

A – Actividade do Tribunal de Primeira Instância em 2003

pelo Presidente Bo Vesterdorf

Os dados estatísticos relativos à actividade judiciária do Tribunal de Primeira Instância em 2003 confirmam o aumento regular do número de processos novos (466, contra 411 em 2002), a estagnação do número de processos decididos (339, contra 331 em 2002) e, automaticamente, o crescimento do número de processos pendentes.

O aumento do número de processos registados pode observar-se em todos os domínios do contencioso. Proporcionalmente, os processos relativos a duas matérias específicas, a saber, o contencioso da função pública comunitária e o da propriedade intelectual, representam (excluindo procedimentos específicos) mais de 50% do contencioso que deu entrada no Tribunal de Primeira Instância. Com 100 processos novos em 2003, contra 83 em 2002, o registo das marcas comunitárias alimenta um contencioso em aumento constante ¹. Mas é o contencioso da função pública que, com 124 processos novos este ano, ocupa o primeiro lugar da actividade do Tribunal de Primeira Instância.

A estes dados acresce uma realidade não quantificável, mas, contudo, agora evidente: os processos apresentados no Tribunal de Primeira Instância são cada vez mais complicados e requerem do juiz uma análise sempre mais aprofundada de *dossiers* elaborados por advogados especializados.

A combinação destes elementos, de que resulta um aumento do número de processos pendentes – que ronda o patamar dos 1 000 processos –, justifica plenamente que sejam introduzidas algumas reformas do sistema judiciário tornadas possíveis pelo Tratado de Nice, designadamente a possibilidade de se criarem secções jurisdicionais encarregadas de conhecer em primeira instância certas categorias de recursos em matérias específicas (artigo 225.º A CE).

Um primeiro passo neste sentido foi já dado pela Comissão que, em Novembro de 2003, apresentou uma proposta de decisão do Conselho que institui o tribunal da função pública europeia. O processo legislativo está em curso.

A duração média dos processos decididos em 2003 (excluindo o contencioso da função pública e o da propriedade intelectual) é semelhante ao do ano passado, apesar do tratamento acelerado de que beneficiaram certos processos de concorrência.

¹ Deve salientar-se que nenhum recurso foi ainda interposto de uma decisão de uma Câmara de Recurso do Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) adoptada no domínio dos desenhos ou modelos comunitários.

Por fim, pode observar-se que o número de pedidos destinados a obter um tratamento acelerado diminuiu sensivelmente, passando de 25 em 2002 para 13 em 2003. Se se considerarem globalmente os pedidos de tramitação acelerada e os pedidos de medidas provisórias (39 pedidos de medidas provisórias apresentados em 2003), a situação aproxima-se muito da de 2001, ano ao longo do qual foram registados 12 pedidos de tramitação acelerada ² e 37 pedidos de medidas provisórias. A existência de um contencioso de urgência é, portanto, um dado constante para o futuro.

As orientações da jurisprudência estão contidas nos desenvolvimentos que se seguem. Estruturadas em três partes diferentes, abordam, sucessivamente, sem pretenderem ser exaustivas e tendo em conta, necessariamente, a importância quantitativa de cada um dos contenciosos em causa, o contencioso da legalidade (I), o da indemnização (II) e o das medidas provisórias (III).

I. Contencioso da legalidade

A apreciação do mérito de um recurso implica que este seja admissível. A apresentação dos acórdãos que abordaram a questão da admissibilidade dos recursos de anulação (B) precederá, portanto, a dos aspectos essenciais de direito substantivo (C a J). Estes últimos são expostos no âmbito da matéria a que dizem respeito. Nem todos os domínios do contencioso da competência do Tribunal são considerados nos desenvolvimentos que se seguem, que não revestem, portanto, carácter exaustivo.

Certas questões de ordem processual serão, pela primeira vez, consideradas numa rubrica específica (A), merecendo as precisões que algumas decisões comportam ser salientadas.

A. Aspectos processuais

1. Quanto ao conhecimento oficioso de um fundamento

No acórdão de 28 de Janeiro de 2003, *Laboratoires Servier/Comissão* (T-147/00, Colect., p. II-85; recurso pendente no Tribunal de Justiça, processo C-156/03 P), o Tribunal anulou uma decisão da Comissão sobre a revogação da autorização de introdução no mercado de certos medicamentos, baseando-se num fundamento de ordem pública de que conheceu oficiosamente. Neste contexto, o Tribunal recorda que a incompetência da instituição que adoptou o acto impugnado é um fundamento de anulação de ordem pública que deve ser conhecido oficiosamente pelo juiz comunitário. A relação existente entre o poder de o juiz comunitário conhecer oficiosamente um fundamento e o carácter de ordem pública do fundamento foi

² A possibilidade de se decidir quanto ao mérito do litígio de acordo com uma tramitação acelerada está prevista no Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, desde 1 de Fevereiro de 2001.

confirmada nos acórdãos de 25 de Fevereiro de 2003, *Strabag Benelux/Conselho* (T-183/00, Colect., p. II-135, n.º 137; recurso pendente no Tribunal de Justiça, processo C-186/03 P), e de 23 de Setembro de 2003, *Henkel/IHMI – LHS (UK) (KLEENCARE)* (T-308/01, ainda não publicado na Colectânea, n.º 34).

2. Quanto ao alcance dos direitos reconhecidos aos intervenientes

O Estatuto do Tribunal de Justiça prevê que as conclusões do pedido de intervenção devem limitar-se a sustentar as conclusões de uma das partes, e o Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância indica que o interveniente aceita o processo no estado em que este se encontra no momento da sua intervenção (artigo 116.º, n.º 3). Pôs-se a questão de saber se um interveniente pode suscitar um fundamento que não foi suscitado pela parte cujas conclusões apoia. Nos acórdãos de 3 de Abril de 2003, *BaByliss/Comissão* (T-114/02, Colect., p. II-1288, a seguir «acórdão *BaByliss*») e *Royal Philips Electronics/Comissão* (T-119/02, Colect., p. II-1442, a seguir «acórdão *Philips*»), o Tribunal responde claramente pela negativa ao considerar que se é permitido a um interveniente apresentar novos argumentos ou argumentos diferentes dos da parte que apoia, sob pena de a sua intervenção se limitar a repetir os argumentos invocados na petição, não se pode admitir que estas disposições lhe permitam alterar ou deformar o quadro do litígio definido na petição, invocando novos fundamentos.

3. Quanto às despesas

A menção de uma questão relativa às despesas num relatório anual é excepcional. Contudo, a importância da mensagem do Tribunal no acórdão de 30 de Setembro de 2003, *Atlantic Container Line e o./Comissão* (T-191/98, T-212/98 a T-214/98, ainda não publicado na Colectânea, a seguir «acórdão *TACA*»), merece ser sublinhada na falta de disposição jurídica vinculativa que limite o volume dos articulados e dos documentos apresentados em apoio de um recurso de anulação.

Com efeito, ainda que acolhendo parcialmente, neste processo, o recurso de anulação, o Tribunal condenou cada uma das partes a suportar as suas próprias despesas, dado que a extensão dos articulados dos recorrentes contribuiu para aumentar inutilmente as despesas da Comissão. Foi salientado que as quatro petições apresentadas pelos recorrentes, bem como os respectivos anexos, revestiam um carácter inabitualmente volumoso, atingindo, cada uma das petições, cerca de 500 páginas e representando os anexos uma centena de *dossiers*, e que tinham suscitado um número abusivamente elevado de fundamentos, que eram, na maior parte, infundados.

B. Admissibilidade dos recursos interpostos nos termos do artigo 230.º CE

Nos termos do artigo 230.º, quarto parágrafo, CE, «[q]ualquer pessoa singular ou colectiva pode interpor [...] recurso das decisões de que seja destinatária e das decisões que, embora tomadas sob a forma de regulamento ou de decisão dirigida a outra pessoa, lhe digam directa e individualmente respeito».

1. Actos susceptíveis de recurso

Para determinar se um acto é susceptível de recurso de anulação, há, por um lado, que atentar não na sua forma mas na sua substância e, por outro, que verificar se produz efeitos jurídicos obrigatórios susceptíveis de afectar os interesses do recorrente, alterando de forma caracterizada a sua situação jurídica.

Foi em consideração a estas duas regras que o Tribunal negou, várias vezes, o carácter impugnável a certos actos.

Em primeiro lugar, o Tribunal decidiu que as decisões de a Comissão propor uma acção civil contra certos fabricantes americanos de cigarros, num órgão jurisdicional dos Estados Unidos da América, não constituíam actos impugnáveis. No seu acórdão de 15 de Janeiro de 2003, *Philip Morris International e o./Comissão* (T-377/00, T-379/00, T-380/00, T-260/01 e T-272/01, Colect., p. II-1; recurso pendente no Tribunal de Justiça, processos C-131/03 P e C-146/03 P), o Tribunal considerou, efectivamente, que a decisão de se intentar uma acção judicial não alterava, por si só, a situação jurídica em causa, tendo somente por efeito o início de um processo que tem por objectivo obter uma alteração desta situação através de uma decisão judicial. Observando embora que a propositura de uma acção judicial pode produzir, de pleno direito, certas consequências, considera que tal não determina, por si só, de maneira definitiva, as obrigações das partes em litígio e que a determinação definitiva destas obrigações só resulta da decisão do juiz. Precisa-se que esta apreciação tanto vale para a instauração do processo no tribunal comunitário como nos órgãos jurisdicionais dos Estados-Membros e mesmo de Estados terceiros, como os Estados Unidos.

Em segundo lugar, um processo referiu-se à questão de saber se a declaração da presidente do Parlamento Europeu, feita na sessão plenária de 23 de Outubro de 2000, de que, nos termos do artigo 12.º, n.º 2, do Acto relativo à eleição dos representantes ao Parlamento Europeu por sufrágio universal directo ³, anexo à decisão do Conselho de 20 de Setembro de 1976, «o Parlamento [...] regista a notificação do Governo francês, constatando a perda de mandato de Jean-Marie le Pen», constituía um acto impugnável. A resposta a esta questão é negativa. No seu acórdão de 10 de Abril de 2003, *Le Pen/Parlamento* (T-353/00, Colect., p. II-1731; recurso pendente no Tribunal de Justiça, processo C-208/03 P), o Tribunal considera

³ JO 1976, L 278, p. 5.

que a intervenção do Parlamento Europeu, a título do artigo 12.º, n.º 2, primeiro parágrafo, do referido acto, se limita a registar a verificação, já feita pelas autoridades nacionais, da vacatura do lugar do recorrente. Considera-se, conseqüentemente, que a declaração da presidente do Parlamento Europeu não se destinava a produzir efeitos jurídicos próprios, distintos dos do Decreto do Primeiro-Ministro francês, de 31 de Março de 2000, que declarava que a inelegibilidade do recorrente punha fim ao seu mandato de representante ao Parlamento Europeu.

Em terceiro lugar, resulta do acórdão de 17 de Junho de 2003, *Coe Clerici Logistics/Comissão* (T-52/00, ainda não publicado na Colectânea), que uma carta da Comissão que arquiva uma denúncia de uma empresa, com base nos artigos 82.º CE e 86.º CE, não é, em princípio, um acto susceptível de recurso de anulação. Recordando que o exercício do poder de apreciação da Comissão no que se refere à compatibilidade das medidas estatais com as regras do Tratado, conferido pelo artigo 86.º, n.º 3, CE, não está ligado a uma obrigação de intervenção por parte desta instituição, o Tribunal considera que as pessoas singulares ou colectivas que pedem à Comissão para intervir nos termos desta disposição do Tratado não gozam, em princípio, do direito de recorrer da decisão da Comissão de não fazer uso das prerrogativas de que goza nos termos desse artigo. Conclui, no caso em apreço, que a recorrente não pode interpor recurso de anulação do acto através do qual a Comissão decidiu não fazer uso dos poderes que lhe são conferidos pelo artigo 86.º, n.º 3, CE. Contudo, tendo a recorrente invocado, na audiência, o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Janeiro de 2002, *max.mobil/Comissão* (T-54/99, Colect., p. II-313; recurso pendente no Tribunal de Justiça, processo C-141/02 P) (comentado no *Relatório Anual de 2002*), o Tribunal acrescentou que, «admitindo que o acto impugnado, na medida em que se refere à violação conjugada dos artigos 82.º CE e 86.º CE, deva ser qualificado de decisão de indeferimento da denúncia» na acepção do acórdão já referido, deve considerar-se que a recorrente, enquanto autora da denúncia e destinatária dessa decisão, tem legitimidade para interpor o recurso. No caso em apreço, o carácter admissível do recurso não teve influência na resolução do litígio, uma vez que o Tribunal lhe negou provimento quanto ao mérito.

Em quarto lugar, os despachos do Tribunal de Primeira Instância de 9 de Julho de 2003 (*Commerzbank/Comissão*, T-219/01, *Dresdner Bank/Comissão*, T-250/01, e *Reisebank/Comissão*, T-216/01, ainda não publicados na Colectânea) têm a sua origem na contestação de decisões do auditor, adoptadas ao abrigo do artigo 8.º da Decisão 2001/462/CE, CECA da Comissão, de 23 de Maio de 2001, relativa às funções do auditor em determinados processos de concorrência ⁴, que recusam a vários bancos objecto de inquéritos administrativos – destinados a demonstrar a sua participação num acordo contrário ao artigo 81.º CE – o acesso às informações relativas às circunstâncias que conduziram ao arquivamento de certos procedimentos administrativos iniciados contra outros bancos, também postos em causa pela Comissão. Em cada um dos três processos, o Tribunal considera que a decisão do

⁴ JO L 162, p. 21

auditor, em si mesma, só produz efeitos limitados, próprios de uma medida intermédia inserida no âmbito do procedimento administrativo iniciado pela Comissão, não sendo, portanto, susceptível de justificar, antes do termo do processo, a admissibilidade do recurso. De onde resulta que a eventual violação do direito de defesa constituído por esta recusa, susceptível de tornar ilegal o procedimento administrativo, só pode ser utilmente invocada no âmbito do recurso interposto da decisão final que declara a infracção do artigo 81.º CE.

Em último lugar, no domínio dos auxílios de Estado, o Tribunal teve ocasião de precisar a jurisprudência sobre o carácter impugnável das decisões de abertura do procedimento formal de exame previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE. Com efeito, diferentemente do que se passa com as decisões de abertura do procedimento formal de exame no que toca a medidas qualificadas provisoriamente de auxílios novos, que implicam efeitos jurídicos autónomos relativamente à decisão final que preparam (acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Abril de 2002, *Government of Gibraltar/Comissão*, T-195/01 e T-207/01, Colect., p. II-2309, e de 23 de Outubro de 2002, *Territorio Histórico de Guipúzcoa e o./Comissão*, T-269/99, T-271/99 e T-272/99, Colect., p. II-4217, e *Territorio Histórico de Álava e o./Comissão*, T-346/99 a T-348/99, Colect., p. II-4259; comentados no *Relatório Anual de 2002*), a decisão de abertura do procedimento formal de exame, na origem do despacho de 2 de Junho de 2003, *Forum 187/Comissão* (T-276/02, ainda não publicado na Colectânea), qualificava o regime belga controvertido – o regime dos centros de coordenação – de regime de auxílios existentes. Constatando que tal decisão não produz os efeitos jurídicos autónomos que se prendem com o efeito suspensivo previsto no artigo 88.º, n.º 3, CE relativamente aos auxílios novos e constatando o carácter provisório da qualificação do regime em causa, o Tribunal conclui que a decisão impugnada, não produzindo qualquer efeito jurídico, não constitui um acto recorrível.

2. Interesse em agir

Um recurso de anulação interposto por uma pessoa singular ou colectiva só é admissível na medida em que o recorrente tenha interesse em que o acto impugnado seja anulado. Embora o interesse em agir não esteja expressamente previsto no artigo 230.º CE, é jurisprudência assente que o recorrente deve fazer prova do seu interesse em agir, precisando o Tribunal que se trata de uma condição primeira e essencial de qualquer acção judicial (despacho do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Abril de 2003, *Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke/Comissão*, T-167/01, Colect., p. II-1875) e que, na falta de interesse em agir, não há que analisar se a decisão impugnada diz directa e individualmente respeito ao recorrente, na acepção do artigo 230.º, quarto parágrafo, CE (acórdão de 18 de Dezembro de 2003, *Olivieri/Comissão e Agência Europeia de Avaliação de Medicamentos*, T-326/99, ainda não publicado na Colectânea).

Este interesse deve ser efectivo e actual e aprecia-se no momento da interposição do recurso. Quando o interesse invocado pelo recorrente se refere a uma situação

jurídica futura, o recorrente deve provar que a violação desta situação já se revela certa. Não demonstra tal interesse o recorrente que pede a anulação de uma decisão dirigida a um Estado-Membro que ordena a esse Estado a recuperação de um auxílio estatal junto de várias sociedades, quando, contrariamente às alegações do recorrente, esta decisão não lhe impõe qualquer obrigação solidária de reembolso do auxílio controvertido (despacho *Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke/Comissão*, já referido).

Não demonstra, também, interesse em agir o recorrente que pede a anulação de uma decisão da Comissão que autoriza a comercialização de um medicamento, quando as informações científicas que transmitiu à Agência Europeia de Avaliação de Medicamentos, por um lado, justificaram a reabertura do procedimento de avaliação e, por outro, foram examinadas e tidas em conta no âmbito deste procedimento (acórdão *Olivieri/Comissão*, já referido).

3. Legitimidade para agir

A legitimidade para agir é reconhecida ao recorrente que demonstrar que o acto impugnado, de que não é o destinatário, lhe diz directa e individualmente respeito.

É pacífico, hoje, que um acto comunitário diz directamente respeito a um particular se produzir efeitos directos na situação jurídica do interessado e se a sua aplicação revestir um carácter puramente automático e resultar apenas da regulamentação comunitária, sem aplicação de outras regras intermediárias. Várias decisões proferidas em 2003 constituem casos de aplicação desta interpretação consolidada (despacho de 6 de Maio de 2003, *DOW AgroSciences/Parlamento e Conselho*, T-45/02, ainda não publicado na Colectânea; acórdão *Philips* e acórdãos de 30 de Setembro de 2003, *Sony Computer Entertainment Europe/Comissão*, T-243/01, e *Cableuropa e o./Comissão*, T-346/02 e T-347/02, ainda não publicados na Colectânea).

A tónica será, portanto, colocada essencialmente na afectação individual dos recorrentes. Recorde-se que, após o acórdão de 25 de Julho de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Conselho* (C-50/00 P, Colect., p. I-6677), no qual o Tribunal de Justiça confirmou a sua interpretação do conceito de pessoa individualmente atingida, o Tribunal de Primeira Instância passou a examinar a admissibilidade dos recursos de anulação tendo em conta a interpretação do Tribunal de Justiça e, portanto, deixou de seguir a interpretação diferente que tinha adoptado no acórdão de 3 de Maio de 2002, *Jégo-Quéré/Comissão* (T-177/01, Colect., p. II-2365; recurso pendente no Tribunal de Justiça, processo C-263/02 P) (v. *Relatório Anual de 2002*).

Foi, consequentemente, por referência à fórmula consagrada no acórdão de 15 de Julho de 1963, *Plaumann/Comissão* (25/62, Colect. 1962-1964, p. 279), que o Tribunal apreciou a noção de pessoa individualmente afectada. Assim, uma pessoa singular ou colectiva não pode ser considerada individualmente afectada por um acto de que não é destinatária, a menos que seja atingida em razão de determinadas qualidades que

lhe são próprias ou de uma situação de facto que a caracterize relativamente a qualquer outra pessoa, individualizando-a, por isso, de forma idêntica à de um destinatário.

Para fins de clareza da exposição, far-se-á a distinção consoante os actos impugnados sejam verdadeiras decisões ou actos de alcance geral.

a) *Decisões*

a.1) *Decisões de aprovação no domínio das concentrações de empresas*

O Tribunal declarou admissíveis, por várias vezes, recursos de anulação das decisões de aprovação de operações de concentração interpostos por pessoas colectivas que não eram partes na concentração (acórdãos *BaByliss*, de 8 de Julho de 2003, *Verband der freien Rohrwerke e o./Comissão*, T-374/00, ainda não publicado na Colectânea, e de 30 de Setembro de 2003, *ARD/Comissão*, T-158/00, ainda não publicado na Colectânea).

Em Janeiro de 2002, a Comissão aprovou, sem abrir a segunda fase de exame, a retoma de certos activos da Moulinex pela SEB, mediante certas condições. A BaByliss e a Philips contestaram esta decisão no Tribunal de Primeira Instância. No acórdão *BaByliss*, o Tribunal examinou a admissibilidade do recurso e considerou que a BaByliss não era destinatária da decisão, dizendo-lhe esta, no entanto, directa e individualmente respeito. A este propósito, o Tribunal considerou: i) a participação activa da BaByliss no procedimento, concretizada através de contribuições escritas e orais transmitidas à Comissão; ii) o estatuto de concorrente potencial da BaByliss nos mercados oligopolistas caracterizados, nomeadamente, por elevadas barreiras à entrada, resultantes da grande fidelidade à marca, bem como pela dificuldade de acesso ao comércio a retalho; e iii) o interesse da BaByliss no resgate da Moulinex ou, pelo menos, de alguns dos seus activos, concretizado através de várias ofertas de retoma. É, portanto, aceite que um concorrente potencial das partes numa concentração seja admitido, em certas circunstâncias, a pedir a anulação de uma decisão de aprovação no caso de mercados oligopolistas.

A decisão da Comissão, de 21 de Março de 2000, que aprova mediante condições, mas sem abertura da fase II, a operação de concentração através da qual a BSKyB e a KVV adquiriram o controlo comum da sociedade KirchPayTV – activa no mercado da televisão paga na Alemanha – tinha sido contestada pela ARD, uma sociedade activa no mercado da televisão gratuita. Pelo acórdão *ARD/Comissão*, já referido, o Tribunal considera que a decisão controvertida diz não só directa como individualmente respeito à ARD. A este propósito, o Tribunal atenta, por um lado, na participação activa da ARD no procedimento administrativo, tendo a empresa sido convidada pela Comissão a apresentar as suas observações, e tendo estas observações determinado, em parte, o conteúdo da decisão impugnada assim como a natureza dos

compromissos e, por outro lado, a afectação específica da posição da ARD, que não está presente nos mercados em que a empresa em posição de monopólio vê a sua posição reforçada pela concentração, mas apenas nos mercados vizinhos, a montante ou a jusante.

a.2) Decisão de remessa a uma autoridade nacional no domínio das concentrações de empresas

O artigo 9.º do Regulamento n.º 4064/89⁵ permite, em certas condições, a remessa às autoridades competentes de um Estado-Membro do exame de um caso de concentração notificada. Em dois acórdãos, os recursos de anulação de uma decisão de remessa às autoridades nacionais ao abrigo desta disposição foram declarados admissíveis. O primeiro processo tem a sua origem na decisão de a Comissão remeter às autoridades francesas da concorrência a operação de concentração entre a SEB e a Moulinex, no que respeita aos mercados franceses de pequenos aparelhos electrodomésticos, com vista à aplicação da legislação nacional (acórdão *Philips*). No segundo processo, o exame da concentração que consistia numa integração da Vía Digital e da Sogeclobe foi remetida às autoridades espanholas (acórdão *Cableuropa e o./Comissão*, já referido).

Resulta destes acórdãos que a individualização dos recorrentes pode, nomeadamente, resultar de duas categorias de circunstâncias.

Em primeiro lugar, considera-se que a decisão de remessa diz individualmente respeito à recorrente quando uma decisão de aprovação eventualmente tomada pela Comissão na falta de remessa lhe dissesse individualmente respeito. Verifica-se assim, portanto, se, caso não tivesse havido remessa às autoridades nacionais, a recorrente podia contestar as apreciações da Comissão a respeito dos efeitos da concentração nos mercados em causa no Estado-Membro em causa. A qualidade de concorrente (potencial no acórdão *BaByliss* e actual no acórdão *Cableuropa e o./Comissão*) e a intervenção activa da recorrente ao longo do processo que precedeu a remessa constituem elementos de apreciação pertinentes.

