

DESPACHO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA
INSTÂNCIA

16 de Julho de 1992*

No processo T-29/92 R,

Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid,
com sede social em Amersfoort (Países Baixos),

Amsterdamse Aannemers Vereniging, com sede social em Amesterdão (Países Baixos),

Algemene Aannemersvereniging voor Waterbouwkundige Werken, com sede social
em Utreque (Países Baixos),

Aannemersvereniging voor Boorondernemers en Buizenleggers, com sede social em
Soest (Países Baixos),

Aannemersvereniging Velsen, Beverwijk en Omstreken, com sede social em Velsen
(Países Baixos),

Aannemers Vereniging Haarlem-Bollenstreek, com sede social em Heemstede (Países
Baixos),

Aannemersvereniging Veluwe en Zuidelijke Ijsselmeerpolders, com sede social em
Apeldoorn (Países Baixos),

Combinatie van Aannemers in het Noorden, com sede social em Leeuwarden (Países
Baixos);

Vereniging Centrale Prijsregeling Kabelwerken, com sede social em Leeuwarden
(Países Baixos),

Delftse Aannemers Vereniging, com sede social em Delft (Países Baixos),

* Língua do processo: neerlandês.

Economisch Nationaal Verbond van Aannemers van Sloopwerken, com sede social em Utreque (Países Baixos),

Aannemersvereniging «Gouda en Omstreken», com sede social em Roterdão (Países Baixos),

Gelderse Aannemers Vereniging iuzake Aanbestedingen, com sede social em Arnhem (Países Baixos),

Gooise Aannemers Vereniging, com sede social em Huizen (Países Baixos),

's-Gravenhaagse Aannemers Vereniging, com sede social em 's-Gravenhage (Países Baixos),

Leidse Aannemersvereniging, com sede social em Leiden (Países Baixos),

Vereniging Markeer Aannemers Combinatie, com sede social em Tilburg (Países Baixos),

Nederlandse Aannemers- en Patroonsbond voor de Bouwbedrijven, com sede social em Dordrecht (Países Baixos),

Noordhollandse Aannemers Vereniging voor Waterbouwkundige Werken, com sede social em Amesterdão (Países Baixos),

Oostnederlandse-Vereniging-Aanbestedings-Regeling, com sede social em Delden (Países Baixos),

Provinciale Vereniging van Bouwbedrijven in Groningen en Drenthe, com sede social em Groningen (Países Baixos),

Rotterdamse Aannemersvereniging, com sede social em Roterdão (Países Baixos),

Aannemersvereniging «de Rijnstreek», com sede social em Roterdão (Países Baixos),

Stichting Aanbestedingsregeling van de Samenwerkende Bouwbedrijven in Friesland, com sede social em Leeuwarden (Países Baixos),

Samenwerkende Prijsregelende Vereniging Nijmegen en Omstreken, com sede social em Nijmegen (Países Baixos),

Samenwerkende Patroons Verenigen in de Bouwbedrijven Noor-Holland-Noord, com sede social em Alkmaar (Países Baixos),

Utrechtse Aannemers Vereniging, com sede social em Utreque (Países Baixos),

Vereniging Wegenbouw Aannemers Combinatie Nederland, com sede social em Zeist (Países Baixos), e

Zuid Nederlandse Aannemers Vereniging, com sede social em Heeze (Países Baixos),

representadas por L. H. van Lennep, advogado no foro da Haia, e E. H. Pijnacker Hordijk, advogado no foro de Amesterdão, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório do advogado Luc Frieden, 62, avenue Guillaume,

requerentes,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por M. B. J. Drijber, membro do Serviço Jurídico, na qualidade de agente, assistido por P. Glazener, advogado no foro de Roterdão, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de Roberto Hayder, representante do Serviço Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

requerida,

que tem por objecto um pedido de suspensão da execução da decisão da Comissão de 5 de Fevereiro de 1992 relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE (IV/31.572 e IV/32.571 — Indústria da construção nos Países Baixos; JO L 92, p. 1),

