

ACÓRDÃO
N.º
002/2018
09 MAIO 2018

Recurso de anulação de uma decisão de direito da concorrência

As empresas SUNEOR-SA, SODEFITEX, SN-CITEC, NIOTO-SA, SOCOMA-SA

C/

As empresas UNILEVER CI (UCI), SIFCA -SA, COSMIVOIRE, PALMCI, NAUVU, SANIA

Composição do Tribunal :

- **Joséphine Suzanne EBAH TOURE, Presidente ;**
- **Sr. Salifou SAMPINBOGO, Juiz ;**
- **Daniel Amagoin TESSOUGUE, juiz-relator, juiz;**
- **Euloge AKPO, juiz ;**
- **Augusto MENDES, juiz ;**
- **Yaya Bawa ABDOULAYE, Primeiro advogado-geral ;**
- **Me Boubakar TAWEYE MAIDANDA Conservador.**

EXTRACTO DA ACTA DA SECRETARIA DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO ECONÓMICA E MONETÁRIA DA ÁFRICA OCIDENTAL (WAEMU)

AUDIÇÃO PÚBLICA DE 09 DE MAIO DE 2018

O Tribunal de Justiça da UEMOA, reunido em sessão pública ordinária aos nove dias do mês de maio de dois mil e dezoito, com a presença de :

Joséphine Suzanne EBAH TOURE, Presidente ;

Salifou SAMPINBOGO, Daniel Amagoin TESSOUGUE, juiz-relator, Euloge AKPO, Augusto MENDES, juizes; na presença de Yaya Bawa ABDOULAYE, advogado-geral;

com a assistência de Boubakar TAWEYE MAIDANDA, Escrivão ;

proferiu o seguinte acórdão:

ENTRE :

SUNEOR, Société de Développement des Fibres Textile (SODEFITEX), Société Nouvelle huilerie et Savonnerie (SN-CITEC), Nouvelle Industrie des oléagineux du Togo (NIOTO SA), Société Cotonnière du Gourma (SOCOMA-SA), por intermédio do seu advogado Maître François SARR, Avocat au barreau du Sénégal, Maîtres Mamadou TRAORE, Mamadou SAWADOGO, todos avocats à la Cour, Ouagadougou- Burkina Faso, Maître Rasseck BOURGI, Avocat au Barreau de Paris, com domicílio escolhido no Cabinet François SARR

Os queixosos, por um lado ;

E

UNILEVER CI (UCI), Société Ivoirienne de Financement du Café et du Cacao, COSMIVOIRE-SA (COSMIVOIRE), Palmier de Côte d'Ivoire (PALMCI-SA), Nauvu Investment Private Limited (NAUVU), SANIA et Compagnie (SANIA)

com Ibrahim B. BAH, Cabinet LEX-WAYS Avocats à la Cour d'Appel d'Abidjan, e Olivier Benoit e Pierre MARLY CMS, Bureau Francis LEFEVRE Neuilly sur seine, França, na qualidade de consultores

Os arguidos, por outro lado ;

Comissão da União Económica e Monetária da África Ocidental (UEMOA), representada por Eugène KPOTA, Diretor dos Assuntos Jurídicos da Comissão, assistido por Harouna SAWADOGO, advogado no Tribunal, Ouagadougou- Burkina Faso;

Parte interveniente

O TRIBUNAL

TENDO EM CONTA o Tratado da União Económica e Monetária da África Ocidental, de 10 de janeiro de 1994, com a redação que lhe foi dada em 29 de janeiro de 2003

TENDO EM CONTA Protocolo Adicional n.º 1 relativo aos órgãos de controlo da UEMOA ;

TENDO EM CONTA o Ato Adicional n.º 10/96, de 10 de maio de 1996, relativo aos Estatutos do Tribunal de Justiça da UEMOA ;

TENDO EM CONTA o Regulamento n.º 01/96/CM, de 5 de julho de 1996, relativo ao Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça da UEMOA

TENDO EM CONTA o Regulamento n.º 01/2012/CJ, de 21 de dezembro de 2012, relativo ao Regulamento Administrativo do Tribunal de Justiça da UEMOA;

TENDO EM CONTA a Ata n.º 01/2016/CJ, de 25 de maio de 2016, relativa à nomeação do Presidente do Tribunal de Justiça e à repartição de funções no seio do Tribunal;

TENDO EM CONTA a Ata n.º 02/2016/CJ, de 26 de maio de 2016, relativa à tomada de posse e à instalação dos membros do Tribunal de Justiça da UEMOA;

TENDO EM CONTA o Despacho n.º 11/2018/CJ sobre a composição da sessão plenária de audiência pública ordinária de 14 de março de 2018, rectificado pelo Despacho n.º 13/2018/CJ ;

TENDO EM CONTA as citações das partes ;

TENDO EM CONTA a petição de 2 de julho de 2009, registada na Secretaria do Tribunal de Justiça da União Económica e Monetária da África Ocidental (UEMOA) em 6 de julho de 2009, com o número 06/09, pela qual as sociedades SUNEOR SA, SODEFITEX, SN CITEC, NIOTO SA e SOCOMA, através do seu advogado, Maître François SARR, Avocat à la Cour na Ordem dos Advogados do Senegal, interpuseram um recurso de anulação da Decisão n.º 009/2008/COM/UEMOA, de 22 de outubro de 2008, que concedeu um certificado negativo às recorridas, por estar ferida de ilegalidade;

OUVIU o juiz-relator no seu relatório;

OUIDOS Os advogados da SUNEOR SA, SODEFITEX, SN CITEC, NIOTO SA e SOCOMA nas suas observações orais;

OUIDOS os advogados dos recorridos UNILEVER-SA, SIFCA-SA, COSMIVOIRE-SA e NAUVU Investissement PTE-LTD, PALMCI -SA nas suas observações orais;

Tendo ouvido as observações orais do Conselho da Comissão da UEMOA, o interveniente ;

OUIDO as conclusões do advogado-geral ;

Tendo deliberado em conformidade com o direito comunitário :

I. FACTOS E PROCEDIMENTO

Por requerimento de 02 de julho de 2009, registado na Secretaria do Tribunal de Justiça da UEMOA sob o número 06/09 de 06 de julho de 2009, a SUNEOR-SA, sociedade anónima com um Conselho de Administração, com um capital de 22.626.570.000 FCFA, e as sociedades SODEFITEX, SN-CITEC, NIOTO-SA e SOCOMA-SA, através dos seus advogados, François SARR, advogado na Corte da Ordem dos Advogados do Senegal e Rase Bourg, advogado na Ordem dos Advogados de Paris, pedem a anulação da Decisão n.º 009/2008/COM/UEMOA, de 22 de outubro de 2008, que concede um certificado negativo aos recorridos, por estar ferida de ilegalidade.

A petição foi notificada em 9 de julho de 2009 às sociedades demandadas UNILEVER-SA, SIFCA-SA, COSMIVOIRE-SA e NAUVU Investissement PTE-LTD, PALMCI -SA e a Comissão da UEMOA.

No seu pedido apresentado em 6 de julho de 2009, a SUNEOR explicou que a decisão da Comissão da UEMOA, de 22 de outubro de 2008, que concedeu um certificado negativo à UNILEVER e a outras empresas, permitindo-lhes concentrar-se, colocou-as numa posição dominante, o que afectou significativamente a concorrência no mercado da UEMOA.

Pela Decisão n.º 009/2008/COM/UEMOA, de 22 de outubro de 2008, a Comissão da UEMOA emitiu um certificado negativo relativamente ao projeto de fusão entre as empresas UNILEVER-SA, SIFCA-SA, COSMIVOIRE-SA, PALMCI - SA, NAUVU, PHCI, SHCI e SANIA. Este certificado abrange a totalidade da fusão e os seus acessórios, com exceção do contrato de fornecimento de estearina entre a UNILEVER-CI, a SANIA e a AFRICO-CI para o fabrico de embalagens; segundo os termos da decisão, o acordo objeto do pedido destinava-se a realizar uma fusão que deveria permitir às partes envolvidas especializarem-se no sector do óleo de palma na Costa do Marfim.

