

CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
GIUSEPPE TESAURO

apresentadas em 16 de Dezembro de 1993 *

Senhor Presidente,
Senhores Juízes,

1. Pelo presente recurso, a República Francesa solicita a anulação, nos termos do artigo 33.º do Tratado CEEA e do artigo 173.º, primeiro parágrafo, do Tratado CEE, do acordo entre a Comissão e o Governo dos Estados Unidos relativo à aplicação do respectivo direito da concorrência, assinado em Washington em 23 de Setembro de 1991 e que entrou em vigor na mesma data.

O recurso do Governo francês, em apoio do qual intervieram os Governos neerlandês e espanhol, baseia-se essencialmente no facto de o acordo ter sido celebrado em violação das normas comunitárias referentes à competência em matéria de celebração de acordos, mais precisamente do artigo 228.º do Tratado. O Governo francês alega, ainda, a falta de fundamentação e a violação do princípio da segurança jurídica bem como a violação do direito comunitário da concorrência.

2. Importa, antes de mais, recordar o contexto em que se insere o presente litígio e fazer um pequeno resumo das etapas que levaram à conclusão do acordo em questão.

Entre os textos relevantes no que se refere à aplicação «extraterritorial» das normas de concorrência e aos problemas que podem surgir nas relações entre legislações diferentes e de origem diversa, encontram-se algumas recomendações do Conselho da OCDE¹ relativas à aplicação de mecanismos processuais de notificação e de consulta, a que os Estados-membros recorreram em numerosas ocasiões². Importa, sobretudo, recordar a recomendação de 21 de Maio de 1986 que altera e substitui a recomendação anterior de 25 de Setembro de 1979, relativa à cooperação entre os países membros em matéria de práticas comerciais restritivas que afectam o comércio internacional³. É, também, importante a recomendação ulterior de 23 de Outubro de 1986, relativa à cooperação entre os Estados-membros «nos

1 — Acerca deste problema e para uma análise das recomendações adoptadas neste domínio, v. o volume editado pela OCDE: *Mise en oeuvre du droit de la concurrence. Coopération internationale pour la collecte de renseignements*, Paris, 1984.

2 — Para uma análise destes problemas, v. sobretudo Picone: «L'applicazione extraterritoriale delle regole sulla concorrenza e il diritto internazionale» in *Il fenomeno delle concentrazioni di imprese nel diritto interno e internazionale*, Pádua, 1989, pp. 80 e segs.

3 — A recomendação de 25 de Setembro de 1979 tinha, por seu turno, alterado e substituído as recomendações de 5 de Outubro de 1967 e de 3 de Julho de 1973.

* Língua original: italiano.

domínios de conflito potencial entre a política da concorrência e a política comercial».

Foi justamente a recomendação OCDE de 1979, na versão alterada de 1986, que, segundo afirmou a própria Comissão, constituiu a referência para a definição de alguns dos problemas relativos à aplicação extraterritorial das normas de concorrência que surgiram muitas vezes entre os Estados Unidos e a CEE, problemas que foram, em seguida, resolvidos no âmbito do acordo controvertido.

3. Considerando, efectivamente, que «as alterações que se verificaram na economia internacional nos últimos anos... impõem objectivos muito mais ambiciosos», em especial a adopção de um «*documento com força jurídica em vez de uma recomendação não vinculativa*», bem como conteúdos mais incisivos e inovadores⁴, a Comissão e as autoridades americanas encararam, em reuniões realizadas em finais de 1990, a possibilidade de negociar um acordo que formalizasse as suas relações, até então voluntariamente estabelecidas no âmbito definido nas recomendações da OCDE, de modo a instaurarem uma cooperação mais estreita baseada num instrumento juridicamente obrigatório.

4 — A Comissão manifesta-se neste sentido na «nota explicativa sobre o projecto do acordo CEE/Estados Unidos relativo ao direito da concorrência», enviada aos Estados-membros juntamente com o projecto de acordo. Sublinhado meu.

As negociações progrediram rapidamente e em Julho de 1991 estava pronto um texto praticamente definitivo. O projecto de acordo foi, assim, transmitido às autoridades nacionais dos Estados-membros competentes em matéria de concorrência, acompanhado por uma nota explicativa onde se dizia, nomeadamente, que o texto em questão era um acordo «administrativo».

4. Na reunião de 5 de Setembro de 1991, fixada pela Comissão para que os representantes dos Estados-membros pudessem formular as suas observações relativamente ao acordo, alguns Estados-membros manifestaram reservas quanto à base jurídica deste, nomeadamente quanto à competência da Comissão para o concluir; as reservas incidiam, também, sobre a eventual necessidade de um mandato de negociação concedido pelo Conselho e sob a responsabilidade da Comunidade. Interrogando-se sobre diversos pontos do acordo como, entre outros, a protecção do princípio da confidencialidade e os processos de consulta, os representantes desses Estados solicitaram a organização de uma nova reunião para que o grupo de peritos nacionais pudesse analisar o texto em questão. O comissário responsável pela concorrência excluiu, no entanto, esta possibilidade relativamente a certos pontos de princípio, nomeadamente, quanto à oportunidade de celebrar um acordo de cooperação com os Estados Unidos e quanto à forma escolhida; só autorizaria uma reunião ulterior se os peritos nacionais se referissem apenas aos aspectos técnicos. No decurso dessa reunião, que teve lugar em 9 de Setembro, os peritos nacionais limitaram-se a formular observações técnicas algumas das quais foram, depois, retomadas no projecto de acordo.

No dia seguinte, 10 de Setembro de 1991, como consta da acta da reunião, a Comissão aprovou o projecto de acordo e autorizou o seu vice-presidente a redigir o texto definitivo, bem como a assinar e a concluir o acordo em nome da instituição.

O texto do acordo, assinado em Washington em 23 de Setembro pelo Attorney General e pelo presidente da Federal Trade Commission, em nome do Governo dos Estados Unidos, e pelo comissário responsável pela concorrência, em nome da Comissão, foi transmitido aos Estados-membros por carta de 7 de Outubro de 1991 do director-geral da concorrência (DG IV).

5. O acordo declarava ter como objectivo «promover a cooperação e a coordenação e reduzir o risco de diferendos entre as partes na aplicação do respectivo direito da concorrência ou atenuar os seus efeitos» (artigo I, n.º 1): destina-se portanto a evitar, prevenindo-os, eventuais conflitos devidos à aplicação extraterritorial das normas em matéria de concorrência.

Para este efeito, as medidas de controlo e de aplicação das normas relativas à concorrên-

cia⁵ estão subordinadas a uma série de obrigações de notificação, sempre que sejam susceptíveis de afectar os interesses da outra parte (artigo II); está previsto o intercâmbio de informações entre as respectivas autoridades competentes prevendo-se para o efeito um mínimo de duas reuniões por ano (artigo III); está igualmente prevista uma obrigação de cooperação e de coordenação (artigo IV) que, como a própria norma o prevê e tal como sublinhado pela Comissão, «pode mesmo referir-se aos casos em que uma das partes toma a iniciativa de aplicar as normas, abstendo-se a outra parte de o fazer, ou pode referir-se à repartição de tarefas de aplicação entre as partes»⁶. Deste modo, e na hipótese de interesses coincidentes relativamente a actos que dizem respeito tanto ao mercado comunitário como ao mercado dos Estados Unidos, é possível que as autoridades repartam entre si os trabalhos de investigação.