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS

profere o presente

Despacho

Matéria de facto

- 1 Por petição entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 13 de Abril de 1992, a Vereniging van Samenwerkende Prijsregelende Organisaties in de Bouwnijverheid, bem como 28 outras associações (a seguir «SPO e o.») interpuseram, nos termos do artigo 173.º, segundo parágrafo, do Tratado CEE, um recurso destinado a obter a declaração de inexistência ou a anulação da decisão que a Comissão tomou em 5 de Fevereiro de 1992, no âmbito de um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE (IV/31.572 e IV/32.571 — Indústria da construção nos Países Baixos).
- 2 No seu artigo 1.º, a decisão conclui que os estatutos da SPO, de 10 de Dezembro de 1963, com as modificações que lhe foram posteriormente introduzidas, os *Uniforme Prijsregelende Reglementen* (a seguir «UPR») aprovados em 9 de Outubro de 1986, bem como os UPR anteriores e similares que vieram substituir, e o *Erecode voor ordenemers in het Bouwbedrijf* (a seguir «código de honra»), com excepção do seu artigo 10.º, constituem uma infracção ao artigo 85.º, n.º 1, do Tratado CEE.
- 3 No artigo 2.º da sua decisão, a Comissão indeferiu um pedido de isenção, nos termos do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado CEE, a favor dos UPR aprovados em 9 de Outubro de 1986 e do código de honra.
- 4 Nos termos do artigo 3.º, n.ºs 1 e 2, da decisão, a SPO e as organizações seus membros são obrigadas a pôr imediatamente fim às infracções verificadas e a informar por escrito as empresas em causa do conteúdo da decisão controvertida e

do facto de se ter posto fim às infracções, esclarecendo quais as consequências práticas que daí decorrerão, como seja a liberdade de cada uma dessas empresas de se subtrair a todo o tempo às referidas regulamentações. A SPO e as organizações membros são, além disso, obrigadas a comunicar à Comissão, nos dois meses seguintes à recepção da decisão, a informação transmitida às empresas, de acordo com o n.º 2 desta disposição.

- 5 No seu artigo 4.º, a decisão aplica coimas às 28 associações em causa, no montante total de 22 498 000 ecus. O artigo 5.º, por seu turno, dispõe que as coimas impostas no artigo 4.º serão pagas no prazo de três meses a contar da notificação da decisão controvertida.
- 6 Por requerimento separado entrado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância no mesmo dia, as requerentes apresentaram igualmente um pedido de medidas provisórias, nos termos dos artigos 185.º e 186.º do Tratado CEE e do artigo 105.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, para obter, por um lado, a título principal, a suspensão integral da execução da decisão controvertida e, subsidiariamente, a suspensão da execução do artigo 1.º, n.ºs 1 e 2, e dos artigos 2.º, 3.º e 5.º da referida decisão e, por outro lado, para obter, sem aguardar as observações da Comissão, a suspensão da execução dos artigos 3.º, n.º 3, e 5.º da decisão, até que seja proferida decisão sobre o pedido de medidas provisórias.
- 7 Foi fixado um prazo à Comissão até 27 de Abril de 1992 para apresentar observações escritas sobre o pedido de medidas provisórias. A pedido da Comissão, esse prazo foi prorrogado até 15 de Maio de 1992.
- 8 Por despacho de 4 de Maio de 1992, o presidente do Tribunal de Primeira Instância decidiu que o prazo fixado no artigo 3.º, n.º 3, da decisão controvertida não terminaria antes de ser proferido despacho que pusesse fim ao processo de medidas provisórias. Pelo mesmo despacho, o presidente do Tribunal de Primeira Instância indeferiu o pedido de suspensão da execução do artigo 5.º da decisão até ser proferido despacho pondo fim ao processo de medidas provisórias.

- 9 Por carta de 4 de Junho de 1992, as requerentes retiraram o pedido de suspensão da execução do artigo 5.º da decisão controvertida.
- 10 A Comissão apresentou as suas observações sobre o pedido de medidas provisórias em 15 de Maio de 1992. As partes foram ouvidas em alegações em 18 de Junho de 1992. Na audiência, o presidente do Tribunal de Primeira Instância solicitou às partes que lhe fornecessem certas informações complementares por escrito, no prazo de uma semana. Por cartas entradas na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 25 e 26 de Junho, respectivamente, a Comissão e as requerentes transmitiram as referidas informações à Secretaria do Tribunal de Primeira Instância.
- 11 Antes de examinar a procedência do presente pedido de medidas provisórias, devem recordar-se, de forma sucinta, o contexto e o conteúdo dos acordos, decisões e regulamentações que são objecto da decisão impugnada.
- 12 A SPO é uma associação que agrupa associações de empresas da construção, cujo objecto, tal como consta do artigo 3.º dos seus estatutos, é «promover e gerir uma concorrência organizada, evitar e combater condutas inadequadas por ocasião da proposta de preços e promover a formação de preços economicamente justificados». Para esse efeito, a SPO assegura a elaboração de regulamentações ditas de «regularização institucionalizada dos preços e da concorrência» e tem poderes para aplicar sanções às empresas filiadas nas organizações membros em caso de incumprimento das obrigações decorrentes das referidas regulamentações. A execução destas regulamentações é confiada a oito gabinetes acreditados, cujo funcionamento é controlado pela SPO. As associações membros da SPO são actualmente 28 e agrupam, na totalidade, mais de 4 000 empresas de construção estabelecidas nos Países Baixos.
- 13 Os UPR aprovados em 9 de Outubro de 1986, com as alterações que lhes foram introduzidas em 23 de Junho de 1988, têm por objectivo definir o quadro proces-