Após a operação, prevê-se que a UNILEVER-CI se mantenha em atividade, concentrando-se exclusivamente na produção de sabão, enquanto a SIFCA e a NAUVU se especializarão na produção e utilização de petróleo bruto e refinado.

Para fundamentar a sua decisão, a Comissão salientou que a produção de óleo de

palma bruto (CPO), a partir do qual são obtidos o óleo refinado e o sabão, constituía uma preocupação importante para a empresa,

uma definição restritiva do mercado geográfico poderia limitar a análise apenas ao mercado da Costa do Marfim, que representa cerca de 89% do total regional.

Além disso, uma vez que uma grande parte da produção da Costa do Marfim é consumida localmente por industriais e pequenos transformadores, o comércio intracomunitário do produto em bruto (CPO) será menor. As partes na transação notificada ocupam cerca de 70% desta produção, quer através de plantações que elas próprias exploram, quer através de plantações supervisionadas nas aldeias.

Os queixosos explicaram que a Comissão considerou erradamente que a SIFCA e a NAUVU não eram líderes de mercado e não considerou que a concentração projectada permitisse inferir uma posição dominante, pelo facto de, tendo em conta as importações de óleo de palma e de outras gorduras na região, é improvável que as partes na concentração consigam evitar os condicionalismos da concorrência, especialmente porque o sector das sementes oleaginosas na região não é muito competitivo em comparação com as importações provenientes da Ásia, em particular.

Assim, mesmo que a Comissão considerasse, à luz de todos os documentos que lhe foram apresentados, que o projeto de fusão não colocava as empresas envolvidas na fusão, individual ou coletivamente, numa posição dominante nos sectores do petróleo e do sabão, a sua decisão está ferida de ilegalidade, uma vez que o projeto de fusão constitui uma prática equivalente a um abuso de posição dominante que tem por efeito entravar significativamente a concorrência no mercado comunitário da UEMOA.

Por conseguinte, consideram-se vítimas de um abuso de posição dominante por parte das sociedades recorridas, o que está na base do seu pedido de anulação da decisão de 22 de outubro de 2008, na medida em que esta decisão os prejudica e está ferida de ilegalidade.

Na realidade, o efeito deste certificado é excluir todas as empresas dos sectores dos óleos vegetais refinados e dos sabões do mercado comunitário das sementes oleaginosas.

Em 08 de julho de 2009, por despacho n.º 12/09/CJ, o Tribunal fixou a caução no montante de 100 000 FCFA, que foi pago.

A petição foi notificada à Comissão da UEMOA e às empresas demandadas em 9 de julho de 2009.

Por carta de 21 de julho de 2009, a Comissão da UEMOA nomeou Eugène KPOTA, Diretor dos Assuntos Jurídicos, como seu agente.

Na sequência da notificação da petição, a UNILEVER-CI e outros apresentaram as suas alegações de defesa em 06 de outubro de 2009, através do seu advogado LEX-WAYS, Cabinet d'avocats, seguidas das alegações de defesa da Comissão da UEMOA, apresentadas pelo advogado SAWADOGO Harouna, Avocat constitué pour assister l'Agent de l'Union, em 08 de setembro de 2009.

Em 28 de outubro de 2009, a empresa requerente SUNEOR apresentou uma resposta à declaração de defesa da Comissão, seguida de outra resposta às alegações da UNILEVER, apresentada em 17 de novembro de 2009.

Em 23 de dezembro de 2009, Harouna SAWADOGO apresentou uma resposta em nome da Comissão em resposta às várias alegações dos queixosos.

Em 10 de fevereiro de 2010, as sociedades demandadas, a UNILEVER-CI e outros apresentaram uma réplica, seguida, em 12 de março de 2010, de um resumo apresentado pelo advogado TRAORE Mamadou, nomeado no decurso do processo em 2 de fevereiro de 2010.

As partes foram notificadas do presente resumo em 15 e 18 de março de 2010, o que levou os recorridos a responder com alegações escritas em 21 de julho de 2010. Estas últimas alegações puseram termo às trocas de impressões e marcaram o fim do processo escrito.

Pelo Despacho n.º 07/2016/CJ, de 07 de setembro de 2016, o juiz Daniel Amagoin TESSOUGUE foi nomeado juiz-relator.

II. APRESENTAÇÃO DAS ALEGAÇÕES DAS PARTES

A. Alegações e argumentos das recorrentes

Em apoio do seu pedido, a SUNEOR e outros explicam que a decisão da Comissão da UEMOA confirma a posição dominante da UNILEVER-CI e dos seus parceiros no mercado comunitário, uma vez que, nos termos do artigo 4.º do Regulamento n.º 02/2002/CM/UEMOA, de 23 de maio de 2002, relativo às práticas anticoncorrenciais na UEMOA, "é incompatível com o mercado comum e proibido a uma ou mais empresas explorar de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum ou numa parte significativa deste ". De acordo com o mesmo artigo, "... as concentrações que criem ou reforcem uma posição dominante detida por uma ou mais empresas, em resultado da qual a concorrência efectiva no mercado comum seja significativamente entravada, constituem uma prática anticoncorrencial que equivale a um abuso de posição dominante";

Ao emitir o certificado, a Comissão não deu início a um procedimento contraditório em conformidade com as disposições dos artigos 13.o e 16.o do Regulamento 03/2002/CM/UEMOA de 23 de maio de 2002 e não deu seguimento às reservas expressas pela SUNEOR relativamente ao projeto de fusão.

Apesar das reservas acima mencionadas e de muitas outras emitidas pelos Estados ou pelas partes, a SUNEOR tem conhecimento de que, em 6 de maio de 2009, a Comissão emitiu uma decisão de concessão de um certificado negativo.

Para obter este certificado, as empresas objeto da fusão alegaram que não tinham uma posição dominante antes e depois da fusão, baseando-se nas respectivas quotas de mercado no sector dos óleos alimentares, onde a SIFCA e a NAUVU teriam uma quota de mercado de apenas 13%, e no sector dos sabões, onde a UNILEVER teria uma quota de mercado de 24%.

No entanto, de acordo com os queixosos, a posição dominante dos arguidos pode ser demonstrada por vários argumentos. :

1. Em primeiro lugar, analisando a quota de mercado dos óleos refinados.

Esta análise do mercado do óleo mostra que, de 2002 a 2006, o mercado era essencialmente constituído por óleo vegetal de soja refinado produzido pelas indústrias locais e por óleo de palma refinado importado.

Embora a primeira categoria tenha sempre ocupado quase 70% do mercado, perdeu 33% da quota de mercado entre 2003 e 2005 para as importações de óleo de palma, cuja quota de mercado aumentou de 12% para 53% entre 2002 e 2005.

Os outros óleos, principalmente os óleos de mesa, representam 5 a 7% e os óleos de amendoim 2%, com exceção de 2002, ano em que foram comercializadas no Senegal 20 000 toneladas de óleos de amendoim refinados, devido à queda dos preços mundiais dos óleos de amendoim em bruto.

2. Em segundo lugar, pelas importações e exportações intra-UEMOA.

O mercado intracomunitário dos óleos vegetais refinados é dominado de forma monopolista pela Costa do Marfim, que dispõe de quantidades suficientes da matéria-prima, o óleo de palma bruto, produzido nomeadamente pela PALM-CI;

As exportações da Costa do Marfim são efectuadas pelas empresas demandadas (UNILEVER e COSMIVOIRE, através das suas marcas DINOR e PALM d'OR).