Em segundo lugar, considera-se que ela é individualmente afectada pela decisão de remessa, quando esta decisão a priva do benefício das garantias processuais reconhecidas pelo Regulamento n.º 4064/89 (artigo 18.º, n.º 4) aos terceiros que disponham de interesse suficiente (acórdão *Cableuropa/Comissão*).

b) *Actos de alcance geral*

b.1) Regulamento

⁵ Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas (JO L 395, p. 1).

No seu acórdão *Sony Computer Entertainment Europe/Comissão*, já referido, o Tribunal declarou admissível o recurso de anulação de um regulamento da Comissão relativo à classificação de certas mercadorias na Nomenclatura Combinada. No caso em apreço, o Tribunal reconhece, como já tinha sido decidido, que os regulamentos da Comissão referentes à classificação de certas mercadorias na Nomenclatura Combinada têm alcance geral. Baseando-se num conjunto de elementos, considera, contudo, que tal regulamento diz individualmente respeito à sociedade Sony Computer Entertainment Europe, uma vez que foi ela que esteve na origem do procedimento administrativo que levou à adopção do regulamento relativo à classificação pautal do produto que importa na Comunidade – a consola PlayStation®2 –, que esta é a única empresa que, na sequência da adopção do regulamento, foi afectada na sua posição jurídica, que o regulamento impugnado diz especificamente respeito à classificação da consola PlayStation®2 que ela importa, que, no momento da entrada em vigor deste regulamento, não existiam outros produtos com características idênticas e que a recorrente é a única importadora autorizada deste produto na Comunidade.

b.2) Directiva

A Directiva 2002/2/CE⁶ institui um novo regime de rotulagem para os alimentos compostos para animais, destinado a fornecer informações mais detalhadas sobre a composição destes alimentos. Uma empresa de nutrição animal, *Établissement Toulorge*, pediu a anulação desta directiva e uma indemnização por perdas e danos pretensamente sofridos. Por despacho de 21 de Março de 2003, *Établissements Toulorge/Parlamento e Conselho* (T-167/02, Colect., p. II-1114), o Tribunal julgou inadmissível o recurso de anulação porque a directiva não dizia individualmente respeito à recorrente.

Considerando que o carácter normativo da directiva não exclui que possa ser reconhecida, a um operador económico interessado, a qualidade para contestar a sua legalidade, o Tribunal considera, contudo, que, no caso em apreço, a recorrente não demonstrou que a directiva impugnada lhe dizia individualmente respeito. Efectivamente, a divulgação das fórmulas de composição dos alimentos não constitui uma violação da situação específica da recorrente, mas constitui uma obrigação que se impõe igualmente a todos os fabricantes de alimentos compostos. Assim, sem examinar a questão de saber se a directiva dizia directamente respeito à recorrente, o Tribunal julgou o recurso inadmissível.

Adoptando o mesmo raciocínio, o Tribunal concluiu que a Directiva 2002/58/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Julho de 2002, relativa ao tratamento de dados pessoais e à protecção da privacidade no sector das comunicações

⁶ Directiva 2002/2/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 28 de Janeiro de 2002, que altera a Directiva 79/373/CEE do Conselho relativa à circulação de alimentos compostos para animais e revoga a Directiva 91/357/CEE da Comissão (JO L 63, p. 23).

electrónicas⁷, não diz individualmente respeito ao fundador de um sítio Internet (despacho de 6 de Maio de 2003, *Vannieuwenhuyze-Morin/Parlamento e Conselho*, T-321/02, ainda não publicado na Colectânea).

b.3) Decisão

Apesar do seu teor, uma «decisão» pode ser considerada um acto de alcance geral. Como foi decidido pelo despacho *DOW AgroSciences/Parlamento e Conselho*, já referido, a Decisão n.º 2455/2001/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 20 de Novembro de 2001, que estabelece a lista das substâncias prioritárias no domínio da política da água e altera a Directiva 2000/60/CE⁸, não pode, apesar do seu título, ser considerada constitutiva de uma decisão na acepção do quarto parágrafo do artigo 230.º CE, na medida em que, adoptada pelo Parlamento e pelo Conselho no termo do processo de co-decisão (artigo 251.º CE), participa do carácter geral desta directiva e altera-lhe o teor ao completá-la com um anexo.

Este mesmo despacho julga inadmissível o recurso interposto por várias sociedades que operam no domínio do fabrico e da comercialização de duas substâncias referidas por esta decisão. Com efeito, o Tribunal afirma que tal decisão não pode dizer individualmente respeito às recorrentes, que não aleguem a violação de um direito exclusivo de propriedade intelectual sobre as substâncias identificadas pela decisão impugnada ou de um direito específico, que não demonstrem que esta decisão lhes causa um prejuízo excepcional e cuja situação particular não deva ser tida em conta pelos autores do acto no momento da sua adopção.

C. Regras da concorrência aplicáveis às empresas

A concorrência tem, uma vez mais, alimentado um contencioso rico em ensinamentos, por um lado, no domínio da aplicação dos artigos 81.º CE e 82.º CE e, por outro, no das concentrações de empresas.

É necessário, antes de mais, salientar que o volumoso acórdão *TACA* encerra, após a prolação dos acórdãos de 28 de Fevereiro de 2002, *Atlantic Container Line e o./Comissão* [T-395/94, Colect., p. II-875, relativo ao acordo Trans-Atlantic Agreement (a seguir «TAA»); v. o *Relatório Anual de 2002*], *Compagnie générale maritime e o./Comissão* (T-86/95, Colect., p. II-1011, relativo ao acordo FEFC; v. o *Relatório Anual de 2002*), e de 19 de Março de 2003, *CMA CGM e o./Comissão* (T-213/00, Colect., p. II-927, relativo ao acordo FETTCSA; recurso pendente no Tribunal de Justiça, processo C-236/03 P), e após o despacho de 4 de Junho de 2003, *European Council of Transport Users e o./Comissão* (T-224/99, ainda não publicado na

⁷ JO L 201, p. 37.

⁸ JO L 331, p. 1.

Colectânea), a série de processos relativos à legalidade das práticas das conferências marítimas no que respeita às disposições do Regulamento n.º 4056/86 do Conselho, que determina as regras de aplicação aos transportes marítimos dos artigos 81.º e 82.º do Tratado ⁹. Com o acórdão *TACA* (acrónimo de Trans-Atlantic Conference Agreement, um acordo celebrado em Julho de 1994 entre as quinze companhias marítimas que eram partes no TAA, do qual várias disposições tinham sido proibidas pela Comissão na sua decisão de 19 de Outubro de 1994 ¹⁰), o Tribunal não acolhe os fundamentos suscitados pelos recorrentes no que respeita às infracções do artigo 81.º CE e acolhe parcialmente os relativos às violações do artigo 82.º CE. Os contributos deste acórdão serão, devido à sua multiplicidade, retomados na maior parte das rubricas que seguem.

1. Contributos da jurisprudência no domínio dos artigos 81.º CE e 82.º CE

a) *Âmbito de aplicação pessoal*

Os acordos e práticas referidos pelos artigos 81.º CE e 82.º CE só são proibidos se tiverem sido celebrados ou executados por uma ou várias «empresas». No acórdão de 4 de Março de 2003, *FENIN/Comissão* (T-319/99, Colect., p. II-360; recurso pendente no Tribunal de Justiça, processo C-205/03 P), o Tribunal precisou que a noção de «empresa» não cobre as actividades de compra de produtos realizadas com vista a uma utilização no âmbito de uma actividade não económica.

A FENIN (Federación Nacional de Empresas de Instrumentación Científica, Médica, Técnica y Dental) é uma associação que reúne a maioria das empresas que comercializam produtos sanitários em Espanha, à qual os organismos que gerem o Sistema Nacional de Saúde Pública (SNS) compram produtos sanitários utilizados depois nos hospitais espanhóis. Em 26 de Agosto de 1999, a Comissão rejeitou uma denúncia da FENIN destinada a dar a conhecer o abuso de posição dominante que resultava, segundo esta última, do atraso médio de 300 dias com que os organismos que gerem o SNS pagavam as suas dívidas.

No acórdão proferido no recurso de anulação interposto pela FENIN desta decisão, o Tribunal começa por recordar que, no âmbito do direito comunitário da concorrência, o conceito de empresa abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de

⁹ Regulamento (CEE) n.º 4056/86 do Conselho, de 22 de Dezembro de 1986, que determina as regras de aplicação aos transportes marítimos dos artigos [81.º] e [82.º] do Tratado (JO L 378, p. 4), cujo artigo 1.º define conferência marítima como um grupo de transportadores marítimos exploradores de navios que assegura serviços internacionais regulares para o transporte de mercadorias numa linha ou em várias linhas particulares e que opera aplicando fretes uniformes ou comuns.

¹⁰ Decisão 94/980/CE da Comissão, de 19 de Outubro de 1994, relativa a um processo de aplicação do artigo [81.º] do Tratado (IV/34.446 – Acordo Transatlântico) (JO L 376, p. 1).

financiamento. Ora, precisa o Tribunal, este conceito de actividade económica caracteriza-se pela actividade consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado e não pela actividade de compra enquanto tal. Consequentemente, a fim de apreciar a natureza de uma actividade de compra, não se deve dissociá-la da utilização ulterior do produto adquirido, sendo o carácter da actividade de compra determinado pelo carácter económico ou não desta utilização ulterior.

O Tribunal recorda depois que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, as entidades que desempenham uma função exclusivamente social, assente no princípio da solidariedade e sem fins lucrativos, não são empresas (acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Fevereiro de 1993, *Poucet e Pistre*, C-159/91 e C-160/91, Colect., p. I-637).

Aplicando estes princípios às circunstâncias do caso em apreço, o Tribunal constata que o SNS é financiado através de contribuições sociais e oferece uma prestação gratuita de serviços aos seus beneficiários no âmbito de uma cobertura universal, de modo que funciona em conformidade com o princípio da solidariedade. Por conseguinte, o Tribunal julga que os organismos do SNS não podiam ser considerados empresas, na acepção dos artigos 81.º CE e 82.º CE, nem na sua actividade de gestão do SNS nem, consequentemente, na sua actividade de compra relativa a esta actividade de gestão. Por isso, o Tribunal, nega provimento ao recurso.

b) *Processo de concorrência e prazo razoável*

Na sequência de uma denúncia apresentada em 1991, a Comissão, por decisão de 26 de Outubro de 1999 ¹¹, aplicou à Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied et Technische Unie (a seguir «FEG e TU») coimas de 4,4 e 2,15 milhões de euros, respectivamente, por várias violações do artigo 81.º CE. Entre o recurso à Comissão e a decisão impugnada, passaram mais de oito anos. Ao longo do procedimento administrativo, a FEG e a TU queixaram-se do carácter excessivo da duração do inquérito. A Comissão, referindo-se à obrigação de adoptar num prazo razoável as suas decisões em matéria de concorrência (acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Dezembro de 1998, *Baustahlgewebe/Comissão*, C-185/95 P, Colect., p. I-8417, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 22 de Outubro de 1997, *SCK e FNK/Comissão*, T-213/95 e T-18/96, Colect., p. II-1739), reconheceu, na decisão impugnada, a «considerável» duração do procedimento administrativo e reduziu o montante das coimas aplicadas em 100 000 euros.

¹¹ Decisão 2000/117/CE da Comissão, de 26 de Outubro de 1999, em processo nos termos do artigo 81.º do Tratado CE – Processo IV/343.884 – Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied e Technische Unie (FEG e TU) (JO 2000, L 39, p. 1).

A FEG e a TU afirmaram no Tribunal que a violação do princípio do prazo razoável pela Comissão devia implicar a anulação da decisão impugnada ou, pelo menos, uma redução complementar do montante das coimas. Com efeito, as recorrentes queixaram-se da dificuldade de se defenderem provocada pela passagem do tempo e do prolongamento da incerteza quanto à sua sorte.

No seu acórdão de 16 de Dezembro de 2003, *Nederlandse Federatieve Vereniging voor de Groothandel op Elektrotechnisch Gebied e Technische Unie/Comissão* (T-5/00 e T-6/00, ainda não publicados na Colectânea), o Tribunal não acolhe estas denúncias, considerando que se a Comissão está obrigada a decidir num prazo razoável, a ultrapassagem desse prazo não justifica necessariamente a anulação da decisão que põe fim ao processo. Confirmando assim a jurisprudência «PVC II» (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Abril de 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão*, T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 e T-335/94, Colect., p. II-931; comentado no *Relatório Anual de 1999*), o Tribunal considera que a ultrapassagem do prazo razoável pela Comissão só pode constituir fundamento de anulação se afectar o direito de defesa das empresas em causa. Sendo o carácter excessivo do procedimento reconhecido pela Comissão, o Tribunal examina se, no caso em apreço, ofendeu o direito de defesa. Para tal, o Tribunal precisa que importa distinguir a fase de instrução anterior à comunicação das acusações e o resto do procedimento administrativo. Não havendo nenhuma acusação contra os interessados no âmbito da primeira fase, o seu prolongamento não pode violar o direito de defesa. Quanto à segunda fase, o Tribunal considera que o prazo de 23 meses entre a audição das partes e a decisão impugnada é considerável e imputável à inacção da Comissão.

Contudo, continua o Tribunal, o direito de defesa não foi afectado pela duração desta fase do procedimento. Neste contexto, observa designadamente que, enquanto a prescrição prevista no Regulamento n.º 2988/74¹² não estiver perfeita, o prolongamento da incerteza alegada pelas recorrentes quanto ao que lhes vai acontecer e quanto ao prejuízos à sua reputação é inerente aos procedimentos de aplicação do Regulamento n.º 17 e não constitui, em si mesmo, uma violação do direito de defesa.

O Tribunal nega também provimento aos pedidos de redução das coimas ligadas à duração do procedimento administrativo, considerando, no âmbito da sua competência de plena jurisdição, que as recorrentes não tinham fornecido qualquer justificação para uma redução suplementar à já concedida pela Comissão.

¹² Regulamento (CEE) n.º 2988/74 do Conselho, de 26 de Novembro de 1974, relativo à prescrição quanto a procedimentos e execução de sanções no domínio do direito dos transportes e da concorrência da Comunidade Económica Europeia (JO L 319, p. 1).

c) *Artigo 81.º CE*

c.1) Acordos proibidos

– Acordos horizontais

Os acordos horizontais de fixação dos preços são expressamente proibidos pelo artigo 81.º, n.º 1, CE. As decisões da Comissão que declaram a existência desses acordos e que lhes aplicam sanções foram largamente confirmadas.

Antes de mais, o acórdão *CMA CGM e o./Comissão*, já referido, confirma a decisão da Comissão de 16 de Maio de 2000 ¹³, na medida em que constata que o acordo entre as companhias marítimas que operam no tráfego Norte da Europa/Extremo Oriente, o *Far East Trade Tariff Charges and Surcharges Agreement*, ao prever a não concessão de descontos sobre os valores publicados das taxas e sobretaxas relativas a certos serviços, constitui uma infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE e ao artigo 2.º do Regulamento n.º 1017/68 ¹⁴, e que as condições de isenção deste acordo, nos termos do artigo 81.º, n.º 3, CE e do artigo 5.º do Regulamento n.º 1017/68, não estão preenchidas. Só o artigo do dispositivo relativo às coimas foi anulado.

Neste contexto, basta notar que o Tribunal, tal como a Comissão já tinha feito, considera que um acordo que proíbe a concessão de descontos nas taxas e sobretaxas, celebrado entre os membros de uma conferência marítima e companhias independentes, deve ser considerado um acordo horizontal de fixação colectiva dos preços, proibido não só pela letra do artigo 81.º, n.º 1, alínea a), CE e do artigo 2.º, alínea a), do Regulamento n.º 1017/68 como também pelo espírito do Regulamento n.º 4056/86.

Em seguida, os cinco acórdãos de 11 de Dezembro de 2003, *Marlines/Comissão* (T-56/99), *Ventouris/Comissão* (T-59/99), *Adriatica di Navigazione/Comissão* (T-61/99), *Srintzis Lines Shipping/Comissão* (T-65/99) e *Minoan Lines/Comissão* (T-66/99), ainda não publicados na Colectânea, confirmam, essencialmente, a decisão da Comissão de 1998 que declara um acordo contrário ao artigo 81.º CE no sector do transporte marítimo entre a Grécia e a Itália ¹⁵. Nesta decisão, a Comissão tinha constatado a existência de uma série de acordos e de práticas que fixavam os preços relativos aos serviços de *ferry roll-on/roll-off* entre os portos de Patras (Grécia) e

¹³ Decisão 2000/627/CE da Comissão, de 16 de Maio de 2000, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE [Processo IV/34.018 – *Far East Trade Tariff Charges and Surcharges Agreement* (FETTCSA)] (JO L 268, p. 1).

¹⁴ Regulamento (CEE) n.º 1017/68 do Conselho, de 19 de Julho de 1968, relativo à aplicação de regras de concorrência nos sectores dos transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável (JO L 175, p. 1).

¹⁵ Decisão 1999/271/CE da Comissão, de 9 de Dezembro de 1998, relativa a um processo de aplicação do artigo [81.º] do Tratado CE (IV/34.466 – *Ferries gregos*) (JO 1999, L 109, p. 24).

Ancona (Itália) e ao transporte de camiões nas linhas entre Patras e Bari (Itália) e Patras e Brindisi (Itália). Às sete sociedades que participaram nestas infracções foram aplicadas coimas num montante total de cerca de 9 milhões de euros. Cinco das sete sociedades a que foram aplicadas sanções pela Comissão pediram a anulação da decisão e a redução do montante das coimas. Excepto no que concerne às coimas aplicadas à Ventouris e à Adriática, que foram reduzidas devido a uma apreciação incorrecta da gravidade e do alcance das suas infracções respectivas, por parte da Comissão, foi negado provimento a todos os recursos.

O Tribunal considera que os factos em que se baseou a Comissão estão devidamente demonstrados. Contrariamente às alegações apresentadas pelas recorrentes, o Tribunal afirma que os comportamentos anticoncorrenciais em causa não lhes foram impostos pelas autoridades gregas e que, portanto, as recorrentes não estavam privadas de autonomia quando definiram as suas políticas tarifárias. O Tribunal confirma também que estes acordos falseiam a concorrência no mercado comum.

Por outro lado, salientar-se-á que o Tribunal considera que a Comissão não excedeu os seus poderes ao proceder a uma verificação nas instalações pertencentes a uma sociedade que não a destinatária da decisão de verificação. O Tribunal tem em consideração o facto de estas instalações serem utilizadas por esta última para o exercício das suas actividades comerciais e de poderem ser equiparadas às instalações comerciais da empresa destinatária da decisão.

Além disso, declara que a Comissão imputou, correctamente, acções e iniciativas de uma sociedade a uma outra, com personalidade jurídica distinta da primeira, uma vez que estas duas sociedades eram, respectivamente, o comitente e o seu representante comercial e formavam uma só e mesma unidade económica.

– Restrições verticais

No que respeita às restrições verticais, o Tribunal anulou duas decisões da Comissão ao aplicar a jurisprudência assente segundo a qual um comportamento unilateral, sem a participação expressa ou tácita de outra empresa, não é abrangido pelo artigo 81.º, n.º 1, CE.

Em primeiro lugar, no seu acórdão de 3 de Dezembro de 2003, *Volkswagen/Comissão* (T-208/01, ainda não publicado na Colectânea), o Tribunal anulou a decisão da Comissão ¹⁶ pela qual esta considerara que a Volkswagen tinha, em violação do n.º 1 do artigo 81.º CE, fixado os preços de venda do novo modelo Volkswagen Passat, exigindo aos seus concessionários alemães que não o vendessem abaixo do preço de

¹⁶ Decisão 2001/711/CE da Comissão, de 29 de Junho de 2001, relativa a um procedimento de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE (Processo COMP/F-2/36.693 — Volkswagen) (JO L 262, p. 14).

venda recomendado e que limitassem, ou até mesmo suprimissem, os descontos concedidos aos clientes.

O Tribunal recorda, antes de mais, a jurisprudência segundo a qual a Comissão não pode considerar que um comportamento unilateral de um fabricante, adoptado no quadro das suas relações contratuais com os seus revendedores, está, na realidade, na origem de um acordo anticoncorrencial, se não provar a existência de um consentimento, expresso ou tácito, por parte dos revendedores, da atitude adoptada pelo fabricante.

O Tribunal salienta, depois, que, no presente caso, a Comissão não demonstrou uma aquiescência efectiva dos concessionários às injunções da Volkswagen, quando delas tiveram conhecimento. A Comissão tinha, com efeito, considerado que tal prova não era necessária, uma vez que os concessionários teriam, ao assinarem o contrato de concessão, tacita e antecipadamente aquiescido a estas injunções.

O Tribunal constata, por fim, que a conformidade do contrato de concessão com o direito comunitário da concorrência, assinado pelos concessionários, não foi contestada. O Tribunal considera, portanto, que a posição da Comissão equivale a sustentar que um concessionário que tenha assinado um contrato de concessão em conformidade com o direito da concorrência é reputado ter, nesse momento e com essa assinatura, aceitado antecipadamente uma evolução posterior ilegal desse contrato, mesmo quando, devido precisamente à sua conformidade com o direito da concorrência, o referido contrato não podia permitir ao concessionário prever essa evolução. Não estando demonstrado o concurso de vontades entre a Volkswagen e os seus concessionários, o Tribunal anula a decisão da Comissão que aplica uma coima de 30,96 milhões de euros à Volkswagen.

Os mesmos princípios foram aplicados, em segundo lugar, no acórdão de 21 de Outubro de 2003, *General Motors Nederland e Opel Nederland/Comissão* (T-368/00, ainda não publicado na Colectânea; recurso pendente no Tribunal de Justiça, processo C-551/03 P), mas não acarretaram, neste processo, mais do que uma diminuição da coima aplicada pela Comissão.

A Opel Nederland, que assegura a venda, a importação, a exportação e o comércio grossista de veículos automóveis e de peças sobressalentes da marca Opel nos Países Baixos, tinha celebrado contratos de concessão com (aproximadamente) 150 concessionários autorizados. A regulamentação comunitária em matéria de distribuição automóvel¹⁷ não autoriza um produtor ou o seu importador a proibirem

¹⁷ V., em especial, o Regulamento (CEE) n.º 123/85 da Comissão, de 12 de Dezembro de 1984, relativo à aplicação do n.º 3 do artigo [81.º] do Tratado CE a certas categorias de acordos de distribuição e de serviço de venda e pós-venda de veículos automóveis (JO 1985, L 15, p. 16), substituído, a partir de 1 de Outubro de 1995, pelo Regulamento (CE) n.º 1475/95 da Comissão, de 28 de Junho de 1995 (JO L 145, p. 25).

que os concessionários forneçam produtos aos consumidores finais, aos seus intermediários autorizados ou a outros concessionários ligados à rede de distribuição deste produtor ou deste importador. Aplicando estes princípios, a Comissão tinha, por decisão de 20 de Setembro de 2000 ¹⁸, condenado a sociedade Opel Nederland a pagar uma coima de 43 milhões de euros por ter adoptado uma estratégia global destinada a restringir ou a impedir toda e qualquer venda à exportação a partir dos Países Baixos, incluindo esta estratégia três partes, a saber: em primeiro lugar, uma política de fornecimentos restritiva, em segundo, uma política de bónus restritiva e, em terceiro, uma proibição directa das exportações.

No seu acórdão, o Tribunal confirmou, essencialmente, a decisão da Comissão. Considera, contudo, que a Comissão não demonstrou suficientemente que a Opel Nederland tinha comunicado aos seus concessionários a medida da restrição dos fornecimentos previamente adoptada pela sua direcção, de modo que, *a fortiori*, também não se demonstrou que esta medida entrou no campo das relações contratuais que ligam a Opel Nederland aos seus concessionários.

Em contrapartida, o Tribunal considera que a Comissão demonstrou suficientemente, por um lado, que a política de bónus restritiva da Opel Nederland se inseria num conjunto de relações comerciais continuadas regidas por um acordo geral preestabelecido e que constituía, consequentemente, um acordo na acepção do artigo 81.º, n.º 1, CE e, por outro, que, na sequência das incitações da Opel Nederland, os concessionários em causa se tinham comprometido a não efectuar mais vendas à exportação.