sual em que se exerce a concorrência entre os empreiteiros que participam em concursos de obras de construção. Existem dois regulamentos UPR, um relativo aos concursos restritos (UPRR) e outro aos concursos públicos (UPRO). Os dois regulamentos têm estrutura idêntica e contêm disposições precisas e pormenorizadas, relativas às obrigações das empresas que participam na organização e às condições de funcionamento desta. Os mesmos UPR são completados por quatro regulamentos e três anexos.

14 São cinco os diferentes tipos de acordos, decisões e regulamentações visados pela decisão controvertida. Trata-se dos estatutos da SPO, dos dois UPR aprovados em 9 de Outubro de 1986, com as modificações que lhes foram introduzidas em 23 de Junho de 1988, do código de honra, dos regulamentos complementares e dos regulamentos anteriores aos actuais UPR.

15 As disposições dos acordos, decisões e regulamentações que são objecto da decisão controvertida respeitam à notificação obrigatória ao gabinete competente da SPO da intenção de propor um preço, às reuniões de empreiteiros, à protecção da empresa titular, à transferência dos montantes correspondentes aos aumentos de preços, à fiscalização do respeito das obrigações decorrentes dos UPR, ao comportamento da SPO em relação aos construtores não associados, ao regulamento relativo às propostas de preços não simultâneas, ao regulamento relativo às propostas de preços no contexto da subempreitada e à negociação dos contratos por ajuste directo.

16 Segundo a decisão controvertida, os acordos, decisões e regulamentações atrás mencionados estão abrangidos pela proibição do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado CEE, na medida em que visam organizar o mercado da oferta e modificar as condições das transacções comerciais em bases que não resultam do livre jogo da concorrência. Para além dos estatutos da SPO, que tornam vinculativas para as suas filiadas e respectivos membros as regulamentações que tenham como objectivo ou

efeito restringir ou falsear a concorrência, constituem restrições da concorrência, nos termos da decisão:

- a notificação da intenção de apresentar uma proposta de preço;
- a reunião dos empreiteiros que notificaram propostas de preços;
- o acordo sobre o princípio da designação de uma empresa titular, bem como a sua protecção;
- a confrontação dos elementos de custo do contrato na reunião dos empreiteiros;
- a entrega dos valores brancos estabelecidos por cada um dos participantes ao presidente da reunião;
- a possibilidade de retirar a proposta depois de conhecidos os valores brancos dos outros participantes;
- a possibilidade de modificar a ordem inicial de sucessão dos preços a propor, de forma a substituir o valor branco mais baixo da «primeira volta» pelo da empresa beneficiária do direito de preferência;
- o estabelecimento em comum dos aumentos de preços;
- a fixação concertada dos preços definitivos a propor;

- a transferência dos montantes de indemnização por despesas de cálculo e das contribuições profissionais, e
- a possibilidade de impor sanções em caso de incumprimento das obrigações decorrentes das regulamentações.

- 17 Na sua decisão, a Comissão considera igualmente restritiva da concorrência a troca sistemática de informações no seio da SPO, relativas aos construtores não membros e a resposta concertada às propostas destes últimos, bem como as propostas de preços únicos nas negociações de contratos por ajuste directo.

Fundamentos da decisão

- 18 Em virtude das disposições conjugadas do artigo 185.º do Tratado CEE e do artigo 4.º da decisão do Conselho de 24 de Outubro de 1988, que institui um Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, o Tribunal de Primeira Instância pode, se considerar que as circunstâncias o exigem, ordenar a suspensão da execução do acto impugnado.

- 19 O artigo 104.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância dispõe que os pedidos relativos a uma medida provisória visada no artigo 185.º do Tratado CEE deverão especificar as razões da urgência, bem como os fundamentos de facto e de direito que à primeira vista justificam a adopção da medida requerida. As medidas requeridas devem, além disso, apresentar carácter provisório, no sentido de que não devem prejudicar a decisão sobre o fundo da causa.