As práticas das sociedades demandadas têm por efeito restringir e falsear a livre concorrência e destruir o sector agroindustrial das sementes oleaginosas, maioritariamente implantado nos países membros da UEMOA.

Além disso, dado que o custo de produção do óleo de palma bruto é muito inferior no Sudeste Asiático e na Costa do Marfim, os países membros da UE são tentados a importar óleo de palma, que custa menos do que os óleos de amendoim e de algodão.

Os recorrentes afirmam ainda que a Costa do Marfim, onde estão estabelecidas as sociedades recorridas, importa óleo de palma refinado de países terceiros para

Citam igualmente exemplos de práticas das sociedades demandadas, como a SANIA, que subfacturam os seus produtos no Burkina Faso, no Níger e no Mali. Citam também exemplos de práticas das empresas demandadas, como a SANIA, que subfacturam os seus produtos no Burkina Faso, no Níger e no Mali, com o conseqüente risco de pôr fim às actividades industriais e comerciais das empresas burquinenses, como a SN-CITEC e outras, com todas as repercussões sociais que daí adviriam. A título de exemplo: no Burkina Faso, um bidão de óleo de palma proveniente da Costa do Marfim entra no cordão aduaneiro burquinense a 5 000 FCFA, quando o preço à saída da fábrica se situa entre 9 500 e 5 000 FCFA. 10.000 FCFA. Estas acções estão a penalizar gravemente a indústria nacional do algodão no Burkina Faso.

As sociedades demandantes consideram que, para além de custar a Estados como o Burkina Faso pelo menos 50% das receitas aduaneiras, as práticas de subfacturação colocam a SANIA numa posição dominante de facto no mercado do Burkina Faso.

As recorrentes consideram, assim, que a importação maciça de óleo de palma e uma política de preços intencionalmente anticoncorrencial deram às recorridas uma posição dominante no mercado da UEMOA e que a concentração impugnada se destina apenas a reforçar essa posição dominante com o objetivo de aumentar ainda mais as possibilidades de controlo do mercado.

Pedem, por isso, ao Tribunal de Justiça que anule a decisão da Comissão de 22 de outubro de 2008 na parte em que as afecta, depois de lhes permitir interpor um recurso de anulação, e que condene as sociedades recorridas nas despesas.

Em conclusão, a SUNEOR e outros solicitam que o Tribunal

- in limine litis: declarar-se competente ;
- declarar que o recurso foi interposto dentro dos prazos e, conseqüentemente, rejeitar todas as excepções de inadmissibilidade invocadas pela Comissão e pelos recorridos;
- declarar que a acção é dirigida contra o ato impugnado;
- declarar que o secretário notificou o pedido à Comissão da UEMOA;

- declarar que a Comissão interveio voluntariamente no processo;

- dar provimento ao recurso de anulação interposto pelos recorrentes da decisão n.º 009/2008, de 22 de outubro de 2008 e, conseqüentemente, :
 - anular a decisão;
 - condenar os recorridos nas despesas;
- a título subsidiário, nomear um perito para estabelecer a prova da posição dominante das sociedades recorridas na sequência do projeto de fusão.

B. Alegações e argumentos dos arguidos

Em resposta a este pedido, as sociedades SIFCA-SA, UNILEVER-CI SA, COSMIVOIRE-SA, PALMCI-SA e NAUVU Investissement Private Limited, por intermédio do seu advogado Ibrahim BAH, Cabinet LEX-WAYS, na sua contestação datada de 6 de outubro de 2009, rejeitaram os argumentos das recorrentes e invocaram a incompetência do Tribunal de Justiça da UEMOA, a inadmissibilidade do pedido quanto à forma, a improcedência do recurso principal interposto;

O acordo celebrado entre a UNILEVER-CI, por um lado, e o SIFCA e a NAUVU, por outro, tem por objetivo reestruturar o sector do óleo de palma e do sabão na Costa do Marfim. Na sequência da fusão, as actividades industriais e comerciais das empresas que se dedicam à plantação de palmeiras e à extração de óleo de palma bruto serão exploradas pela PALMCI, as actividades relativas à refinação do óleo de palma e à produção de estearina serão exploradas pela SANIA, enquanto as actividades relativas ao fabrico e comercialização de sabão serão exploradas pela UNILEVER-CI.

Para o efeito, foram cedidas várias empresas e participações em filiais entre a UNILEVER-CI, por um lado, e a SIFCA e a NAUVU, por outro.

Oito (8) empresas industriais foram substancialmente envolvidas na transação: UCI, SIFCA, COSMIVOIRE, PALMCI, NAUVU, PHCI, SHCI e SANIA.

Uma das condições prévias à realização da transação era a obtenção de uma autorização das autoridades de concorrência da UEMOA.

Nos termos do Regulamento 03/2002/CM/UEMOA relativo aos procedimentos

aplicáveis aos cartéis e aos abusos de posição dominante na União,

A transação foi notificada à Comissão pelas empresas envolvidas em 25 de julho de 2008, com vista à obtenção de um certificado negativo ou, na sua ausência, de uma decisão de isenção individual.

Como parte desta notificação, as empresas envolvidas declaram que, com base em observações de mercado, apoiadas por estudos económicos independentes, a operação não conduziria à criação de uma posição dominante em qualquer dos mercados relevantes em causa, nomeadamente :

- O mercado comunitário dos óleos alimentares, onde a operação detém uma quota de mercado de 13%;
- O mercado comunitário do sabão, no qual a operação conduziria a uma quota de mercado combinada de 24%.

Em agosto de 2008, a Comissão publicou no seu sítio Web e em todos os jornais oficiais de cada Estado-Membro, primeiro em 12 de agosto e depois em 21 de agosto de 2008, uma comunicação relativa a este pedido de certificado negativo ou de isenção, contendo uma breve descrição da operação e convidando os terceiros interessados a apresentarem as suas observações à Comissão até 10 de setembro de 2008, em conformidade com o disposto no n.º 4 do artigo 28.

Dos terceiros interessados, apenas três (3) apresentaram as suas observações, nomeadamente o Togo, por carta de 5 de setembro de 2008, a empresa SUNEOR, por carta de 9 de setembro de 2008, e o Níger, por carta de 10 de setembro de 2008.

Tal como previsto no n.º 4 do artigo 28.º do Regulamento n.º 03/2002, o Comité Consultivo da Concorrência foi consultado pela Comissão. No seu parecer n.º 01/2008/CM/UEMOA, emitido em 10 de outubro de 2008, o Comité considerou que a Comissão podia emitir um certificado negativo se a operação não conduzisse à criação ou ao reforço de uma posição dominante nos mercados em causa.

O Comité considerou que o certificado negativo a emitir devia abranger os acordos acessórios, com exceção de duas cláusulas destes acordos consideradas susceptíveis de restringir a concorrência.

Por conseguinte, a Comissão da UEMOA adoptou a decisão impugnada por considerar que o artigo 88.º do Tratado não era aplicável, na medida em que a operação não conduzia à criação ou ao reforço de uma posição dominante. A decisão foi publicada no Jornal Oficial da União Europeia com o número 64 do quarto trimestre de 2008 e prevê uma avaliação da aplicação dos acordos complementares abrangidos pela decisão no final de um período de cinco (5) anos a contar da data de notificação da decisão aos destinatários.

Em apoio dos seus argumentos, os arguidos invocam vários argumentos de defesa:

1. Incompetência do Tribunal de Justiça

Segundo as empresas demandadas, não é da competência do Tribunal de Justiça da UEMOA tratar de questões de "alegada fraude de preços e outros alegados actos de concorrência desleal". As questões de fraude são da competência exclusiva dos tribunais ordinários. É por isso que consideram que, mesmo que a adoção da decisão da Comissão tenha tido por efeito dar origem a uma fraude de preços e a uma concorrência desleal, estes factos, que não foram provados pelas recorrentes, não afectam a legalidade da decisão, que não pode ser contestada por este motivo.