A cooperação em matéria de actos anticoncorrenciais praticados no território de uma parte e que afectem os interesses da outra parte, inclui também, e está aqui a novidade relativamente a acordos semelhantes, o «positive comity» (artigo V). Está, nomeadamente, previsto que cada parte contratante possa pedir à outra que tenha em conta os seus interesses e que dê início à instrução

5 — No que se refere à Comunidade, estas normas incluem os artigos 85.º, 86.º, 89.º e 90.º do Tratado CEE, o Regulamento (CEE) do Conselho n.º 4064/89 relativo ao controlo das operações de concentração de empresas, os artigos 65.º e 66.º do Tratado CECA e os seus regulamentos de aplicação, incluindo a Decisão n.º 24/54 da Alta Autoridade, bem como as restantes disposições legislativas e regulamentares que as partes acordaram, por escrito, considerar como «direito da concorrência» para efeitos do acordo [artigo 1.º, n.º 2, alínea a), ii)].

6 — Nota explicativa enviada aos Estados-membros em anexo ao projecto de acordo.

relativamente a actos anticoncorrenciais praticados no território da autoridade destinatária do pedido e que tenham eventualmente efeitos no mercado por que é responsável a autoridade que formulou esse pedido.

A par deste processo, foi também previsto o do «tradicional comity», isto é, a obrigação de ter em devida conta os interesses fundamentais da outra parte «para decidir da oportunidade de iniciar um inquérito ou um processo, do alcance desse inquérito ou desse processo, da natureza das medidas de reparação ou das penalidades, bem como de outras eventuais iniciativas» (artigo VI). Na aplicação dessas disposições, as partes devem respeitar uma série de princípios, enumerados pormenorizadamente. Estão ademais previstos processos de consulta sobre qualquer questão relativa ao acordo (artigo VII) estando mesmo determinada a forma que podem revestir as comunicações entre as autoridades competentes (artigo X).

Seguidamente, convém recordar as disposições relativas ao respeito da confidencialidade das informações, cuja comunicação não é imposta às partes sempre que a sua divulgação for proibida pela legislação da parte que possui as informações ou for incompatível com os seus interesses fundamentais (artigo VIII), e a norma que proíbe qualquer interpretação do acordo de forma incompatível com o direito vigente das partes ou que imponha a alteração desse direito (artigo IX). Finalmente, está previsto que o acordo pode

ser rescindido com pré-aviso de dois meses (artigo XI, n.º 2) e que deverá ser examinado, em função dos resultados da sua aplicação, dois anos após a sua entrada em vigor para, nomeadamente, se determinar se uma cooperação mais estreita serviria melhor os interesses das partes (artigo XI, n.º 3).

6. O conteúdo do acordo, tal como foi sumariamente exposto, revela uma série de obrigações funcionais e processuais tendentes a uma coordenação para evitar dificuldades que decorrem do facto de várias regulamentações sobre a concorrência serem aplicáveis a um mesmo acto.

Como já ficou dito, o recurso do Governo francês pretende fazer declarar a nulidade do acordo em razão, essencialmente, da incompetência da Comissão para o concluir. Com efeito, o fundamento da violação do princípio da segurança jurídica e o argumento baseado na infracção do direito comunitário da concorrência fundem-se, ao fim e ao cabo, tal como se verá, na alegação de incompetência da Comissão para concluir um acordo deste tipo.

Antes de passar à análise do mérito, são necessárias algumas observações preliminares relativamente à admissibilidade do recurso em questão.

Quanto à admissibilidade

7. Como se sabe, nos termos do artigo 173.º, primeiro parágrafo, do Tratado, o Tribunal fiscaliza a legalidade dos actos das instituições «que não sejam recomendações ou pareceres». No entanto, segundo a jurisprudência, a forma exterior do acto é pouco importante para a admissibilidade do controlo jurisdicional, devendo verificar-se os seus efeitos e conteúdo⁷. Com efeito, o Tribunal de Justiça precisou no acórdão «AETR»⁸, que deve ser possível o recurso de anulação «de todas as disposições tomadas pelas instituições que se destinem a produzir efeitos jurídicos, qualquer que seja a respectiva natureza ou forma».

No que se refere à vocação do acto de produzir efeitos jurídicos, basta aqui salientar que a própria Comissão, apesar de o definir como um acordo menor, não contesta que impõe obrigações às partes contratantes: isto é, que é um acto destinado a produzir efeitos jurídicos⁹, tal como se verá em seguida (pontos 18 a 22).

8. Uma vez que a França impugnou formalmente o acordo enquanto tal, é portanto

indispensável, no que se refere à admissibilidade do recurso em causa, analisar se um acordo pode ser considerado um «acto das instituições» nos termos do artigo 173.º e, em caso de resposta negativa, se este recurso pode, em qualquer caso, tal como o defendeu o Governo francês no decurso da audiência, ser considerado como implicitamente dirigido contra a «decisão» comunitária que autoriza a conclusão do acordo.

Por seu lado, a Comissão, apesar de perguntar se o Governo francês não deveria ter impugnado a decisão de 10 de Setembro de 1991 que autorizou a assinatura do acordo com os Estados Unidos, em vez do próprio acordo, não suscitou formalmente nenhuma questão prévia de inadmissibilidade, remetendo-se, quanto a isto, à apreciação do Tribunal de Justiça.

No entanto, defendeu que o controlo do Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 173.º, só pode exercer-se sobre actos das instituições, nos quais não se pode certamente incluir um acordo que, enquanto acto para a formação do qual contribuiu um Estado terceiro, não é um acto unilateral de uma instituição comunitária, não devendo como tal ser considerado. A jurisprudência do Tribunal de Justiça, que reconhece a competência deste órgão para interpretar, a título prejudicial, também os acordos¹⁰, confirma, segundo a Comissão, que o objecto do controlo de legalidade só pode ser o acto relativo à conclusão do acordo e não o próprio acordo.

7 — V. em último lugar o acórdão de 16 de Junho de 1993, França/Comissão (C-325/91, Colect., p. I-3283, n.º 9).

8 — Acórdão de 31 de Março de 1971, Comissão/Conselho (22/70, Recueil, p. 263, n.º 42).

9 — V. pp. 5 e 6 da contestação.

10 — V., em particular, o acórdão de 30 de Abril de 1974, Haegeman (181/73, Recueil, p. 449).

9. Importa, antes de mais, salientar a este propósito que a jurisprudência do Tribunal de Justiça na matéria não exclui, de facto, a possibilidade de impugnar directamente um acordo. Há, porém, vários elementos que parecem conduzir à posição contrária.

Recordo, com efeito, que, para justificar a sua competência de interpretação, a título prejudicial, dos acordos concluídos pela Comunidade com países terceiros, o Tribunal de Justiça equiparou-os a actos das instituições. Desta forma, o Tribunal de Justiça afirmou explicitamente no acórdão *Haegeman*¹¹ que um acordo concluído em conformidade com o artigo 228.º do Tratado CEE constitui, «no que diz respeito à Comunidade, um acto adoptado por uma das instituições da Comunidade, na acepção do artigo 177.º, alínea b)» e que «as disposições do acordo constituem, a partir da sua entrada em vigor, parte integrante da sua ordem jurídica comunitária».

O Tribunal de Justiça referia-se nesse acórdão à decisão do Conselho relativa à conclusão do acordo em causa, pelo que a afirmação que acabei de citar foi interpretada no sentido de a competência do Tribunal de Justiça para interpretar as disposições dos acordos internacionais só ser possível em razão da intervenção de um acto do executivo comunitário. No entanto, sobre este assunto, em acórdãos ulteriores, o Tribunal de Justiça repetiu que, para fins da sua interpretação, os acordos estavam equiparados,

no que se refere à Comunidade, aos actos das instituições¹².