Ainda que a infracção tenha sido, correctamente, qualificada de «muito grave», o Tribunal considera que o montante de base de 40 milhões de euros deve ser reduzido, porque a existência da medida de fornecimentos restritiva não foi demonstrada, o que eleva o montante final da coima para 35 475 000 euros.

No acórdão de 23 de Outubro de 2003, *Van den Bergh Foods/Comissão* (T-65/98, ainda não publicado na Colectânea; recurso pendente no Tribunal de Justiça, processo C-552/03 P), o Tribunal pronunciou-se sobre a compatibilidade com os artigos 81.º CE e 82.º CE dos acordos através dos quais a Van den Bergh Foods (a seguir «HB»), principal fabricante de gelados alimentares na Irlanda, fornece aos retalhistas de gelados irlandeses, arcas congeladoras para os gelados de impulso, na condição de estas serem utilizadas exclusivamente para armazenar os gelados da HB.

¹⁸ Decisão 2001/146/CE da Comissão, de 20 de Setembro de 2000, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE (Processo COMP/36.653 — Opel) (JO L 59, p. 1).

Numa decisão de 11 de Março de 1998 ¹⁹, a Comissão tinha considerado que estes acordos violavam os artigos 81.º CE e 82.º CE.

Decidindo sobre um fundamento baseado em erros manifestos de apreciação e numa violação do artigo 81.º, n.º 1, CE, o Tribunal declara que a cláusula de exclusividade em causa não constitui formalmente uma obrigação de compra exclusiva, na medida em que não impede os retalhistas de venderem produtos concorrentes dos da HB, na condição de as suas arcas congeladoras serem exclusivamente utilizadas para os seus produtos. O Tribunal considera que lhe incumbe, portanto, verificar, primeiro, se esta cláusula opera, de facto, como uma exclusividade imposta a determinados estabelecimentos, depois, se a Comissão quantificou correctamente o grau de compartimentação daí resultante e, por fim, se este grau de compartimentação é suficientemente elevado para constituir uma violação ao artigo 81.º, n.º 1, CE.

Apoiando-se numa jurisprudência consolidada, o Tribunal recorda, além disso, que, a fim de avaliar este grau de compartimentação, importa examinar, por um lado, se do conjunto dos acordos similares celebrados no mercado de referência e dos outros elementos do contexto económico e jurídico em que se enquadram os acordos em causa resulta que esses acordos têm por efeito cumulativo fechar o acesso a esse mercado aos novos concorrentes e, por outro, em caso de resposta afirmativa, se os acordos litigiosos contribuem para o efeito cumulativo produzido (acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Fevereiro de 1991, *Delimitis*, C-234/89, Colect., p. I-935, n.ºs 23 e 24, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Junho de 1995, *Langnese-Iglo/Comissão*, T-7/93, Colect., p. II-1533, n.º 99).

O Tribunal aplica depois estes princípios ao efectuar uma análise detalhada dos efeitos da cláusula controvertida. Entre outros elementos, constata que o facto de se pôr à disposição uma arca congeladora a título gracioso, a fama dos gelados HB, a extensão da sua gama de produtos e os lucros associados à sua venda são considerações muito importantes aos olhos dos retalhistas quando examinam a possibilidade de instalarem uma arca congeladora suplementar para vender uma segunda gama de produtos ou a possibilidade de denunciarem o seu contrato com a HB.

O Tribunal considera também que uma proporção significativa dos retalhistas está disposta a armazenar uma gama maior de produtos, não havendo cláusula de exclusividade nos acordos de distribuição dos fornecedores de gelados.

Por fim, o Tribunal declara que, ainda que os acordos celebrados pela HB só digam respeito a cerca de 40% dos estabelecimentos do mercado, a Comissão teve em

¹⁹ Decisão 98/531/CE CE da Comissão, de 11 de Março de 1998, relativa a um processo de aplicação dos artigos [81.º] e [82.º] do Tratado CE (Processos IV/34.073, IV/34.395 e IV/35.436 — Van den Bergh Foods Limited) (JO L 246, p. 1).

consideração os efeitos sobre a concorrência de todos os acordos em causa que, tendo em conta todos os produtores, são aplicáveis em 83% dos estabelecimentos do mercado de referência, de modo que os fornecedores que desejam entrar no mercado podem ser disso dissuadidos pela necessidade de adquirirem previamente um parque de arcas congeladoras.

Pelo que o Tribunal conclui que os acordos celebrados pela HB são susceptíveis de afectar de modo sensível a concorrência e contribuem de modo significativo para uma compartimentação do mercado.

c.2) Isenções

As condições de isenção de proibição de um acordo anticoncorrencial, tal como apreciadas pela Comissão, foram examinadas pelo Tribunal no acórdão *CMA CGM e o./Comissão*, já referido, e no acórdão *TACA*.

Em apoio dos seus pedidos de anulação, a CMA CGM e o. suscitam vários fundamentos assentes na inexistência ou num erro de definição dos mercados.

O Tribunal recorda que a delimitação exacta de todos os mercados em causa não é necessariamente indispensável para determinar se um acordo satisfaz as quatro condições de concessão de uma isenção individual estabelecidas no artigo 81.º, n.º 3, CE e no artigo 5.º do Regulamento n.º 1017/68. É certo que a verificação do respeito da quarta condição prevista no artigo 81.º, n.º 3, alínea b), CE e no artigo 5.º, alínea b), do regulamento referido obriga a que a Comissão examine se o acordo em causa é susceptível de eliminar a concorrência quanto a uma parte substancial dos produtos em causa ou do mercado do transporte em causa. Todavia, as quatro condições de concessão de uma isenção são cumulativas e basta que uma única dessas condições não esteja satisfeita para que a isenção deva ser recusada. Por conseguinte, considera que, como a Comissão constata que as três primeiras condições de concessão de uma isenção individual não estão satisfeitas e que não é necessário pronunciar-se sobre a quarta, há que aceitar que não tem a obrigação de definir previamente todos os mercados em causa para verificar se o acordo é susceptível de beneficiar de uma isenção individual. Com efeito, para determinar se as três primeiras condições se verificam, importa atender às vantagens que decorrem do acordo não no que especificamente respeita ao mercado em causa, mas sim em relação a todo o mercado relativamente ao qual o acordo pode produzir efeitos benéficos.

Na origem do acórdão *TACA* está a celebração do Trans-Atlantic Conference Agreement (a seguir «TACA»), através do qual quinze companhias marítimas que eram partes no TAA pretendiam responder às objecções suscitadas pela Comissão em relação a este último acordo. Duas companhias marítimas, que não estavam

presentes no tráfego transatlântico (Hanjin e Hyundai), aderiram posteriormente ao TACA.

Como o TAA, o TACA cobre as linhas marítimas transatlânticas no sentido oeste-este e este-oeste, entre a Europa do Norte e os Estados Unidos. O TACA contém disposições relativas à fixação do preço dos serviços de transporte marítimo propriamente dito, à fixação do preço dos serviços de transporte terrestre fornecidos num quadro multimodal, à determinação das condições em que os contratos de serviço podem ser celebrados com os carregadores e do conteúdo dos referidos contratos [os contratos de serviço são contratos através dos quais um carregador se compromete a transportar, seja por conferência (contrato de serviço de conferência) seja por um ou mais transportadores individuais (contratos de serviço individuais), uma quantidade mínima de frete ao longo de um período dado em troca de uma taxa e do fornecimento de determinados serviços], à fixação da remuneração dos transitários quando intervêm, enquanto agentes dos encarregados, organizando o transporte das mercadorias, negociando as condições em que o transporte será efectuado e cumprindo certas formalidades administrativas.

O TACA foi notificado à Comissão a fim de obter uma isenção individual nos termos do artigo 81.º, n.º 3, CE.

Por decisão de 16 de Setembro de 1998²⁰ (a seguir «decisão TACA»), a Comissão, em primeiro lugar, recusou conceder uma isenção às disposições já referidas do acordo em causa, excepto no que respeita à fixação do preço do transporte marítimo, que está abrangido pela isenção por categoria prevista no artigo 3.º do Regulamento n.º 4056/86, em segundo lugar, considerou que as partes no TACA detinham uma posição dominante colectiva no mercado em causa e que abusaram desta posição dominante e, em terceiro lugar, aplicou coimas a cada uma das partes no TACA pelas duas infracções verificadas ao artigo 82.º CE.

No Tribunal, as recorrentes defenderam, designadamente, que a recusa de isentar as disposições do TACA, à excepção da fixação do preço do transporte marítimo abrangido pela isenção por categoria prevista no Regulamento n.º 4056/86, era ilegal.

Quanto, antes de mais, ao acordo que prevê a fixação do preço dos serviços de transporte terrestre, o Tribunal tinha decidido, no seu acórdão *Compagnie générale maritime e o./Comissão*, já referido, que tal acordo não beneficia da isenção por categoria prevista pelo Regulamento n.º 4056/86, destinando-se esta somente ao segmento marítimo do transporte, e não é susceptível de beneficiar de uma isenção individual, sendo possíveis outros acordos menos restritivos, tais como um acordo que

²⁰ Decisão 1999/243/CE CE da Comissão, de 16 de Setembro de 1998, relativa a um processo de aplicação dos artigos [81.º] e [82.º] do Tratado CE (IV/35.134 — Acordo de Conferência Transatlântica) (JO 1999, L 95, p. 1).

aplique a «no below cost rule» (regra em virtude da qual o preço do transporte terrestre não pode ser inferior aos seus custos). Tendo em conta estes elementos, os recorrentes renunciaram ao seu fundamento na audiência.

Quanto, depois, ao acordo sobre as condições em que os contratos de serviço podem ser celebrados e sobre o seu conteúdo, o Tribunal declarou que, contrariamente ao que defendiam as recorrentes, a decisão TACA não proibia as conferências marítimas, nos termos do artigo 81.º CE, de celebrarem contratos de serviço da conferência e de determinarem livremente o seu conteúdo. Uma vez que a maior parte dos fundamentos das recorrentes se destinavam a contestar a existência de tal proibição na decisão TACA, não foram acolhidos por falta de objecto.

Quanto, por fim, ao acordo sobre a remuneração dos transitários, o Tribunal confirmou que tal acordo horizontal de fixação dos preços não beneficia da isenção por categoria prevista no Regulamento n.º 4056/86 a favor dos acordos que instituem uma taxa de frete uniforme ou comum. A este respeito, o Tribunal observou, em especial, que o objecto do acordo em causa era remunerar não as prestações de transporte marítimo mas outros serviços que não podem ser equiparados a estas.

c.3) Coimas por violação do artigo 81.º CE

O montante das coimas aplicadas pela Comissão por violação do artigo 81.º CE é geralmente contestado pelas empresas a quem foram aplicadas sanções, dizendo respeito os argumentos avançados, *inter alia*, à metodologia utilizada ou às apreciações relativas à gravidade da infracção, à sua duração, às circunstâncias atenuantes ou agravantes, ou ainda à cooperação com a Comissão. Tais oposições permitiram ao Tribunal pronunciar-se sobre os critérios tidos em conta para fins de determinar o montante das coimas.

Estes esclarecimentos estão, principalmente, contidos nos processos «Lysine» [acórdãos de 9 de Julho de 2003, *Cheil Jedang/Comissão*, T-220/00, *Kyowa Hakko Kogyo e Kyowa Hakko Europe/Comissão*, T-223/00, *Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Comissão*, T-224/00 (recurso pendente no Tribunal de Justiça, processo C-397/03 P), e *Daesang e Sewon Europe/Comissão*, T-230/00, ainda não publicados na Colectânea]. Algumas das empresas a quem foram aplicadas sanções por terem participado num acordo relativo ao mercado da lisina concentraram os seus recursos de anulação da decisão da Comissão de 7 de Junho de 2000 ²¹ nos aspectos relativos à determinação do montante das coimas. Importa recordar que, nesta decisão, a Comissão declarou a existência de uma série de acordos entre empresas, que abrangeram todo o Espaço Económico Europeu (EEE), sobre preços,

²¹ Decisão 2001/418/CE da Comissão, de 7 de Junho de 2000, relativa a um processo nos termos do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (Processo IV/36.545/F3 – Aminoácidos) (JO 2001, L 152, p. 24).

volumes de vendas e intercâmbio de informações individuais relativas aos volumes de vendas de lisina sintética – aminoácido utilizado como aditivo em certos alimentos para animais –, entre Julho de 1990 e Junho de 1995, e aplicou-lhes coimas a este título num montante total de cerca de 110 milhões de euros. Para este efeito, a Comissão aplicou a metodologia descrita nas orientações para o cálculo das coimas²² e a comunicação sobre a cooperação de 1996²³.

Se algumas apreciações do Tribunal mais não são do que confirmações de princípios já estabelecidos (designadamente nos processos ditos do «aquecimento urbano»; v. o *Relatório Anual de 2002*), outras contribuem para a clarificação das modalidades de aplicação dos critérios contidos nas orientações e confirmam o controlo jurisdicional exercido sobre as apreciações da Comissão relativamente ao grau de cooperação das empresas durante o procedimento administrativo. Permitiram, além disso, ao Tribunal precisar o alcance do princípio *non bis in idem*, segundo o qual uma pessoa que já foi julgada não pode voltar a ser perseguida ou sujeita a sanções pelo mesmo facto. Salientamos que o montante das coimas aplicadas às empresas recorridas, que se elevava a pouco mais de 81 milhões de euros, foi reduzido para cerca de 74 milhões de euros.

De um ponto de vista geral, reter-se-á destes processos «Lysine» que os elementos de facto em que a Comissão se tenha podido basear para determinar o montante da coima já não podem ser postos em causa no Tribunal se a recorrente os reconheceu expressamente durante o procedimento administrativo (acórdão *Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Comissão*). É, a este respeito, indiferente que o reconhecimento expresso tenha sido recompensado, ou não, com uma redução do montante da coima a título da sua cooperação com a Comissão.

Certos contributos do acórdão *General Motors Nederland e Opel Nederland/Comissão*, já referido, anulando parcialmente a decisão impugnada e reduzindo, consequentemente, o montante da coima aplicada, serão também postos em relevo.

Por fim, salientar-se-á que o montante das coimas aplicadas pela Comissão na sua decisão que deu lugar aos acórdãos de 11 de Dezembro de 2003, *Marlines/Comissão*, *Ventouris/Comissão*, *Adriatica di Navigazione/Comissão*, *Strintzis Lines Shipping/Comissão* e *Minoan Lines/Comissão*, já referidos, só foi revisto e reduzido nos casos das companhias marítimas Ventouris e Adriatica, cuja gravidade e alcance

²² Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 e do n.º 5 do artigo 65.º do Tratado CECA (JO 1998, C 9, p. 3).

²³ Comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas (JO 1996, C 207, p. 4). Importa, contudo, sublinhar que esta comunicação de 1996 foi substituída, em 2002, pela Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (JO 2002, C 45, p. 3).

das infracções tinham sido incorrectamente apreciados pela Comissão quando da determinação do montante das coimas. O Tribunal considera, no essencial, que, uma vez que a Comissão aplicou, na sua decisão, sanções a duas infracções distintas – em função das diferentes linhas marítimas afectadas –, não podia, por razões de equidade e de proporcionalidade, condenar com a mesma severidade as empresas que só foram acusadas de uma infracção (*Ventouris e Adriatica*, para a linha Patras-Bari e Patras-Brindis) e as empresas que tinham participado nos dois acordos. O Tribunal teve em conta a dimensão destas empresas e a importância relativa do tráfego em cada uma das linhas marítimas afectadas.

– Quanto às orientações

Recordando, antes de mais, que a Comissão dispõe, no âmbito do Regulamento n.º 17²⁴, de uma margem de apreciação na fixação do montante das coimas, a fim de orientar o comportamento das empresas no sentido do respeito das regras da concorrência, que a Comissão pode, em qualquer momento, adaptar o montante da coima às necessidades da política da concorrência (designadamente, acórdão *Archer Daniels Midland Company e Archer Daniels Midland Ingredients/Comissão*, já referido) e que lhe compete decidir do nível das coimas, com vista a reforçar o seu efeito dissuasivo, o Tribunal declara, todavia, que esta instituição não se pode afastar das regras indicativas que impôs a si própria e que se destinam a precisar, no respeito do Tratado, os critérios que pretende aplicar no âmbito do exercício do seu poder de apreciação da gravidade de uma infracção (mesmo acórdão). Só se pode afastar das orientações num ponto preciso, salienta o Tribunal no acórdão *CMA CGM e o./Comissão*, já referido²⁵, se explicar circunstanciadamente as razões que a tal a levaram, o que não tinha feito, precisamente, quanto a uma das sociedades a que foram aplicadas sanções.

Como resulta das orientações, o montante de partida da coima é estabelecido em função do grau de gravidade da infracção e da sua duração. Para avaliar a gravidade da infracção²⁶, a Comissão toma em consideração o carácter da própria infracção, o seu impacto concreto no mercado quando este for quantificável e a dimensão do mercado geográfico de referência.

Quanto à natureza da infracção, o Tribunal confirma, no acórdão *Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Comissão*, o carácter «muito grave» da fixação, entre operadores concorrentes, de objectivos de preço de um produto no EEE

²⁴ Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos [81.º] e [82.º] do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22).

²⁵ Neste acórdão, o Tribunal admite que a Comissão possa, por analogia, basear-se nas orientações para efeitos do cálculo das coimas no quadro da aplicação dos Regulamentos n.º 4056/86 e n.º 1017/68.

²⁶ Segundo as orientações, as infracções são classificadas em três categorias, a saber, as «infracções pouco graves», as «infracções graves» e as «infracções muito graves».

e de quotas de venda para este mercado, porque tais comportamentos violam a autonomia das empresas ²⁷. Do mesmo modo, confirma o carácter «muito grave» de uma infracção que tenha por objectivo a compartimentação do mercado interno, na medida em que contraria os objectivos mais fundamentais da Comunidade (acórdão *General Motors Nederland e Opel Nederland/Comissão*, já referido).

O acórdão *Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Comissão* confirma também a apreciação da Comissão do impacto concreto do acordo no mercado em causa, ou seja, no caso em apreço, uma subida dos preços para um nível superior ao que teriam atingido de outra forma e uma restrição dos volumes de vendas. Neste contexto, o Tribunal indica que a Comissão deve, para fins de determinação do efeito de um acordo sobre os preços, por um lado, verificar que os acordos permitiram efectivamente às empresas em causa atingirem um nível de preços de transacção superior ao que se teria verificado sem o acordo e, por outro, ter em conta todas as condições objectivas do mercado em causa, face ao contexto económico e regulamentar.

Outra problemática avançada pelas recorrentes incidia sobre a questão de saber se a Comissão podia, sem violar o princípio da proporcionalidade e as orientações, basear-se no volume de negócios mundial em vez do volume de negócios proveniente das vendas dos produtos em causa no EEE. O Tribunal era, portanto, convidado a verificar se a Comissão tinha apreciado correctamente um dos critérios enunciados nas orientações (ponto 1 A, quarto parágrafo), ou seja, a capacidade económica efectiva dos autores da infracção para criar um prejuízo importante aos outros operadores. Ora, tratando-se de uma análise que implica uma apreciação da influência das empresas em causa no mercado afectado, o Tribunal considera que o volume de negócios global não permite, diferentemente das quotas de mercado, determinar a influência que puderam exercer neste mercado. Declara, além disso, que não resulta da decisão que a Comissão tenha determinado, embora tivesse essa obrigação, a extensão da infracção cometida por cada empresa, cujo indicador fiel é constituído pela parte do volume de negócios que provém das vendas de mercadorias no mercado geográfico afectado. Esta violação das orientações não conduz, no entanto, o Tribunal a declarar, no âmbito do seu poder de plena jurisdição, uma qualquer violação pela Comissão do princípio da proporcionalidade. A este respeito, o Tribunal, que baseia a sua apreciação em dados que não constam na decisão da Comissão, considera que ter em conta o volume de negócios realizado pelas recorrentes no mercado mundial da lisina não constitui uma violação do princípio da proporcionalidade, na medida em que a parte do volume de negócios realizado pelas vendas de lisina no EEE é tida como «significativa» ou «importante» consoante atinja, respectivamente, cerca de 20% (acórdãos *Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Comissão*, *Kyowa Hakko Kogyo e Kyowa Hakko*

²⁷ No acórdão *CMA CGM e o./Comissão*, o Tribunal considera que a qualificação de «infracção grave» de um acordo em matéria de preços é uma qualificação atenuada, cuja explicação é fornecida, no caso em apreço, pela inexistência de prova quanto ao efeito sobre o nível dos preços e pela curta duração provável dos eventuais efeitos nocivos da infracção.

Europe/Comissão e Daesang e Sewon Europe/Comissão, já referidos) ou 30% a 40% (acórdão *Cheil Jedang/Comissão*, já referido) do volume de negócios mundial em causa.

Quanto ao facto de se ter em conta a duração da infracção, o Tribunal salienta que se a Comissão indica na sua decisão que majorou o montante de base da coima em 10% ao ano, não pode majorar o montante de base em 30% para uma empresa cuja duração de participação no acordo é inferior a três anos. Tendo em conta o critério adoptado pela Comissão, reduziu proporcionalmente a majoração do montante da coima aplicada à Cheil Jedang no âmbito do seu poder de plena jurisdição (acórdão *Cheil Jedang/Comissão*, já referido).

O Tribunal sublinhou, no entanto, que, como foi decidido no acórdão *General Motors Nederland e Opel Nederland/Comissão*, «as orientações não prejudicam a apreciação da coima pelo juiz comunitário», que dispõe, a este respeito, de uma competência de plena jurisdição.

– Circunstâncias agravantes ou atenuantes

As orientações indicam que circunstâncias agravantes (como o papel de líder ou de incitador da infracção) ou atenuantes [como o papel passivo de uma empresa (v., sobre este ponto, acórdão *Cheil Jedang/Comissão*, já referido)], próprias de cada empresa, podem ser tidas em consideração para aumentar ou diminuir o montante de base.

Antes de mais, importa salientar que o alcance de um ponto das orientações que se refere à «não aplicação efectiva de um acordo», referido a título de circunstâncias atenuantes, foi precisado no sentido de que se destina não à hipótese de um acordo, no seu todo, não ser aplicado mas ao comportamento individual de cada empresa (acórdãos *Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Comissão* e *Cheil Jedang/Comissão*, já referidos).

Em seguida, o Tribunal considerou que, tendo em conta o teor das orientações, as percentagens correspondentes aos aumentos ou às reduções, adoptadas a título de circunstâncias agravantes ou atenuantes, deviam ser aplicadas ao montante de base da coima, determinado em função da gravidade e da duração da infracção, e não ao montante de uma majoração anteriormente aplicada a título da duração da infracção ou ao resultado da aplicação de uma primeira majoração ou redução a título de circunstância agravante ou atenuante. Não tendo a Comissão seguido este método, o Tribunal alterou, ao aplicá-lo, o montante das coimas nos processos *Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Comissão* e *Daesang e Sewon Europe/Comissão*.

– Quanto à comunicação sobre a cooperação

As condições em que as empresas que cooperem com a Comissão durante as suas investigações sobre um acordo podem beneficiar da não aplicação da coima ou da redução do montante da coima que, em princípio, lhes seria aplicada são definidas na sua comunicação sobre a cooperação de 1996 ²⁸.

A amplitude da redução do montante da coima que a Comissão concede a título da comunicação sobre a cooperação foi uma fonte de contestações, tendo várias empresas defendido que a sua cooperação justificava uma redução mais significativa do montante da coima.

Assim, considerando que a Comissão tinha injustamente recusado conceder uma redução à Daesang, na medida em que nenhuma das razões avançadas justificava legalmente esta recusa, o Tribunal reduziu o montante da sua coima. Nesta ocasião, precisou que se a colaboração no inquérito aberto pela Comissão sobre uma eventual violação das regras comunitárias da concorrência, que não ultrapassa o que resulta das obrigações que incumbem às empresas por força do artigo 11.º, n.ºs 4 e 5, do Regulamento n.º 17, não justifica uma redução da coima, justifica-se, em contrapartida, uma redução da coima quando a empresa deu informações que vão muito além daquelas cuja apresentação pode ser exigida pela Comissão nos termos do artigo 11.º do Regulamento n.º 17. Quanto à circunstância segundo a qual um pedido de informações foi enviado à empresa que cooperou, nos termos do artigo 11.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17, não é determinante para excluir o benefício de uma redução importante, compreendida entre 50% e 75% do montante da coima, por força do ponto C da comunicação sobre a cooperação, tanto menos que tal pedido é um acto menos vinculativo do que uma investigação efectuada com base numa decisão (acórdão *Daesang e Sewon Europe/Comissão*, já referido).