Consideram que a legalidade da decisão assenta em dois pontos cumulativos:

- verificar se uma posição dominante surgiu ou é suscetível de ser reforçada em resultado da operação;
- verificação da existência de um obstáculo significativo à concorrência efectiva no mercado comum em resultado da criação ou do reforço de uma posição dominante.

Por conseguinte, **o Tribunal de Justiça** só pode ser chamado a exercer a sua competência relativamente a estes dois pontos. Ao não demonstrarem de que modo a Comissão não devia ter tomado a decisão devido à existência de uma posição dominante ou ao reforço dessa posição na sequência da operação, as recorrentes não permitem ao Tribunal de Justiça examinar os factos que são da sua competência, pelo que deve declarar-se incompetente.

2. Inadmissibilidade do pedido.

Os recorridos consideram que o recurso não é admissível por várias razões;

- **O recurso foi interposto tardiamente:** a este respeito, os recorridos explicam que, nos termos do disposto no artigo 8.o do Protocolo Adicional n.o 01 relativo às instâncias de controlo jurisdicional e em aplicação do artigo 29.o do Regulamento n.o 03/2002, a publicação da decisão no Boletim Oficial n.o 64 do quarto trimestre de 2008 desencadeou o prazo de recurso, na falta de uma data precisa, o mais tardar no dia da entrega à Comissão, ou seja, 16 de fevereiro de 2009. Este prazo terminou em 1 de março de 2009 ou, o mais tardar, em 17 de abril de 2009. Ao interporem o seu recurso em 6 de julho de 2009, as recorrentes não cumpriram o prazo. Além disso, a SUNEOR, que participou na redação da decisão da Comissão, não podia ignorar que seria proferida uma decisão dentro dos prazos previstos no Regulamento da Concorrência.
- **A petição foi mal dirigida.** Os recorridos consideram que o recurso, na medida em que foi interposto contra "as sociedades visadas pelo certificado negativo", é pura e simplesmente mal dirigido. ^{er} Com efeito, o artigo 15.º, n.º 2, primeiro parágrafo, do Regulamento n.º 01/96 CM, relativo ao Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça da UEMOA, prevê que "a ação de apreciação da legalidade é dirigida contra os actos comunitários vinculativos: regulamentos, diretivas, bem como decisões individuais tomadas pelo Conselho e pela Comissão...". Além disso, é uma regra de direito que os recursos de apreciação da legalidade devem ser interpostos contra a instituição que adoptou o ato impugnado e que esses recursos são inadmissíveis quando são interpostos contra outra instituição ou outra pessoa, a fortiori contra os destinatários da decisão. Esta regra de direito baseia-se no facto de que só a instituição que adoptou a decisão impugnada está em condições de a defender.

O recurso de anulação deveria ter sido interposto contra a Comissão. Se não foi dirigido contra o órgão que tomou a decisão, o recurso deve ser declarado inadmissível por ser mal dirigido.

- **O recurso não contém qualquer fundamento.** Este argumento é apoiado pelas recorridas porque, para além da alegação vaga de que a decisão da Comissão está "viciada de ilegalidade", o recurso não se baseia em nenhum fundamento específico de anulação. As sociedades recorrentes consideram que o recurso não tem qualquer base jurídica. Resulta das regras que regem o Tribunal de Justiça, nomeadamente as que regem os recursos de anulação, que, para dar cumprimento ao artigo 26.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento n.º 01/96/CM, tal recurso deve conter uma exposição, ainda que sumária, dos fundamentos de anulação em que se baseia e nos quais o Tribunal deve fundamentar a sua decisão.

Mais do que a simples petição de princípio contida no seu recurso, os recorrentes deveriam ter qualificado os elementos da decisão susceptíveis de constituir, na sua opinião, um vício de forma, um vício de incompetência, um desvio de poder ou uma violação do Tratado ou dos actos adoptados em sua aplicação. O recurso é, por conseguinte, inadmissível, uma vez que não contém qualquer fundamento de anulação e, por conseguinte, é desprovido de qualquer base jurídica.

Com base nestes argumentos, os demandados SIFCA e outros pedem que o Tribunal **se digne**

- in limine litis: declaração de incompetência para conhecer da ação;
- negar provimento ao recurso interposto pela SUNEOR e outros, na medida em que é inadmissível;
- declarar que a SODEFITEX, a SN-CITEC, a NIOTO e a SOCOMA não têm qualquer interesse em agir;
- negar provimento à ação por falta de fundamento;
- rejeitar o pedido de peritagem;
- condenar as empresas queixosas ao pagamento de uma coima "folle action".

Na sua declaração de defesa de 7 de setembro de 2009, a Comissão da UEMOA respondeu ao pedido, concluindo que o pedido devia ser rejeitado quanto ao fundo e que era inadmissível por razões de forma.

No que respeita à inadmissibilidade, a Comissão afirma que o recurso é inadmissível porque, por um lado, foi interposto fora de prazo, em 9 de julho de

2009, contra uma decisão do Tribunal de Primeira Instância.

em 22 de outubro de 2008 e publicada no Boletim Oficial da União em dezembro de 2008, e, por outro lado, a inadmissibilidade do recurso por falta de nomeação da Comissão da UEMOA.

A Comissão sublinha que é um princípio fundamental do direito processual administrativo e comunitário que o recurso de anulação deve ser dirigido principalmente contra o autor do ato cuja anulação é pedida.

O facto de os recorridos terem sido associados pelos recorrentes num recurso de anulação de um ato de que são destinatários torna o recurso inadmissível.

3. A petição não tem fundamento

A título subsidiário, os recorridos e a Comissão da UEMOA consideram que deve ser negado provimento ao recurso, uma vez que a decisão impugnada está bem fundamentada, tanto do ponto de vista jurídico como económico, uma vez que, à luz de todos os documentos que lhe foram comunicados, o projeto de concentração não colocaria as empresas envolvidas na concentração numa posição dominante, individual ou coletivamente, nas indústrias do petróleo e do sabão.

Em conclusão, a Comissão solicita ao Tribunal que :

- declarar o recurso principal inadmissível por encerramento do processo e por falta de citação;
- a título subsidiário, julgar improcedentes todos os pedidos e fundamentos das recorrentes;
- condená-los a pagar as despesas.

C. Resposta dos demandantes

Em 28 de outubro de 2009, as sociedades demandantes apresentaram uma réplica na qual mantiveram o seu pedido de anulação e responderam aos argumentos dos demandados sobre a incompetência do Tribunal de Justiça e a inadmissibilidade do recurso, bem como sobre o seu mérito.

No que respeita à inadmissibilidade, as recorrentes, SUNEOR e o., respondem à exceção de encerramento invocada pelas recorridas (UNILEVER e o.) e pela Comissão, explicando que, nos termos do artigo 8.o , n.o 3, do Protocolo Adicional

n.o 1 e do artigo 15.o

do Regulamento de Processo, devem estar reunidas três condições para que um recurso esteja dentro do prazo: "o recurso deve ser apresentado no prazo de dois (2) meses a contar da publicação da decisão, da sua notificação ao recorrente ou, na sua falta, do dia em que o recorrente dela teve conhecimento".

Estas três condições são alternativas e não cumulativas, de tal modo que a Comissão negligencia o facto de a decisão nunca ter sido notificada aos demandantes, mas, na falta de notificação, os artigos 8.o e 15.o supra prevêm, neste caso, que o demandante deve interpor o seu recurso a partir do dia em que tomou conhecimento da mesma. Os recorridos alegam que só tiveram conhecimento desta decisão em 6 de maio de 2009. Ao apresentarem o seu recurso em 2 de julho do mesmo ano, estavam dentro do prazo. O recurso é admissível.