10. Mais importante ainda para as questões em análise é a circunstância de a competência do Tribunal de Justiça para exercer um controlo de legalidade *a posteriori*, dos acordos internacionais concluídos pelas Comunidades, ter sido afirmada pelo próprio Tribunal de Justiça, sem a mínima ambiguidade, ainda que só a título de *obiter dictum*, desde o parecer 1/75¹³. Efectivamente, o Tribunal de Justiça afirmou nesta ocasião que podia ser consultado «quer com base no artigo 169.º ou no artigo 173.º do Tratado, quer a título prejudicial» acerca da questão de saber «se a conclusão de determinado acordo se inscreve ou não nas competências da Comunidade e, nesse caso, se essas competências foram exercidas em conformidade com as disposições do Tratado»¹⁴.

É, portanto, evidente que, por um lado, a possibilidade de um controlo (igualmente) com base no artigo 173.º resulta do facto de o exercício das competências externas da Comunidade dever respeitar as normas processuais e substantivas estabelecidas pelo Tratado e que, por outro lado, a possibilidade de um controlo directo dos acordos concluídos pela Comunidade não está de modo algum excluída, uma vez que o Tribunal de Justiça afirmou expressamente que podia controlar, no âmbito de um recurso nos termos do artigo 173.º, se a competência para celebrar

12 — Esta solução foi também adoptada no que se refere aos acordos mistos; v., por exemplo, o acórdão de 30 de Setembro de 1987, *Demirel* (12/86, Colect., p. 3719, n.º 7).

13 — Parecer do Tribunal de Justiça de 11 de Novembro de 1975, *Recueil*, p. 1355.

14 — Parecer 1/75, já referido, p. 1361.

11 — Acórdão de 30 de Abril de 1974, já referido, n.º 3 a 5.

um acordo tinha sido exercida em conformidade com as disposições do Tratado.

11. É verdade que, até agora, o Tribunal de Justiça não teve ocasião para exercer concretamente uma tal fiscalização *a posteriori*, apesar de já se ter pronunciado sobre a legalidade de um acto comunitário relativo à conclusão de um acordo¹⁵. Resta, portanto, analisar se uma tal fiscalização só é admissível quando for efectuada indirectamente, isto é, através da impugnação do regulamento ou da decisão relativos à conclusão do acordo ou igualmente quando é o próprio acordo que é impugnado.

Parece-me que esta questão é puramente formal. Com efeito, considero que, relativamente ao sistema jurídico comunitário, que inclui uma fiscalização jurisdicional à qual estão submetidos, sem excepção, todos os actos e comportamentos das instituições, dos particulares e dos Estados-membros, relevantes para o próprio sistema, não se pode razoavelmente excluir o controlo da legalidade do processo de conclusão de um acordo com um país terceiro. Que essa fiscalização possa exercer-se sob a forma de uma censura formalmente exercida sobre o acordo enquanto tal, ou sobre um acto relativo ao acordo, ou, finalmente, mesmo sobre um acto implícito, parece-me constituir uma questão secundária e sem qualquer importância.

15 — Acórdão de 27 de Setembro de 1988, Comissão/Conselho (165/87, *Collect.*, p. 5545).

12. Relativamente ao problema das consequências para a sobrevivência do acordo de uma eventual declaração de incompetência do órgão de uma das partes contratantes, problema que tem sido frequentes vezes abordado na doutrina, erradamente em meu entender, em relação com o que acabo de examinar¹⁶, algumas notas bastarão. Chamo a atenção para o facto de se tratar, com efeito, de um problema que só surge mais tarde e que é regulamentado, de forma adequada, pelo direito internacional nomeadamente pelo artigo 46.º da Convenção de Viena de 21 de Março de 1986 relativa ao direito dos tratados celebrados pelas organizações internacionais por um lado, e, por outro, de um problema que se coloca normalmente — e sem que jamais tenha havido contestações — na maior parte dos sistemas jurídicos nos quais a gestão das relações externas pelo executivo não está subtraída à fiscalização do juiz, pelo menos no que se refere à legalidade do processo de conclusão¹⁷.

13. No caso de o Tribunal de Justiça chegar a uma conclusão diferente, importa verificar, tal como o defende igualmente o Governo francês, se o recurso em causa pode ser considerado como dirigido contra a decisão que autorizou a conclusão do acordo.

16 — V. sobretudo J. Rideau: «Les accords internationaux dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes: réflexions sur les relations entre les ordres juridiques international, communautaire et nationaux» in *Revue générale de droit international public*, 1990, pp. 289 e segs., em especial pp. 308 e segs.

17 — Resta apenas acrescentar que o problema dos efeitos de uma eventual anulação se colocam nos mesmos termos, no que se refere ao respeito pelas obrigações assumidas no plano internacional, quer se trate de uma declaração de «nulidade» do acordo, que diga respeito, bem entendido, à Comunidade, quer seja anulado o acto que permitiu a conclusão do acordo e que constitui, portanto, o seu suporte jurídico.

Nesta perspectiva, parece-me oportuno recordar esquematicamente os principais elementos:

- a negociação Comissão/Estados Unidos não foi precedida por nenhum acto do Conselho, nem por contactos públicos com os Estados-membros;
 - o projecto de acordo foi transmitido aos Estados-membros acompanhado por uma nota explicativa;
 - o projecto foi em seguida aprovado (em 10.9.91) pela Comissão que, ao mesmo tempo, autorizou o seu vice-presidente a assiná-lo e a concluí-lo; porém, esta decisão só consta da acta da reunião, que não foi notificada aos Estados-membros;
 - o acordo foi assinado em 23 de Setembro de 1991;
 - o acordo assinado foi transmitido aos Estados-membros por carta de 7 de Outubro de 1991 do director-geral da concorrência.
14. A «decisão» que autoriza a conclusão do acordo ficou rigorosamente consignada na acta da Comissão de 10 de Setembro não tendo sido publicada, nem notificada, nem de outra forma levada ao conhecimento dos Estados-membros. Não vejo, por conseguinte, como a recorrente teria podido impugnar uma decisão de que desconhecia a existência: foi necessário que o Tribunal de Justiça a solicitasse, para completar a instrução do presente processo, para que, finalmente, dela se tivesse conhecimento.
- Para superar este dado incontestável, a Comissão alega que a França teria podido, e mesmo devido, *pressupor a existência* de uma decisão deste tipo, uma vez que não podia ignorar as normas do regulamento interno relativas a esta matéria, e que a decisão em causa teria sido «anunciada» — não se percebe bem sob que forma — às autoridades competentes dos Estados-membros antes da sua adopção.
- Não me parece que uma tal argumentação mereça comentários especiais. A decisão interna que autorizou o comissário a assinar o acordo em nome da Comissão surgiu na sequência de um processo que não apenas não é habitual¹⁸, como, além disto, não ultrapassou a fase da acta da reunião na qual

18 — Refiro-me ao facto de, normalmente, as decisões relativas à assinatura de um acordo serem bem consignadas em actas importantes, sendo seguidas por uma decisão que aprova o acordo (acto relativo à conclusão) e que é publicada: mas isto refere-se, evidentemente, aos acordos concluídos pelo Conselho.

foi adoptada. Excluo portanto que se possa acusar a França de não ter impugnado uma «decisão» que não foi materializada em acto algum, qualquer que fosse a sua forma e a sua designação.

15. No que se refere ao outro argumento da Comissão, segundo o qual a recorrente teria podido impugnar igualmente a carta de 7 de Outubro de 1991 que acompanhava o acordo, basta salientar que se trata de uma simples carta de transmissão pelo que, ademais, a responsabilidade não pode ser imputada a uma instituição, mas apenas a um dos seus funcionários: trata-se, portanto, de um «documento» cujo objectivo não é, nem podia ser, causar um prejuízo de que o destinatário se possa queixar e que, em qualquer caso, não pode ser considerado como uma decisão, nem como um qualquer acto impugnável enquanto tal, nos termos da jurisprudência do Tribunal de Justiça sobre este assunto que já referi ¹⁹.

