

A — Actividade do Tribunal de Primeira Instância em 2004

pelo presidente Bo Vesterdorf

Em 2004, verificaram-se, no Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias, evoluções importantes que marcarão a história desta instituição judicial.

Antes de mais, a adesão à União Europeia de dez novos Estados-Membros permitiu que o Tribunal de Primeira Instância acolhesse dez novos juízes: E. Cremona, O. Czúcz, I. Wiszniewska-Białecka, I. Pelikánová, D. Šváby, V. Vadapalas, K. Jürimäe, I. Labucka e S. S. Papasavvas prestaram juramento em 12 de Maio de 2004; V. Trstenjak prestou juramento em 7 de Julho seguinte.

Pela segunda vez na sua história, o colégio dos juízes do Tribunal de Primeira Instância, inicialmente composto por doze juízes, aumentou. Hoje é composto por 25 membros, ou seja, um juiz por Estado-Membro.

Os mandatos de vários membros do Tribunal de Primeira Instância, alguns dos quais recentemente nomeados, terminaram em 31 de Agosto de 2004. Por decisão de 14 de Julho de 2004, os representantes dos Governos dos Estados-Membros da União Europeia renovaram, para o período de 1 de Setembro de 2004 a 31 de Agosto de 2010, o mandato dos seguintes membros: B. Vesterdorf, V. Tiili, J. Azizi, M. Jaeger, A. W. H. Meij, M. Vilaras, M. E. Martins de Nazaré Ribeiro, F. Dehousse, O. Czúcz, I. Wiszniewska-Białecka, D. Šváby, K. Jürimäe e S. S. Papasavvas.

Relativamente ao alargamento da União Europeia, o Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância foi alterado para aumentar de onze para treze o número de juízes que compõem a Grande Secção (JO L 127, p. 108). Do mesmo modo, foram alteradas as disposições relativas às línguas processuais: as acções e recursos podem ser intentadas, desde 1 de Maio de 2004, em 21 línguas diferentes – 20 línguas oficiais e o irlandês – (JO L 132, p. 3).

A organização e o funcionamento do Tribunal de Primeira Instância foram adaptados para responder às necessidades resultantes do número mais elevado de juízes. Num primeiro momento, no período de 1 de Maio a 31 de Agosto de 2004, os novos juízes integraram as cinco formações existentes de três juízes. Por conseguinte, cada uma das formações de três juízes foi completada por dois juízes formando assim a Secção Alargada. Num segundo momento, o Tribunal decidiu manter no ano judicial de 2004/2005 a estrutura que inclui cinco secções compostas por cinco juízes. Daí resulta que, no decurso deste ano judicial, cada uma das cinco secções reúne com três juízes em duas formações distintas e predeterminadas sob a presidência do presidente de secção.

Quatro das cinco secções, compostas por cinco juízes, são presididas pelos presidentes que foram eleitos pelos seus pares em Setembro de 2004 por um período de três anos, ou seja, M. Jaeger, J. Pirrung, M. Vilaras e H. Legal. Esta eleição dos presidentes de secção que foi efectuada pela primeira vez em 10 de Setembro de 2004, nos termos do artigo 15.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, é uma consequência da entrada em vigor em 1 de Fevereiro de 2003 do novo protocolo relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça (artigo 50.º).

A quinta secção a cinco é presidida pelo presidente do Tribunal de Primeira Instância, cuja eleição por três anos (ou seja, até 31 de Agosto de 2007) ocorreu em 8 de Setembro de 2004. Como o presidente do Tribunal não tem assento numa secção composta por três juízes, esta é presidida por um juiz que dela faça parte, ou seja, J. D. Cooke.

Em seguida, começou a implementação das reformas tornadas possíveis pelo Tratado de Nice. Na sua versão alterada por este Tratado, que entrou em vigor em 1 de Fevereiro de 2003, o Tratado CE prevê, no seu artigo 225.º, que o Tribunal de Primeira Instância é competente para conhecer em primeira instância todos os recursos directos, com excepção dos atribuídos a uma câmara jurisdicional e dos que o Estatuto reservar para o Tribunal de Justiça.

O Conselho, por um lado, alterou o Protocolo relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça e, por outro, previu a criação de uma «câmara jurisdicional».

Em primeiro lugar, em 26 de Abril de 2004, o Conselho adoptou a decisão 2004/407/CE, Euratom que altera os artigos 51.º e 54.º do Protocolo relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça (JO L 132, p. 5; rectificação JO L 194, p. 3). Em consequência da nova repartição dos recursos directos entre o Tribunal de Justiça e o Tribunal de Primeira Instância, efectiva desde 1 de Junho de 2004, os recursos de anulação e por omissão interpostos pelos Estados-Membros contra um acto ou omissão da Comissão¹ são da competência do Tribunal de Primeira Instância. O mesmo acontece relativamente aos recursos interpostos pelos Estados-Membros e que têm por objecto:

- as decisões do Conselho em matéria de auxílios de Estado;
- os actos do Conselho adoptados por força de um regulamento desta instituição relativo a medidas de protecção do comércio;
- os actos do Conselho mediante os quais este último exerce competências de execução;
- os actos do Banco Central Europeu.