Em resposta ao segundo argumento de inadmissibilidade, a SUNEOR e o. alegam que, nos termos das disposições do Protocolo Adicional n.o 1 e do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça, podem ser interpostos recursos de anulação contra actos comunitários vinculativos que prejudiquem qualquer pessoa singular ou colectiva. Em parte alguma se afirma que o recurso é dirigido contra o autor do ato. A Comissão da UEMOA, ao intervir voluntariamente no processo, apresentando observações escritas, tanto quanto à forma como quanto ao fundo, pretende ser parte no processo. O argumento é, por conseguinte, inoperante.

Quanto ao mérito, os demandantes persistem e afirmam que a decisão da Comissão da UEMOA confirma a posição dominante das sociedades demandadas no mercado da UEMOA, face à prova do seu domínio no mercado das sementes oleaginosas, o que significa que a concentração autorizada pela Comissão as coloca numa posição dominante, com o efeito de afetar significativamente a concorrência no mercado da UNIÃO e de destruir outras actividades industriais e comerciais (nomeadamente o mercado do óleo de algodão, de amendoim e de soja).

Numa declaração sumária datada de 7 de novembro de 2009, os queixosos confirmaram os seus argumentos já expostos na petição e na declaração de defesa.

Em 23 de dezembro de 2009, a Comissão da UEMOA, numa resposta ao resumo dos queixosos, manteve os seus argumentos sobre a competência do Tribunal de Justiça, sobre a prescrição da ação dos queixosos e, a título subsidiário, sobre o mérito, sobre a improcedência do pedido.

Em 11 de fevereiro de 2010, em réplica, os demandados alegaram a inadmissibilidade do recurso, a incompetência do Tribunal de Justiça e a improcedência do pedido.

Em 19 de julho de 2010, numa tréplica, a UNILEVER-CI contestou a admissibilidade da "nova segunda resposta" dos recorrentes, apresentada após o encerramento da instância, com o fundamento de que os artigos 29.º e 30.º do Regulamento de Processo prevêem duas trocas de impressões que deveriam ter encerrado a instância.

Por conseguinte, a segunda resposta dos recorrentes deve ser declarada inadmissível.

III. DISCUSSÕES

1) Competência do Tribunal :

In limine litis, os demandados alegam a incompetência do Tribunal de Justiça. Segundo eles, não é da competência do Tribunal de Justiça da UEMOA tratar de questões de "alegada fraude de preços e outros alegados actos de concorrência desleal". As questões relativas à fraude são da competência exclusiva dos tribunais ordinários.

É por isso que consideram que, mesmo que a adoção da decisão da Comissão tivesse tido por efeito dar origem a uma fraude nos preços e a uma concorrência desleal, estes factos, que não foram provados pelas recorrentes, não afectariam a legalidade da decisão, que não pode, portanto, ser impugnada por este motivo.

Ao não demonstrarem de que modo a Comissão não devia ter tomado a decisão devido à existência de uma posição dominante ou ao reforço dessa posição na sequência da operação, as recorrentes não permitem ao Tribunal de Justiça efetuar um exame que é da sua competência e este deve declarar-se incompetente.

No entanto, embora os argumentos dos recorridos relativos à incompetência pudessem ser compreendidos se a ação fosse efetivamente dirigida contra práticas de concorrência desleal, não podem ter êxito no presente caso, porque o objeto da ação é um pedido de anulação de uma decisão proferida por um órgão da União que seria prejudicial a uma das partes.

No caso vertente, trata-se de uma decisão individual dirigida a uma pessoa que teve por efeito prejudicar os interesses de outra pessoa. Trata-se, portanto, de um recurso direto de anulação que é da competência do Tribunal de Justiça da UEMOA.

Este argumento de incompetência deve, por conseguinte, ser rejeitado, sem que seja sequer necessário demonstrar a existência de práticas anticoncorrenciais como o abuso de uma posição dominante. O Tribunal é competente nos termos do artigo 8.º do Protocolo Adicional n.º 1 e do artigo 27.º do Ato Adicional n.º 10/96 relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da UEMOA.

2º) Admissibilidade :

s recorridos alegam que a petição é inadmissível por três motivos:

Primeiro:- A petição foi apresentada tardiamente;

Segundo:- A petição foi mal dirigida;

Em terceiro lugar: - O recurso não contém qualquer fundamento de anulação.

No que respeita ao primeiro argumento de inadmissibilidade, os recorridos consideram que o recurso foi interposto fora de prazo, uma vez que, nos termos do disposto no artigo 8.o do Protocolo Adicional n.o 1 e em aplicação do artigo 29.o do Regulamento n.o 03/2002, a publicação da decisão no Jornal Oficial n.o 64, de dezembro de 2008, fez com que o prazo para interpor o recurso corresse, na falta de uma data precisa, o mais tardar no dia em que o Jornal Oficial da União Europeia foi entregue à Comissão, ou seja, 16 de fevereiro de 2009. ^{er} Este prazo terminou em 1 de março de 2009 ou, no máximo, em 17 de abril de 2009.

Ao interporem o seu recurso em 6 de julho de 2009, as recorrentes estavam fora do prazo. Além disso, a SUNEOR, que participou na redação da decisão da Comissão, não podia ignorar que seria proferida uma decisão dentro dos prazos previstos pelo Regulamento da Concorrência e pelos textos que regem a concorrência.

do Protocolo Adicional n.º 1 relativo aos Órgãos de Fiscalização, bem como do artigo 15.º do Regulamento de Processo, uma das três condições deve estar preenchida para que o pedido esteja dentro do prazo "o pedido deve ser apresentado no prazo de dois meses a contar da publicação do

decisão, da sua notificação ao requerente ou, na sua falta, do dia em que o requerente dela toma conhecimento".

No caso vertente, se nos reportarmos às disposições do artigo 8.º do Protocolo Adicional n.º 1 relativo aos órgãos de controlo da União, o prazo de dois meses conta-se a partir do dia da publicação ou, na sua falta, a partir do dia em que o requerente teve conhecimento da decisão.

Uma vez que não eram destinatárias da referida decisão, as sociedades recorrentes não podiam ter sido notificadas da mesma.

Melhor ainda, embora a participação da SUNEOR na preparação da decisão, ao contrariar a concessão da autorização, devesse levá-la a ter conhecimento da decisão tomada, é jurisprudência assente e doutrina unânime que os actos individuais só produzem efeitos após a sua notificação.

Uma vez que a notificação já não é uma questão, é necessário analisar as outras duas variantes, ou seja, a data de publicação no Jornal Oficial da União Europeia ou, na sua falta, a data em que o requerente teve conhecimento da decisão.

Que consequências se podem retirar da pertinência destas duas alternativas?

Qual é o valor jurídico da publicação no Boletim Oficial da UEMOA?

O artigo 26.º do Tratado, com a redação que lhe foi dada, estabelece a publicação do Jornal Oficial da União como uma das tarefas da Comissão.

O capítulo III, intitulado "Regime jurídico dos actos adoptados pelos órgãos da União", enuncia os diferentes valores atribuídos aos actos em vigor na União.

O artigo 43.º, n.º 3, estabelece que "as decisões são obrigatórias em todos os seus elementos para os seus destinatários".

Com base nesta exigência, a obrigação de fundamentação dos actos prevista no artigo 44º é, em certa medida, consagrada no artigo 45º, que retira uma consequência da publicação no Boletim: "Os actos complementares, os regulamentos, as diretivas e as decisões são publicados no Jornal Oficial da União. Entram em vigor após a sua publicação, na data nela indicada.

As decisões são notificadas aos seus destinatários e produzem efeitos a partir da data de notificação.

ème O artigo 15.º, n.º 2, parágrafo 3, do Regulamento n.º 01/CM/UEMOA, de 5 de julho de 1996, relativo ao regulamento interno do Tribunal de Justiça da UEMOA, estipula que "o recurso de apreciação da legalidade deve ser interposto no prazo de dois (2) meses a contar da publicação do ato, da sua notificação ao recorrente ou, na sua falta, do dia em que o recorrente dele teve conhecimento".