16. Nestas condições, parece-me que uma declaração de inadmissibilidade do recurso num caso como o presente seria excessivamente formalista e comportaria, finalmente, a afirmação, no mínimo paradoxal, da impossibilidade de fiscalizar a legalidade do próprio acordo relativamente às normas previstas pelo Tratado em matéria da competência para celebrar acordos, quando não tiver sido adoptado um acto formal de autorização de

negociar ou de aprovar, ou qualquer outro acto «comunitário» relacionado com o acordo.

Em resumo, e para ser absolutamente claro, tratar-se-ia de uma farsa pura e simples. Com efeito, subscrever a tese aqui em discussão significaria autorizar qualquer forma de desenvolvimento processual, que se tornaria deste modo o expediente mais adequado para colocar um acto ao abrigo de qualquer risco de ser impugnado.

Em qualquer caso, considero, mesmo se se partir da ideia de que um acordo não pode ser impugnado, enquanto tal, com base no artigo 173.º, que o presente recurso deve ser declarado admissível. De facto, como não é «materialmente» possível impugnar o acto comunitário habitual «relativo à conclusão do acordo», que no caso em apreço não foi adoptado ou não foi, pelo menos, levado ao conhecimento da recorrente, a única solução possível é considerar que o recurso visa implicitamente a decisão, qualquer que ela seja, que permitiu a conclusão do acordo em questão.

Quanto ao mérito

17. O problema essencial consiste, portanto, em verificar se a Comissão é ou não compe-

19 — V. o n.º 7. V., além disto, o acórdão de 19 de Maio de 1993, Cook, no qual o Tribunal de Justiça considerou que uma simples «carta de informação não constitui uma decisão de modo a poder ser objecto de um recurso de anulação» (C-198/91, Collect., p. I-2487, n.º 14).

tente para celebrar um acordo deste tipo, que aquela instituição define como «administrativo». Uma tal classificação constitui na verdade o elemento fundamental em redor do qual a Comissão desenvolveu a sua defesa, tendo esta instituição defendido, continuando a fazê-lo, a sua competência para celebrar acordos com países terceiros, quanto mais não seja limitada, precisamente, à categoria dos acordos «administrativos».

Quanto à qualificação do acordo

18. Para eliminar toda e qualquer ambiguidade eventual, bem como para efeitos da argumentação que se segue, considero, portanto, oportuno qualificar, antes de mais, o acordo em análise com base no direito internacional.

Formalmente intitulado «acordo» e celebrado entre a Comissão e o Governo dos Estados Unidos em cuja ordem jurídica assumiu a forma de um «executive agreement»²⁰, o acordo em questão não parece apresentar características diferentes das dos acordos

internacionais ordinários. Para analisar a sua natureza, importa, em qualquer caso, fazer uma referência à identidade dos seus destinatários e à vontade das partes contratantes, ao conteúdo do acordo bem como a eventuais disposições punitivas em caso de incumprimento do mesmo acordo.

19. Nesta perspectiva, convém, antes de mais, notar que, apesar de a Comissão estar formalmente designada como parte, a redacção de certas disposições do acordo evidencia que é a Comunidade que se vincula no plano internacional. Neste sentido, basta ler as disposições do acordo que se referem ao «território das partes» [artigo II, n.º 2, alínea b)], aos «Estados das partes» [artigo II, n.º 2, alínea c)] e, sobretudo, ao facto de a Comissão ser designada como autoridade em matéria de concorrência *pela Comunidade Europeia* [artigo I, n.º 2, alínea b), i)], bem como ao facto de o direito da concorrência que é objecto do acordo ser, também aqui, definido relativamente à Comunidade Europeia [artigo I, n.º 2, alínea a), i)].

Os termos do acordo são, portanto, claros: é a Comunidade que se vincula no plano internacional e é ela que deve ser considerada como a verdadeira parte contratante. De resto, a Comissão, nas suas observações acerca das intervenções dos Governos espanhol e neerlandês, reconheceu que, no seguimento do pedido do Governo americano de figurar — por razões de ordem constitucional — enquanto parte no acordo, «*era a Comunidade que devia evidentemente ser a parte contratante do outro lado*», tanto mais

20 — Quanto a isto basta recordar que uma tal denominação designa os acordos concluídos pelo presidente sem a aprovação do Senado. Trata-se de um processo largamente utilizado nos Estados Unidos e que tem o seu fundamento numa prática que recebeu o aval do Tribunal Supremo. Resta apenas acrescentar que os «executive agreements» não se distinguem em nada, quanto aos seus efeitos e à sua posição na ordem jurídica internacional, dos acordos internacionais concluídos com base no processo que inclui a aprovação parlamentar prevista na Constituição federal.

que «a Comissão não tem personalidade jurídica internacional e era portanto juridicamente mais correcto fazer figurar a Comunidade enquanto parte no acordo». É verdade que a mesma instituição precisou, depois, respondendo a uma pergunta do Tribunal de Justiça, que estas afirmações valiam num plano geral, mas não relativamente ao caso em apreço, tal como o demonstrava o facto de a Comissão figurar, no intitulado do acordo, ao lado do Governo dos Estados Unidos, circunstância que me parece, ao invés, totalmente irrelevante.

20. A vontade das partes de se vincularem aparece de forma clara. Basta recordar, com efeito, que a Comissão declarou explicitamente que a celebração deste acordo foi determinada pela vontade de ultrapassar os comportamentos *recomendados* no âmbito da OCDE: e isto, não apenas prevenindo formas de cooperação e de coordenação mais estreitas, mas também e sobretudo preservando comportamentos bem estabelecidos e obrigatórios no âmbito de um instrumento *juridicamente vinculativo*.

No que se refere à natureza das obrigações previstas no acordo, é suficiente recordar aqui que se trata, como já foi salientado, de obrigações funcionais e processuais, isto é, de obrigações que vinculam as partes e consequentemente a Comunidade, e que constituem, sem qualquer dúvida, um acordo internacional.

21. Acresce a isto a presença de uma cláusula expressa que permite a rescisão do acordo, prevenindo que entre a denúncia e o fim dos efeitos do acordo, decorra um período de dois meses: trata-se, indubitavelmente, de uma cláusula típica de um instrumento jurídico que visa criar obrigações para as partes.

Finalmente, no que diz respeito às sanções, não se pode nem se deve ficar surpreendido pela ausência de uma disposição expressa quanto a isto, uma vez que um acordo internacional está submetido à regra *pacta sunt servanda* e que não é, certamente, necessário que este princípio seja, de cada vez, recordado através de uma disposição especial. Também não me parece possível sobrevalorizar o facto de a única reacção autorizada, em caso de violação do acordo, consistir na cessação da sua execução; trata-se aqui de uma característica de numerosos acordos bilaterais e, especialmente, dos celebrados por organizações internacionais cuja «capacidade» para sofrer as sanções normalmente previstas na ordem jurídica internacional é bastante duvidosa. Pode, no entanto, pensar-se em represálias económicas que, como se sabe, não são unanimemente consideradas como sanções em sentido próprio.

Em definitivo, não me parece que se possa duvidar que o acordo celebrado pela Comissão é, e pretende ser, um acordo internacional, que prevê, quanto mais não seja, obrigações funcionais e processuais que incumbem à Comunidade e que é, portanto, regido pelo direito internacional.