O acórdão *Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Comissão* merece também atenção, porque o Tribunal, ainda que tendo declarado que a recorrente não satisfazia as condições previstas na comunicação sobre a cooperação para beneficiar de uma redução suplementar do montante da coima, considerou, contudo, que o fornecimento de certas informações à Comissão devia ser recompensado, pois constituía uma circunstância atenuante que constava das orientações. Consequentemente, concedeu uma redução suplementar de 10% do montante da coima.

– Quanto ao princípio *non bis in idem*

²⁸ Já referida na nota 23. Esta comunicação de 1996 foi posteriormente substituída pela Comunicação da Comissão relativa à imunidade em matéria de coimas e à redução do seu montante nos processos relativos a cartéis (JO 2002, C 45, p. 3).

Em resposta à crítica de várias recorrentes segundo a qual a Comissão violou o princípio da proibição da acumulação de sanções por uma mesma infracção ao recusar deduzir das coimas que aplicou o montante das coimas que já lhes tinham sido aplicadas nos Estados Unidos e no Canadá, o Tribunal considerou que a Comissão não viola o princípio *non bis in idem* ao aplicar uma coima a empresas pela participação num acordo a que as autoridades americanas e canadianas já aplicaram sanções (acórdãos *Kyowa Hakko Kogyo Co. e Kyowa Hakko Europe/Comissão e Archer Daniels Midland Company e Archer Daniels Midland Ingredients/Comissão*, já referidos).

O Tribunal recorda que esse princípio geral do direito comunitário proíbe, no domínio da concorrência, que uma empresa seja de novo condenada ou alvo de um processo pela Comissão devido a um comportamento anticoncorrencial pelo qual já foi punida ou declarada isenta de responsabilidade por uma decisão anterior da Comissão que já não seja susceptível de recurso.

Precisa, além disso, que, no estado do direito comunitário, este princípio não impede, contudo, a acumulação das sanções comunitária e nacional, desde que sejam aplicadas no fim de dois processos paralelos com fins distintos. No entanto, uma exigência geral de equidade implica que, ao fixar o montante da coima, a Comissão seja obrigada a ter em conta as sanções que já foram aplicadas à mesma empresa pela prática do mesmo facto, quando se trate de sanções aplicadas por infracções ao direito em matéria de acordos de um Estado-Membro e, conseqüentemente, praticadas no território comunitário.

Relativamente às regras assim enunciadas, considera que o princípio *non bis in idem* não é aplicável na hipótese de os processos accionados e as sanções aplicadas pela Comissão, por um lado, e pelas autoridades ou órgãos jurisdicionais de um Estado terceiro, por outro, não prosseguirem, claramente, os mesmos objectivos. Esta análise é reforçada pelo facto de, segundo o artigo 4.º do Protocolo n.º 7 da Convenção Europeia para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, o alcance deste princípio se limitar ao território de um só Estado e não existir, actualmente, qualquer princípio de direito internacional público que proíba as autoridades ou os tribunais de Estados diferentes de julgarem e condenarem alguém pelos mesmos factos.

Por outro lado, se a Comissão é obrigada, de acordo com uma exigência de equidade, a ter em conta, ao fixar o montante de uma coima, as sanções já aplicadas a uma empresa por infracções ao direito em matéria de acordos de um Estado-Membro e, portanto, cometidas no território comunitário, é em razão da situação particular que resulta, por um lado, da estreita interdependência dos mercados nacionais dos Estados-Membros e do mercado comum e, por outro, do sistema particular de repartição de competências entre a Comunidade e os Estados-Membros em matéria de acordos num mesmo território, o do mercado comum. Esta justificação não existe,

manifestamente, na hipótese de as primeiras decisões repressivas terem sido adoptadas contra uma empresa pelas autoridades ou os órgãos jurisdicionais de um Estado terceiro, por violação das suas regras da concorrência, e a Comissão não tem, assim, qualquer obrigação, na fixação do montante de uma coima aplicada à referida empresa por infracção ao direito comunitário da concorrência, de ter em conta as referidas decisões.

– Prazo razoável e prescrição

Como é recordado no acórdão *CMA CGM e o./Comissão*, já referido, o respeito, por parte da Comissão, de um prazo razoável, aquando da tomada de decisões no termo dos procedimentos administrativos em matéria de política da concorrência, constitui um princípio geral de direito comunitário que se encontra associado ao princípio da boa administração. Assim, a Comissão não pode adiar *sine die* a sua tomada de posição e, para garantir a segurança jurídica e uma protecção jurisdicional adequada, é obrigada a tomar uma decisão ou a enviar uma carta oficial, no caso de essa carta lhe ter sido solicitada, num prazo razoável. O Tribunal recorda também, neste acórdão, que a ultrapassagem de um prazo razoável, em especial quando acarreta a violação do direito de defesa dos interessados, justifica a anulação de uma decisão que declara uma infracção às regras da concorrência. Em contrapartida, precisa o Tribunal pela primeira vez, o mesmo não pode acontecer quando se contesta o montante das coimas aplicadas por essa decisão, pois o poder da Comissão de aplicar coimas rege-se pelo Regulamento n.º 2988/74 ²⁹, que instituiu para o efeito um prazo de prescrição. Este último regulamento instituiu, com efeito, uma regulamentação completa que rege detalhadamente os prazos em que a Comissão pode, sem pôr em causa a exigência fundamental da certeza do direito, aplicar coimas às empresas objecto dos procedimentos de aplicação das regras comunitárias de concorrência. O artigo 2.º, n.º 3, prevê que a prescrição opere, de qualquer modo, ao fim de dez anos, quando tenha sido interrompida em conformidade com o artigo 2.º, n.º 1, desse regulamento, pelo que a Comissão não poderia, sob pena de prescrição, atrasar indefinidamente a sua decisão quanto às coimas. Face a esta regulamentação, deve ser afastada qualquer consideração relacionada com a obrigação de a Comissão exercer o seu poder de aplicar coimas dentro de um prazo razoável. Esta instituição não está, no entanto, impedida, no âmbito do seu poder de apreciação, de reduzir, por razões de equidade, o montante das coimas se considerar excessiva, ainda que no prazo de prescrição, a duração do procedimento administrativo.

Resulta deste mesmo acórdão que uma causa de interrupção da prescrição de cinco anos prevista no Regulamento n.º 2988/74 pode conter um pedido de informações na acepção do artigo 11.º, n.º 1, do Regulamento n.º 17, na medida em que este pedido é necessário à instrução ou à repressão da infracção. Não tendo demonstrado a

²⁹ Regulamento (CEE) n.º 2988/74 do Conselho, de 26 de Novembro de 1974, relativo à prescrição quanto a procedimentos e execução de sanções no domínio do direito dos transportes e da concorrência da Comunidade Económica Europeia (JO L 319, p. 1).

necessidade de certos pedidos, o Tribunal teve de declarar que a Comissão aplicou coimas em 16 de Maio de 2000, quando o prazo de prescrição de cinco anos previsto pela regulamentação, que corria desde 24 de Março de 1995, tinha expirado. Consequentemente, anulou a decisão na parte em que aplicou as coimas.

d) *Artigo 82.º CE*

d.1) Posição dominante e abuso

Durante o ano de 2003, o Tribunal pronunciou-se, em quatro acórdãos, sobre as condições de fundo da aplicação do artigo 82.º CE.

Em primeiro lugar, no acórdão *Van den Bergh Foods/Comissão*, já referido, o Tribunal considerou que os acordos mencionados supra e constitutivos de uma violação do artigo 81.º CE violavam também o artigo 82.º CE, devido à posição dominante da HB no mercado irlandês dos gelados de impulso vendidos em embalagem individual.

Em segundo lugar, no acórdão de 17 de Dezembro de 2003, *British Airways/Comissão* (T-219/99, ainda não publicado na Colectânea), o Tribunal forneceu várias precisões sobre as condições gerais de aplicação do artigo 82.º CE.

O Tribunal sublinhou, antes de mais, que o artigo 82.º CE se aplica tanto às empresas relativamente às quais se apurou estarem em posição dominante no que respeita aos seus fornecedores como às empresas que são susceptíveis de se encontrar em situação de posição dominante em relação aos seus clientes.

O Tribunal precisou depois que um abuso de posição dominante cometido no mercado sectorial dominado, mas cujos efeitos se fazem sentir num mercado distinto em que a empresa em causa não detém uma posição dominante, pode integrar o âmbito do artigo 82.º CE, desde que esse mercado distinto esteja suficientemente ligado ao primeiro.

Em terceiro lugar, no acórdão de 30 de Setembro de 2003, *Michelin/Comissão*, T-203/01, ainda não publicado na Colectânea), e, posteriormente, no acórdão *British Airways/Comissão*, já referido, o Tribunal forneceu várias precisões sobre as condições em que uma prática comercial que inclui descontos e que é executada por uma empresa em situação de posição dominante pode ser qualificada de abuso.

O acórdão *Michelin/Comissão* diz respeito a uma decisão de 20 de Junho de 2001³⁰, em que a Comissão aplicou uma sanção à Michelin por ter abusado da sua posição

³⁰ Decisão 2002/405/CE da Comissão, de 20 de Junho de 2001, relativa a um procedimento de aplicação do artigo 82.º do Tratado CE (COMP/E-2/36.041/PO — Michelin) (JO 2002, L 143, p. 1).

dominante no mercado francês de pneumáticos novos para efeitos de substituição e no mercado de pneus recauchutados. A Comissão tinha aplicado sanções à política comercial e de preços da Michelin em relação aos seus revendedores, que era baseada num sistema complexo de descontos, bónus e/ou vantagens financeiras diversas. Eram especificamente considerados abusivos certos descontos quantitativos («bónus de quantidade») e certos bónus determinados em função da qualidade do serviço prestado pelo revendedor aos utilizadores («prémio de serviço»), que não eram obtidos «sobre a factura», mas recebidos no ano seguinte ao período de referência. Era também referida uma «Convenção de cooperação profissional e de assistência serviço», ligando a Michelin aos seus revendedores (o denominado «Clube dos amigos Michelin»).

Ao decidir o recurso da Michelin, o Tribunal examinou cada uma das práticas comerciais consideradas pela Comissão, na sua decisão, constitutivas de um abuso.

Ao analisar, em primeiro lugar, os bónus praticados pela Michelin, o Tribunal de Primeira Instância apoiou-se na jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância em matéria de descontos de fidelidade ³¹, para recordar, de modo geral, que, para determinar o eventual carácter abusivo de um sistema de bónus de quantidade, se deve, por um lado, analisar todas as circunstâncias, nomeadamente os critérios e as modalidades da concessão de descontos e, por outro, apurar se esses descontos tendem, através de uma vantagem que não assenta em qualquer prestação económica que a justifique, a suprimir ou restringir a possibilidade de o comprador escolher as suas fontes de abastecimento, a impedir o acesso ao mercado dos concorrentes, a aplicar a parceiros comerciais condições desiguais para prestações equivalentes ou a reforçar a posição dominante através de uma concorrência falseada.

Quanto ao fundamento destes princípios, o Tribunal examina os descontos praticados pela Michelin e constata, por um lado, que o desconto controvertido era calculado com base na totalidade do volume de negócios realizado pelo revendedor com a Michelin e, por outro, que o período de referência aplicado relativamente a este desconto era de um ano. Ora, salienta o Tribunal, um sistema de bónus de quantidade que contém uma variação significativa das taxas de descontos entre os escalões inferiores e superiores e que é caracterizado por um período de referência de um ano e por uma determinação do desconto com base no volume de negócios total realizado ao longo do período de referência apresenta as características de um sistema de descontos de fidelidade.

³¹ Acórdãos do Tribunal de Justiça de 16 de Dezembro de 1975, *Suiker Unie e o./Comissão* (40/73 a 48/73, 50/73, 54/73 a 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Colect., p. 563); de 13 de Fevereiro de 1979, *Hoffmann-La Roche/Comissão* (85/76, Colect., p. 217); de 9 de Novembro de 1983, *Michelin/Comissão* (322/81, Recueil, p. 3461); e de 29 de Março de 2001, *Portugal/Comissão* (C-163/99, Colect., p. I-2613); acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 1 de Abril de 1993, *BPB Industries e British Gypsum/Comissão* (T-65/89, Colect., p. II-389).

Apoiando-se depois numa jurisprudência consolidada segundo a qual os bónus concedidos por uma empresa em posição dominante devem assentar numa contrapartida economicamente justificada para não serem proibidos pelo artigo 82.º CE ³², o Tribunal verifica se assim é no caso em apreço e constata que a Michelin não forneceu qualquer indicação concreta a este respeito. O Tribunal conclui que foi, portanto, acertadamente que a Comissão declarou que o sistema aplicado pela Michelin violava o artigo 82.º CE.

O Tribunal analisa, em segundo lugar, o «prémio de serviço» aplicado pela Michelin, que era um incentivo complementar proposto aos revendedores a fim de melhorar o seu equipamento e o seu serviço pós-venda, que assentava num sistema de «pontos» concedidos como recompensa pela observância de certos compromissos. O Tribunal considera que um sistema de descontos aplicado por uma empresa em posição dominante, que, como no caso em apreço, deixa a esta empresa uma margem de apreciação não negligenciável e discricionária no que respeita à possibilidade de o revendedor beneficiar do desconto, se deve considerar não equitativo e constitui uma exploração abusiva, por uma empresa, da sua posição dominante no mercado, na acepção do artigo 82.º CE. O Tribunal considera também que este prémio tinha, além do seu carácter não equitativo, um efeito de fidelização, na medida em que incluía, designadamente, a concessão de «pontos» suplementares na hipótese de o revendedor se abastecer de produtos novos da Michelin numa determinada percentagem fixada em função da quota do mercado regional desses produtos. Por fim, decide o Tribunal, foi também acertadamente que a Comissão declarou que a possibilidade de um revendedor obter um «ponto» suplementar se procedesse à recauchutagem das carcaças Michelin na própria Michelin, o incitava a dar prioridade à recauchutagem dos pneus na Michelin e tinha, consequentemente, um efeito de vendas vinculadas.

O Tribunal analisa, em último lugar, o «Clube dos amigos Michelin». Este clube é composto pelos revendedores de pneus que pretendam uma parceria mais estreita com a Michelin. Em aplicação desta convenção, a Michelin participava no esforço financeiro do revendedor, nomeadamente, contribuindo para os seus esforços de investimento e de formação. Em troca, os revendedores deviam respeitar certos compromissos em termos de quotas de mercado, manter um certo nível de existências de pneus e conceder destaque a esta marca. A Comissão considerou que esta convenção permitia à Michelin ter um direito de acompanhamento excepcional a nível das actividades dos seus aderentes e que compreendia certas práticas com efeitos de vendas vinculadas. O Tribunal decidiu que foi acertadamente que a Comissão considerou que estas várias características do Clube constituíam, por parte da Michelin, práticas abusivas.

³² Acórdãos *Michelin/Comissão*, já referido, n.º 85; *Portugal/Comissão*, já referido, n.º 52; e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 7 de Outubro de 1999, *Irish Sugar/Comissão* (T-228/97, Colect., p. II-2969, n.º 114).

Por outro lado, em resposta a um fundamento baseado na falta de exame do efeito económico concreto dos comportamentos criticados, o Tribunal precisa que, para fins da determinação de uma violação do artigo 82.º CE, não é necessário demonstrar que o comportamento em causa tem um efeito concreto. Basta demonstrar que o comportamento abusivo da empresa em posição dominante tende a restringir a concorrência ou, por outras palavras, que o comportamento é passível ou susceptível de ter tal efeito.

Este ponto foi também sublinhado pelo Tribunal no acórdão *British Airways/Comissão*. Em 14 de Julho de 1999, a Comissão adoptou uma decisão³³ em que considera que a BA era um adquirente em posição dominante no mercado britânico dos serviços das agências de viagens aéreas. As agências de viagens prestam às companhias aéreas certos serviços de promoção e de assistência administrativa, em contrapartida dos quais estas lhes pagam comissões em função das vendas de bilhetes.

A BA tinha celebrado com algumas agências de viagens acordos que incluíam, designadamente, um prémio de resultados calculado com base no volume dos sectores em que eram utilizados voos da BA e segundo uma tabela progressiva fixada, em função do aumento das receitas realizadas pela agência de viagens, proveniente da venda de bilhetes da BA.

Após ter constatado, por um lado, que existia uma ligação indiscutível entre os serviços prestados pelas agências de viagens no Reino Unido e os serviços de transporte assegurados no mercado britânico do transporte aéreo e, por outro, que a BA detinha uma posição dominante nos mercados dos serviços das agências de viagens aéreas, o Tribunal considera que o sistema de prémios referido na decisão da Comissão é efectivamente abusivo.

O Tribunal considera, num primeiro momento, que o sistema estabelecido pela BA era discriminatório. Constata, para este efeito, que a realização do objectivo de progressão das vendas de bilhetes BA pelas agências de viagens estabelecidas no Reino Unido implica um aumento da percentagem da comissão não apenas sobre os bilhetes BA escoados, uma vez alcançado o objectivo de vendas, mas igualmente sobre todos os bilhetes BA processados pelas agências durante o período de referência considerado, que podia implicar a aplicação de percentagens de comissão diferentes a um montante de receitas idêntico realizado ao abrigo da venda de bilhetes BA por duas agências de viagens.

O Tribunal deduz, num segundo momento, da jurisprudência do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância sobre os descontos que, de um modo geral, qualquer sistema de descontos «de fidelização» aplicado por uma empresa em posição

³³ Decisão 2000/74/CE CE da Comissão, de 14 de Julho de 1999, relativa a um processo nos termos do artigo 82.º do Tratado CE (IV/D-2/34.780 – Virgin/British Airways) (JO 2000, L 30, p. 1).

dominante visa impedir que os clientes se abasteçam na concorrência, em violação do artigo 82.º CE, independentemente da questão de saber se o sistema de descontos é ou não discriminatório, e que o mesmo se passa com um regime de prémios de resultado de fidelização praticado por um adquirente em posição dominante relativamente a quem lhe presta serviços.

No caso em apreço, o Tribunal constata que os descontos praticados pela BA tinham efectivamente um carácter de fidelização. Com efeito, tendo em conta a sua natureza progressiva cujos efeitos colaterais são muito sensíveis, as percentagens de comissão praticadas eram susceptíveis de aumentar exponencialmente de um período de referência para outro. Além disso, os cinco principais concorrentes da BA no mercado britânico dos serviços de agências de viagens aéreas não estavam em condições de conceder as mesmas vantagens às agências de viagens, pois não podiam realizar um montante de receitas suficiente para instituir um sistema de prémios semelhante e contrariar o efeito de exclusão que esse regime produz, em seu desfavor, no mercado britânico dos serviços de agências de viagens aéreas.

O Tribunal considera, depois, que a BA não demonstrou que o carácter de fidelização desses regimes de prémios de resultado assentava numa contrapartida economicamente justificada e, em especial, que os seus regimes de prémios de resultado constituíam a contrapartida de ganhos de eficácia ou de economias de custos originados pelas vendas de bilhetes BA escoados após a realização dos referidos objectivos.

Em quarto lugar, o acórdão *TACA* fornece algumas precisões sobre o carácter colectivo que uma posição dominante pode ter. A este propósito, as recorrentes defendiam, essencialmente, que, apesar do facto de o TACA operar aplicando uma tarifa uniforme ou comum, as suas partes dedicavam-se a uma concorrência interna que excluía que pudessem deter colectivamente uma posição dominante. A este respeito, o Tribunal constatou que existia, de facto, uma certa concorrência entre as partes no TACA, não somente em termos de serviços mas também em termos de preços, designadamente pela via dos contratos de serviço (que concedem, de facto, um desconto de tarifa em troca da aquisição de quantidades mínimas) e das actuações independentes. No entanto, considerou que esta concorrência era relativamente limitada e que não era suficiente para pôr em causa o carácter colectivo que resultava da aplicação da tabela uniforme ou comum bem como dos outros vínculos entre as partes no TACA resultantes do acordo de conferência marítima.

Quanto ao carácter dominante da posição detida pelas partes no TACA, o Tribunal considerou que, quaisquer que sejam os dados utilizados (os das recorrentes ou os da Comissão), o nível de quotas de mercado detidas pelas partes no TACA ao longo do período em causa, ou seja, um mínimo de 56% durante três anos consecutivos, sugeria uma «forte presunção» de posição dominante. A este respeito, o Tribunal indicou que, contrariamente ao que afirmavam as recorrentes, o limite do domínio para

a aplicação do artigo 82.º CE a uma posição colectiva era o mesmo de uma posição individual. Ainda que o Tribunal tenha constatado que a análise da Comissão quanto à concorrência potencial e aos preços praticados pelo TACA não estava isenta de certos vícios, considerou que a presunção de posição dominante sugerida pela quota de mercado das partes no TACA era, no entanto, suficientemente confirmada por outros factores identificados na decisão TACA, tais como, por exemplo, a diferença de quota de mercado relativamente aos principais concorrentes, o facto de as partes no TACA deterem 70% das capacidades disponíveis, a liderança das partes no TACA em matéria de preços (sendo os concorrentes «seguidores» na matéria) e a capacidade de as partes no TACA discriminarem os carregadores pelos preços em função do valor das mercadorias.

Os membros do TACA foram acusados de terem abusado da sua posição dominante colectiva, de duas maneiras, entre 1994 e 1996: por um lado, ao imporem certas restrições quanto ao acesso e ao conteúdo dos contratos de serviço («primeiro abuso») e, por outro, ao tomarem certas medidas para incentivar os potenciais concorrentes a tornarem-se membros do TACA, em vez de entrarem no tráfego transatlântico como independentes, alterando assim a estrutura da concorrência no mercado em causa («segundo abuso»).

O Tribunal começou, no essencial, por confirmar o primeiro abuso, não sem ter previamente esclarecido o seu alcance exacto, designadamente, na sequência das explicações fornecidas pela Comissão na audiência. Constata assim que o primeiro abuso visa não somente as práticas que restringiram o acesso aos contratos de serviço individuais e o seu conteúdo (que foram também considerados como sendo restritivos da concorrência) mas, ainda, certas práticas relativas aos contratos de serviço *da conferência*, a saber, a obrigação de respeitar as regras previstas pelo TACA no que concerne à duração, às cláusulas múltiplas, às cláusulas condicionais e ao montante da indemnização fixa.

Os fundamentos avançados pelas recorrentes para justificar as práticas que constituíam o primeiro abuso não foram acolhidos pelo Tribunal, à excepção do invocado para justificar a divulgação das condições dos contratos de serviço individuais.

A este respeito, o Tribunal admitiu, com efeito, que o direito dos Estados Unidos impunha às partes no TACA a notificação dos seus contratos de serviço individuais à Federal Maritime Commission, que publicava as respectivas «cláusulas essenciais». Constatou que, tendo em conta esta publicação, o conteúdo dos contratos de serviço individuais se tornava público e, portanto, era acessível tanto aos carregadores como aos transportadores marítimos. Nesse contexto, as partes no TACA não podiam, segundo o Tribunal, ser criticadas por terem acordado «divulgar» o conteúdo dos referidos contratos. Com efeito, de acordo com a jurisprudência, tal troca de

informações públicas não é susceptível de violar as regras do Tratado sobre a concorrência.

Em contrapartida, o Tribunal não admitiu que o direito americano possa ser invocado para justificar outras práticas que constituíam o primeiro abuso, tais como a proibição dos contratos de serviço individuais ou a proibição das cláusulas condicionais, sublinhando a este respeito que as referidas práticas não eram impostas, mas unicamente autorizadas, ou mesmo beneficiadas por tal direito, o que não é susceptível de afastar a aplicação das regras do Tratado sobre a concorrência.