Argumentação das partes

- 20 Na opinião das requerentes, as condições que permitem a concessão das medidas provisórias requeridas encontram-se preenchidas no caso em análise. Quanto ao risco de prejuízo grave e irreparável, as requerentes alegam que uma execução imediata da decisão controvertida destruirá não apenas a organização da SPO,

mas deteriorará igualmente, de forma grave e irreparável, as relações de concorrência no mercado da construção. Segundo as requerentes, o abandono das regulamentações, na expectativa da decisão do recurso, teria como consequência irremediável o despedimento dos 170 funcionários da organização e o total desmantelamento desta, o que tornaria impossível qualquer reconstituição das relações entre os diferentes participantes nos acordos em questão no caso de vir a ser dado vencimento ao recurso (v. despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1982, VBVB e VBBB/Comissão, 43/82 R e 62/82 R, Recueil, p. 1241). As requerentes consideram igualmente que o desaparecimento das regulamentações em causa terá como efeito perturbar gravemente o equilíbrio relativo que fora alcançado no mercado da construção e, por isso, incentivará os donos das obras e os empreiteiros a recorrer a práticas nocivas para as relações de concorrência.

- 21 Quanto à condição relativa ao *fumus boni juris*, as requerentes consideram que, tendo em conta os argumentos que aduzem no recurso, não pode razoavelmente sustentar-se que ele é destituído de qualquer fundamento (v. despachos do presidente do Tribunal de Justiça de 11 de Maio de 1989, Radio Telefis Eireann e o./Comissão, 76/89 R, 77/89 R e 91/89 R, Colect., p. 1141, e de 13 de Junho de 1989, Publishers Association/Comissão, 56/89 R, Colect., p. 1693). A este respeito, as requerentes sustentam, a título principal, que a decisão controvertida é notoriamente inexistente ou, pelo menos, nula por violação de formalidades essenciais, na medida em que as versões da decisão que lhes foram notificadas não foram adoptadas ou aprovadas na sua versão autêntica neerlandesa pelo colégio dos comissários, na sua reunião de 5 de Fevereiro de 1992. Isto seria confirmado pelo facto de a primeira versão da decisão que lhes foi notificada comportar sérias insuficiências. Estas insuficiências, segundo as requerentes, só foram corrigidas numa segunda versão, notificada em 2 de Março de 1992, que não foi submetida ao colégio dos comissários.
- 22 Subsidiariamente, as requerentes sustentam que a decisão controvertida deve ser anulada por violação do artigo 85.º, n.ºs 1 e 3, do Tratado, das disposições do Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de aplicação dos artigos 85.º e 86.º do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22, a seguir «Regulamento n.º 17»), e dos princípios gerais de direito, bem como por desvio do procedimento. As requerentes invocam nove fundamentos em apoio do seu pedido. No pedido de medidas provisórias, as requerentes limitam-se a enunciar os fundamentos formulados no quadro do recurso. Os referidos fundamentos respeitam, no essencial, à violação do artigo 85.º e à falta de

fundamentação no tocante à natureza particular do sector da construção nos Países Baixos, à definição dos mercados em causa, ao desconhecimento do objectivo e dos efeitos das regulamentações notificadas, à afectação sensível do comércio entre Estados-membros, à recusa de concessão de uma isenção e à não tomada em consideração das propostas de modificações apresentadas pela SPO.

- 23 As requerentes sustentam, por fim, que os interesses comunitários não se opõem à suspensão requerida, uma vez que a Comissão nunca manifestou o mínimo interesse, até 1987, pelas regulamentações em causa, de que devia ter conhecimento, que não encarou a adopção de medidas provisórias ou a retirada do benefício de isenção de coimã, nos termos do artigo 15.º, n.º 6, do Regulamento n.º 17.º, que nenhuma denúncia foi apresentada à Comissão e que as autoridades neerlandesas sempre caucionaram as regulamentações notificadas.
- 24 A Comissão contesta, por seu turno, a existência de um *fumus boni juris*, bem como de um risco de prejuízo grave e irreparável para as requerentes, susceptíveis de justificar a suspensão da decisão controvertida.
- 25 Quanto ao risco de prejuízo grave e irreparável, a Comissão considera que, contrariamente ao que sustentam as requerentes, a decisão não as obriga a «desmantelar» a SPO nem a despedir o seu pessoal. Com efeito, na opinião da Comissão, nada impediria os gabinetes da SPO de retomarem as suas actividades no quadro da aplicação das regulamentações em causa se a decisão fosse anulada total ou parcialmente. A Comissão salienta, a este respeito, que as requerentes não têm razão quando referem os despachos do presidente do Tribunal de Justiça nos processos VBVB e Publishers Association, já referidos, visto que os sistemas visados por estas duas decisões são sistemas verticais que abrangem vários elos da cadeia de distribuição, e não um sistema horizontal que os membros dominam inteiramente, como o do presente caso. A requerida sublinha por outro lado que, como outras actividades da SPO não são visadas pela decisão e como o seu financiamento poderia, se necessário, ser assegurado por meio de quotização dos membros na pendência do recurso, nada obrigaria as requerentes a despedir o seu pessoal. Na opinião da Comissão, as requerentes também não demonstram como é que o

desaparecimento das regulamentações em causa conduziria necessariamente ao recurso, por parte dos donos das obras, a «práticas de negociação nocivas» susceptíveis de perturbar o equilíbrio do mercado neerlandês da construção.

