdade para declarar, a título incidental, que deve ou não aplicar-se o artigo 85.º ou o artigo 86.º

Acrescente-se que o risco de contrariedade de decisões não se limita às relações entre os órgãos jurisdicionais e a instituição comunitária que é a Comissão.

Com efeito, se, por ocasião de litígios análogos ao que foi presente ao tribunal de première instance de Bruxelas, esses órgãos jurisdicionais submetessem ao Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 177.º, questões de interpretação, seria o acórdão do Tribunal que, se fosse proferido antes de a Comissão proferir uma decisão, correria o risco de estar em contradição com essa mesma decisão. Ora, o exame das questões prejudiciais que são submetidas ao Tribunal em casos deste género pode não lhe permitir apreender todos os dados do problema e conduzi-lo a proferir um acórdão de interpretação sem que lhe seja possível medir todas as incidências.

Finalmente, se, posteriormente, a decisão da Comissão fosse objecto de recurso directo perante este Tribunal, sendo-lhe nessa ocasião transmitido, uma vez que se trata de um recurso de plena jurisdição, todo o processo tramitado perante a Comissão, e se, na posse desses elementos, o Tribunal decidisse em sentido diferente de um acórdão proferido a título prejudicial com base na mesma situação, existiria o risco de o Tribunal se contradizer a si próprio.

Para decidir se uma determinada empresa abusa da sua posição dominante, não é necessário ao Tribunal estar perfeitamente esclarecido sobre todos os aspectos factuais do processo? No acórdão Continental Can, não aprovou o Tribunal a fundamentação jurídica da Comissão, tendo no entanto anulado a decisão desta com fundamento em elementos que só o exame do processo lhe permitiu apreender?

Estas considerações conduzem-me a defender uma interpretação extensiva do artigo 9.º, n.º 3, do Regulamento n.º 17, que me parece ser a única susceptível de assegurar o efeito útil desta disposição e, portanto, não só evitar divergências entre decisões nacionais e comunitárias como também eliminar o risco de falta de coerência entre as soluções adoptadas pelo Tribunal de Justiça se fosse chamado a decidir, sucessivamente, pela via do artigo 177.º e pela do recurso de plena jurisdição.

Existem duas objecções que podem certamente ser invocadas contra o ponto de vista que acabo de expor.

A primeira baseia-se no facto de nem o artigo 87.º do Tratado nem o regulamento do Conselho adoptado em execução desse artigo darem às instituições comunitárias competência para pôr em causa as normas nacionais que regulam a competência dos órgãos jurisdicionais internos, obrigando-os a suspender a instância num litígio de direito privado.

Este argumento não é decisivo. A suspensão da instância não é uma negação de competência, uma vez que não provoca a perda definitiva desta. Não os obriga senão a suspender provisoriamente o exame do litígio até que seja proferida a decisão da Comis-

são. Após o que esses tribunais, devidamente esclarecidos, estarão em condições de julgar desta vez com conhecimento de causa, e deverão conformar-se com a decisão comunitária, a partir do momento em que esta se tornar definitiva, excepto se decidirem submeter ao Tribunal as questões de interpretação do direito comunitário cuja solução ainda considerem necessária para a composição do litígio civil.

Acrescente-se que, embora, como já referi na primeira parte das minhas conclusões, o Tribunal não esteja habilitado a examinar a competência de um órgão jurisdicional nacional face ao direito interno que lhe é aplicável, tem, em contrapartida, a obrigação de verificar se, por força do direito comunitário, no caso concreto o Regulamento n.º 17, esse órgão jurisdicional era ou não obrigado a suspender a instância quando, como é o caso no presente processo, devia aplicar, ainda que a título incidental, o artigo 86.º do Tratado tendo a Comissão iniciado um processo.

Uma segunda objecção pode basear-se nas garantias devidas aos direitos individuais em causa. Com efeito, é possível admitir que uma acção em que é pedida a anulação de um contrato e a atribuição de uma indemnização seja paralisada perante o juiz nacional na expectativa de uma decisão da Comissão das Comunidades Europeias, sobretudo quando a experiência mostra que os processos iniciados por essa instituição podem alargar-se por um longo período?

É certamente lamentável que os órgãos jurisdicionais nacionais possam ser obrigados a suspender a instância em litígios de direito civil durante meses, ou até mesmo anos, devido à lentidão dos processos comunitários. Mas, mais uma vez, não penso que esta objecção seja determinante. Existem sem dúvida meios para evitar que os atrasos pro-

longados sejam extremamente prejudiciais aos interesses dos particulares. Esses meios são de duas espécies: compete ao juiz nacional, a pedido de uma das partes, ordenar medidas conservatórias que, sem prejudicar a decisão quanto ao mérito, sejam susceptíveis de preservar os direitos das partes em causa. Pode também pensar-se numa acção por omissão contra a Comissão, que a poderia incitar a adoptar uma decisão num prazo razoável. Finalmente, a ser necessário ponderar, por um lado, os interesses privados derivados de um determinado contrato e, por outro, o interesse geral da aplicação coerente do direito comunitário, estou firmemente convencido da supremacia do segundo sobre os primeiros.

Restam, o problema do conhecimento pelas autoridades nacionais do início de um processo pela Comissão e o de saber em que momento deve o juiz nacional suspender a instância.

Quanto ao primeiro ponto, as partes no processo principal desempenham um papel primordial, e só podemos admirar-nos com o facto de a SABAM não ter referido mais cedo perante o órgão jurisdicional de Bruxelas o processo de que era objecto por parte da Comissão. No mesmo sentido, o Governo belga tinha sido informado da decisão através da qual, em Junho de 1970, a Comissão tinha iniciado o processo. De qualquer forma, não pode alterar-se a interpretação da expressão «autoridades dos Estados-membros» devido à eventual insuficiência de informa-

ções por parte dessas autoridades quanto às iniciativas da Comissão.

Quanto ao segundo ponto, pouco importa, em minha opinião, que o processo comunitário tenha sido iniciado quando já está pendente perante um órgão jurisdicional nacional um litígio que põe em causa a aplicação incidental do artigo 85.º ou do artigo 86.º É necessário e suficiente que o processo comunitário se inicie no decurso da instância pendente perante o juiz nacional, ou seja, antes de este proferir uma decisão. Foi assim no caso em apreço, uma vez que, embora o litígio tenha sido presente ao órgão jurisdicional de Bruxelas em 1969, tendo a Comissão, no ano seguinte, iniciado contra a SABAM um processo baseado no artigo 86.º, foi apenas em 1973 que, tendo sido apresentados os pedidos das partes e admitida a intervenção da Radio-télévision belge contra a SABAM, esse órgão jurisdicional considerou poder ainda submeter ao Tribunal as questões prejudiciais objecto do presente processo. Ora, nessa altura, não lhe era possível ignorar que a Comissão tinha iniciado um processo; era, portanto, obrigado a suspender a instância e, por conseguinte, não podia utilizar o artigo 177.º para pedir a intervenção do Tribunal de Justiça.

O juiz nacional — de primeira instância ou, eventualmente, de segunda instância — só deveria retomar o exame do litígio uma vez proferida a decisão da Comissão mas, até essa altura, era prematuro da sua parte requerer uma decisão a título prejudicial.

Pelos fundamentos que acabo de expor, concluo propondo ao Tribunal que decida que, neste momento, não deve pronunciar-se sobre as questões prejudiciais que lhe foram submetidas.