Quanto ao segundo abuso, o Tribunal observou antes de mais que, ainda que o reforço de uma posição dominante possa, segundo a jurisprudência *Continental Can*³⁴, constituir um abuso, não é o abuso constatado no caso em apreço, uma vez que a Comissão não critica as partes no TACA por terem aceite a adesão de novos membros na conferência, mas apenas por terem adoptado medidas, umas específicas, outras gerais, para incentivarem os potenciais concorrentes a aderirem ao TACA. As medidas específicas adoptadas pelo TACA residiam no facto de, por um lado, terem sido comunicadas à Hanjin, pelas partes no TACA, certas informações confidenciais, em que manifestavam a vontade de lhe atribuírem uma certa capacidade de «slot» sobre o tráfego em causa e, por outro, de a Hyundai ter sido autorizada a participar imediatamente nos contratos de serviço da conferência em curso. Quanto às medidas gerais, resultavam da conclusão de um grande número de contratos de serviço com taxa dupla e do facto de os antigos membros estruturados do TAA (em suma, os membros tradicionais da conferência) se absterem de concorrer à celebração de contratos de serviço relativos a uma certa categoria de frete.

No que respeita às medidas específicas, o Tribunal concluiu, após ter examinado em pormenor os elementos que envolveram as adesões da Hanjin e da Hyundai ao TACA, que a Comissão não tinha demonstrado suficientemente que estas medidas é que tinham conduzido estas duas companhias marítimas a tornarem-se membros da conferência, e não considerações comerciais propriamente ditas. A este propósito, sublinhou, designadamente, que a Comissão não explicava em que é que as medidas específicas em causa não constituíam práticas susceptíveis de permitir à Hanjin e à Hyundai exercer as actividades abrangidas pela isenção por categoria a favor das conferências marítimas e, portanto, a aderir ao TACA com base nas mesmas condições que os membros existentes.

Quanto a este ponto, o Tribunal declarou que a Comissão tinha violado o direito de defesa das partes no TACA ao utilizar, em apoio das suas acusações, documentos incriminatórios obtidos após a audição administrativa, sem lhes dar ocasião de serem ouvidas. A este respeito, sublinhou que, embora os documentos em causa proviessem

³⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Fevereiro de 1973, *Europemballage Corporation e Continental Company/Comissão* (6/72, Colect., p.109).

do TACA (tratava-se de peças redigidas pelo TACA ou pelos seus membros, que tinham sido fornecidas pelas próprias partes no TACA em resposta a pedidos de informações) e o seu conteúdo fosse, portanto, por elas conhecido, a Comissão deveria ter-lhes dado a oportunidade de apresentarem as suas observações quanto à relevância e ao valor probatório destes documentos, uma vez que nem a comunicação de acusações, nem os termos dos pedidos de informações que levaram à apresentação destes documentos, nem o conteúdo dos mesmos permitiam às partes no TACA inferir razoavelmente as conclusões que a Comissão entendeu daí retirar. Consequentemente, o Tribunal eliminou estes documentos como elementos de prova das medidas específicas e declarou que, uma vez que as medidas eram provadas unicamente através deles, as referidas medidas não estavam validamente demonstradas.

No que concerne às medidas gerais, o Tribunal considerou que, para poderem ser consideradas medidas que tinham «incitado» os potenciais concorrentes a aderirem ao TACA, essas medidas deviam, necessariamente, ter tido por efeito levar os potenciais concorrentes a aderir à conferência. Uma medida qualificada de incitamento à adesão à conferência que não é seguida de qualquer adesão demonstra, efectivamente, que esta medida não é, na realidade, uma incitação à adesão à conferência. Ora, no caso em apreço, o Tribunal constatou que nenhum elemento dos autos permite concluir que as duas únicas companhias que aderiram à conferência no decurso do período abrangido pelas infracções, a saber, a Hanjin e a Hyundai, tinham tomado esta decisão devido às medidas gerais identificadas na decisão.

Por estes motivos, o Tribunal anulou a decisão TACA na medida em que acusa as partes no TACA de terem alterado abusivamente a estrutura do mercado.

d.2) Coimas

Mais uma vez, importa referir o acórdão TACA. Com efeito, se a Comissão não aplicou qualquer coima pelas infracções ao artigo 81.º CE, em contrapartida, aplicou-as a cada uma das partes no TACA, relativamente a duas infracções ao artigo 82.º CE, num montante total de 273 milhões de euros. Tendo em conta a verificação da ilegalidade do segundo abuso, só as coimas aplicadas relativamente ao primeiro, à parte a divulgação mútua do conteúdo dos contratos de serviço individuais, deviam ser examinadas pelo Tribunal.

– Imunidade relativa às coimas

O Tribunal, antes de mais, examinou se as coimas eram abrangidas pela imunidade relativa às coimas previstas pelo artigo 19.º do Regulamento n.º 4056/86.

Após ter examinado os termos e a finalidade desta disposição, o Tribunal recusou a tese da Comissão segundo a qual a imunidade só é válida para as infracções ao artigo 81.º CE e não para as do artigo 82.º CE. Ainda que admitisse que a imunidade devia ser interpretada de maneira restritiva, o Tribunal observa que o artigo 19.º do Regulamento n.º 4056/86 prevê explicitamente que a imunidade é susceptível de se aplicar às infracções ao artigo 82.º CE. Na verdade, esta imunidade só pode ser invocada nos procedimentos notificados com vista à concessão de uma isenção ao abrigo do artigo 81.º, n.º 3, CE, e unicamente «nos limites da actividade descrita na notificação». Contudo, isto não significa que só podem dela beneficiar as infracções ao artigo 81.º CE. Com efeito, o Tribunal nota que, segundo a jurisprudência, acordos restritivos da concorrência notificados para fins de isenção podem, desde que ponham em causa empresas dominantes, ser qualificados de práticas abusivas pela Comissão.

O Tribunal considera, por outro lado, que a aplicação da imunidade às infracções ao artigo 82.º CE é conciliável com a finalidade prosseguida por esta disposição, desde que uma empresa dominante que notifique acordos susceptíveis de serem qualificados de práticas abusivas denuncie, ela própria, uma possível violação ao artigo 82.º CE e, deste modo, facilite a tarefa à Comissão. No caso em apreço, tendo todas as práticas abusivas relativas ao primeiro abuso sido notificadas à Comissão, o Tribunal conclui que as coimas aplicadas por essa razão devem ser anuladas.

O Tribunal observa, no entanto, que esta imunidade não se aplica ao montante total das coimas aplicadas relativamente ao primeiro abuso. Com efeito, as coimas foram aplicadas nos termos não só do Regulamento n.º 4056/86 mas também do Regulamento n.º 1017/68, no que respeita aos aspectos terrestres cobertos pelas práticas em matéria de contratos de serviço. Ora, no seu acórdão de 28 de Fevereiro de 2002, *Atlantic Container Line e o./Comissão* (T-18/97, Colect., p. II-1125), o Tribunal decidiu que o Regulamento n.º 1017/68 não previa um regime de imunidade e que tal regime não podia ser deduzido de nenhum princípio geral de direito comunitário.

Assim, o Tribunal examinou a legalidade da parte das coimas aplicadas nos termos do Regulamento n.º 1017/68.

– Repartição em grupos

A este respeito, o Tribunal começou por constatar que o método seguido no caso em apreço para calcular o montante das coimas, sendo a decisão TACA uma das primeiras a aplicar as orientações publicadas pela Comissão relativamente ao cálculo das coimas, respeitava o quadro legal aplicável.

Como no processo que deu lugar ao acórdão *CMA CGM e o./Comissão*, já referido, a Comissão tinha fixado o montante da coima após ter repartido as partes no TACA em

quatro grupos distintos. Entendia, ao proceder deste modo, ter em conta as diferenças consideráveis de dimensão entre as partes no TACA.

No acórdão *CMA CGM e o./Comissão*, o Tribunal considerou que a repartição das recorrentes em quatro grupos efectuada pela Comissão não era objectivamente justificada e não revestia qualquer coerência interna. A repartição das recorrentes em grupos, no caso em apreço, foi considerada contrária ao princípio da igualdade de tratamento ou, pelo menos, insuficientemente fundamentada.

Em contrapartida, no acórdão *TACA*, o Tribunal constata que a repartição em grupos efectuada pela Comissão se justifica na medida em que é coerente, tendo a delimitação de cada grupo sido fixada a partir da dimensão da parte maior no TACA, com reduções sucessivas de metade da dimensão daquela.

– Circunstâncias atenuantes

O Tribunal concluiu, no entanto, no âmbito do exercício da sua competência de plena jurisdição, que nenhuma coima devia ter sido aplicada, no caso em apreço, pelas práticas incluídas no primeiro abuso.

A este respeito, o Tribunal rejeita a tese da Comissão segundo a qual nenhuma circunstância atenuante podia ser invocada pelas partes no TACA. O Tribunal observa, com efeito, que::

- as partes no TACA cooperaram com a Comissão ao notificar todas as práticas em causa, e isto apesar de, no âmbito dos Regulamentos n.º 4056/86 e n.º 1017/68, esta notificação não ser obrigatória para a obtenção de uma isenção;
- a decisão TACA constitui a primeira decisão em que a Comissão apreciou directamente a legalidade das práticas adoptadas pelas conferências marítimas em matéria de contratos de serviço;
- o tratamento jurídico a dar a estas práticas suscitava questões complexas, o que é demonstrado pela dificuldade de se determinar o alcance exacto da decisão sobre este ponto;
- o abuso resultante das práticas em matéria de contratos de serviço não constitui uma forma clássica de prática abusiva na acepção do artigo 82.º CE;
- as partes no TACA puderam legitimamente acreditar que a Comissão não lhes aplicaria qualquer coima, designadamente, porque em várias decisões anteriores, em que um acordo notificado tinha sido qualificado de abuso pela Comissão, não tinha sido aplicada nenhuma coima.

2. Regulamento n.º 4064/89

a) *Recurso de anulação de uma decisão de autorização*

– *Processo BaByliss e Philips*

Em Janeiro de 2002, a Comissão aprovou, sem abrir a segunda fase de exame, a retoma de certos activos da Moulinex pela SEB, na condição, designadamente, de a SEB conceder uma licença exclusiva da marca Moulinex, por um prazo de cinco anos, para a venda de todos os pequenos aparelhos electrodomésticos em nove Estados-Membros onde tinham sido identificados problemas de concorrência, e de não poder utilizar esta marca por mais três anos. A decisão não se aplicava ao mercado francês, tendo a Comissão acedido ao pedido de remessa parcial das autoridades francesas.

A BaByliss e a Philips contestaram, no Tribunal, a decisão de aprovação condicional da Comissão. Os acórdãos *BaByliss e Philips* enriquecem a jurisprudência em diversos aspectos.

Quanto ao mérito, em primeiro lugar, os acórdãos *BaByliss e Philips* confirmam que a Comissão tem o direito de aceitar, durante a fase I, a apresentação de compromissos propostos pelas partes na concentração, no prazo de três semanas previsto pela regulamentação aplicável [artigo 18.º, n.º 1, do Regulamento (CE) n.º 447/98 da Comissão, de 1 de Março de 1998, relativo às notificações, prazos e audições previstos no Regulamento n.º 4064/89³⁵], mas posteriormente alterados após esse prazo. Com efeito, este prazo é vinculativo para as partes na concentração e destina-se a evitar a apresentação de compromissos num prazo que não permita à Comissão dispor do tempo necessário para os avaliar e para consultar os terceiros. Em contrapartida, este prazo não é vinculativo para a Comissão, de modo que, se esta considerar ter tempo suficiente para examinar as alterações feitas aos compromissos para além deste prazo e que o prazo restante é suficiente para proceder às avaliações e consultas de terceiros, deve poder autorizar a concentração tendo em conta os compromissos alterados.

Em segundo lugar, o Tribunal precisa as condições de abertura da fase II. A este respeito, considera que a Comissão não tem qualquer poder discricionário quanto à abertura da fase II, quando se depara com dúvidas sérias sobre a compatibilidade da concentração com o mercado comum. Goza, contudo, de uma certa margem de apreciação na investigação e no exame das circunstâncias do caso, a fim de determinar se estas suscitam dúvidas sérias ou, quando tenham sido propostos compromissos, se continuam a suscitá-las (acórdão *Philips*).

³⁵ JO L 61, p. 1.

O Tribunal precisa que, tendo em conta as complexas apreciações económicas que a Comissão é levada a efectuar no exercício do poder de apreciação de que goza para avaliar os compromissos propostos pelas partes na concentração, incumbe ao recorrente provar a existência de um erro manifesto de apreciação cometido pela Comissão, para obter a anulação de uma decisão que aprova uma concentração, com fundamento no facto de os compromissos serem insuficientes para dissipar essas dúvidas sérias (acórdão *Philips*). Todavia, no âmbito do exercício da sua fiscalização jurisdicional, o Tribunal deve tomar em consideração o objectivo específico dos compromissos assumidos durante a fase I, os quais, ao contrário dos compromissos assumidos durante a fase II, não visam impedir a criação ou o reforço de uma posição dominante, mas sim dissipar quaisquer dúvidas sérias a este respeito. Daqui resulta que os compromissos assumidos durante a fase I devem constituir uma resposta directa e suficiente, susceptível de afastar claramente as dúvidas sérias suscitadas. Por conseguinte, quando o Tribunal examina se os compromissos assumidos durante a fase I, tendo em conta o seu alcance e o seu conteúdo, são susceptíveis de permitir à Comissão adoptar uma decisão de aprovação sem dar início à fase II, compete-lhe verificar se a Comissão podia considerar, sem cometer um erro manifesto de apreciação, que os referidos compromissos constituíam uma resposta directa e suficiente susceptível de dissipar claramente quaisquer dúvidas sérias suscitadas (acórdão *Philips*).

Nos processos em causa, pôs-se a questão de saber se a Comissão podia ter considerado que os compromissos eram suficientes para atenuar os problemas de concorrência suscitados pela operação de concentração. Uma vez que nenhuma das acusações e argumentos suscitados pela Philips permitiu ao Tribunal concluir pela existência de um erro manifesto de apreciação, o Tribunal acolhe parcialmente a argumentação desenvolvida pela BaByliss.

No contexto do acórdão *BaByliss*, o Tribunal confirma que um compromisso de tipo comportamental, tal como um compromisso de licença de marca, pode ser susceptível de resolver os problemas levantados por uma concentração e que a duração de tal compromisso é suficiente, no caso em apreço, para permitir aos licenciados concorrerem efectivamente com a entidade resultante da concentração no fim do período de exploração. Em contrapartida, o Tribunal considera que a Comissão não podia concluir, não havendo compromissos, pela falta de dúvidas sérias relativamente a certos mercados geográficos. Num primeiro momento, verifica a maneira como a Comissão aplicou os critérios de análise (limiar de domínio, ausência de sobreposição significativa, posição da entidade resultante da fusão relativamente aos seus concorrentes e efeito de gama), utilizados para afastar a existência de dúvidas sérias relativamente a cada um dos mercados geográficos em que não impôs compromissos (Espanha, Itália, Irlanda, Finlândia e Reino Unido), a todos os outros mercados afectados pela operação de concentração e conclui que dois dos quatro critérios adoptados para este efeito são insuficientemente precisos (ausência de sobreposição significativa e efeito de gama). Constata, num segundo momento, que a apreciação feita pela Comissão dos mercados não cobertos pelos compromissos é errada. Dá,

portanto, ganho de causa parcial à BaByliss, ao anular esta decisão no que respeita aos mercados em Espanha, na Finlândia, na Irlanda, em Itália e no Reino Unido.

– Processo *ARD*

Por decisão de 21 de Março de 2000, a Comissão aprovou sob condições a operação de concentração pela qual a BSkyB adquiriu com a KVV o controlo comum da sociedade KirchPay TV, activa no mercado da televisão paga na Alemanha. Esta decisão foi adoptada sem abertura da fase II.

A ARD, uma sociedade activa no mercado da televisão gratuita, pediu a anulação desta decisão.

A recorrente defendia que os numerosos compromissos aceites pela Comissão no âmbito da fase I eram insuficientes para eliminar as dúvidas sérias descritas na decisão impugnada. O Tribunal, no seu acórdão de 30 de Setembro de 2003, *ARD/Comissão* (T-158/00, ainda não publicado na Colectânea), confirma que, dadas as apreciações económicas complexas que a Comissão é levada a efectuar no exercício do poder de apreciação de que dispõe para avaliar os compromissos propostos pelas partes na concentração, compete à recorrente, para obter a anulação de uma decisão que aprova uma concentração, pelo facto de os compromissos terem sido insuficientes para dissipar as dúvidas sérias, demonstrar a existência de um erro manifesto de apreciação cometido pela Comissão. É também afirmado que a Comissão dispõe de um vasto poder de apreciação para apreciar a necessidade de obter compromissos para dissipar as dúvidas sérias suscitadas por uma operação de concentração e que a não tomada em consideração de certos compromissos sugeridos por um terceiro não conduz à anulação da decisão, na medida em que a Comissão podia razoavelmente concluir que os compromissos inseridos na decisão permitem dissipar as dúvidas sérias. A argumentação da recorrente foi, portanto, totalmente rejeitada.

A ARD afirmava, também, que, tendo a Comissão suscitado sérias dúvidas quanto à compatibilidade da operação com o mercado comum, era obrigada a iniciar a fase II. O Tribunal recorda que a verificação da existência de dúvidas sérias é feita sem prejuízo da possibilidade de as dissipar graças aos compromissos propostos. Sobretudo, rejeita a analogia sugerida pela recorrente entre as consequências, para os terceiros interessados, do facto de não se ter iniciado o procedimento formal de exame previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE, no domínio dos auxílios de Estado, e as consequências, para terceiros interessados, do facto de não ter sido aberta a fase II, nos termos do artigo 6.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento n.º 4064/89. Com efeito, os procedimentos de apreciação pela Comissão nos termos do artigo 6.º do Regulamento n.º 4064/89 não podem ser equiparados aos efectuados nos termos do artigo 88.º CE. O Tribunal salienta em especial, antes de mais, que, ao nível da fase preliminar do processo em matéria de auxílios de Estado, os terceiros interessados não têm qualquer direito de

participar no processo. Observa, em seguida, que se a Comissão verificar, durante o exame prévio previsto no artigo 88.º CE, que o projecto constitui um auxílio na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE e que, nessa medida, existem dúvidas quanto à sua compatibilidade com o mercado comum, é obrigada a dar início ao procedimento formal, ao passo que se a Comissão considerar que uma operação de concentração suscita sérias dúvidas, não é obrigada a abrir a fase II se as alterações da operação de concentração ou os compromissos das empresas em causa permitirem dissipar as referidas dúvidas.

Por fim, o Tribunal confirma que a Comissão tem o direito de aceitar, durante a fase I, a apresentação de compromissos propostos pelas partes na concentração, no prazo de três semanas previsto pela regulamentação aplicável (artigo 18.º, n.º 1, do Regulamento n.º 447/98), mas posteriormente alterados após esse prazo. Com efeito, este prazo é vinculativo para as partes na concentração, mas não o é para a Comissão, de modo que se esta considerar ter tempo suficiente para os examinar, deve poder autorizar a concentração tendo em conta os referidos compromissos, mesmo que ocorram alterações depois do prazo de três semanas ³⁶.

– Processo *Verband der freien Rohrwerke eV e o.*

Por decisões de 5 de Setembro de 2000 e de 14 de Setembro de 2000, a Comissão aprovou, com base no Regulamento (CEE) n.º 4064/89 e no artigo 66.º, n.º 2, CA, respectivamente, a aquisição pela Salzgitter do controlo da Mannesmannröhren-Werke. A Verband der freien Rohrwerke eV, uma associação de empresas, e dois dos seus membros pediram a anulação destas duas decisões. Enquanto o recurso interposto ao abrigo do artigo 33.º CA foi declarado inadmissível, o recurso interposto ao abrigo do artigo 230.º CE foi declarado improcedente (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Julho de 2003, *Verband der freien Rohrwerke e o./Comissão*, T-374/00, ainda não publicado na Colectânea), considerando o Tribunal que a Comissão não cometeu qualquer erro manifesto na sua apreciação dos efeitos da concentração controvertida.

b) *Recurso de anulação de decisões de remessa a uma autoridade nacional*

O artigo 9.º do Regulamento n.º 4064 permite, em certas condições, a remessa às autoridades competentes de um Estado-Membro de um caso de concentração notificada.

³⁶ Diferentemente do que fez em relação aos acórdãos *Philips e BaByliss*, o Tribunal afirma somente que o prazo deve ser suficiente para permitir à Comissão examinar os compromissos propostos, sem mencionar que o prazo restante deve ser suficiente para proceder às consultas de terceiros. A não consulta de terceiros sobre as últimas versões alteradas dos compromissos é, portanto, implicitamente admitida.

Por duas vezes, o Tribunal pronunciou-se sobre a legalidade das decisões de remessa às autoridades nacionais. Na origem do primeiro processo está a decisão da Comissão de remeter às autoridades francesas da concorrência a operação de concentração entre a SEB e a Moulinex, no que respeita aos mercados franceses de pequenos aparelhos electrodomésticos, com vista à aplicação da legislação nacional (acórdão *Philips*). No segundo processo, o exame da concentração que consistia numa integração da Vía Digital e da Sogeclab foi remetido às autoridades espanholas (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Setembro de 2003, *Cableuropa e o./Comissão*, T-346/02 e T-347/02, ainda não publicado na Colectânea).

Quanto ao mérito, o Tribunal foi convidado a verificar se as condições de remessa [ao abrigo do artigo 9.º, n.º 2, alínea a)] estavam preenchidas e se a Comissão tinha decidido correctamente remeter (ao abrigo do artigo 9.º, n.º 3) o exame dos efeitos da concentração às autoridades nacionais, em vez de se ocupar ela própria desta questão.

Segundo estas disposições, a Comissão pode decidir remeter o exame da concentração às autoridades nacionais se estiverem reunidas duas condições cumulativas: a concentração deve ameaçar criar ou reforçar uma posição dominante que entrave significativamente uma concorrência efectiva num mercado do Estado-Membro em causa e esse mercado deve apresentar as características de um mercado distinto.

– Processo *Philips*

O Tribunal constata que estas duas condições estavam preenchidas. No que respeita à ameaça de criação ou de reforço de uma posição dominante que tem como consequência a criação de entraves significativos a uma concorrência efectiva num mercado no interior do Estado-Membro em causa, o Tribunal salienta que a nova entidade detém em França uma gama de produtos e uma carteira de marcas inigualável. No que respeita à existência de um mercado distinto, o Tribunal observa que a França constituía efectivamente tal mercado, tendo em conta, designadamente, as diferenças de preços, as diferentes marcas e a estrutura nacional da distribuição, do abastecimento e da logística.

Quanto ao amplo poder de apreciação de que dispõe a Comissão para decidir da remessa, o Tribunal considera que esta instituição a exerceu correctamente, após ter, por um lado, considerado que a Comissão «não pode decidir proceder à remessa se, no momento do exame do pedido de remessa comunicado pelo Estado-Membro em causa, se verificar, com base num conjunto de indícios precisos e concordantes, que tal remessa não é susceptível de permitir preservar ou restabelecer uma concorrência efectiva nos mercados em causa» e, por outro, precisado que a fiscalização efectuada pelo órgão jurisdicional comunitário sobre esta questão se «deve limitar a verificar se a Comissão, sem cometer um erro manifesto de apreciação, pôde considerar que a

remessa às autoridades nacionais da concorrência permitia preservar ou restabelecer uma concorrência efectiva no mercado em causa, pelo que não era necessário ocupar-se ela própria do caso». Na verdade, o Tribunal observou que a remessa aos Estados-Membros, quando os produtos em causa provêm de mercados nacionais distintos, é susceptível de violar o princípio do «balcão único» (controlo único pelas autoridades europeias), mas este risco é considerado inerente ao procedimento de remessa, tal como está actualmente previsto no regulamento.

Consequentemente, o Tribunal nega provimento, na íntegra, ao recurso da Philips da decisão de remessa.

– Processo *Cableuropa*

Como no processo anterior, o Tribunal considera que as duas condições necessárias para a remessa do exame da concentração às autoridades nacionais estavam preenchidas.