Por causa desta nova repartição das competências em matéria de recursos directos, os processos inicialmente entrados no Tribunal de Justiça, mas cuja fase escrita ainda não estava encerrada, essencialmente nos domínios dos auxílios de Estado e do FEOGA, foram transferidos para o Tribunal de Primeira Instância.

Em segundo lugar, o Conselho da União Europeia adoptou em 2 de Novembro de 2004 a Decisão 2004/752/CE que institui o Tribunal da Função Pública da União Europeia (JO L 333, p. 7). Esta reforma, também tornada possível pelo Tratado de Nice (artigos 220.º CE e 225.º A CE; artigos 136.º CEEA e 140.º B CEEA; v. também a declaração n.º 16 anexada ao Tratado de Nice), era muito desejada pelo Tribunal de Primeira Instância devido ao carácter específico deste domínio do contencioso e da carga de trabalho que se espera em consequência da aplicação das disposições do novo Estatuto da Função Pública. Esta nova jurisdição especializada, composta por sete juízes, será chamada a pronunciar-se sobre o contencioso da função pública da União Europeia,

¹ Com excepção dos actos da Comissão que dizem respeito a uma cooperação reforçada no âmbito do Tratado CE.

competência actualmente exercida pelo Tribunal de Primeira Instância. As suas decisões poderão ser objecto de recurso para este Tribunal, limitado às questões de direito, e, excepcionalmente, de reexame pelo Tribunal de Justiça nas condições previstas pelo Protocolo relativo ao Estatuto. Está previsto entrar em funções no corrente ano de 2005.

Por último, as estatísticas relativas ao ano de 2004 exigem alguns comentários. O número de processos registados continuou a aumentar, de acordo com o que se verifica de forma constante há vários anos, para atingir 536 (contra 466 em 2003). Este aumento deve-se em parte ao facto de o Tribunal de Primeira Instância ser competente, desde 1 de Junho de 2004, para decidir os recursos directos interpostos pelos Estados-Membros (v., explicação que antecede). Assim, deram entrada 48 processos suplementares, ou seja, 21 processos que foram remetidos por ordem do Tribunal de Justiça e 27 novos processos que foram apresentados pelos Estados-Membros. O contencioso da marca comunitária continua a progredir em valor absoluto (deram entrada 110 processos, ou seja, mais 10 que em 2003) e representa em valor relativo 21% do total dos processos entrados. O contencioso da função pública mantém-se, como acontece desde 2000, o mais importante em volume de processos: foram registados 146 novos processos (ou seja, 27% do total dos processos entrados).

O número dos processos findos, que é de 361, é próximo do do ano de 2003 (339), sendo que 76% desses processos foram julgados por secções compostas por três juízes, 18% por secções compostas por cinco juízes e 4% pelo Tribunal singular. Por conseguinte, é necessário referir que o alargamento do colégio dos membros ainda não permitiu aumentar sensivelmente o número de processos findos por ano.

O número de processos pendentes ultrapassou o limite crítico dos 1 000 processos e representa, em 31 de Dezembro de 2004, 1 174 processos. Este número corresponde, por si, a mais de três anos de actividade jurisdicional do Tribunal de Primeira Instância.

Quanto à duração média da instância, esta aumentou ligeiramente em relação aos três últimos anos: em 2004, a duração média da instância foi de 22,6 meses para os processos que não tratam de matérias específicas como a propriedade intelectual e a função pública comunitária.

Um número muito limitado de processos obteve tratamento acelerado, uma vez que dois processos, em treze pedidos apresentados no decurso do ano, beneficiaram deste tratamento.

As orientações da jurisprudência estão contidas nos seguintes desenvolvimentos que abordam sucessivamente 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 H). 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 ².

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

A. Aspectos processuais

1. Processo à revelia

A prolação de acórdãos à revelia é muito pouco frequente. Com efeito, supõe que o recorrido, devidamente citado, não responda na forma e no prazo previstos e que o recorrente peça ao Tribunal que dê provimento aos seus pedidos.