ème O Boletim da União a que se faz referência é o n.º 64 do 4.º trimestre de 2008.

er A partir do momento em que o meio de publicação dos actos administrativos adoptados por um dos órgãos da União é o Boletim Oficial, o n.º 1 do artigo 45.º do Tratado alterado estabelece claramente que "os actos complementares, os regulamentos, as diretivas e as decisões são publicados no Boletim Oficial da União. Os actos, regulamentos, diretivas e decisões adicionais são publicados no Boletim Oficial da União e entram em vigor após a sua publicação, na data nele indicada".

A partir deste ponto, não se pode argumentar que a data de publicação do Jornal Oficial nos Estados-Membros é imprecisa, uma vez que diz respeito ao território da União, cujas características e princípios fundadores são objeto do Título I do Tratado alterado.

Artigo 5.º da Decisão n.º 009/2008/COM/WAEMU que emite um certificado negativo relativamente ao projeto de fusão entre a UNILEVER-CI, a SIFCA, a COSMIVOIRE, a PALMCI, a NAUVU, a PHCI, a SHCI e a SANIA, de 12 de outubro de 2008,

er afirma claramente: "A presente decisão, que entra em vigor na data da sua assinatura, será publicada no Jornal Oficial da União Europeia", o que está em conformidade com o espírito e a letra do n.º 1 do artigo 45.º do Tratado alterado, que estabelece claramente que os actos complementares, os regulamentos, as diretivas e as decisões são publicados no Jornal Oficial da União Europeia.

Entram em vigor na data da sua publicação.

Assim, embora a entrada em vigor especificada na decisão seja 12 de outubro de 2008, em conformidade com o artigo 45.º do Tratado, que é uma norma mais elevada do que a decisão, o Boletim Oficial 64 relativo ao quarto trimestre foi publicado em 28 de março de 2009.

Por conseguinte, foi após esta publicação que a decisão entrou em vigor e foi a partir desta data que o prazo de dois meses começou a correr.

ème Os destinatários referidos no n.º 2 do artigo 45.º são os interessados no ato e não todos, caso em que a publicação teria tido por efeito iniciar o prazo de recurso "erga omnes".

De acordo com a doutrina e a jurisprudência estabelecidas, os actos administrativos unilaterais dividem-se em duas categorias principais:

- Actos regulamentares, que têm um âmbito geral e impessoal. Entram em vigor a partir da sua publicação e têm carácter vinculativo erga omnes ;
- Decisões individuais, actos pelos quais uma autoridade administrativa decide conceder ou recusar uma prestação a uma pessoa, designada pelo seu nome.

As regras que regem estes actos são significativamente diferentes das que regem os actos regulamentares.

Se forem publicadas, devem ser notificadas à parte interessada.

Por conseguinte, enquanto o direito de interpor recurso por desvio de poder está amplamente disponível no caso das decisões regulamentares, as condições de admissibilidade são mais rigorosas no caso das decisões individuais, uma vez que o requerente deve ter um interesse específico em interpor o recurso.

É este o pressuposto da SUNEOR, que, tendo efectuado observações, pretendia ser informada das suas consequências. Como isso não foi feito, a publicação não pode ser invocada contra ela.

A SUNEOR deveria ter sido notificada da decisão, uma vez que manifestou uma reserva relativamente ao certificado negativo da fusão projectada.

Caso contrário, os requerentes, incluindo a SUNEOR, têm o direito de invocar o início do prazo relativo "ao dia em que o requerente teve conhecimento do facto".

Por conseguinte, o fundamento da recorrida relativo à prescrição do recurso é inoperante.

No que diz respeito ao segundo argumento de inadmissibilidade do recurso por falta de nomeação da Comissão, os recorridos alegam que a Comissão da UEMOA, que adoptou a decisão impugnada, nunca foi citada no recurso, Considerando que é um princípio fundamental do direito processual administrativo e comunitário que o recurso de anulação deve ser interposto contra a instituição que adoptou o ato impugnado e que os recursos dirigidos contra outra pessoa, a fortiori contra os destinatários da decisão impugnada, são inadmissíveis.

O recurso deve ser dirigido contra a Comissão da UEMOA. Caso contrário, deve ser declarado inadmissível por violação do artigo 10.º do Protocolo Adicional n.º 1, relativo aos órgãos de controlo.

Ora, se, como sustentam os recorrentes, segundo as disposições do artigo 15.o , n.o 2, do Regulamento n.o 1/96/CM/UEMOA, relativo ao Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça da UEMOA, qualquer ato de um órgão da União que a afecte pode ser objeto de um recurso de apreciação da legalidade, Embora seja evidente que é o autor do ato que deve ser levado a tribunal em caso de violação dos direitos de uma pessoa singular ou colectiva, o recurso de legalidade é uma ação judicial contra um ato administrativo, por oposição ao recurso de plena jurisdição, que é interposto contra uma pessoa pública, com o objetivo de obter uma indemnização baseada na sua responsabilidade por culpa ou risco.

No entanto, resulta do pedido de anulação apresentado pelas recorrentes ao Tribunal de Justiça da UEMOA que, embora as sociedades beneficiárias tenham sido citadas nominalmente, é claramente referido "que a decisão da Comissão está viciada de ilegalidade, uma vez que, contrariamente ao certificado negativo emitido pela Comissão, a fusão projectada constitui uma prática equivalente a um abuso de posição dominante que tem por efeito entravar significativamente a concorrência no mercado comum da UEMOA".

Na sua fundamentação, as recorrentes, invocando o artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/96, que abre os processos de recurso à apreciação da legalidade, pedem a anulação da Decisão n.º 009/2008/COM/WAEMU, de 22 de outubro de 2018, por ser ilegal e por consagrar a posição dominante das sociedades UNILER-CI;

SIFCA; COSMIVOIRE; PALMCI; NAUVU; PHCI; SHCI e SANIA; o que parece claramente no pedido de anulação apresentado ao Tribunal de Justiça da UEMOA.

Por outro lado, no que respeita aos grandes princípios orientadores que regem o processo, nomeadamente em matéria civil, de forte inspiração administrativa, o processo é iniciado pelas partes e o juiz nunca toma a iniciativa. O princípio do dispositivo obriga-nos a reconhecer que a qualificação jurídica é função do juiz e, finalmente, a outra face desta função é que os elementos de facto são trazidos pelas partes, que fixam o quadro do processo (regra da imutabilidade), por um lado, regra que, por outro lado, impõe ao juiz que se pronuncie sobre tudo o que é pedido e apenas sobre o que é pedido, daí a expressão "o juiz só pode pronunciar-se sobre o que é pedido", ou seja, o juiz não pode conceder mais do que aquilo que lhe é pedido.

Da análise das peças processuais apresentadas pelos recorrentes, resulta claro que o pedido de apreciação da legalidade foi apresentado contra a Decisão n.º 009/2008/COM/WAEMU, de 22 de outubro de 2008.

A Comissão foi, pois, corretamente interpelada pelo Tribunal de Justiça e interveio no processo, na sequência da notificação efectuada pela Secretaria do Tribunal, que conduziu à apresentação de observações e conclusões escritas, tanto sobre a admissibilidade da petição como sobre o mérito. Esta intervenção, para além do que acima se expôs, equivale ao reconhecimento da Comissão como demandada principal, chamada a defender a legalidade do ato em causa.

No processo principal, a Comissão alegou que o recurso era inadmissível por ter sido mal dirigido. As alegações de mérito foram apresentadas a título subsidiário. Sem decidir *infra petita* ou *ultra petita*, trata-se efetivamente de uma ação sobre a legalidade de um ato da Comissão. Por conseguinte, tratando-se de uma ação de declaração de legalidade contra um ato da Comissão, a referida ação deve ser declarada admissível.