No âmbito do exame de apreciação da Comissão relativa à segunda condição, o Tribunal precisa que o carácter distinto do mercado deve ser determinado com base numa definição do mercado dos produtos ou dos serviços em causa, numa primeira fase, e numa definição do mercado geográfico de referência, numa segunda fase. No caso em apreço, considera-se que a Comissão não cometeu qualquer erro manifesto de apreciação ao concluir que os mercados em causa eram mercados distintos de dimensão nacional. A argumentação das recorrentes (assente na forte implantação europeia das partes na concentração e das suas sociedades-mãe no que respeita quer às actividades de telecomunicações quer às da televisão de acesso pago, na dimensão transfronteiriça do mercado dos direitos audiovisuais das retransmissões desportivas e do mercado de certos filmes, na falta de relevância do factor linguístico para definir a extensão geográfica dos mercados da televisão de acesso pago, da retransmissão dos direitos audiovisuais e das telecomunicações, bem como na dimensão transfronteiriça dos mercados das telecomunicações, das redes de Internet e dos serviços a elas ligados) está assim afastada.

Quanto ao amplo poder de apreciação de que dispõe a Comissão para decidir ou não remeter uma concentração, o Tribunal considera que foi exercido sem erro manifesto. Com efeito, nos termos da regra enunciada no acórdão *Philips*, entende que a Comissão podia, razoavelmente, decidir remeter a concentração, desde que não existissem indicações precisas e concordantes que permitissem pensar que a remessa poderia prejudicar a manutenção de uma concorrência efectiva nos mercados em causa, sendo precisado que as autoridades espanholas tinham identificado com precisão os problemas de concorrência suscitados pela concentração.

O Tribunal considera, além disso, que a remessa total, a uma autoridade nacional da concorrência, de uma operação de concentração cujos efeitos estão limitados aos

mercados de dimensão nacional não contraria o carácter excepcional que deve revestir a remessa, às autoridades nacionais, de uma operação de concentração de dimensão comunitária quando os mercados de referência cobrem uma parte substancial do mercado comum.

Nestas circunstâncias, o Tribunal nega provimento aos recursos interpostos da decisão da Comissão relativa à concentração destinada à integração da Vía Digital e da Sogecable.

c) *Recurso de anulação de uma decisão de recusa de aprovação*

As propostas de compromisso e a sua aceitação, ou recusa, pela Comissão podem constituir uma fonte importante de contencioso. Outra fonte de contencioso consiste na execução dos compromissos previamente aceites pela Comissão. Esta execução implica, em especial, em certos casos, a aprovação dos adquirentes dos activos que devem ser alienados. Para este efeito, a Comissão verifica que o adquirente é independente das partes na concentração, que se pode tornar uma força competitiva no mercado e que a sua aquisição dos activos não suscita, à primeira vista, problemas de concorrência.

A recusa de aprovar a escolha prévia dos adquirentes pode dar origem a conflitos. Assim, no processo *TotalFina/Elf*, a Comissão recusou aprovar os compradores originalmente propostos pelas partes na concentração.

A declaração de compatibilidade da operação de concentração, que consistia no resgate da empresa Elf Aquitaine pela TotalFina, estava condicionada pela observância de certos compromissos³⁷. Nos termos destes compromissos, a TotalFina Elf devia ceder, num prazo determinado, 70 estações de serviço situadas nas auto-estradas francesas. Em Setembro de 2000, a Comissão decidiu recusar aprovar, no âmbito do «pacote» proposto, dois dos compradores propostos pela TotalFina Elf, por não estarem em condições de manter ou de desenvolver uma concorrência efectiva no mercado em causa. Um dos dois compradores afastados, a SG 2R, que operava sob a insígnia «Le Mirabellier», interpôs no Tribunal um recurso de anulação desta decisão da Comissão e apresentou ao presidente do Tribunal um pedido de medidas provisórias. Foi negado provimento quer ao pedido de medidas provisórias quer ao recurso principal (despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 17 de Janeiro de 2001, *Petrolessence e SG2R/Comissão*, T-342/00 R, Colect., p. II-67, e acórdão de 3 de Abril de 2003, *Petrolessence e SG2R/Comissão*, T-342/00, Colect., p. II-1163).

³⁷ Decisão 2001/402/CE da Comissão, de 9 de Fevereiro de 2000, que declara a compatibilidade de uma operação de concentração com o mercado comum (Processo COMP/M.1628 – TotalFina/Elf) (JO 2001, L 143, p. 1).

No âmbito de um fundamento de anulação assente numa apreciação errada da candidatura das recorrentes pela Comissão, aquelas contestavam a justeza das considerações tecidas em apoio da afirmação segundo a qual não seriam capazes de exercer uma concorrência efectiva no mercado em causa.

Em resposta, o Tribunal começa por recordar que as disposições fundamentais do Regulamento n.º 4064/89, em especial o seu artigo 2.º, relativo à apreciação das operações de concentração, conferem à Comissão um certo poder discricionário, designadamente no que respeita às apreciações de ordem económica. Daqui decorre que a fiscalização exercida pelo juiz comunitário sobre as apreciações económicas complexas efectuadas pela Comissão no exercício do poder de apreciação que lhe é conferido pelo Regulamento n.º 4064/89 se deve limitar à verificação do respeito das regras processuais e da fundamentação, bem como da exactidão da matéria de facto, da inexistência de erro manifesto de apreciação e de desvio de poder. Mais especificamente, não cabe ao Tribunal substituir a apreciação económica da Comissão pela sua própria apreciação.

No quadro da fiscalização das operações de concentração, estabelecido pelo Regulamento n.º 4064/89, a Comissão deve apreciar, segundo uma análise prospectiva do mercado em causa, se a operação de concentração que lhe é notificada leva a uma situação em que sejam causados entraves significativos à concorrência efectiva nesse mercado, nomeadamente, por parte das empresas que intervêm na concentração. Além disso, a Comissão pode, em aplicação do artigo 8.º deste regulamento, acompanhar de condições e de obrigações a sua decisão de compatibilidade.

No caso em apreço, o Tribunal considerou que as recorrentes não provaram que a apreciação da sua candidatura pela Comissão estava viciada por um erro manifesto. Confirmou assim que a Comissão pode recusar as candidaturas dos compradores quando se verifique que estes não poderão satisfazer o objectivo atribuído às medidas correctivas.

d) *Direito de ser ouvido*

O direito de ser ouvido é reconhecido a terceiros pelo Regulamento n.º 4064/89 (artigo 18.º, n.º 4). Podem, portanto, apresentar, por escrito, observações à Comissão, designadamente como reacção à publicação, no *Jornal Oficial da União Europeia*, da notificação de uma operação de concentração no âmbito do Regulamento n.º 4064/89 ou como resposta ao convite que lhe tenha sido dirigido pela Comissão (v. artigo 16.º do Regulamento n.º 447/98). Em especial, pode-lhes ser oferecida a possibilidade de apresentarem as suas observações sobre os compromissos propostos pelas partes notificantes destinados a demonstrar que a operação de concentração não cria nem reforça uma posição dominante que entrave de maneira significativa a concorrência no mercado em causa.

No processo que deu lugar ao acórdão *ARD/Comissão*, já referido, a recorrente só dispôs de um prazo de vinte e quatro horas para comentar os compromissos iniciais. O Tribunal considera que tal prazo não é susceptível de afectar a legalidade da decisão ³⁸.

O acórdão *ARD/Comissão*, já referido, indica também que, uma vez que, na fase II, a Comissão não é obrigada, nos termos do artigo 18.º, n.º 4, do Regulamento n.º 4064/89, a comunicar aos terceiros qualificados, para parecer prévio, a versão definitiva dos compromissos que foram assumidos pelas empresas em causa com base nas objecções emitidas pela Comissão, na sequência, nomeadamente, das observações recolhidas junto de terceiros sobre as propostas de compromissos formuladas pelas empresas em questão (acórdão de 27 de Novembro de 1997, *Kaysersberg/Comissão*, T-290/94, Colect., p. II-2137), tal é *a fortiori* o caso no que diz respeito a uma decisão tomada no termo da fase I, não sendo, portanto, a falta de consulta da ARD, como terceiro qualificado já ouvido pela Comissão, no decurso do mesmo procedimento, sobre uma das alterações iniciais, susceptível de viciar de ilegalidade a decisão.

D. Auxílios de Estado

1. Elementos constitutivos

Segundo jurisprudência assente, a intervenção dos poderes públicos no capital de uma empresa não constitui um auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º CE, quando, em circunstâncias similares, um investidor privado em condições normais de uma economia de mercado, com uma dimensão que possa ser comparada à dos organismos que gerem o sector público, poderia ter sido levado a injectar os capitais em questão (acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Março de 1990, *Bélgica/Comissão*, C-142/87, Colect., p. I-959).

Dois acórdãos deram ocasião ao Tribunal para fornecer precisões sobre a noção de «investidor privado em condições normais de uma economia de mercado».

O acórdão de 6 de Março de 2003, *Westdeutsche Landesbank Girozentrale e Land NordrheinWestfalen/Comissão* (T-228/99 e T-233/99, Colect., p. II-445), tratava das consequências de uma lei de 18 de Dezembro de 1991 pela qual o *Land* da Renânia do Norte-Vestefália tinha transferido para o Westdeutsche Landesbank Girozentrale, um organismo bancário de direito público, o Wohnungsbauförderungsanstalt, um outro organismo de direito público totalmente detido pelo *Land*. Esta transferência não deu origem a um aumento da participação do *Land*, mas a uma remuneração em

³⁸ Compreende-se, portanto, perfeitamente que o Tribunal tenha respondido à BaByliss, que defendia que o prazo de doze dias de que dispusera para apresentar as suas observações não tinha sido suficiente, que esse prazo é, «manifestamente, mais do que suficiente».

numerário fixada a uma taxa anual de 0,6%, após dedução de impostos. Numa decisão de 8 de Julho de 1999 ³⁹, a Comissão considerou que esta operação constituía um auxílio de Estado ilícito e incompatível com o mercado comum, na medida em que um investidor que opera numa economia de mercado teria exigido que estes capitais fossem remunerados de forma adequada e que uma remuneração de acordo com o valor do mercado deveria ter sido fixada em 9,3% ao ano, após dedução de impostos.

O Tribunal afasta, em primeiro lugar, a tese dos recorrentes segundo a qual o artigo 295.º CE, que dispõe que o Tratado CE «em nada prejudica o regime da propriedade nos Estados-Membros», limita o alcance do conceito de auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE ⁴⁰.

O Tribunal indica, em segundo lugar, que, para apreciar se uma medida estatal constitui um auxílio, em princípio, a questão de saber se a empresa beneficiária desta medida é ou não rentável não é em si determinante, devendo esta questão, em contrapartida, ser tida em conta a fim de determinar se o investidor público se comportou como um investidor que opera numa economia de mercado ou se a empresa beneficiária recebeu uma vantagem económica que não teria recebido em condições normais de mercado.

Aplicando, em terceiro lugar, a noção de investidor privado que opera em condições normais de uma economia de mercado, o Tribunal considera que, a fim de determinar se – e se assim for, em que medida – a empresa beneficiária obtém uma vantagem económica que não teria obtido em condições normais de mercado, a Comissão pode utilizar como critério o rendimento médio observado no sector em causa. O Tribunal tem, no entanto, o cuidado de precisar que a utilização deste instrumento analítico não dispensa a Comissão da sua obrigação, por um lado, de fundamentar suficientemente a sua decisão final e, por outro, de realizar uma análise completa de todos os elementos pertinentes da operação controvertida e do seu contexto, designadamente, de ter em conta a possibilidade de o auxílio em causa preencher as condições de isenção do artigo 86.º, n.º 2, CE. Ora, no caso em apreço, o Tribunal considera que a Comissão não fundamentou suficientemente a escolha de dois dos elementos que teve em conta para calcular a taxa de rendimento adequado, a saber, por um lado, o valor da taxa de rendimento de base e, por outro, a majoração aplicada à taxa a fim de a adaptar às características especiais da operação. Consequentemente, o Tribunal, tendo em conta a importância essencial destes elementos na decisão da Comissão, considera que a decisão deve ser anulada.

³⁹ Decisão 2000/392/CE da Comissão, de 8 de Julho de 1999, relativa a uma medida aplicada pela República Federal da Alemanha a favor do Westdeutsche Landesbank Girozentrale (JO 2000, L 150, p. 1).

⁴⁰ V. também acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 5 de Agosto de 2003, *P & O European Ferries (Vizcaya) e Diputación Foral de Vizcaya/Comissão* (T-116/01 e T-118/01, ainda não publicado na Colectânea, n.º 152).

O acórdão de 5 de Agosto de 2003, *P & O European Ferries (Vizcaya) e Diputación Foral de Vizcaya/Comissão* (T-116/01 e T-118/01, ainda não publicado na Colectânea; recurso pendente no Tribunal de Justiça, processo C-442/03 P), constitui uma consequência do acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 28 de Janeiro de 1999, *BAI/Comissão* (T-14/96, Colect., p. II-139), no qual o Tribunal tinha anulado uma decisão da Comissão que considerava que um acordo assinado entre a Diputación Foral de Vizcaya (Conselho provincial de Biscaia) e o Ministério do Comércio e do Turismo do Governo basco, por um lado, e a P & O European Ferries («P & O Ferries»), por outro, não constituía um auxílio de Estado. Este acordo incidia sobre o estabelecimento de um serviço de *ferries* pelo qual as autoridades signatárias adquiriam cupões de viagem que deveriam ser utilizados na linha marítima Bilbao-Portsmouth.

Após ter reaberto o procedimento para ter em conta as consequências do acórdão do Tribunal, a Comissão constatou que se a Diputación indicava que procurava, através da compra de cupões de viagem, facilitar ou subvencionar as viagens de alguns dos seus administrados, o número total de cupões adquiridos não tinha, entretanto, sido fixado em função das suas necessidades reais e não correspondia, portanto, aos imperativos de carácter social invocados ⁴¹.

O Tribunal confirma esta análise ao considerar que o simples facto de um Estado-Membro comprar bens e serviços nas condições de mercado não basta para qualificar esta operação de transacção comercial efectuada em condições que um investidor privado teria aceite, se se verificar que o Estado-Membro em questão não tinha uma necessidade real desses bens e serviços. Constatando, por outro lado, que inúmeros elementos convergem para demonstrar que a Diputación não celebrou este acordo para satisfazer necessidades efectivas, o Tribunal conclui que a Comissão qualificou correctamente de auxílio de Estado o acordo controvertido.

O Tribunal precisa também neste acórdão que a circunstância de a Comissão ter inicialmente adoptado uma decisão positiva aprovando o auxílio controvertido não podia criar uma confiança legítima na beneficiária, uma vez que esta decisão foi contestada dentro dos prazos de recurso contencioso e, em seguida, anulada pelo tribunal comunitário.

2. Questões processuais

Nos seus dois acórdãos de 10 de Abril de 2003, *Scott/Comissão* (T-366/00, Colect., p. II-1766; recurso pendente no Tribunal de Justiça, processo C-276/03 P) e *Département du Loiret/Comissão* (T-369/00, Colect., p. II-1793), o Tribunal precisou as condições de aplicação do Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de

⁴¹ Decisão 2001/247/CE da Comissão, de 29 de Novembro de 2000, relativa ao regime de auxílios aplicado pela Espanha à companhia marítima Ferries Golfo de Vizcaya (JO 2001, L 89, p. 28).

Março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo [88.º] do Tratado CE ⁴², que fixa as regras processuais em matéria de auxílios de Estado. Nestes dois acórdãos, o Tribunal recorda que as regras processuais, contrariamente às regras substantivas, se aplicam em geral a todos os litígios pendentes no momento da sua entrada em vigor. Considerando que as regras editadas pelo Regulamento n.º 659/1999, incluindo a regra de prescrição do seu artigo 15.º, têm natureza processual, o Tribunal deduz daí que estas regras se aplicam a todos os procedimentos administrativos em matéria de auxílios de Estado que se encontravam pendentes na Comissão quando o Regulamento n.º 659/1999 entrou em vigor, ou seja, em 16 de Abril de 1999.

O Tribunal precisa, além disso, que um pedido de informações dirigido pela Comissão às autoridades de um Estado-Membro interrompe o prazo de prescrição de dez anos, inclusive no que diz respeito ao beneficiário, mesmo se este último ignorasse a existência desse pedido.

E. Medidas de defesa comercial

Durante o ano de 2003, o Tribunal proferiu dois acórdãos no domínio das medidas de defesa comercial.

No acórdão de 23 de Outubro de 2003, *Changzhou Hailong Electronics & Light Fixtures e Zhejiang Yankon/Conselho* (T-255/01, ainda não publicado na Colectânea), o Tribunal precisou as condições em que o valor normal de um produto, na acepção do Regulamento (CE) n.º 384/96 do Conselho, de 22 de Dezembro de 1995, relativo à defesa contra as importações objecto de dumping de países não membros da Comunidade Europeia ⁴³, pode ser calculado segundo as regras relativas a uma economia de mercado na hipótese de as importações em causa provirem da República Popular da China.

Deter-nos-emos, em seguida, no acórdão de 8 de Julho de 2003, *Euroalliances e o./Comissão* (T-132/01, ainda não publicado na Colectânea), relativo às condições em que uma medida de defesa comercial que termine pode ou deve ser mantida, assim como ao alcance do controlo do Tribunal sobre a apreciação, feita pela Comissão, do «interesse comunitário» na acepção do Regulamento n.º 384/96.

Neste último processo, os recorrentes pedem a anulação de uma decisão da Comissão ⁴⁴ que encerra um processo antidumping respeitante às importações de

⁴² JO L 83, p. 1.

⁴³ JO L 56, p. 1.

⁴⁴ Decisão 2001/230/CE da Comissão, de 21 de Fevereiro de 2001, que encerra o processo antidumping respeitante às importações de ferro-silício originárias do Brasil, da República Popular da China, do Cazaquistão, da Rússia, da Ucrânia e da Venezuela (JO L 84, p. 36).

ferro-silício originárias do Brasil, da China, do Cazaquistão, da Rússia, da Ucrânia e da Venezuela, na qual a Comissão tinha considerado que a manutenção das medidas em causa após o seu termo é contrária aos interesses da Comunidade, ainda que se corra o risco de, com a caducidade das referidas medidas, se favorecer a continuação ou a reincidência do dumping e do prejuízo daí resultante.

O Tribunal considerou que as condições de manutenção de uma medida antidumping em vias de caducar eram, *mutatis mutandis*, aplicáveis à adopção de novas medidas. Tendo verificado que o Regulamento n.º 384/96 não conferia à indústria comunitária queixosa um direito à instituição de medidas de protecção, inclusive quando esteja provada a existência de dumping e de prejuízo, conclui que o mesmo acontece quanto à manutenção de uma medida em vias de caducar, mesmo quando tenha sido verificada a probabilidade da continuação ou da reincidência do dumping e do prejuízo.

O Tribunal precisa, depois, que a apreciação, pela Comissão, do interesse comunitário implica a apreciação de situações económicas complexas e resulta de opções de política económica, de modo que não compete ao órgão jurisdicional comunitário substituir pela sua apreciação a das instituições competentes para proceder a essa escolha. Compete, entretanto, ao órgão jurisdicional verificar, designadamente, se a Comissão cumpriu as normas processuais do Regulamento n.º 384/96. Procedendo a esta verificação, o Tribunal observa que, para fins da apreciação do interesse comunitário, a Comissão tem não apenas o direito mas também a obrigação de proceder a uma apreciação global da situação do mercado abrangido pelas medidas e dos outros mercados em que essas medidas produzem os seus efeitos, o que implica que possa tomar em consideração qualquer elemento susceptível de relevância para a sua apreciação, seja qual for a sua fonte, na condição de se assegurar da sua natureza representativa e estável.

F. Marca comunitária

O registo das marcas comunitárias alimenta doravante um abundante contencioso. Com efeito, 100 recursos iniciados em 2003 visaram obter a anulação de decisões proferidas pelas Câmaras de Recurso do Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) (IHMI).

Apesar de inferior ao número de processos intentados neste domínio, o número dos processos decididos pelo Tribunal aumenta: foram decididos 47 (24 através de acórdãos e os outros através de despachos), contra 29 em 2002. Pode observar-se que os processos em que se decidiu por acórdão são maioritariamente processos ditos «interpartes», revelando isto que o contencioso encontra, essencialmente, a sua origem nos procedimentos de oposição apresentados ao IHMI por iniciativa de particulares.

Para maior clareza de apresentação, importa recordar que, segundo o Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho, de 29 de Dezembro de 1993, sobre a marca comunitária ⁴⁵, a recusa de registo de uma marca comunitária é possível, designadamente, no caso de ser desprovida de carácter distintivo [artigo 7.º, n.º 1, alínea b)], de ser descritiva [artigo 7.º, n.º 1, alínea c)] (motivos absolutos de recusa), ou ainda em caso de oposição fundada na existência de uma marca anterior protegida num Estado Membro ou enquanto marca comunitária (artigo 8.º) (motivos relativos de recusa). Uma marca comunitária pode também ser declarada nula pelo IHMI, se for apresentado um pedido neste sentido nos termos do artigo 51.º, n.º 1, do mesmo regulamento.

1. Motivos absolutos de recusa de registo

Por dez vezes, o Tribunal decidiu, através de acórdão, da legalidade de decisões das Câmaras de Recurso relativas aos motivos absolutos de recusa de registo, anulando duas decisões [acórdãos de 6 de Março de 2003, *DaimlerChrysler/IHMI (Calandre)*, T-128/01, Colect., p. II-703, e de 3 de Dezembro de 2003, *Nestlé Waters France/IHMI (Forma de uma garrafa)*, T-305/02, ainda não publicado na Colectânea], mas confirmando todas as outras [acórdãos de 5 de Março de 2003, *Unilever/IHMI (Pastilha ovóide)*, T-194/01, Colect., p. II-386; de 30 de Abril de 2003, *Axions e Belce/IHMI (Forma de um cigarro de cor castanha e forma de um lingote de ouro)*, T-324/01 e T-110/02, Colect., p. II-1900; de 3 de Julho de 2003, *Best Buy Concepts/IHMI (BEST BUY)*, T-122/01; de 9 de Julho de 2003, *Stihl/IHMI (Combinação de cores laranja e cinzenta)*, T-234/01; de 15 de Outubro de 2003, *Nordmilch/IHMI (OLDENBURGER)*, T-295/01; de 26 de Novembro de 2003, *HERON Robotunits/IHMI (ROBOTUNITS)*, T-222/02; de 27 de Novembro de 2003, *Quick/IHMI (Quick)*, T-348/02; e de 3 de Dezembro de 2003, *Audi/IHMI (TDI)*, T-16/02, ainda não publicado na Colectânea].

No que respeita aos aspectos processuais, o Tribunal considerou que, na medida em que o recurso interposto neste órgão jurisdicional tem por finalidade a fiscalização da legalidade das decisões das Câmaras de Recurso do IHMI, as provas apresentadas pela primeira vez no Tribunal de Primeira Instância são inadmissíveis (acórdão *Calandre*, já referido).

No que concerne ao mérito, o Tribunal teve ocasião de precisar que podem ser registadas como marcas comunitárias um vocábulo, a forma de um produto, a forma da embalagem de um produto, uma cor ou uma combinação de cores, desde que, designadamente, não se trate de sinais comumente utilizados para a comercialização dos produtos ou serviços em causa. Quanto a este ponto, foi recordado que o carácter distintivo de uma marca deve ser apreciado, por um lado, por referência aos produtos ou aos serviços para os quais é solicitado o registo do sinal e, por outro, em relação à percepção do público relevante, constituído pelo consumidor

⁴⁵ JO 1994, L 11, p. 1.

desses produtos ou serviços. Além disso, basta um mínimo de carácter distintivo para que o motivo de recusa definido no artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94 não seja aplicável.

Tendo em conta estes princípios, o Tribunal considerou que um sinal que represente a grelha da frente de um veículo é susceptível de influir na memória do público-alvo como indicação de origem comercial e, portanto, de diferenciar e de individualizar os veículos a motor que integram a referida grelha em relação aos provenientes de outras empresas, quando, pelo seu carácter inabitual, ela não possa ser considerada a imagem, que vem naturalmente à mente, da representação típica de uma grelha de veículo contemporânea. Anulou, conseqüentemente, a decisão impugnada (acórdão *Calandre*, já referido). No acórdão *Forma de uma garrafa*, já referido, o Tribunal adoptou a mesma abordagem para concluir que a forma de uma garrafa, devido à sua aparência particular, era susceptível de chamar a atenção do público em causa e, portanto, revestia um carácter distintivo.