22. Basta apenas acrescentar que a categoria dos acordos administrativos, entendida como uma categoria distinta da dos acordos internacionais, é desconhecida, enquanto tal, em direito internacional. Trata-se, sobretudo, do nome dado a uma certa prática tipicamente interna, onde um tal tipo de acordo assume, bem entendido, uma conotação específica. De facto, o direito internacional conhece os acordos com força obrigatória e, se se quiser ser exaustivo, conhece também a categoria «bizarra» dos acordos que não produzem efeitos obrigatórios²¹, qualificados de forma variada e pitoresca, mas que se podem reagrupar, essencialmente, em dois grupos: os «gentlemen's agreements», que podem por vezes revestir um grande valor político e ser mesmo dotados de um mecanismo de controlo internacional relativamente ao seu cumprimento²², e as «declarações de intenções» que se destinam a consolidar orientações, linhas de conduta em certos sectores, mas que não têm qualquer valor jurídico como resulta, aliás, da vontade explícita das partes²³. Parece-me inútil sublinhar, a este respeito, que tais acordos são, em qualquer caso, concluídos pelas autoridades competentes e não por qualquer outra autoridade ou instituição.

de instituir formas de colaboração com as administrações de outros Estados que têm atribuições análogas. Uma tal categoria de «acordos», que *não são evidentemente* acordos internacionais e que são concluídos, é igualmente certo, por órgãos que não são competentes para vincular validamente o Estado no plano internacional, é, de facto, tolerada: as convenções deste tipo são uma prática concertada entre administrações e agem no âmbito do seu poder discricionário e que portanto não são, de certeza, regidas pelo direito internacional²⁴.

Não me parece, todavia, à luz do que precede, que o acordo aqui em análise possa entrar numa tal categoria, atendendo ao facto de a própria Comissão ter afirmado a sua natureza de acto obrigatório e de ter defendido, além disso, que se tratava de um acordo concluído nos termos do artigo 228.º do Tratado CEE (v. p. 19 da contestação).

Resta-me recordar a existência de certos tipos de convenções concluídas por unidades administrativas específicas com a finalidade

Em definitivo, deve determinar-se se o artigo 228.º permite que a Comissão conclua acordos internacionais, qualquer que seja a sua denominação.

21 — V., a este respeito, Schachter: «The twilight existence of nonbinding international agreements» in *American Journal of International Law*, 1977, pp. 296 e segs.

22 — Basta recordar os acordos sobre a cooperação e a segurança na Europa que emergem da Acta Final da conferência inter-governamental de Helsínquia em 1975.

23 — É conveniente assinalar quanto a isto, justamente no domínio que está aqui em análise, o acordo entre os Estados Unidos e o Canadá de 9 de Março de 1984 (v. *American Journal of International Law*, 1984, pp. 659 e segs.), acordo no qual está expressamente mencionado, no artigo 12.º, que «não constitui um acordo internacional».

24 — V., quanto a isto, o relatório provisório do Institut de droit international de Virally: «La distinction entre textes internationaux dépourvus de portée juridique» in *Annuaire de l'I. D. I.*, Session de Cambridge, vol. 60-1, pp. 166 e segs., em especial pp. 212 e segs.

Quanto à interpretação do artigo 228.º do Tratado CEE

23. A norma pertinente do Tratado é, portanto, o artigo 228.º, na sua versão anterior à entrada em vigor do Tratado de Maastricht, norma que parece designar o Conselho como a única instituição competente, de forma geral, para celebrar acordos internacionais, tendo a Comissão a responsabilidade da fase das negociações. Mais precisamente, o artigo 228.º, n.º 1, primeiro parágrafo, prevê que os acordos internacionais «sem prejuízo da competência que, neste domínio, cabe à Comissão... serão concluídos pelo Conselho, após consulta do Parlamento Europeu nos casos previstos no presente Tratado».

Referindo-se a esta disposição, a Comissão alega que o artigo 228.º não prevê a competência exclusiva do Conselho e que também não pode ser interpretado no sentido de a reserva visar unicamente as competências atribuídas à Comissão pelo Tratado: isto, na medida em que esta disposição se refere às competências que lhe foram «reconhecidas» e não às que lhe foram atribuídas.

A Comissão deduz, portanto, da formulação da parte da frase citada que o artigo 228.º lhe reconhece, quer na base da prática das instituições, quer pela formação de um costume

(baseado numa interpretação do artigo 228.º que se teria imposto na prática), o poder de concluir acordos internacionais. Teria sido exactamente isto que se verificara: graças a uma prática, doravante consolidada, foi reconhecido à Comissão um poder geral de celebrar acordos internacionais, quanto mais não seja os meramente «administrativos».

24. A disposição inscrita no artigo 228.º do Tratado e, em especial, a expressão relativa às competências «reconhecidas» da Comissão, não deve ser lida desta forma, nem com os efeitos alegados pela Comissão. Convém, antes de mais, relacionar esta expressão com o facto de subsistir no âmbito da CEE, em alguns casos expressamente indicados, uma competência limitada da Comissão para concluir acordos²⁵. Refiro-me ao artigo 7.º do protocolo relativo aos privilégios e imunidades, que atribui competência à Comissão para concluir acordos com Estados terceiros tendo em vista o reconhecimento, no território destes últimos, dos livre-trânsitos passados pela Comunidade aos cidadãos comunitários, e ainda às competências que são implicitamente atribuídas à Comissão pelos artigos 229.º a 231.º para assegurar todas as ligações úteis com as outras organizações internacionais.

25 — Além disto, foi defendido que a frase em questão poderia igualmente «contribuir à délimiter la portée des notions négocier e conclure l'une par rapport à l'autre» (contribuir para delimitar entre elas o alcance das noções negociar e concluir), sobretudo porque não é nada fácil estabelecer até onde vai a fase da negociação e quando começa a da conclusão. V. neste sentido Louis e Brückner: «Relations extérieures» in Megret, *Le droit de la Communauté économique européenne*, vol. XII, 1980, pp. 20 e seqs.

Ademais, foi defendido na doutrina que a disposição em causa servia para indicar que o Conselho tinha a possibilidade de delegar na Comissão o poder de concluir acordos em casos específicos, possibilidade a que o Conselho, no entanto, nunca quis recorrer, apesar dos pedidos da Comissão nesse sentido. É significativo que uma tal possibilidade tenha, actualmente, um reconhecimento formal e expresso na alteração do artigo 228.º introduzida pelo Tratado de Maastricht, recentemente entrado em vigor.

De facto, nos termos do artigo 228.º, n.º 4, do Tratado CE, a Comissão poderá doravante concluir certos acordos em forma simplificada. As condições para o exercício de uma tal competência são testemunho, todavia, de uma extrema prudência dos Estados em admitir o que a Comissão defende aqui. Uma tal possibilidade é, efectivamente, limitada às alterações de acordos preexistentes concluídos pelo Conselho nas formas habituais, e isto apenas quando no acordo em questão se preveja que as alterações em causa possam ser adoptadas através de um processo simplificado ou de um órgão criado pelo próprio acordo. Acresce que a habilitação do Conselho poderá ser acompanhada de condições específicas suplementares.

A este respeito, a Comissão defendeu, na audiência, que a nova formulação do artigo 228.º, na medida em que lhe reconhece o poder de alterar, quanto aos aspectos técnicos, acordos preexistentes concluídos pelo Conselho, não diz respeito, nem afecta a competência que já lhe foi reconhecida, de concluir acordos administrativos. Deste

modo, reaparece o *leitmotiv* da defesa da Comissão.

25. Talvez por estar consciente da ausência, na redacção do artigo 228.º, de elementos que confirmem uma tal tese, a Comissão acrescentou, todavia, que o poder que lhe teria sido assim reconhecido se inspirava e estava limitado pelas condições previstas no artigo 101.º, terceiro parágrafo, do Tratado Euratom: isto é, acordos que não implicam encargos financeiros para a Comunidade e que não exigem a intervenção do Conselho (acordos portanto de simples execução).