A exceção de inadmissibilidade relativa à ausência de intervenção da Comissão deve ser rejeitada;

O terceiro motivo de inadmissibilidade baseado na ausência de um fundamento de anulação :

Segundo os recorridos, o recurso não tem qualquer base jurídica, uma vez que não se baseia em nenhum fundamento específico de anulação e que, para respeitar o

er O artigo 26.º, n.ºs 1 e 2, do Regulamento 01/96/CM/UEMOA relativo ao Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça da UEMOA estipula que "a petição deve conter o nome completo e o domicílio escolhido do demandante, se for caso disso, o nome e o endereço do mandatário e do advogado designado para o assistir, as alegações e um resumo dos factos e dos fundamentos".

Resulta desta disposição que esta declaração, ainda que sumária, deve ser suficientemente clara, precisa e fundamentada para permitir aos interessados prepararem a sua defesa e apresentarem ao Tribunal os elementos que lhe permitam exercer o seu controlo jurisdicional e pronunciar-se sobre a ação, constatando quer um vício de forma, quer uma incompetência, um desvio de poder ou uma violação do Tratado ou dos actos adoptados em sua aplicação.

er Em conformidade com as disposições dos artigos 26.o ,n.o 1, e 2.o do Regulamento n.o 1/96, o recurso apresentado pelas sociedades recorrentes indica que a anulação da decisão é pedida por violação do artigo 88.o do Tratado e do artigo 4.o do Regulamento n.o 02/2002, de 23 de maio de 2003, e, por conseguinte, por violação do Tratado e dos textos que o aplicam. Estes fundamentos que invocam constituem fundamentos que justificam um pedido de anulação.

O fundamento de inadmissibilidade é infundado.

Quanto ao quarto argumento, relativo à ausência de interesse em agir por parte da SODEFITEX, da NIOTO, da SN-CITEC e da SOCOMA :

As recorridas entendem que estas sociedades devem ser excluídas do processo, uma vez que não tiveram o cuidado de intervir no presente litígio, uma vez que se abstiveram de participar no processo perante a Comissão, tal como permitido pelo artigo 15.o , n.o 1, do Regulamento n.o 03/2002, de 23 de maio de 2002.

Ora, tendo em conta que a SN-CITEC e a NIOTO possuem instalações de refinação de óleos vegetais e de acondicionamento de óleos refinados e que a SOCOMA e a SODIFITEX comercializam sementes de algodão, cujo valor se baseia essencialmente no seu esmagamento, que produz óleo de algodão e os alimentos para animais que lhe estão associados, e que estas empresas operam igualmente no mercado da UE, a decisão de concentração diz respeito a todas elas. E se esta decisão confirma a posição dominante das empresas demandadas, é evidente que

o abuso desta posição dominante será prejudicial a todas as empresas que operam no mesmo sector, pelo que têm interesse em agir, em aplicação do princípio jurídico "Sem interesse, não há ação". De facto, a admissibilidade de qualquer ação judicial está sujeita à prova da existência de um interesse, que deve nascer e estar presente. Por conseguinte, basta a mera ameaça de perturbação ou de lesão de um interesse legítimo.

NO FUNDO

Os queixosos alegam que a decisão da Comissão da UEMOA confirma a posição dominante da UNILEVER-CI e dos seus parceiros no mercado comunitário, uma vez que, nos termos do artigo 4.º do Regulamento n.º 02/2002/CM/UEMOA, de 23 de maio de 2002, "é incompatível com o mercado comum e proibido a uma ou mais empresas **explorar de forma abusiva uma posição dominante no mercado comum** ou numa parte significativa deste". do Tratado UE, as operações de concentração que criem ou reforcem uma posição dominante detida por uma ou mais empresas, de que resulte uma restrição significativa da concorrência efectiva no mercado comum, constituem uma prática anticoncorrencial que equivale a um abuso de posição dominante.

Os recorridos, que refutam os argumentos dos recorrentes, invocam na sua argumentação vários elementos acima referidos, nomeadamente que a fusão das actividades industriais e comerciais em causa estava subordinada à obtenção de uma autorização da autoridade da concorrência da UEMOA. Não só o fizeram, como as sociedades em causa solicitaram um certificado negativo à Comissão da UEMOA. Para o efeito, apresentaram estudos económicos fiáveis que confirmam que :

- O mercado comunitário de óleos alimentares, a que se refere a operação, tem uma quota de mercado de 13%;
- O mercado comunitário do sabão, no qual a operação está prevista, conduziria a uma quota de mercado combinada de 24%.

As condições suplementares relativas à informação do público foram satisfeitas pela publicação organizada em agosto de 2008 pela Comissão no seu sítio Web e em todos os jornais oficiais de cada Estado-Membro, inicialmente em 12 de agosto de 2008.

agosto e novamente em 21 de agosto de 2008. A comunicação relativa a este pedido de certificado negativo ou de isenção continha uma breve descrição da operação e convidava os terceiros interessados a apresentarem as suas observações à Comissão até 10 de setembro de 2008, em conformidade com o disposto no n.º 4 do artigo 28.

Apenas três (3) entidades jurídicas apresentaram as suas observações, nomeadamente a República do Togo, através do Ministério do Comércio, da Indústria, do Artesanato e das Pequenas e Médias Empresas, por carta n.º 909/MCIAPME/DC/C, de 05 de setembro de 2008, do Ministro responsável pelo sector, que transmitiu a observação do país à Comissão.

A República do Níger, através do Ministério do Comércio, da Indústria e da Normalização, por carta n.º 0587/MCIN/DCI/C de 10 de setembro de 2008.

Os dois Estados que responderam não manifestaram quaisquer reservas quanto à emissão do certificado negativo e, por conseguinte, não levantaram objecções ao mesmo.

Por carta n.º MBD/ksb n.º 49/08, de 9 de setembro de 2008, a SUNEOR manifestou a sua oposição ao projeto de fusão e declarou-se disposta a "fornecer todas as informações complementares solicitadas nos termos do n.º 3 do artigo 17.

Em conformidade com o disposto no n.º 4 do artigo 28.º do Regulamento n.º 03/2002 acima referido, a Comissão consultou o Comité Consultivo da Concorrência. No seu parecer n.º 01/2008/CM/UEMOA, emitido em 10 de outubro de 2008, o Comité considerou que a Comissão podia emitir um certificado negativo desde que a operação não conduzisse à criação ou ao reforço de uma posição dominante nos mercados em causa.

O Comité considerou que o certificado negativo a emitir deveria abranger os acordos acessórios, com exceção de duas cláusulas consideradas susceptíveis de restringir a concorrência.

Com base nestes elementos, a Comissão da UEMOA tomou a decisão impugnada, que não violou de modo algum o artigo 88.º do Tratado, na medida em que a operação não conduziu à criação ou ao reforço de uma posição dominante. A referida decisão foi publicada no Boletim Oficial da União com o número 64.

do quarto trimestre de 2008, e previa uma avaliação da aplicação dos acordos complementares abrangidos pela decisão, no final de uma posição quase monopolista (70% de quota de mercado), que está longe de não ter impacto no resto da zona UEMOA no seu conjunto.

Assim, após um exame preciso e rigoroso de cada uma das condições previstas na legislação comunitária aplicável, a Comissão concluiu que a transação não conduziria à criação, e muito menos ao reforço, de qualquer posição dominante, pelo que deveria ser autorizada.

„Da análise de todo o processo, conclui-se que a apreciação do mérito do pedido deve basear-se não só em critérios jurídicos, mas também em critérios económicos, que fazem parte do controlo das concentrações que a Comissão deve efetuar.

Contrariamente à afirmação dos recorridos segundo a qual "a legalidade da decisão deve ser apreciada unicamente à luz dos critérios jurídicos enunciados nos textos aplicáveis ao controlo das concentrações na UEMOA", os critérios económicos são indispensáveis para determinar a posição dominante das empresas implicadas na fusão.