Em contrapartida, confirmando as decisões das Câmaras de Recurso, o Tribunal decidiu que não apresentavam carácter distintivo uma forma ovóide para produtos de lavar a louça (acórdão *Pastilha ovóide*, já referido), uma forma tridimensional representando um cigarro de cor castanha e uma forma tridimensional representando um lingote de ouro para chocolates (acórdão *Forma de cigarro de cor castanha e forma de lingote de ouro*, já referido), o sinal verbal BEST BUY para, designadamente, serviços de consultoria em gestão de empresas (acórdão *BEST BUY*, já referido) e uma combinação de laranja e de cinzento para aparelhos mecânicos (acórdão *Combinação de cores laranja e cinzenta*, já referido).

O Tribunal considerou, repetidas vezes, que o carácter distintivo de um sinal não se pode deduzir de um conceito de comercialização, quer se trate de «efeito de gama», que consiste em sugerir ao consumidor que vários produtos têm a mesma origem comercial porque são geralmente comercializados em conjunto (acórdão *Combinação de cores laranja e cinzenta*, já referido), quer do nível de preços elevado dos produtos (acórdão *Forma de cigarro de cor castanha e forma de lingote de ouro*, já referido).

Quanto às decisões das Câmaras de Recurso que reconhecem o carácter descritivo de certas marcas cujo registo se pede, foram todas confirmadas pelo Tribunal, quer porque a marca solicitada era composta, exclusivamente, por um vocábulo que indicava ou podia indicar ao público relevante a proveniência geográfica de certos produtos (acórdão *OLDENBURGER*, já referido), quer porque podia servir para designar um dos eventuais destinos dos produtos visados (acórdão *ROBOTUNITS*, já referido), quer porque indicava uma qualidade dos produtos em questão, no caso em apreço, a rapidez com que os pratos podem ser preparados e servidos (acórdão *Quick*, já referido) ou a característica essencial de automóveis e serviços de reparação (acórdão *TDI*, já referido).

Por fim, o artigo 7.º, n.º 1, alínea f), do Regulamento n.º 40/94 prevê que o registo de uma marca seja recusado desde que seja contrária à ordem pública e aos bons costumes. Segundo o Tribunal, esta disposição não abrange a situação na qual o requerente age de má fé [acórdão de 9 de Abril de 2003, *Durferrit/IHMI – Kolene (NU-TRIDE)*, T-224/01, Colect., p. II-1592].

2. Motivos relativos de recusa de registo

Antes de mais, importa observar que um acordo celebrado entre quem solicita a marca comunitária e a parte que se opôs, comunicado ao IHMI, que consista na desistência da oposição ao registo da marca comunitária, leva o Tribunal a declarar a extinção da instância [despachos de 26 de Fevereiro de 2003, *Zapf Creation/IHMI – Jesmar (Colette Zapf Creation)*, T-7/02, Colect., p. II-271, e *Zapf Creation/IHMI – Jesmar (Colette Zapf Creation Kombi Collection)*, T-8/02, Colect., p. II-279, e de 3 de Julho de 2003, *Lichter Pharma/IHMI – Biofarma (Sedonium)*, T-10/01, ainda não publicado na Colectânea].

Em seguida, a jurisprudência confirmou os elementos que há que ter em conta para concluir pela existência de um risco de confusão ou, sendo o caso, pela existência de um risco de associação [artigo 8.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94] e verificou se as Câmaras de Recurso os tinham realmente tido em consideração. Assim, procedendo às comparações efectuadas, por um lado, entre os produtos em causa e, por outro, entre os sinais em causa (que diziam respeito à apreciação da sua semelhança visual, auditiva e conceptual), o Tribunal considerou, então, que as Câmaras de Recurso tinham concluído correctamente que existia um risco de confusão no espírito do público entre a marca pedida e uma marca anterior protegida [acórdãos de 15 de Janeiro de 2003, *Mystery Drinks/IHMI – Carlsberg Brauerei (MYSTERY)*, T-99/01, Colect., p. II-43; de 3 de Julho de 2003, *José Alejandro/IHMI – Anheuser-Busch (BUDMEN)*, T-129/01; de 4 de Novembro de 2003, *Pedro Díaz/IHMI – Granjas Castelló (CASTILLO)*, T-85/02; de 25 de Novembro de 2003, *Oriental Kitchen/IHMI – Mou Dybfrost (KIAP MOU)*, T-286/02, ainda não publicados na Colectânea], ou, pelo contrário, que este risco não existia [acórdãos *NU-TRIDE*, já referido; de 9 de Julho de 2003, *Laboratorios RTB/IHMI – Giorgio Beverly Hills (GIORGIO BEVERLY HILLS)*, T-162/01; de 22 de Outubro de 2003, *Éditions Albert René/IHMI – Trucco (Starix)*, T-311/01, ainda não publicados na Colectânea] nem existia um risco de associação (acórdão *NU-TRIDE*, já referido).

Em contrapartida, o acórdão de 14 de Outubro de 2003, *Phillips-Van Heusen/IHMI – Pash Textilvertrieb und Einzelhandel (BASS)* (T-292/01, ainda não publicado na Colectânea), reformou, nos termos do artigo 63.º, n.º 3, do Regulamento n.º 40/94 – e isto pela primeira vez –, a decisão de uma Câmara de Recurso que anulava a decisão da Divisão de Oposição e julgou procedente a oposição relativamente a uma categoria de produtos. O Tribunal considera, contrariamente à Câmara de Recurso, que não existe risco de confusão entre o sinal nominativo BASS, cujo registo como marca

comunitária era pedido, e o sinal nominativo PASH, marca já registada na Alemanha, utilizados, um e outro, para vestuário. Reformou, portanto, a decisão da Câmara de Recurso no sentido de que é negado provimento ao recurso interposto pela parte que apresentara oposição no IHMI.

Por fim, salienta-se que os pedidos apresentados pelo IHMI, destinados a que o Tribunal se digne «ter em conta as alegações das partes» não são admissíveis, pois o IHMI, formalmente demandado no Tribunal, não tomou posição quanto às pretensões da recorrente nem quanto ao destino da decisão impugnada (acórdão *MYSTERY*, já referido).

3. Pedido de nulidade apresentado no IHMI

A nulidade de uma marca comunitária é absoluta ou relativa em função das causas que a justifiquem.

As causas de nulidade absoluta de uma marca comunitária são referidas no artigo 51.º do Regulamento n.º 40/94. A origem do processo que deu lugar ao acórdão de 5 de Março de 2003, *Alcon/IHMI – Dr. Robert Winzer Pharma (BSS)* (T-237/01, Colect., p. II-415; recurso pendente no Tribunal de Justiça, processo C-192/03 P), é uma decisão da Divisão de Anulação do IHMI que declarou nula uma marca comunitária com base no artigo 7.º, n.º 1, alínea d), do referido regulamento, que impede – e trata-se de um motivo absoluto de recusa – o registo de marcas constituídas exclusivamente por sinais ou indicações que se tenham tornado habituais na linguagem corrente ou nos hábitos leais e constantes do comércio. A Câmara de Recurso tinha negado provimento ao recurso desta decisão. Por sua vez, o Tribunal negou provimento ao recurso de anulação da decisão da Câmara de Recurso e confirmou, por assim ter considerado, que «BSS» é um termo que se tornou habitual para os médicos e que a marca BSS não tinha, na sequência da sua utilização, adquirido um carácter distintivo numa parte substancial da União Europeia.

As causas de nulidade relativa de uma marca comunitária estão previstas no artigo 52.º do Regulamento n.º 40/94. No acórdão de 9 de Julho de 2003, *Laboratórios RTB/IHMI – Giorgio Beverly Hills (GIORGIO AIRE)* (T-156/01, ainda não publicado na Colectânea), o Tribunal negou provimento ao recurso, interposto pela sociedade Laboratorios RTB, de uma decisão da Câmara de Recurso que, por um lado, anulou uma decisão de anulação da divisão competente do IHMI e, por outro, indeferiu o pedido de anulação de uma marca comunitária. Consequentemente, validou as conclusões segundo as quais, por um lado, a prova de utilização séria de marcas anteriores ao longo do período de cinco anos que precedeu o pedido de nulidade não era considerada – indicando assim o nível de provas exigidas para que a utilização séria seja considerada suficientemente demonstrada – e, por outro, não havia risco de confusão entre a marca comunitária GIORGIO AIRE para artigos de *toilette* e as

marcas espanholas anteriores que incluíam os termos «giorgi line» e «miss giorgi» para artigos idênticos.

4. Questões de forma

O artigo 73.º do Regulamento n.º 40/94 prevê que as decisões do IHMI serão fundamentadas ⁴⁶. No acórdão *TDI*, já referido, o Tribunal considerou que a Câmara de Recurso estava portanto obrigada a expor as razões por que os elementos de prova produzidos pela Audi não permitiam concluir que a marca requerida tivesse adquirido carácter distintivo em resultado do uso. No entanto, continua, a constatação de que a Câmara de Recurso não cumpriu os deveres de fundamentação não é suficiente para acarretar a anulação da sua decisão, uma vez que uma nova decisão do IHMI conduziria obrigatoriamente ao mesmo resultado que a primeira.

Na sua segunda frase, este mesmo artigo prevê que as decisões do IHMI só se podem basear em fundamentos sobre os quais as partes se tenham podido pronunciar. A violação desta disposição por um examinador do IHMI não obriga, no entanto, a Câmara de Recurso a anular a decisão por ele adoptada, na falta de qualquer ilegalidade quanto ao mérito (acórdão *TDI*, já referido)

Por outro lado, como foi decidido no acórdão de 12 de Março de 2003, *Goulbourn/IHMI – Redcats (Silk Cocoon)* (T-174/01, Colect., p. II-791), a equidade processual bem como o princípio geral da protecção da confiança legítima impõem que se interprete esta disposição no sentido de que a Câmara de Recurso é obrigada a indicar previamente à parte em causa a sua intenção de ter em conta um facto que, tendo sido invocado pela outra parte após o termo do prazo para o fazer no âmbito de um procedimento de oposição, não foi tido em consideração na decisão da Divisão de Oposição, para que a parte em causa esteja em condições de apreciar a oportunidade de apresentar as suas observações quanto ao mérito relativamente a esse facto. Tal obrigação existe mesmo que a outra parte tenha invocado de novo este facto nos seus articulados apresentados na Câmara de Recurso. Por não ter respeitado esta obrigação, a decisão da Câmara de Recurso foi anulada.

5. Continuidade funcional das unidades do IHMI

Para que um pedido de oposição possa proceder, o titular da marca anterior deve, se for caso disso, provar que tinha feito dela uma «utilização séria» (artigo 43.º, n.º 2, do Regulamento n.º 40/94). Colocou-se a questão de saber se uma Câmara de Recurso, interpelada por alguém cuja oposição tenha sido rejeitada, por insuficiência de provas, pela divisão competente do IHMI, podia legalmente considerar que não estava obrigada a examinar de forma exaustiva a decisão proferida por esta divisão. A esta

⁴⁶ V. também a regra 50, n.º 2, alínea h), do Regulamento (CE) n.º 2868/95 da Comissão, de 13 de Dezembro de 1995, relativo à execução do Regulamento n.º 40/94 (JO L 303, p. 1).

questão o Tribunal responde no acórdão de 23 de Setembro de 2003, *Henkel/IHMI – LHS (UK) (KLEENCARE)* (T-308/01, ainda não publicado na Colectânea), que a sua jurisprudência segundo a qual existe uma continuidade funcional entre o examinador e a Câmara de Recurso tem por vocação aplicar-se também à relação existente entre as outras unidades do IHMI que decidem em primeira instância, como as Divisões de Oposição e de Anulação, e as Câmaras de Recurso, e que, portanto, a competência das Câmaras de Recurso do IHMI implica o reexame das decisões tomadas pelas unidades que decidem em primeira instância. De onde conclui que, mesmo quando a parte que interpôs recurso na Câmara de Recurso não tenha suscitado um determinado fundamento específico, esta câmara está, ainda assim, «obrigada a examinar, à luz de todos os elementos jurídicos e de facto relevantes, se uma nova decisão com a mesma parte decisória que a decisão objecto de recurso pode ou não ser legalmente tomada no momento em que se pronuncia sobre o recurso». Pelo que a Câmara de Recurso está obrigada a fundamentar a sua decisão em todos os elementos de facto e de direito que a parte interessada tenha apresentado quer no processo perante a unidade que decidiu em primeira instância quer, unicamente com a ressalva do teor do n.º 2 do artigo 74.º do Regulamento n.º 40/94 ⁴⁷, no próprio processo de recurso. No caso em apreço, o Tribunal aplica uma sanção à Câmara de Recurso que não tinha apreciado as provas que a recorrente apresentou no âmbito do processo na Divisão de Oposição.

G. Acesso aos documentos

O Regulamento (CE) n.º 1049/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de Maio de 2001, relativo ao acesso do público aos documentos do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão ⁴⁸, prevê um direito de acesso aos documentos na posse de uma instituição, isto é, elaborados ou recebidos pela instituição e em sua posse.

Num processo que opunha um particular à Comissão, o Tribunal verificou se a Comissão podia legalmente recusar o acesso a documentos na sua posse, mas elaborados pelas autoridades italianas. A este respeito, o Tribunal recorda que as instituições podem ser levadas, sendo caso disso, a comunicar documentos emanados de terceiros, entre os quais, nomeadamente, os Estados-Membros. Contudo, observa que os Estados-Membros são objecto de um tratamento especial, na medida em que o artigo 4.º, n.º 5, do Regulamento n.º 1049/2001 confere a um Estado-Membro a faculdade de solicitar à instituição que não divulgue, sem o seu prévio acordo, um documento dele emanado. No caso em apreço, tendo-se as autoridades italianas oposto a que os documentos delas emanados fossem comunicados à recorrente, a Comissão estava certa ao recusar o pedido de acesso (acórdão de 17 de Setembro de 2003, *Messina/Comissão*, T-76/02, ainda não publicado na Colectânea).

⁴⁷ Segundo o artigo 74.º, n.º 2, do Regulamento n.º 40/94, «[o] Instituto pode não tomar em consideração os factos que as partes não tenham alegado ou as provas que não tenham sido produzidas em tempo útil».

⁴⁸ JO L 145, p. 43.

Nenhum outro processo decidido em 2003 incidiu sobre a legalidade de decisões de recusa tomadas ao abrigo do Regulamento n.º 1049/2001.

H. Saúde pública

As autorizações de introdução no mercado de certas substâncias, ou a revogação de tais autorizações, deram lugar a contestação no Tribunal.

Enquanto o acórdão de 28 de Janeiro de 2003, *Laboratoires Servier/Comissão* (T-147/00, Colect., p. II-85; recurso pendente no Tribunal de Justiça, processo C-156/03 P), anula uma decisão da Comissão relativa à revogação das autorizações de introdução no mercado dos medicamentos para uso humano que contenham certas substâncias, e isto por motivos idênticos aos que deram lugar ao acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 26 de Novembro de 2002, *Artegoda e o./Comissão* (T-74/00, T-76/00, T-83/00 a T-85/00, T-132/00, T-137/00 e T-141/00, Colect., p. II-4945; comentado no *Relatório Anual de 2002*), o acórdão de 21 de Outubro de 2003, *Solvay Pharmaceuticals/Conselho* (T-392/02, ainda não publicado na Colectânea), nega provimento ao recurso que põe em causa a legalidade de um regulamento do Conselho que suprime a autorização de uma substância utilizada na alimentação dos animais, o nifursol⁴⁹.

Neste processo, o argumento principal da recorrente consistia em afirmar que o risco para a saúde humana em que se baseava o regulamento impugnado era puramente hipotético. Na apreciação desta argumentação, o Tribunal confirma que o princípio da precaução constitui um princípio geral do direito comunitário que impõe às autoridades em questão que tomem, no quadro preciso do exercício das competências que lhes são atribuídas pela legislação pertinente, medidas adequadas para evitar certos riscos potenciais para a saúde pública, a segurança e o ambiente, fazendo prevalecer os imperativos ligados à protecção destes interesses sobre os interesses económicos. No domínio da saúde pública, este princípio implica, segundo jurisprudência doravante bem firmada, que, quando subsistem incertezas quanto à existência ou ao alcance de riscos para a saúde das pessoas, as instituições podem tomar medidas de precaução sem terem de esperar que a realidade e a gravidade destes riscos estejam plenamente demonstradas.

No que respeita ao alcance do poder de apreciação da instituição competente, o Tribunal nota que quando a avaliação científica não permite determinar a existência do risco com suficiente certeza, o recurso ou não ao princípio da precaução depende do nível de protecção escolhido pela autoridade competente no exercício do seu poder discricionário, tendo em conta as prioridades que define à luz dos objectivos que

⁴⁹ Regulamento (CE) n.º 1756/2002 do Conselho, de 23 de Setembro de 2002, que altera, no que respeita à retirada da autorização de um aditivo, a Directiva 70/524/CEE relativa aos aditivos na alimentação para animais e o Regulamento (CE) n.º 2430/1999 da Comissão (JO L 265, p. 1).

prossegue, em conformidade com as normas pertinentes do Tratado e do direito derivado, precisando que essa escolha deve, porém, ser conforme ao princípio da prevalência da protecção da saúde pública, da segurança e do ambiente sobre os interesses económicos, assim como aos princípios da proporcionalidade e da não discriminação.

Sendo a aplicação do princípio da precaução objecto de um controlo jurisdicional restrito, o Tribunal considerou que nenhum erro manifesto tinha sido cometido na apreciação dos pareceres científicos e que, portanto, se tinha podido legalmente concluir que a revogação da autorização do nifursol se justificava pela existência de indícios sérios, que permitiam, razoavelmente, pôr em dúvida a sua inocuidade. Neste contexto, foi recordado que o princípio da precaução se destina a prevenir os riscos potenciais, mas que, inversamente, riscos puramente hipotéticos — assentes em simples hipóteses cientificamente não alicerçadas — não podem ser considerados.

No acórdão de 18 de Dezembro de 2003, *Olivieri/Comissão e Agência Europeia de Avaliação dos Medicamentos* (T-326/99, ainda não publicado na Colectânea), que julga inadmissível o recurso de anulação de uma decisão da Comissão que autoriza a introdução de um medicamento no mercado (v. *supra*), o Tribunal sublinha incidentalmente que a Comissão deve, assistida pela Agência Europeia de Avaliação dos Medicamentos, verificar se as informações fornecidas pelo requerente da autorização de introdução no mercado estão correctas e se demonstram de modo adequado e bastante a qualidade, a segurança e a eficácia do medicamento.

I. Financiamentos comunitários

Para o período de 2000-2006, as acções financeiras de tipo estrutural referidas no artigo 159.º CE são regidas pelo Regulamento (CE) n.º 1260/1999 do Conselho, de 21 de Junho de 1999, que estabelece disposições gerais sobre os fundos estruturais ⁵⁰. No entanto, em 2003, o Tribunal ainda não decidiu o contencioso relativo à aplicação da nova regulamentação. Com efeito, os acórdãos do Tribunal disseram, essencialmente, respeito à legalidade de decisões da Comissão que reduziam, suspendiam ou suprimiam contribuições financeiras com base na regulamentação anterior ao Regulamento n.º 1260/1999, a saber, o Regulamento n.º 2052/88 ⁵¹ e o Regulamento n.º 4253/88 ⁵².

⁵⁰ JO L 161, p. 1.

⁵¹ Regulamento (CEE) n.º 2052/88 do Conselho, de 24 de Junho de 1988, relativo às missões dos fundos com finalidade estrutural, à sua eficácia e à coordenação das suas intervenções, entre si, com as intervenções do Banco Europeu de Investimento e com as dos outros instrumentos financeiros existentes (JO L 185, p. 9).

⁵² Regulamento (CEE) n.º 4253/88 do Conselho, de 19 de Dezembro de 1988, que estabelece as disposições de aplicação do Regulamento (CEE) n.º 2052/88 no que respeita à coordenação entre as intervenções dos diferentes fundos estruturais, por um lado, e entre estas e as do Banco

De maneira geral, os fundamentos mais frequentemente invocados em apoio dos pedidos de anulação de decisões da Comissão que reduzam ou suprimam uma contribuição financeira baseiam-se, em primeiro lugar, em erros de apreciação das circunstâncias de facto, em segundo lugar, na violação do princípio geral do respeito do direito de defesa e, em terceiro lugar, na violação do princípio da proporcionalidade.

Quanto ao fundamento baseado em erros de apreciação relativos a irregularidades salientadas pela Comissão, o Tribunal, no fim de um exame pormenorizado, acolheu-o parcialmente no seu acórdão de 30 de Setembro de 2003, *Aristoteleio Panepistimio Thessalonikis/Comissão* (T-196/01, ainda não publicado na Colectânea), o que o levou a anular a decisão de supressão de uma contribuição do Fundo Europeu de Orientação e de Garantia Agrícola, Secção «Orientação» (FEOGA).

O respeito pelo direito de defesa, em qualquer processo iniciado contra um terceiro e susceptível de culminar num acto que afecte os seus interesses, constitui um princípio fundamental de direito comunitário que deve ser garantido mesmo na falta de regulamentação específica. Esse princípio exige que os destinatários de decisões, que afectem de modo sensível os seus interesses, sejam colocados em condições de dar utilmente a conhecer o seu ponto de vista. Tendo a sua violação sido invocada no âmbito dos recursos interpostos no Tribunal, incumbiu a este verificar se as recorrentes tinham sido regularmente ouvidas antes da adopção das decisões cuja legalidade contestavam, a respeito do conjunto das acusações apresentadas contra elas. Se não acolheu tal fundamento no seu acórdão de 9 de Abril de 2003, *Forum des migrants de l'Union européenne/Comissão* (T-217/01, Colect., p. II-1566; recurso pendente no Tribunal de Justiça, processo C-369/03 P), o Tribunal considerou, em contrapartida, no acórdão de 9 de Julho de 2003, *Vlaams Fonds voor de Sociale Integratie van Personen met een Handicap/Comissão* (T-102/00, ainda não publicado na Colectânea), que, como defendia o recorrente, ele não tinha podido apresentar as suas observações sobre um elemento decisivo para efeitos do estabelecimento da existência e do alcance de um pretendo excedente de uma contribuição do Fundo Social Europeu, antes da adopção da decisão que reduziu essa mesma contribuição.

Quanto ao fundamento baseado na violação do princípio da proporcionalidade, consagrado no artigo 5.º CE, consiste em defender que as irregularidades cometidas não justificavam a redução ou a supressão da contribuição financeira. Uma jurisprudência consolidada explica que à violação das obrigações cujo respeito revista uma importância fundamental para o bom funcionamento de um sistema comunitário pode ser aplicada a sanção da perda de um direito proporcionado pela regulamentação comunitária, tal como o direito a uma contribuição financeira. De onde resulta que a supressão de uma contribuição financeira não é, em princípio, desproporcionada quando se prova que o beneficiário dessa contribuição violou uma obrigação fundamental para o bom funcionamento do sistema comunitário em causa,

Europeu de Investimento e dos outros instrumentos financeiros existentes, por outro (JO L 374, p. 1).

como o FEOGA. Foi assim decidido que a supressão de uma contribuição do FEOGA se justifica à luz deste princípio quando o beneficiário não tenha cumprido obrigações fundamentais ao não exercer uma actividade económica e ao fornecer informações erradas no pedido da contribuição (acórdão de 6 de Março de 2003, *APOL e AIPO/Comissão*, T-61/00 e T-62/00, Colect., p. II-639), ou ao suspender a actividade de uma linha de produção e ao utilizar uma outra linha de produção para a transformação de um produto excluído da contribuição (acórdão de 11 de Dezembro de 2003, *Conserve Italia/Comissão*, T-305/00, ainda não publicado na Colectânea). É também justificada quando o beneficiário da contribuição induziu a Comissão em erro no que toca ao início dos trabalhos, tendo-os iniciado antes da data da recepção do pedido de contribuição por esta instituição, violando a regulamentação aplicável (acórdão de 11 de Março de 2003, *Conserve Italia/Comissão*, T-186/00, Colect., p. II-723), ou quando imputa ao projecto despesas injustificadas (acórdão de 13 de Março de 2003, *Comunità montana della Valnerina/Comissão*, T-340/00, Colect., p. II-814; recurso pendente no Tribunal de Justiça, processo C-240/03 P).