Com efeito, o artigo 101.º do Tratado Euratom, após ter estabelecido a competência da Comissão para negociar e concluir, com a aprovação do Conselho, os acordos e convenções com países terceiros²⁶, prevê, no seu terceiro parágrafo, que «os acordos ou convenções cuja execução não exija intervenção do Conselho e possa ser assegurada dentro dos limites do orçamento correspondente serão negociados e concluídos pela Comissão; esta manterá o Conselho informado».

26. Ora, não me parece possível aceitar a tese da Comissão segundo a qual a competência para concluir acordos internacionais se

26 — Trata-se, portanto, de um processo completamente diferente do previsto no artigo 228.º do Tratado CEE. V. a este propósito Raux: «La procédure de conclusion des accords externes de la Communauté européenne de l'énergie atomique», *Revue générale de droit international public*, 1965, pp. 1019 e segs.

inspiraria nos critérios enunciados no artigo 101.º do Tratado Euratom. Basta observar, quanto a isto, que o artigo 101.º prevê, voluntariamente, um processo diferente do referido no artigo 228.º do Tratado CEE: isto é ainda mais significativo se se considerar que os tratados foram assinados no mesmo dia e que contêm numerosas disposições absolutamente idênticas.

A formulação diferente das duas normas correspondentes não é casual. Pelo contrário, esta diversidade parece indicar a vontade dos autores de *não* reconhecer à Comissão, no âmbito da CEE, a mesma competência que é consagrada no Tratado Euratom. Em resumo, a competência da Comissão que está explícita no artigo 101.º do Tratado Euratom está ausente do artigo 228.º do Tratado CEE: *ubi lex tacuit, noluit*.

27. Em definitivo, não me parece que se possa encontrar no teor literal do artigo 228.º e, nomeadamente, na parte da frase controvertida, elementos que apoiem a tese da Comissão segundo a qual a competência para concluir um certo tipo de acordos lhe teria sido reconhecida, nem que se possa remeter para o artigo 101.º do Tratado Euratom no que se refere aos limites e condições do exercício de um tal poder, atendendo, ademais, a que as normas em questão incluem disposições totalmente diferentes relativamente à competência para concluir acordos.

Ora, se o artigo 228.º é interpretado no sentido de apenas serem reconhecidas à Comissão as competências atribuídas expressa ou implicitamente pelo Tratado, ou delegadas pelo Conselho, daqui decorre que importa dar provimento ao recurso interposto pela França, com o fundamento da incompetência da Comissão para concluir o acordo em questão.

Noutros termos, se se admitir que o artigo 228.º é a regra geral em matéria de conclusão de tratados e se esta for interpretada no sentido de que não reconhece nenhuma competência autónoma à Comissão, é claro que a minha análise poderia ficar por aqui.

Quanto à prática da Comissão

28. Posto isto, não se pode deixar de reconhecer que a Comissão pôs, de facto, em prática instrumentos de tipo convencional, mesmo em outros domínios²⁷. Com efeito, a Comissão concluiu alguns acordos em matéria de privilégios e imunidades das missões

27 — Nos textos apresentados no decurso do processo, a Comissão referiu-se em particular a 25 exemplos de cooperação bilateral com Estados terceiros, todos posteriores a 1974. No entanto, apenas o acordo impugnado foi formalmente designado como acordo. Nos outros casos, foram denominados troca de cartas (dezoito), *memorandum of understanding* (dois), acordo administrativo (três), *agreed minute* (um). Oito desses acordos foram celebrados com os Estados Unidos, alguns directamente com o governo, outros com «Departments» determinados.

diplomáticas²⁸, em matéria de relações económicas com os países membros do GATT²⁹, bem como em domínios técnicos³⁰, em especial no sector fitossanitário e no da cooperação científica e tecnológica.

Permitirá isto deduzir que, através de uma interpretação do artigo 228.º confirmada na prática, foi reconhecido à Comissão um poder autónomo de concluir acordos internacionais, uma vez que, até agora, o Conselho e os Estados-membros não puseram em questão os acordos que a Comissão concluiu?

29. Não penso que o problema possa ser, seriamente, colocado nestes termos, sem que se pergunte se e até que ponto o Conselho e os Estados-membros estão, efectivamente, a par da existência de uma tal prática tendo, portanto, tolerado de forma consciente o exercício limitado de competências, pela Comissão, neste domínio.

28 — Convém, no entanto, quanto a isto, salientar, por um lado, que a abertura de delegações em países terceiros pode ser considerada como fazendo parte do poder da Comissão de organizar os seus próprios serviços e, por outro lado, que existe, de qualquer forma, uma aprovação tácita da autoridade orçamental (Conselho e Parlamento), aprovação que se pode deduzir da adopção das dotações necessárias ao respectivo funcionamento.

29 — Os acordos concluídos pela Comissão neste sector, sob a forma de troca de cartas e que, na sua maior parte, se referem ao encerramento dos painéis, são, de qualquer modo, objecto de discussões preliminares no comité 113 do Conselho.

30 — Neste caso, trata-se de acordos que se inserem no âmbito de uma regulamentação já existente, no sentido de que completam ou precisam outros acordos ou actos de direito derivado adoptados pelos órgãos competentes da Comunidade.

Basta recordar quanto a isto, como fez o Governo francês, a afirmação do Tribunal de Justiça segundo a qual «uma simples prática do Conselho não é susceptível de derrogar disposições do Tratado. Uma tal prática não pode, por conseguinte, criar um precedente vinculativo para as instituições da Comunidade quanto à base jurídica correcta»³¹. De facto, considero, contrariamente ao que defende a Comissão, que as referidas afirmações relativas à escolha da base jurídica podem muito bem ser transpostas para o caso em apreço: caso contrário, estar-se-ia a admitir que uma violação das regras do Tratado se torna legítima pela simples razão de ser... repetida!

30. Com base no que precede, considero inútil uma análise para verificar se o acordo impugnado pode ser equiparado, pelo seu conteúdo ou pela sua natureza, aos que têm sido até agora concluídos pela Comissão. Ademais, se ainda fosse necessário, haveria uma confirmação indirecta da impossibilidade de interpretar o artigo 228.º como uma norma que concede à Comissão uma competência, ainda que limitada, para concluir de forma autónoma acordos internacionais, através da análise, justamente, das condições a que estaria subordinado, segundo essa mesma instituição, o exercício da competência em questão.

Os acordos «administrativos» que foram concluídos caracterizam-se, com efeito,

31 — Acórdão de 23 de Fevereiro de 1988, Reino Unido/Comissão (68/86, Colect., p. 855, n.º 24).

segundo a Comissão, pelo seguinte:

- a) as obrigações de direito internacional público que deles decorrem são limitadas e podem ser integralmente executadas apenas pela Comissão (obrigações que podem mesmo não existir);
- b) esses acordos são executados dentro dos limites previstos pelo orçamento, não incluindo, portanto, novas obrigações financeiras;
- c) a própria natureza das obrigações em questão levanta dificuldades para fazer efectivar a responsabilidade internacional da Comunidade em caso de incumprimento do acordo, dado que o eventual desrespeito de tais obrigações teria, quase certamente, por consequência (única) a extinção do acordo.

31. Ora, se se atender ao que já foi dito nos pontos 18 a 22, basta recordar aqui, mais uma vez, que o acordo em análise prevê uma série de obrigações funcionais e processuais a cargo da Comunidade: mesmo se as definirmos como «limitadas», os termos do problema permanecem inalterados, uma vez que se trata, de qualquer modo, de um acordo internacional. Nesta perspectiva, o facto de um tal acordo ser executado ou não nos limi-

tes previstos pelo orçamento não tem qualquer importância.