Relativamente a estes aspectos, é de salientar que a Comissão da UEMOA é institucionalmente o perito designado em matéria de concorrência na UEMOA e que tomou a sua decisão com base em todos os elementos pertinentes e, nomeadamente, nos relatórios de estudo e nas estatísticas do comércio externo de que a Comissão dispõe, nas informações obtidas dos países na sequência da publicação pela Comissão do projeto de concentração e nos elementos de apreciação retirados do relatório de estudo do Banco de Desenvolvimento da África Ocidental (BOAD) de abril de 2008, bem como na consulta do Comité Consultivo da Concorrência.

A Comissão da UEMOA não é obrigada a efetuar ela própria as investigações necessárias para verificar as declarações contidas nos processos das empresas que solicitam a possibilidade de efetuar investigações. A Comissão avalia a oportunidade de o fazer. De acordo com as disposições que regem o controlo das concentrações, a Comissão da UEMOA deve basear a sua decisão no processo apresentado pelas empresas em causa. Por conseguinte, ao atuar desta forma, não violou as obrigações da Comissão da UEMOA.

que decorrem das disposições comunitárias relativas ao controlo das concentrações.

De facto, dispunha de informações suficientes para avaliar e determinar se as empresas detinham ou não uma posição dominante e se esta posição dominante tinha ou não um impacto significativo na concorrência no mercado comum e, sobretudo, no impacto da concentração autorizada.

Está estabelecido que o controlo das concentrações é efectuado a priori sobre a situação futura do mercado, a fim de determinar se a concentração é suscetível de prejudicar a concorrência, nomeadamente através da criação ou do reforço de uma posição dominante ou da criação de um poder de compra suscetível de colocar os fornecedores numa situação de dependência económica, e também para determinar se a operação contribui suficientemente para o progresso económico para compensar o prejuízo causado à concorrência.

O argumento de que a decisão deve ser anulada pelo facto de a Comissão não ter dado início a um procedimento contraditório em conformidade com as disposições dos artigos

15.3 e 16 do Regulamento n.º 03/2002/CM/UEMOA, quando a SUNEOR manifestou as suas reservas, não é operativo, uma vez que o n.º 3 do artigo 15.º do Regulamento prevê que **a Comissão pode**, se tiver dúvidas quanto à compatibilidade dos acordos e decisões com práticas concertadas no mercado comum, decidir dar início a um procedimento contraditório. O procedimento contraditório previsto no artigo 16º não é obrigatório. Trata-se apenas de uma opção deixada ao critério da Comissão, que só o inicia quando tem dúvidas após ter examinado as informações fornecidas no processo. No caso em apreço, a Comissão rodeou-se de garantias estatísticas e económicas e, com base em argumentos jurídicos, tomou a sua decisão em conformidade com as disposições do Regulamento nº 03/002/CM/UEMOA.

Ao examinar o pedido de certificado negativo apresentado pela UNILEVER e outros, a Comissão verificou os dois aspectos fundamentais do controlo das concentrações, ou seja, a existência de uma posição dominante por parte das empresas envolvidas na operação e o prejuízo para a concorrência efectiva no mercado comum.

A decisão da Comissão baseia-se objetivamente nos elementos de prova pertinentes fornecidos pelas empresas requerentes, no relatório BOAD 2008 e no parecer do

Comité Consultivo da Concorrência, composto por membros nacionais dos oito (8) Estados da União, dois (2) de cada Estado.

Por seu lado, os recorrentes não apresentaram elementos de prova suficientes que diferissem dos que a Comissão possuía, nem invocaram qualquer fundamento pertinente para justificar a anulação da decisão impugnada.

Afigura-se, por conseguinte, que a referida decisão foi tomada em conformidade com as disposições comunitárias em matéria de concorrência e, nomeadamente, com o Regulamento nº 03/2002 de 23 de maio de 2002.

Por último, a alegação de nulidade da peritagem anteriormente solicitada pelos recorrentes e efectuada ao abrigo de uma decisão prejudicial, ou mesmo a pertinência de uma segunda peritagem, não foi suficientemente demonstrada pelos recorrentes.

Com efeito, nos termos da missão confiada a Lazareff le Bars, o perito nomeado pelo despacho de 19 de outubro de 2012, conclui:

"Pode indicar:

- 1- diferenças de preço entre o óleo de palma e outros óleos de substituição: o preço do óleo de palma é inferior ao de outros substitutos.
- 2- Sobre a determinação da existência e da importância das importações asiáticas de óleo de palma nos preços práticos: as importações asiáticas de óleo de palma são muito significativas e maioritárias na Costa do Marfim; no entanto, estas importações manter-se-ão relativamente ao Senegal. É difícil medir o impacto destas importações nos preços, uma vez que não existe rastreabilidade do óleo de palma importado. Não há qualquer indicação sobre se o óleo de palma proveniente da Ásia é refinado para venda aos consumidores dos países em causa ou reexportado para outros países da zona UEMOA, e a que preço. Por conseguinte, o perito não pode, com base nos dados fornecidos, determinar o impacto destas importações da Ásia nos preços praticados.
- 3- Determinar se houve abuso da posição dominante das empresas beneficiárias: à luz da análise da quota de mercado das empresas beneficiárias, é evidente que houve abuso da posição dominante das

empresas beneficiárias.

Com base na definição de mercado e nos critérios adicionais, a criação ou o reforço de uma posição dominante não é estabelecida no mercado de óleos vegetais da UEMOA. Não existe qualquer impedimento significativo ao exercício de uma concorrência efectiva na zona UEMOA".

Esta conclusão apoia todas as alegações dos arguidos e, além disso, satisfaz o juiz na sua apreciação dos elementos do processo que lhe foi submetido.

É também jurisprudência assente que "a irregularidade de uma peritagem (relativa às condições em que foi ordenada ou à forma como foi efectuada) não impede que o relatório do perito seja conservado pelo juiz como prova".

Além disso, o juiz não está de modo algum vinculado aos resultados das diligências de investigação, nomeadamente dos relatórios dos peritos, uma vez que mantém a sua liberdade de apreciação dos factos.

Tanto a doutrina como a jurisprudência estão de acordo quanto à liberdade de apreciação do juiz. Esta liberdade, sem ser arbitrária, exige do juiz o cumprimento de três obrigações:

- se não estiver vinculado ao resultado das transacções, não pode rejeitá-las devido à sua má interpretação ou distorção;
- deve ordenar as medidas necessárias para garantir que o caso seja totalmente investigado;
- deve recusar ou abster-se de ordenar medidas, nomeadamente peritagens, que seriam "frustrantes" por serem inúteis.

luz destes princípios, os pedidos apresentados pelos recorrentes carecem de pertinência. Não devem ser deferidos.

SOBRE DESPESAS

Nos termos do artigo 60.o do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas. Uma vez que os recorrentes foram vencidos, devem ser condenados nas despesas.

P A R C E S M O T I F O S

Acórdão publicamente contraditoriamente em em de e
em acções de anulação ;

Em forma :

- declara-se competente ;
- As candidaturas da SUNEOR SA, da SODEFITEX SA, da SN CITEC SA, da NIOTO SA e da SOCOMA SA são consideradas admissíveis;

Em segundo plano:

- declara que o pedido não tem fundamento;
- As despesas serão suportadas pelas sociedades recorrentes nos termos do artigo 60.o ,n.o 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Justiça.

Assim feita, julgada e pronunciada em audiência pública em Ouagadougou nos dias, meses e ano acima referidos.

E assinada pelo Presidente e pelo Escrivão.

Seguem-se as assinaturas ilegíveis.

Ouagadougou, 03 de outubro de

2018 O Escrivão Adjunto

Hamidou YAMEOGO