Foi ao abrigo destas disposições que o Tribunal de Primeira Instância decidiu, na falta de apresentação pela Comissão da contestação no prazo previsto, dar provimento aos pedidos de cinco bancos a quem foi aplicada uma coima pela participação num acordo relativo às comissões recebidas por operações de câmbio de notas de banco em moedas da zona do euro. Com efeito, através dos seus acórdãos de 14 de Outubro de 2004, *Bayerische Hypo- und Vereinsbank/Comissão* (T-56/02, ainda não publicado na Colectânea), *Dresdner Bank/Comissão* (T-44/02, ainda não publicado na Colectânea), *Vereins- und Westbank/Comissão* (T-54/02, ainda não publicado na Colectânea), *Deutsche Verkehrsbank/Comissão* (T-60/02, ainda não publicado na Colectânea) e *Commerzbank/Comissão* (T-61/02, ainda não publicado na Colectânea), o Tribunal anulou a decisão da Comissão ³ após ter considerado que os pedidos dos recorrentes se revelaram procedentes. Considerou que os elementos avançados pelos recorrentes na petição permitiam concluir que não foi feita prova bastante da existência do alegado acordo, quer quanto à fixação dos preços dos serviços de câmbio das moedas da zona euro, quer quanto às modalidades de tarifação desses preços. O montante acumulado das coimas aplicadas pela Comissão aos cinco bancos em causa, na decisão anulada, era de mais de 100 milhões de euros.

A Comissão recorreu destes acórdãos nos termos legais.

² A presente contribuição não contém, designadamente, desenvolvimentos relativos às decisões relativas ao contencioso aduaneiro, na medida em que se trata, essencialmente de casos de aplicação de soluções já adoptadas a situações particulares (designadamente, acórdãos de 12 de Fevereiro de 2004, *Alsatrans/Comissão*, T-282/01; de 21 de Setembro de 2004, *Société française de transports Gondrand Frères/Comissão*, T-104/02 e de 14 de Dezembro de 2004, *Nordspedizionieri di Danielis Livio & C. e o./Comissão*, T-332/02, ainda não publicados na Colectânea). Da mesma forma e por razões idênticas, esta contribuição só expõe as decisões com vista à anulação das decisões que reduzem ou suprimem auxílios financeiros comunitários que tenham sido concedidas a título do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER), (acórdão de 14 de Setembro de 2004, *Ascontex/Comissão*, T-290/02, ainda não publicado na Colectânea) ou a título do Fundo Europeu de Orientação e de Garantia Agrícola (FEOGA), secção «Orientação» [acórdão de 28 de Janeiro de 2004, *Euroagri/Comissão*, T-180/01, ainda não publicado na Colectânea; pendente de recurso (processo C-153/04 P)].

³ Decisão 2003/25/CE da Comissão, de 11 de Dezembro de 2001, relativa a um processo nos termos do artigo 81.º do Tratado CE Processo-COMP/E-1/37.919 (ex. 37.391) – Comissões bancárias de conversão de moedas da zona do euro – Alemanha – (JO 2003, L 15, p. 1).

2. Conhecimento officioso de um fundamento de ordem pública

Um fundamento de ordem pública pode, e mesmo deve, ser examinado officiosamente pelo juiz comunitário. Por conseguinte, tal fundamento pode ser invocado pelas partes em qualquer fase processual, quer diga respeito à admissibilidade do recurso quer à legalidade do acto recorrido.

Também o Tribunal de Primeira Instância analisou officiosamente as excepções de ordem pública entre as quais figura o respeito do prazo de recurso (acórdão de 28 de Janeiro de 2004, *OPTUC/Comissão*, T-142/01 e T-283/01, ainda não publicado na Colectânea), o carácter recorrível do acto controvertido (despachos de 29 de Abril de 2004, *SGL Carbon/Comissão*, T-308/02, e de 13 de Julho de 2004, *Comunidad Autónoma de Andalucía/Comissão*, T-29/03, ainda não publicados na Colectânea), o interesse do recorrente em obter a anulação do acto recorrido (acórdão de 28 de Setembro de 2004, *MCI/Comissão*, T-310/00, ainda não publicado na Colectânea) ou ainda a legitimidade (acórdãos de 7 de Julho de 2004, *Sacilor Lormines/Comissão*, T-107/01 e T-175/01, e de 1 de Dezembro de 2004, *Kronofrance/Comissão*, T-27/02, ainda não publicados na Colectânea).