Quanto à responsabilidade, saliento, em primeiro lugar, que o teor literal do acordo não exclui e que essa exclusão não resulta, também, de uma concertação entre as partes. O facto de, em razão da natureza das obrigações (recíprocas) previstas pelo acordo, as consequências sublinhadas pela Comissão para excluir a responsabilidade da Comunidade poderem efectivamente verificar-se, parece-me, também, sem qualquer importância. Quanto a isto, limito-me a observar que não vejo como se pode defender a competência da Comissão para concluir acordos internacionais pelo facto de uma violação dos termos do acordo não autorizar a outra parte a reagir de forma «incisiva» no plano internacional: será, com efeito, no mínimo, singular fazer depender de um elemento desta natureza a competência para concluir acordos de um órgão que, fora desta hipótese, seria incompetente.

32. Não está excluído, atendendo às condições que acabo de recordar, que, através do termo acordo «administrativo», a Comissão pretendesse, na realidade, referir-se aos acordos em forma simplificada que, com base no direito interno da maior parte dos Estados, são concluídos pelo executivo, sem intervenção do Parlamento, e que dizem normalmente respeito — se excluirmos os acordos secretos — a áreas de carácter técnico-administrativo cuja execução não implica alterações da legislação existente, ou que completam ou precisam acordos preexistentes concluídos através de processos normais, isto é, que se inserem num quadro normativo previamente constituído por via de outros

acordos. Efectivamente, no decurso do processo, a Comissão fez, várias vezes, referência à prática dos Estados-membros nesta matéria, nomeadamente aos acordos concluídos pelos governos fora do processo previsto pelos textos constitucionais em matéria de ratificação e de facto denominados, em certas ordens jurídicas, acordos administrativos³². A prática em questão tem o seu fundamento na concepção segundo a qual a competência para concluir um certo tipo de acordos estaria implicitamente presente na função executiva³³.

33. Se estes fossem os termos do problema, seria preciso determinar se se pode fazer depender a competência da Comissão para concluir acordos do facto de esta instituição poder ser considerada como o executivo da Comunidade.

Ora, mesmo se se pretender considerar pacífico que a função executiva inclui igualmente a conclusão de tratados, não me parece que a teoria em questão seja transponível, *mutatis*

mutandis, para o sistema comunitário, tendo em conta a impossibilidade de aí definir uma função executiva autónoma e geral cujo exercício seria confiado à Comissão. Como se sabe, é, pelo contrário, o Conselho que, além das suas funções normativas, detém as funções executivas gerais, enquanto a Comissão tem as funções que lhe são expressamente atribuídas pelo Tratado ou delegadas pelo Conselho, na medida definida pelo acto de delegação.

34. Resta acrescentar, quanto a isto, que «cada instituição actuará dentro dos limites das atribuições que lhe são conferidas pelo presente Tratado» (artigo 4.º, n.º 1), e que o artigo 228.º atribui, de maneira geral, ao Conselho a competência para concluir acordos internacionais, após consulta, nos casos previstos, do Parlamento Europeu, consulta que, há que sublinhar, teria sido necessária se o acordo tivesse sido concluído pelo Conselho. A Comissão apenas se vê reconhecer, ao invés, a responsabilidade da fase da negociação e um poder de conclusão limitado em casos determinados, como se viu, pelo próprio Tratado.

32 — Resta apenas acrescentar, quanto a isto, que, nas ordens jurídicas internas, este tipo de acordos está expressamente previsto (v., por exemplo, o artigo 59.º, n.º 2, da Constituição alemã) ou, pelo menos, implicitamente, na medida em que estão previstos os casos relativamente aos quais é necessário o acordo prévio do Parlamento (v., por exemplo, o artigo 87.º da Constituição italiana), tendo por consequência que a conclusão é considerada como válida quando é efectuada pelo executivo em todos os outros casos. Ao invés, nem o artigo 228.º, nem outras normas do Tratado, prevêem, mesmo indirectamente, esta possibilidade.

33 — Esta teoria liga-se ao facto de, tradicionalmente, a competência para assinar tratados internacionais ser uma prerrogativa soberana, pertencendo portanto ao executivo, prerrogativa que desapareceu ou que, pelo menos, foi fortemente limitada pela intervenção, no processo de conclusão, dos órgãos representativos.

Daqui resulta, em meu entender, que a prática não pode, em caso algum, alterar a ordem e equilíbrios institucionais tais como definidos no Tratado, que têm indubitavelmente no artigo 228.º um dos seus pilares fundamentais e que são, diga-se claramente, de natureza constitucional. Não se pode esquecer que se está numa Comunidade de

direito, isto é, baseada nos princípios da legalidade e das competências de atribuição.

Paralelismo entre competências internas e competências externas

35. A jurisprudência «AETR»³⁴ constitui, como se sabe, a referência para determinar as competências externas da Comunidade, tendo o Tribunal de Justiça afirmado que fora as hipóteses expressamente indicadas no Tratado, a possibilidade de concluir acordos internacionais existe sempre que a Comunidade disponha de competências no plano interno³⁵.

Este mesmo acórdão contém a afirmação segundo a qual: «na aplicação das disposições do Tratado não se pode... separar o regime de medidas internas da Comunidade do das relações externas»³⁶. É claro que, se se abstractir do facto de, no caso concreto, ser a repartição das competências entre a Comunidade e os Estados-membros que está em discussão, uma tal afirmação poderá ser utilizada para reconhecer à Comissão, sempre

que estejam reunidas as condições, um poder limitado de concluir acordos internacionais que constituiria, portanto, uma espécie de corolário das competências próprias que detém, num domínio dado, no plano interno.

36. A própria Comissão reconheceu, porém, que esta jurisprudência não era adequada para o caso em apreço: precisamente, porque se refere à repartição das competências entre a Comunidade e os Estados-membros e não, como no caso actual, entre as diferentes instituições.

Isto dito, importa, de qualquer modo, sublinhar que esta instituição defendeu, no processo, que a sua competência para concluir acordos é ainda mais clara no sector da concorrência, uma vez que só a ela lhe compete fiscalizar a aplicação dos princípios determinados nos artigos 85.º e 86.º e a aplicação do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho³⁷. Noutros termos, a pretensa competência da Comissão para concluir acordos impor-se-ia, por maioria de razão, segundo esta instituição, quando é exercida em sectores tais como o da concorrência, nos quais detém, no plano interno, competências próprias que lhe são conferidas pelo Tratado: isto implicaria, ao fim e ao cabo, que a sua

34 — Acórdão de 31 de Março de 1971, já referido, n.º 12 a 22.

35 — V. no mesmo sentido, em último lugar, o parecer do Tribunal de Justiça de 10 de Abril de 1992, 1/92, sobre o projecto de acordo entre a Comunidade, por um lado, e os países da Associação Europeia do Comércio Livre, por outro, relativa à criação do Espaço Económico Europeu (Collect. p. I-2821, n.º 39).

36 — Acórdão de 31 de Março de 1971, já referido, n.º 16 a 19.

37 — Regulamento (CEE) do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração entre empresas (JO L 257, p. 14).

competência para concluir acordos em matéria de concorrência constituiria uma articulação da competência normativa que lhe é atribuída pelo Tratado no plano interno.

37. Assim, a competência para assumir obrigações no plano internacional pertenceria aos órgãos que são competentes para exercer os poderes normativos comunitários no plano interno, tendo a Comissão, consequentemente, uma competência autónoma nos sectores em que lhe são atribuídas competências normativas próprias³⁸.

É evidente que um tal raciocínio implica que se deixe de interpretar o n.º 1 do artigo 228.º como uma disposição autónoma e geral em matéria de conclusão dos tratados, possibilidade que excluo com base nas observações já desenvolvidas quanto à interpretação da referida norma e devido, sobretudo, à sua natureza «constitucional» na economia global do Tratado.