26 Quanto ao *fumus boni juris*, a Comissão, ao mesmo tempo que se interroga sobre se a simples remissão para a petição de recurso é compatível com o disposto no artigo 104.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, faz uma análise aprofundada dos vários fundamentos invocados pelas requerentes em apoio do seu recurso. Os argumentos da Comissão podem ser resumidos como segue. A Comissão alega, primeiramente, que o fundamento invocado a título principal pelas requerentes, a saber, a inexistência manifesta da decisão, não é apoiado por nenhum elemento probatório que demonstre que o texto notificado às requerentes é diferente do texto adoptado pelo colégio dos comissários. Acrescenta a este respeito que foi por deficiência técnica do sistema interno de correio electrónico que faltava uma página no primeiro texto notificado às destinatárias da decisão. Seria esta lacuna técnica, bem como a mudança da morada de um certo número de destinatárias, que teriam justificado a existência de uma nova notificação.

27 No que respeita aos fundamentos invocados a título subsidiário, a Comissão alega primeiramente que, na ausência de uma derrogação prevista no Tratado, o artigo 85.º se aplica integralmente ao sector da construção e que não se pode acusá-la de ter ignorado as características essenciais do sector da construção nos Países Baixos — sector que, aliás, não apresentaria diferenças fundamentais em relação aos dos outros Estados-membros — ou de não ter definido os mercados em causa. Em resposta à acusação de desconhecimento do objectivo dos regulamentos notificados e dos seus efeitos nas relações de concorrência, a Comissão considera ter examinado pormenorizadamente os diferentes elementos do sistema, tal como resultam das regulamentações em causa, e ter indicado na decisão as razões pelas quais esses elementos, isoladamente e no seu conjunto, restringem de forma sensível a concorrência. A este respeito, a Comissão recorda que as regulamentações em causa prevêm, nomeadamente, uma troca de informações anterior à adjudicação, a concertação das propostas de preços e a fixação total ou parcial, directa ou indirecta, dos preços e outras condições de transacção, bem como a repartição da procura entre as empresas em causa, uma vez que a quase totalidade dos contratos atribuídos por concurso nos Países Baixos está sujeita à aplicação das referidas regulamentações. Tendo as requerentes considerado a este respeito que as regras relativas à protecção da empresa titular, o sistema de indemnização por despesas

de cálculo e a possibilidade de retirada após comparação dos preços eram os elementos essenciais, são estes três elementos que são objecto de uma análise mais desenvolvida por parte da Comissão. Quanto a estes três elementos, a Comissão acusa as requerentes de procurarem dissimular o essencial da questão ao qualificarem de «(auto)limitação da liberdade processual» o que seria na realidade um acordo extremamente fechado, que restringe sensivelmente a liberdade de negociação e de escolha dos adjudicantes, da mesma forma que a concorrência entre os participantes e entre estes e terceiros. Após ter rejeitado os argumentos aduzidos pelas requerentes no processo principal, com base na inexistência de uma afectação sensível do comércio entre Estados-membros, a Comissão contesta igualmente que se possa satisfazer a condição relativa ao *fumus boni juris* no que respeita à recusa de concessão de uma isenção, uma vez que as requerentes não demonstram de modo algum que a Comissão se teria enganado nas razões — que expôs longamente na decisão controvertida — pelas quais nenhuma das quatro condições previstas no artigo 85.º, n.º 3, estava preenchida no caso em apreço. A Comissão considera, finalmente, que se não pode acusá-la de não ter examinado, na sua decisão, as propostas de modificação das regulamentações que lhe foram submetidas pela SPO, uma vez que tais modificações não foram adoptadas ou postas em prática e que a rejeição das referidas propostas foi comunicada aos advogados das requerentes por cartas da Direcção-Geral da Concorrência.