Em contrapartida, no acórdão de 11 de Dezembro de 2003, *Conserve Italia/Comissão* (T-306/00, ainda não publicado na Colectânea), o Tribunal anulou uma decisão da Comissão que reduzia uma contribuição do FEOGA. Foi, com efeito, considerado que o método de cálculo da redução da contribuição violava manifestamente o princípio da proporcionalidade, uma vez que não tinha em conta a relação que deve existir entre a gravidade da infracção cometida pela recorrente e a redução adoptada, sendo precisado que a infracção em causa tinha consistido em começar as obras objecto da contribuição antes da data de recepção do pedido pela Comissão.

Importa também indicar que, na falta de indicação – quer na regulamentação quer na decisão de concessão da contribuição – de que o beneficiário de uma contribuição é financeiramente responsável, em relação à Comunidade, pela totalidade de qualquer projecto cuja realização incumba a várias partes, o princípio da proporcionalidade é violado quando a Comissão, tendo verificado irregularidades na execução deste projecto, exige da parte designada como sendo o beneficiário a reposição da totalidade da contribuição já paga, sem limitar esse pedido à parte do projecto que devia ser por esta realizada (acórdão *Comunità montana della Valnerina/Comissão*, já referido).

Por outro lado, salientar-se-á que no seu acórdão *Aristoteleio Panepistimio Thessalonikis/Comissão*, já referido (v. também os acórdãos de 13 de Março de 2003, *José Marti Peix/Comissão*, T-125/01, Colect., p. II-868, n.ºs 96 a 114, recurso pendente no Tribunal de Justiça, processo C-226/03 P; de 3 de Abril de 2003, *Eduardo Vieira e o./Comissão*, T-44/01, T-119/01 e T-126/01, Colect., p. II-1216, n.ºs 165 a 180, recurso pendente no Tribunal de Justiça, processo C-254/03 P; e de 17 de Setembro de 2003, *Stadtssportverband Neuss/Comissão*, T-137/01, ainda não publicado na Colectânea, n.ºs 125 a 134), o Tribunal considerou que, apesar de o artigo 24.º do Regulamento n.º 4253/88 não prever prazos especiais, a Comissão tem, no quadro de um procedimento de supressão de uma contribuição financeira, de decidir num prazo

razoável. No caso em apreço, embora tendo considerado que o procedimento administrativo foi muito longo, entende que o fundamento baseado na violação do princípio do prazo razoável não merece acolhimento à luz, por um lado, da sua jurisprudência «PVC II»⁵³ (v. *Relatório Anual de 1999*) segundo a qual uma violação do princípio do prazo razoável, admitindo-a provada, não justifica uma anulação automática da decisão impugnada e, por outro, da complexidade do processo, combinada com uma atitude pouco cooperante da recorrente.

J. Função pública comunitária

As numerosas decisões proferidas em 2003 no domínio da função pública comunitária tratam de questões jurídicas muito diversas, que dizem respeito, nomeadamente, ao acesso à função pública europeia através de concurso (acórdãos de 23 de Janeiro de 2003, *Angioli/Comissão*, T-53/00; de 27 de Março de 2003, *Martínez Páramo/Comissão*, T-33/00; de 25 de Junho de 2003, *Pyres/Comissão*, T-72/01; de 17 de Setembro de 2003, *Alexandratos e Panagiotou/Conselho*, T-233/02; e de 30 de Setembro de 2003, *Martínez Valls/Parlamento*, T-214/02; ainda não publicados na Colectânea), à nomeação da altos funcionários (acórdãos de 18 de Setembro de 2003, *Pappas/Comité das Regiões*, T-73/01, e de 5 de Novembro de 2003, *Cougnon/Tribunal de Justiça*, T-240/01, ainda não publicados na Colectânea), à promoção dos funcionários ou à sua notação, às condições de percepção de subsídios previstos pelo Estatuto dos Funcionários, à cobertura de riscos de acidente e de doença, às medidas disciplinares a aplicar em caso de desrespeito pelas disposições estatutárias e à transferência, para o regime comunitário, dos direitos a pensão adquiridos antes da entrada ao serviço das Comunidades (acórdão de 30 de Janeiro de 2003, *Caballero Montoya e o./Comissão*, T-303/00, T-304/00 e T-322/00, ainda não publicado na Colectânea).

Quanto a estas decisões, importa notar que, repetidas vezes, o Tribunal negou provimento a recursos de anulação de relatórios de notação elaborados tardiamente, mas condenou a Comissão a indemnizar os funcionários lesados pela elaboração tardia dos seus relatórios (acórdãos de 7 de Maio de 2003, *den Hamer/Comissão*, T-278/01, e *Lavagnoli/Comissão*, T-327/01; de 30 de Setembro de 2003, *Tatti/Comissão*, T-296/01; de 23 de Outubro de 2003, *Lebedef/Comissão*, T-279/01, *Lebedef-Caponi/Comissão*, T-24/02, e *Sautelet/Comissão*, T-25/02, ainda não publicados na Colectânea). Quanto ao primeiro aspecto, o Tribunal recordou que um relatório de notação não pode ser anulado, salvo em circunstâncias excepcionais, pelo simples facto de ter sido elaborado tardiamente. Com efeito, se o atraso na elaboração de um relatório de notação é susceptível de resultar num direito de reparação em benefício do funcionário em causa, este atraso não pode afectar a validade do relatório de notação nem, consequentemente, justificar a sua anulação. Quanto ao segundo

⁵³ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Abril de 1999, *Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão* (T-305/94, T-306/94, T-307/94, T-313/94 a T-316/94, T-318/94, T-325/94, T-328/94, T-329/94 e T-335/94, Colect., p. II-931).

aspecto, o Tribunal sublinha que o atraso na elaboração dos relatórios de notação é uma causa de dano moral para o funcionário e que, na falta de circunstâncias especiais que o justifiquem, a administração comete uma falta de serviço susceptível de implicar a sua responsabilidade. Precisa, nos seus acórdãos *den Hamer/Comissão e Lavagnoli/Comissão*, já referidos, que a jurisprudência que concede à Comissão, à luz da formulação do artigo 43.º do Estatuto, um prazo razoável para elaborar o relatório de notação dos seus funcionários não pode ser aplicada a partir do momento em que disposições com força obrigatória para esta instituição, tais como as disposições gerais de execução, sujeitam o desenrolar do procedimento de notação a prazos precisos, e que, portanto, qualquer ultrapassagem do prazo que esta instituição impôs a si própria deve, em princípio, ser-lhe imputada.

O exercício de actividades exteriores múltiplas, sem autorização prévia da entidade competente para proceder a nomeações, justifica a sanção disciplinar de demissão do funcionário em causa, como foi decidido no acórdão de 16 de Janeiro de 2003, *Fichtner/Comissão* (T-75/00, ColectFP, p. II-51; recurso pendente no Tribunal de Justiça, processo C-116/03 P). No âmbito da sua apreciação, o Tribunal precisou que, segundo o artigo 12.º, terceiro parágrafo, do Estatuto, o funcionário interessado deve solicitar à entidade competente para proceder a nomeações uma autorização, seja qual for a actividade exterior que se proponha exercer, e não deve exercer essa actividade na falta de autorização válida. Considerou também que os incumprimentos verificados em relação a este artigo 12.º, que foram praticamente contínuos ao longo de um período de quase dez anos, permitem qualificar este comportamento de especialmente grave e considerar que a sanção de demissão não é desproporcionada.

Pronunciado por uma formação composta por cinco juízes, o que é raro nos processos da função pública, o acórdão de 30 de Janeiro de 2003, *C/Comissão* (T-307/00, ColectFP, p. II-221), declara ilegal o artigo 80.º, quarto parágrafo, do Estatuto dos Funcionários ⁵⁴ e anula, consequentemente, uma decisão baseada neste artigo. Confrontado com a questão de saber se a administração tinha o direito de recusar um pedido de pensão de órfão, porque a regulamentação se refere unicamente à morte do cônjuge e, portanto, não cobre o caso da morte do concubino, o Tribunal considera, antes de mais, que, tendo em conta a finalidade do artigo 80.º, quarto parágrafo, do Estatuto, a situação de um funcionário não casado, cujo filho perdeu o outro progenitor, que não é funcionário nem agente das Comunidades, que contribuía efectivamente para o seu sustento com base na obrigação legal resultante do reconhecimento do vínculo de filiação, é semelhante às abrangidas pelo âmbito de aplicação do referido artigo. Considera, depois, que a exclusão do caso de funcionários não casados do âmbito de aplicação do artigo 80.º não se justifica na

⁵⁴ O artigo 80.º, quarto parágrafo, do Estatuto dos Funcionários, dispõe:

«Se o cônjuge, que não seja funcionário ou agente temporário, de um funcionário ou antigo funcionário titular de uma pensão de aposentação ou de invalidez falecer, os filhos a cargo, na acepção do artigo 2.º do anexo VII, do cônjuge sobrevivente têm direito a uma pensão de órfão, fixada, para cada um, no dobro do montante do abono por filho a cargo.»

medida em que os custos adicionais suportados pelo funcionário que perde o seu cônjuge também se verificam no caso da morte do outro progenitor, não casado com o funcionário, que reconheceu o filho e está, por essa razão, legalmente obrigado a sustentá-lo. De onde conclui que o artigo 80.º, quarto parágrafo, do Estatuto opera uma diferenciação não justificada e viola o princípio da igualdade de tratamento.

II. **Contencioso da indemnização** ⁵⁵

A existência da responsabilidade extracontratual da Comunidade, prevista no artigo 228.º CE, depende da verificação de três condições, a saber, a ilegalidade do comportamento de que as instituições comunitárias são acusadas, a realidade do prejuízo alegado e a existência de um nexo de causalidade entre este comportamento e este prejuízo.

A reunião das três condições que permitem estabelecer a responsabilidade extracontratual da Comunidade foi considerada demonstrada no acórdão de 26 de Fevereiro de 2003, *CEVA e Pharmacia entreprises/Comissão* (T-344/00 e T-345/00, Colect., p. II-229; recurso pendente no Tribunal de Justiça, processo C-198/03 P). Com efeito, o Tribunal considerou que o prejuízo resultante da situação de impossibilidade de comercializar certos produtos veterinários, em que se encontravam as sociedades farmacêuticas recorrentes, eram a consequência directa da inacção da Comissão, constitutiva de uma violação manifesta e grave do princípio da boa administração.

Em todas as outras decisões, foi considerado que uma ou várias dessas condições não existiam (v., designadamente, acórdãos de 13 de Fevereiro de 2003, *Meyer/Comissão*, T-333/01, Colect., p. II-117, recurso pendente no Tribunal de Justiça, processo C-151/03 P; de 27 de Fevereiro de 2003, *Vendedurias de Armadores Reunidos/Comissão*, T-61/01, Colect., p. II-327; de 6 de Março de 2003, *Dole Fresh Fruit International/Conselho e Comissão*, T-56/00, Colect., p. II-579, e *Banan-Kompaniet e Skandinaviska Bananimporten/Conselho e Comissão*, T-57/00, Colect., p. II-609; de 19 de Março de 2003, *Innova Privat-Akademie/Comissão*, T-273/01, Colect., p. II-1095; de 10 de Abril de 2003, *Alessandrini e o./Comissão*, T-93/00 e T-46/01, Colect., p. II-1639, recurso pendente no Tribunal de Justiça, processo C-295/03 P, e *Travelex Global and Financial Services e Interpayment Services/Comissão*, T-195/00, Colect., p. II-1681; de 2 de Julho de 2003, *Hameico Stuttgart e o./Conselho e Comissão*, T-99/98; e de 17 de Dezembro de 2003, *DLD Trading/Conselho*, T-146/01, ainda não publicado na Colectânea).

Quanto à primeira das três condições referidas – a ilegalidade do comportamento censurado às instituições comunitárias –, a jurisprudência exige que seja provada uma violação suficientemente caracterizada de uma regra de direito que tenha por objecto

⁵⁵ Excluindo o contencioso da função pública comunitária.

conferir direitos aos particulares. Quanto à exigência de que a violação deve ser suficientemente caracterizada, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que há que aplicar o critério da violação manifesta e grave, por uma instituição comunitária, dos limites que se impõem ao poder de apreciação de que esta instituição dispõe, sendo precisado que quando esta apenas dispõe de uma margem de apreciação consideravelmente reduzida, ou mesmo inexistente, a simples infracção do direito comunitário pode bastar para estabelecer a existência de uma violação suficientemente caracterizada.

Os acórdãos *Dole Fresh Fruit International/Conselho e Comissão* e *Banan-Kompaniet e Skandinaviska Bananimporten/Conselho e Comissão*, já referidos, merecerão uma atenção especial, pois o Tribunal entendeu, pela primeira vez, que uma ilegalidade susceptível de tornar um acto nulo ou inválido não é necessariamente constitutiva de uma violação suficientemente caracterizada, de modo que se pode deduzir que nem toda a ilegalidade é susceptível de implicar a responsabilidade da Comunidade.

No caso em apreço, o Tribunal considerou, por um lado, que a existência de uma violação de uma regra de direito não oferecia dúvidas, uma vez que o Tribunal de Justiça tinha declarado, respectivamente, o carácter ilegal e a invalidade das disposições controvertidas e, por outro, que o princípio da não discriminação, em violação do qual as referidas disposições tinham sido adoptadas, é um princípio geral do direito comunitário destinado à protecção dos particulares. Faltava, portanto, determinar se, face ao amplo poder de apreciação de que dispõem as instituições no caso concreto, atenta a dimensão internacional e as apreciações económicas complexas subjacentes à instauração ou à modificação do regime comunitário de importação de bananas, o Conselho e a Comissão tinham, ao adoptar as disposições controvertidas, violado de modo manifesto e grave os limites do seu poder de apreciação. No fim do exame de tudo o exposto, o Tribunal concluiu que o princípio da não discriminação não tinha sido violado de modo suficientemente caracterizado e julgou as acções improcedentes.

Quanto à condição relativa ao nexo de causalidade, é considerada satisfeita quando existe um nexo directo de causa e efeito entre o acto censurado à instituição em causa e o prejuízo invocado. Uma vez que a prova de um nexo desta natureza não foi apresentada pela demandante, a acção foi julgada improcedente (acórdão *DLD Trading/Comissão*, já referido).

Embora o princípio da responsabilidade por acto lícito não seja consagrada no direito comunitário, o Tribunal recordou, mais uma vez, que, para ser reconhecida, a existência de tal responsabilidade pressuporia que estivessem cumulativamente preenchidas três condições, a saber, a realidade do prejuízo alegadamente sofrido, o nexo de causalidade entre este e o acto imputado às instituições da Comunidade, bem como o carácter anormal e especial deste prejuízo. Os acórdãos *Travelex Global and Financial Services e Interpayment Services/Comissão* e *Hameico Stuttgart e*

o./Conselho e Comissão, já referidos, em que estas condições são referidas, limitam-se a declarar que a realidade dos prejuízos alegados não foi demonstrada.

III. *Pedidos de medidas provisórias*

O objectivo do processo de medidas provisórias é permitir evitar, através da suspensão da execução do acto impugnado (artigo 242.º CE) ou da concessão de qualquer outra medida provisória (artigo 243.º CE), que se ofendam irremediavelmente os interesses de uma parte. Em 2003, foram registados 39 pedidos de medidas provisórias e decididos 31 processos. Importa observar que um dos processos foi decidido pelo «juiz das medidas provisórias», cuja função está prevista no Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância ⁵⁶, na versão resultante das últimas alterações de 21 de Maio de 2003 ⁵⁷.

A concessão de uma medida provisória está subordinada à reunião de várias condições, a saber, a aparência da justeza da acção em que se insere o pedido de medidas provisórias (conhecida por *fumus boni juris*) e a urgência. É necessário também que a ponderação dos interesses em causa, a que procede o juiz das medidas provisórias, seja favorável à parte que solicita a medida provisória.

Nos despachos de 1 de Agosto de 2003, *Technische Glaswerke Ilmenau/Comissão* (T-198/01 R II, ainda não publicado na Colectânea) e *Technische Glaswerke Ilmenau/Comissão* (T-378/02 R, ainda não publicado na Colectânea), e de 31 de Outubro de 2003, *Akzo Nobel Chemicals e Akcros Chemicals/Comissão* (T-253/03 R, ainda não publicado na Colectânea), o presidente do Tribunal de Primeira Instância considerou que estas condições estavam reunidas e ordenou as medidas provisórias. Nenhuma das outras decisões proferidas em 2003 considerou os pedidos procedentes.

O processo T-198/01 R II inscreve-se no prolongamento do despacho de 4 de Abril de 2002, *Technische Glaswerke Ilmenau/Comissão* (T-198/01 R, Colect., p. II-2153; v. o *Relatório Anual de 2002*), que concede a suspensão da execução da decisão da Comissão que ordena à Alemanha a recuperação, junto da sociedade beneficiária, de um auxílio de Estado declarado incompatível com o mercado comum. Esta suspensão era limitada no tempo e estava subordinada ao respeito de certas condições pela requerente, designadamente, a de reembolsar uma primeira parcela do auxílio controvertido. No termo do primeiro vencimento, a requerente pediu a prorrogação das medidas concedidas, que foram, mais uma vez, ordenadas mediante o respeito de certas condições.

⁵⁶ Artigo 106.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância.

⁵⁷ JO L 147, p. 22.

O contencioso que opõe as sociedades Akzo Nobel Chemicals e Akcros Chemicals à Comissão surgiu na sequência de uma verificação, nas instalações destas sociedades, destinada a procurar as provas de eventuais práticas anticoncorrenciais. Em suma, as sociedades requerentes afirmaram que os documentos que os agentes da Comissão apreenderam quando fizeram a referida verificação estavam abrangidos pelo segredo profissional que protege as comunicações com os advogados («legal professional privilege») e que a Comissão não podia, portanto, aceder a eles. Tendo em conta esta contestação, os agentes da Comissão apreenderam certos documentos, que colocaram num envelope selado e que levaram consigo. Quanto a outros documentos, a Comissão fez cópias deles e juntou-as aos autos. Posteriormente, adoptou uma decisão em que indicava a sua intenção de abrir o envelope que continha os primeiros documentos.

No seu despacho *Akzo Nobel Chemicals e Akcros Chemicals/Comissão*, já referido, o presidente do Tribunal ordenou a suspensão da execução desta decisão.

Antes de mais, considera que os fundamentos apresentados pelas requerentes caracterizam um *fumus boni juris*. Em primeiro lugar, julga que o fundamento baseado na violação do segredo profissional, no que respeita aos primeiros documentos, coloca questões muito importantes e complexas sobre a necessidade de alargar, em certa medida, o âmbito do segredo profissional, tal como é actualmente delimitado pela jurisprudência. No caso em apreço, a questão que se põe é saber se o âmbito do segredo profissional, que abrange actualmente a correspondência com um advogado externo assim como o documento que reproduza o texto ou o conteúdo desta correspondência, pode ser estendido aos documentos redigidos com vista a uma consulta a um advogado. Em segundo lugar, considera que o fundamento baseado na violação do segredo profissional, no que respeita aos documentos copiados pela Comissão, suscita também a questão de princípio que consiste em saber se a protecção concedida à correspondência entre os advogados independentes e os seus clientes⁵⁸ pode ser estendida à correspondência trocada com um *advogado* empregado de modo permanente por uma empresa. Em terceiro lugar, o presidente do Tribunal indica que não está excluído que, no âmbito da verificação, a Comissão tenha violado o procedimento definido no acórdão *AM & S/Comissão*, já referido, ao consultar, mesmo sumariamente, os documentos que as requerentes afirmavam estarem protegidos pelo segredo profissional.

Depois, o presidente do Tribunal considera que as requerentes demonstraram que era necessário suspender a execução da decisão controvertida a fim de lhes evitar um prejuízo grave e irreparável. Quanto a este ponto, declarou, nomeadamente, que o conhecimento, pela Comissão, das informações constantes dos documentos contidos no envelope selado constituía, enquanto tal, uma violação substancial e irreversível do direito de as requerentes fazerem respeitar o segredo que protege estes documentos.

⁵⁸ Protecção reconhecida pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão de 18 de Maio de 1982, *AM & S/Comissão* (155/79, Recueil, p. 1575).

Por fim, considera que o interesse geral e o interesse da Comissão relativo ao respeito pelas regras da concorrência não podem prevalecer sobre o interesse das requerentes em que os documentos contidos no envelope selado não sejam divulgados.

Para terminar, assinalar-se-á o despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Maio de 2003, *Sison/Conselho* (T-47/03 R, ainda não publicado na Colectânea). Na origem deste processo está a decisão do Conselho de 12 de Dezembro de 2002 que actualiza a lista das pessoas a que se refere o Regulamento n.º 2580/2001⁵⁹, que prevê o congelamento dos fundos e haveres de indivíduos ou grupos implicados em actividades terroristas e inscreve, nesta ocasião, o nome de Jose Maria Sison. Este último, cidadão filipino residente nos Países Baixos, interpôs no Tribunal um recurso de anulação desta decisão e, paralelamente, apresentou um pedido de medidas provisórias. Este pedido foi recusado por falta de urgência. Com efeito, o presidente do Tribunal de Primeira Instância considera, no que respeita ao prejuízo financeiro, que não se demonstrou que a regulamentação aplicável não lhe permitiria evitar um prejuízo grave e irreparável, uma vez que as autoridades nacionais podem, de maneira pontual e em certas condições, autorizar a utilização de certos fundos para a satisfação das necessidades elementares de pessoas inscritas nesta lista. Quanto ao prejuízo moral alegado, recorde-se que a finalidade do processo de medidas provisórias não é assegurar a reparação de um prejuízo, mas garantir a plena eficácia do acórdão a proferir sobre o mérito.

⁵⁹ Regulamento (CE) n.º 2580/2001 do Conselho, de 27 de Dezembro de 2001, relativo a medidas restritivas específicas de combate ao terrorismo dirigidas contra determinadas pessoas e entidades (JO L 344, p. 70).

Índice das actividades do Tribunal de Primeira Instância em 2003

	Página
I. CONTENCIOSO DA LEGALIDADE	110
A. Aspectos processuais	110
1. Quanto ao conhecimento oficioso de um fundamento	110
2. Quanto ao alcance dos direitos reconhecidos aos intervenientes	111
3. Quanto às despesas	111
B. Admissibilidade dos recursos interpostos nos termos do artigo 230.º	112
1. Actos susceptíveis de recurso	112
2. Interesse em agir	114
3. Legitimidade para agir	115
a) Decisões	116
a.1) Decisões de aprovação no domínio das concentrações de empresas	116
a.2) Decisão de remessa para uma autoridade nacional no domínio das concentrações de empresas	117
b) Actos de alcance geral	117
b.1) Regulamento	117
b.2) Directiva	118
b.3) Decisão	119
C. Regras da concorrência aplicáveis às empresas	119
1. Contributos da jurisprudência no domínio dos artigos 81.º CE e 82.º CE ..	120
a) Âmbito de aplicação pessoal	120
b) Processo de concorrência e prazo razoável	121
c) Artigo 81.º CE	123
c.1) Acordos proibidos	123
c.2) Isenções	128
c.3) Coimas por violação do artigo 81.º CE	130

d) Artigo 82.º CE	138
d.1) Posição dominante e abuso	138
d.2) Coimas	145
2. Regulamento n.º 4064/89	148
a) Recurso de anulação de uma decisão de autorização	148
b) Recurso de anulação de decisões de remessa para uma autoridade nacional	151
c) Recurso de anulação de uma decisão de recusa de aprovação	154
d) Direito de ser ouvido	155
D. Auxílios de Estado	156
1. Elementos constitutivos	156
2. Questões processuais	158
E. Medidas de defesa comercial	159
F. Marca comunitária	160
1. Motivos absolutos de recusa de registo	161
2. Motivos relativos de recusa de registo	163
3. Pedido de nulidade apresentado no IHMI	164
4. Questões de forma	165
5. Continuidade funcional das unidades do IHMI	165
G. Acesso aos documentos	166
H. Saúde pública	167
I. Financiamentos comunitários	168
J. Função pública comunitária	171
II. CONTENCIOSO DA INDEMNIZAÇÃO	173
III. PEDIDOS DE MEDIDAS PROVISÓRIAS	175