38. Posto isto, e no caso de o Tribunal de Justiça subscrever, ao invés, um tal raciocínio, considero oportuno fazer algumas

observações relativamente aos poderes da Comissão em matéria de concorrência, observações que se entrecruzarão, inevitavelmente, com os argumentos expostos pelo Governo francês, bem como pelos governos intervenientes, no que se refere à alegada violação das normas de concorrência.

Diga-se, antes de mais, que um poder de decisão autónomo em matéria de concorrência só é atribuído à Comissão pelo artigo 89.º do Tratado que a autoriza a declarar eventuais violações dos artigos 85.º e 86.º, e pelo artigo 90.º, n.º 3, sendo que o Conselho dispõe de uma competência regulamentar geral com base no artigo 87.º do Tratado. Acresce, para se ser totalmente rigoroso, que o artigo 89.º não confere uma competência exclusiva à Comissão, uma vez que solicita a colaboração dos Estados-membros e dos juízes nacionais.

39. Estas observações são já suficientes para evidenciar que a Comissão não dispõe de poderes exclusivos no sector em questão e, sobretudo, que o poder normativo está totalmente reservado ao Conselho. Este último é responsável nomeadamente por adoptar «todos os regulamentos ou directivas adequadas conducentes à aplicação dos princípios enunciados nos artigos 85.º e 86.º» (artigo 87.º, n.º 1) bem como por «definir as funções... da Comissão... quanto à aplicação do disposto no presente número» [artigo

38 — V. neste sentido Cannizzaro: «Sulla competenza della Commissione CEE a concludere accordi internazionali» in *Rivista di diritto internazionale*, 1993, pp. 657 e segs.

87.º, n.º 2 alínea d)]: foi o que o Conselho fez ao adoptar, nomeadamente, o Regulamento n.º 17³⁹.

Não é por acaso que o Regulamento n.º 17 rege, por exemplo, as relações e a cooperação entre a Comissão e os Estados-membros (artigo 10.º), circunstância que por si só é suficiente para indicar que a matéria objecto do acordo está regulamentada, no plano interno, por um acto normativo do Conselho. É ainda mais significativo, quanto a isto, o facto de o processo previsto no artigo 24.º, n.º 3, do Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, já referido, na parte onde são mencionadas as negociações com os Estados terceiros, se referir claramente ao processo previsto no artigo 228.º do Tratado: isto, mais uma vez, num regulamento do Conselho baseado no artigo 87.º Idênticas considerações se aplicam também ao artigo 9.º do Regulamento n.º 4056/86⁴⁰ que justamente prevê que, sempre que a sua aplicação provocar uma situação de conflito relativamente às normas de países terceiros, a Comissão submeta recomendações ao Conselho, que a autoriza a negociar com o Estado em questão em conformidade com as suas orientações.

não pode, em caso algum, ser considerado, segundo a lógica da jurisprudência «AETR», como a expressão das competências internas de que a Comissão dispõe em matéria de concorrência. Não é também razoável defender, pelo facto de incumbir à Comissão, enquanto órgão responsável por fiscalizar e aplicar as regras da concorrência, a execução do acordo, que a cooperação instituída com as autoridades dos Estados Unidos seja meramente de natureza funcional relativamente ao poder de fiscalização que esta instituição possui no plano interno.

De qualquer modo, certas disposições do acordo são, com efeito, incompatíveis com os poderes normativos de que dispõe o Conselho na matéria, no sentido que vão para além das competências (de execução) que são atribuídas à Comissão com base no Regulamento n.º 17.

40. As observações precedentes demonstram que o poder de concluir o acordo impugnado

41. O Governo francês afirmou que as disposições do acordo violam, nomeadamente, o artigo 3.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17 que limita aos Estados-membros e às pessoas singulares ou colectivas que invoquem um interesse legítimo, o poder de recorrer à Comissão, isto na medida em que o acordo impugnado concede também um tal poder às autoridades americanas (artigo V).

39 — Do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (JO 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22).

40 — Regulamento (CEE) do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, que determina as modalidades de aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado aos transportes marítimos (JO L 378, p. 4).

Quanto a isto, a tese da Comissão, segundo a qual o artigo em questão não a impede de receber informações de outras fontes além das previstas nesta disposição, não me parece pertinente. De facto, se é verdade que se pode considerar que as informações provenientes das autoridades dos Estados Unidos são fornecidas «voluntariamente», não me parece possível abstrair, levemente, do facto de essas autoridades terem o poder de solicitar, à semelhança dos Estados-membros e das empresas interessadas, que seja iniciado um inquérito relativamente a certos comportamentos, sobretudo quando um tal pedido está rodeado de uma série de garantias, no âmbito de um instrumento juridicamente vinculativo.

42. Os Governos francês e espanhol alegaram, ademais, a infracção do artigo 20.º do mesmo Regulamento n.º 17, norma que, para proteger os interesses dos particulares, consagra o princípio da confidencialidade no que se refere às informações obtidas pela Comissão por ocasião dos processos. No entender desses governos, a obrigação imposta pelo acordo de fornecer informações poderia, com efeito, prejudicar as empresas que são objecto de um inquérito efectuado pela Comissão com base no direito comunitário da concorrência.

Ora, se se atender à extrema importância e ao carácter altamente delicado do princípio da

confidencialidade das informações ⁴¹, em particular no sector aqui em discussão, não me parece possível duvidar que as obrigações de notificação, de informação e de coordenação, tal como previstas nos artigos II, III e V do acordo, infringem o artigo 20.º do Regulamento n.º 17, nos termos do qual as informações obtidas pela Comissão só podem ser utilizadas para os fins para que tenham sido pedidas (n.º 1) e são consideradas, pela sua natureza, como abrangidas pelo segredo profissional, sendo a sua divulgação proibida, proibição esta que recai tanto sobre a Comissão como sobre as autoridades nacionais competentes (n.º 2). Resta acrescentar, quanto a isto, que o artigo VIII do acordo, que diz respeito justamente à confidencialidade das informações, não é susceptível de resolver o problema em questão.

Também não considero que a cláusula inscrita no artigo IX do acordo, segundo a qual este último não pode ser interpretado de modo a criar conflitos entre o acordo e o direito aplicável no território das partes, possa constituir uma solução satisfatória para os problemas que acabei de analisar. Trata-se, com efeito, sobretudo de uma cláusula estilística que, se for efectivamente respeitada, levará à não aplicação das disposições mais importantes do acordo, acabando por esvaziar completamente o seu conteúdo.

41 — V. quanto a isto o acórdão de 16 de Julho de 1992, Asociación Española de Banca Privada (C-67/91, Colect., p. I-4785, nomeadamente n.ºs 37 e 38), onde o Tribunal de Justiça se pronunciou acerca da importância de um tal princípio e das suas consequências no âmbito das relações entre a Comissão e os Estados-membros.

43. Com base no que precede, considero que é supérfluo analisar os outros fundamentos invocados pela França no presente recurso que, recorde, se baseiam, entre outros, no artigo 33.º do Tratado CECA, apesar de as partes apenas terem referido, no decurso do processo, as normas do Tratado CEE. Resta apenas sublinhar, neste ponto, que, mesmo se se quisesse considerar que a Comissão poderia ter assinado um tal acordo baseando-se apenas nas normas do Tratado CECA, ela deveria tê-lo feito com base no artigo 95.º deste Tratado, logo «mediante parecer favorável do Conselho, o qual deliberará por unanimidade após consulta do Comité Consultivo». Não tendo estas condições sido respeitadas, existiria de qualquer forma uma violação de formalidades substanciais, violação cujas consequências não seriam diferentes das que resultam da declaração de incompetência da Comissão com base nas normas relevantes do Tratado CEE.

44. À luz das observações que precedem, proponho, portanto, ao Tribunal de Justiça que dê provimento ao recurso e que condene a Comissão nas despesas, com exclusão das efectuadas pelas partes intervenientes.