- 28 A Comissão sustenta, por fim, que a ponderação dos interesses em causa não justifica uma suspensão da execução da decisão. Sublinha, a este respeito, que as regulamentações em causa contêm importantes restrições de concorrência e impedem a interpenetração dos mercados nacionais da construção dos Estados-membros, que se encontram já numa situação bastante vulnerável devido a factores estruturais. A requerida salienta igualmente que as circunstâncias do caso vertente diferem fundamentalmente das dos processos VBVB e Publishers Association, já referido, em que estavam em causa acordos há muito notificados à Comissão, ao passo que, no presente caso, se trata de um sistema que só foi tornado público em 1 de Abril de 1987 e notificado em 1988, sendo em seguida objecto de investigações activas por parte da Comissão. Segundo a Comissão, o facto de não ter adoptado medidas provisórias ou decidido retirar o benefício de isenção de coima nada retira à importância do interesse prosseguido pela decisão. Sublinha igualmente que, contrariamente ao que as requerentes parecem sustentar, o município de Roterdão e três organizações de consumidores representando uma grande parte dos consumidores neerlandeses declararam a sua oposição às regulamentações em causa, na audição organizada nos termos do Regulamento n.º 99/63/CEE da Comissão, de 25 de Julho de 1963, relativo às audições referidas nos n.ºs 1 e 2 do artigo 19.º do Regulamento n.º 17 do Conselho (JO 1963, 127, p. 2269; EE 08 F1 p. 62).

- 29 Referindo-se aos despachos do presidente do Tribunal de Justiça de 30 de Outubro de 1978, Van Landewyck/Comissão (209/78 R a 215/78 R e 218/78 R, Recueil, p. 2111), e de 31 de Março de 1982, VBVB e VBBB/Comissão, já referido, a Comissão pede, por fim, a título subsidiário, que, no caso de ser suspensa a execução do artigo 3.º da decisão controvertida, tal suspensão seja acompanhada da condição de as empresas filiadas nas organizações membros da SPO ser facultado denunciar os regulamentos sem que qualquer medida disciplinar ou outra sanção possa ser tomada contra elas.

Apreciação do Tribunal de Primeira Instância

- 30 Deve salientar-se liminarmente que a decisão de que se requer a suspensão da execução no presente pedido de medidas provisórias respeita a um conjunto complexo de regulamentações de direito privado aprovadas por decisão de uma associação de empresas e cujo objectivo é organizar a concorrência entre os empreiteiros que participam em concursos para obras de construção nos Países Baixos. Com efeito, na decisão controvertida, a Comissão identifica um certo número de restrições de concorrência (v. os n.ºs 14 a 16 do presente despacho) que resultariam de cada um dos elementos constitutivos das diferentes regulamentações e do conjunto do sistema instituído pela SPO. Daí resulta, como decorre aliás do dispositivo da decisão controvertida, e mais precisamente do seu artigo 1.º, que é o conjunto do sistema — constituído pelos estatutos, pelos UPR, incluindo as regulamentações e os anexos que deles fazem parte, pelo código de honra, com excepção do seu artigo 10.º, e pelos regulamentos anteriores e similares aos UPR — que é qualificado de infracção ao artigo 85.º, n.º 1, do Tratado CEE.
- 31 No que respeita à existência de um risco de prejuízo grave e irreparável, deve salientar-se que uma primeira análise dos fundamentos e argumentos desenvolvidos pelas partes revela que a execução imediata da decisão controvertida, na medida em que implica o desmantelamento do quadro processual em que se exerce a concorrência no mercado, é susceptível de criar neste uma evolução relativamente à qual existem razões sérias para crer que seria muito difícil, ou mesmo impossível, invertê-la posteriormente, em caso de vencimento do recurso principal (v., em último lugar, o despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 16 de Junho de 1992, Langnese-Iglo e Schöller/Comissão, n.º 29, T-24/92 R e T-28/92 R, Colect., p. II-1839). Deve, com efeito, recordar-se que o sistema de

regularização dos preços e da concorrência, declarado contrário ao artigo 85.º, n.º 1, do Tratado CEE, constitui desde há muito o quadro processual do funcionamento do mercado da construção nos Países Baixos. Em caso de execução imediata da decisão, as modificações fundamentais que daí resultariam até que o Tribunal de Primeira Instância julgasse o recurso poderiam comprometer de forma irreversível quaisquer possibilidades de as requerentes aplicarem de novo as regulamentações em causa se o Tribunal de Primeira Instância anulasse a decisão controvertida.

32 No que respeita à existência de um *fumus boni juris*, deve salientar-se em primeiro lugar que, no pedido de suspensão da execução, as requerentes se limitaram a alegar, a título principal, que a decisão controvertida seria notoriamente inexistente ou, pelo menos, nula por violação de formalidades essenciais, e a enunciar subsidiariamente os nove fundamentos que invocaram em apoio do seu recurso e para os quais remetem.

33 Quanto à acusação baseada na inexistência notória da decisão controvertida, deve declarar-se, face aos argumentos da Comissão que não foram desmentidos pelas requerentes, que estas não apresentaram indícios sérios e concretos susceptíveis de sugerir que, à primeira vista, o princípio da intangibilidade do acto adoptado teria sido violado após a adopção da decisão impugnada e que esta teria assim perdido a presunção de legalidade de que beneficiava pela sua aparência (v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Março de 1992, Hoechst/Comissão, T-10/89, Colect., p. II-629).

34 Quando aos fundamentos invocados a título subsidiário pelas requerentes, há que observar que resulta da própria natureza de um processo de medidas provisórias que uma análise aprofundada do conjunto das regulamentações em causa não pode ser feita neste âmbito, tanto mais que as requerentes se limitaram a enunciar os fundamentos invocados no seu recurso e a alegar que, tendo em conta os argumentos aduzidos no pedido principal, não podia razoavelmente sustentar-se que o seu recurso era destituído de qualquer fundamento. Embora o juiz das medidas provisórias não possa examinar atentamente o conjunto dos fundamentos e argumentos expendidos no recurso — sobretudo quando tal recurso comporta perto de 400 páginas — compete-lhe, todavia, tomar em consideração os argumentos que as

requerentes aduziram no pedido de medidas provisórias e nas alegações orais, a fim de verificar a existência de elementos susceptíveis de pôr em dúvida as conclusões a que chegou a Comissão.

- 35 Deve igualmente salientar-se que, no decurso do processo administrativo perante a Comissão, as requerentes apresentaram um certo número de propostas de modificação das regulamentações em causa, que, na sua opinião, poderiam responder às principais censuras da Comissão. Não podendo o juiz das medidas provisórias substituir a sua apreciação à da Comissão (v. despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 30 de Outubro de 1978, Van Landewyck/Comissão, já referido), não há que tomar em consideração tais propostas no âmbito do exame do *fumus boni juris* do presente pedido de suspensão da execução.
- 36 Da leitura da decisão impugnada decorre que um certo número de elementos do sistema instituído pelas regulamentações em causa são, à primeira vista, claramente restritivos da concorrência, na acepção do artigo 85.º, n.º 1, do Tratado. Trata-se, em particular, do próprio princípio da reunião dos empreiteiros que tenham notificado uma proposta de preços, da confrontação dos elementos de custo dos contratos pelos empreiteiros e da possibilidade de designar nessa reunião um titular do direito, da possibilidade de entregar os valores brancos às outras empresas concorrentes, da possibilidade de os concorrentes retirarem as suas propostas após terem tomado conhecimento dos valores brancos dos outros concorrentes, da preferência e, por fim, da transferência dos montantes de indemnização por despesas de cálculo e das contribuições profissionais, por estes montantes e contribuições serem directamente repercutidos nos adjudicantes. Ora, se é verdade que alguns destes elementos estão no próprio cerne das regulamentações em causa — e constituem, segundo as próprias requerentes, elementos essenciais para o funcionamento de todo o sistema — não é todavia de excluir, nesta fase, que outros elementos do sistema, tal como este é actualmente aplicável, possam ser conformes às regras comunitárias da concorrência ou susceptíveis de beneficiar, eventualmente, de uma isenção nos termos do artigo 85.º, n.º 3, do Tratado.
- 37 Em regra, a simples possibilidade de, na decisão do recurso principal, o Tribunal de Primeira Instância poder considerar que certos elementos de um sistema com-

plexo, como o do caso presente, são conformes aos regulamentos comunitários da concorrência não pode bastar ao juiz das medidas provisórias para considerar que existe um *fumus boni juris*. Nas circunstâncias do presente caso, não se pode perder de vista, como já atrás foi salientado, que, em caso de execução imediata da decisão, as modificações fundamentais que entretanto sofreria o quadro processual em que se exerce a concorrência no mercado da construção poderiam comprometer de forma irreversível qualquer possibilidade de as requerentes aplicarem de novo as regulamentações em causa, privando assim de objecto uma eventual anulação, mesmo parcial, da decisão impugnada.

38 Perante tal situação de facto e de direito, compete ao juiz das medidas provisórias ponderar, por um lado, o interesse de uma boa administração da justiça e, por outro lado, os interesses das partes, incluindo o interesse da Comissão em pôr imediatamente termo às infracções às regras da concorrência do Tratado por ela verificadas, de forma a evitar, simultaneamente, a criação de uma situação irreversível e a ocorrência de um prejuízo grave e irreparável para uma das partes no litígio ou para o interesse público (v. os despachos do presidente do Tribunal de Justiça de 16 de Fevereiro de 1987, Comissão/Irlanda, 45/87 R, Colect., p. 783, e de 13 de Junho de 1989, Publishers Association/Comissão, já referido, e o despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 26 de Junho de 1992, Langnese-Iglo e Schöller/Comissão, já referido).

39 Nestas condições, parece adequado ordenar a suspensão parcial da execução da decisão controvertida, na medida estritamente necessária à limitação do prejuízo grave e irreparável que uma execução imediata da decisão poderia trazer para as requerentes. Como a protecção dos interesses das requerentes não exige que se suspenda a execução da decisão na parte em que esta declara as regulamentações incompatíveis com o artigo 85.º, n.º 1, do Tratado ou indefere uma isenção, a suspensão deve limitar-se ao artigo 3.º da decisão, e isto apenas no que respeita aos elementos das regulamentações cuja aplicação não restringe claramente a concorrência.

40 A este respeito, deve observar-se que o carácter claramente anticoncorrencial de alguns elementos das regulamentações em causa, identificados no n.º 36 do pre-

sente despacho, tem origem na existência de uma concertação (isto é, nas reuniões de empreiteiros) e de uma troca de informações entre os empreiteiros (como é o caso das informações sobre as outras notificações, sobre as estruturas dos custos e dos valores brancos dos outros concorrentes) que não são estritamente necessárias ao funcionamento do sistema. Com efeito, o funcionamento deste último no que respeita à notificação das propostas de preços, à entrega dos valores brancos, à comparação dos elementos de custo do contrato, à designação de uma empresa titular se as propostas forem comparáveis e à protecção desta, pode, à primeira vista, ser assegurado pelo gabinete ou pelo seu presidente, na ausência de qualquer elemento de concertação e de comunicação destas informações entre os empreiteiros. Seria esse o caso nomeadamente se, em vez de terem de notificar a sua intenção de fazer uma proposta de preço, as empresas tivessem de notificar a sua proposta de preço e, sendo caso disso, o pedido de designação de uma empresa titular, sendo essas informações apenas acessíveis ao gabinete, que por seu turno confrontaria ele próprio os elementos de custo dos contratos e designaria como titular a empresa que propusesse o preço mais baixo, nos casos de ofertas comparáveis e em que uma maioria dos notificantes se tivesse pronunciado nesse sentido.

- 41 Em contrapartida, o carácter anticoncorrencial de outros elementos do sistema é independente da existência de uma concertação e de uma troca de informações entre os empreiteiros. Tal é o caso da preferência e da transferência dos montantes de indemnização por despesas de cálculo e das contribuições profissionais. No que respeita à concessão da preferência, deve salientar-se que as requerentes declararam perante o presidente do Tribunal de Primeira Instância estar dispostas a não aplicar as respectivas regras. Quanto à indemnização por despesas de cálculo e das contribuições profissionais, os elementos claramente anticoncorreciais do sistema podem ser suprimidos se não se repercutir o conjunto desses montantes e dessas contribuições directamente nos adjudicantes.

- 42 Tendo em conta o exposto, deve ordenar-se a suspensão da execução do artigo 3.º da decisão da Comissão, na parte em que este visa elementos das regulamentações em causa que não estão ligados à existência de uma concertação e de uma troca de informações entre os empreiteiros, à concessão da preferência e à repercussão directa nos adjudicantes dos montantes de indemnização por despesas de cálculo e das contribuições profissionais.

- 43 Deve, além disso, ordenar-se às requerentes que comuniquem à Comissão e ao Tribunal, o mais tardar até 1 de Outubro de 1992, as medidas que tiverem tomado para tornar o funcionamento do sistema conforme à presente decisão.

Pelos fundamentos expostos,

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

decide:

- 1) É suspensa a execução do artigo 3.º da decisão da Comissão relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CEE (IV/31.572 e IV/32.571 — Indústria da construção nos Países Baixos), na parte em que este visa elementos das regulamentações em causa que não estão ligados à existência de uma concertação e de uma troca de informações entre os empreiteiros, à concessão da preferência e à repercussão directa nos adjudicantes dos montantes de indemnização por despesas de cálculo e das contribuições profissionais.
- 2) As requerentes comunicarão à Comissão e ao Tribunal de Primeira Instância, o mais tardar até 1 de Outubro de 1992, as medidas que tiverem tomado para tornar o funcionamento do sistema conforme à presente decisão.
- 3) O pedido de suspensão da execução é indeferido quanto ao restante.
- 4) Reserva-se para final a decisão quanto às despesas.

Proferido no Luxemburgo, em 16 de Julho de 1992.

O secretário

H. Jung

II - 2180

O presidente

J. L. Cruz Vilaça