O Tribunal de Primeira Instância também analisou, na medida em que constitui um fundamento de ordem pública, o fundamento baseado na violação de formalidades essenciais, em que se inclui a falta ou insuficiência de fundamentação do acto recorrido [acórdão de 8 de Julho de 2004, *Mannesmannröhren-Werke/Comissão*, T-44/00, ainda não publicado na Colectânea, n.ºs 126 e 210; pendente de recurso (processo C-411/04 P)]. No entanto, o mesmo Tribunal considerou que a violação do direito de defesa, sendo uma ilegalidade subjectiva por natureza, não se incluía na violação das formalidades essenciais e, por conseguinte, não devia ser suscitada officiosamente [acórdão de 8 de Julho de 2004, *JFE Engineering e.a./Comissão*, T-67/00, T-68/00, T-71/00 e T-78/00, ainda não publicado na Colectânea, n.º 425; pendente de recurso (processos C-403/04 P e C-405/04 P)]

3. Quanto às despesas

Quando uma parte é vencida nos seus pedidos no Tribunal de Primeira Instância deve suportar, em princípio, para além das suas próprias despesas, as da parte contrária. Nos termos do Regulamento de Processo do mesmo Tribunal, as despesas reembolsáveis limitam-se, por um lado, às suportadas para efeitos do processo no Tribunal de Primeira Instância e, por outro, àquelas que são indispensáveis para esses fins.

O montante das despesas a reembolsar é causa frequente de contestação. Assim, a Comissão considerou excessivos os montantes que foram reclamados pelos representantes das sociedades Airtours e Schneider Electric após o Tribunal de Primeira Instância ter anulado as decisões que proibiam, respectivamente, a aquisição da sociedade First Choice pela Airtours (acórdão de 6 de Junho de 2002, *Airtours/Comissão*, T-342/99, Colect., p. II-2585) e a aquisição da sociedade Legrand pela Schneider Electric (acórdão de 22 de Outubro de 2002, *Schneider Electric/Comissão*, T-310/01,

Colect., p. II-4071), bem como a decisão que ordena a separação das empresas (acórdão de 22 de Outubro de 2002, *Schneider Electric/Comissão*, T-77/02, Colect., p. II-4201).

Num despacho de 28 de Junho de 2004, *Airtours/Comissão* (T-342/99 DEP, ainda não publicado na Colectânea), o Tribunal de Primeira Instância indica que o montante cujo reembolso foi pedido à Comissão pela Airtours era de 1,7 milhões de libras esterlinas (GBP). Por sua vez, a Comissão tinha avaliado inicialmente em 130 000 GBP e em seguida em 170 000 GBP as despesas suportadas pela Airtours.

A fim de fixar o montante reembolsável, o Tribunal de Primeira Instância decidiu, designadamente, que não se exclui que quando um cliente decida fazer-se representar ao mesmo tempo por um solicitador e por um barrister, os honorários devidos a um e a outro sejam considerados despesas indispensáveis para efeitos do processo. No entanto, o Tribunal considerou que, nestas circunstâncias, incumbia-lhe examinar a medida em que as prestações efectuadas pelo conjunto dos consultores em causa eram necessárias para o desenrolar do processo judicial e certificar-se de que a contratação das duas categorias de consultores não acarretou uma duplicação inútil dos gastos. Ora, tal era, em parte, o caso no presente processo.

O mesmo Tribunal também considerou que a natureza essencialmente económica das apreciações efectuadas pela Comissão, no quadro do controlo das operações de concentração, pode justificar a intervenção de consultores e peritos em economia, especializados nesse domínio, em complemento do trabalho dos consultores jurídicos e acarretar, assim, despesas susceptíveis de serem reembolsadas. As despesas desta natureza foram, contudo, consideradas excessivas pelo Tribunal.

Por último, quando uma recorrente é sujeito passivo de imposto sobre o valor acrescentado, que era o caso da Airtours, tem o direito de recuperar junto das autoridades fiscais esse imposto pago sobre os bens e os serviços que adquire. Não representando esse imposto uma despesa, não pode pedir o reembolso do imposto pago sobre as despesas recuperáveis junto da Comissão.

Tendo em conta estas considerações, bem como a importância do processo à luz do direito comunitário da concorrência, as numerosas e complexas questões económicas e jurídicas que foram examinadas pelos consultores, os interesses económicos que o litígio representou para a Airtours, e a amplitude do trabalho causado pelo processo contencioso aos consultores jurídicos e económicos, o Tribunal de Primeira Instância fixou o montante total das despesas a reembolsar à Airtours em pouco menos de 490 000 GBP.

Através do despacho de 29 de Outubro de 2004, *Schneider Electric/Comissão* (T-310/01 DEP, ainda não publicado na Colectânea), o Tribunal de Primeira Instância fixou o montante que deve ser reembolsado à Schneider Electric, uma vez que a Comissão recusou o reembolso dos 830 000 euros pedidos a título, essencialmente, de honorários e adiantamentos aos advogados da Schneider Electric no processo contencioso que conduziu à anulação da decisão que proíbe a operação de concentração entre a Schneider Electric e a Legrand.

Reconhecendo o elevado grau de complexidade do processo, a importância económica que representava para a recorrente, o seu interesse para o direito comunitário e a

complexidade das questões económicas que suscitou, o Tribunal de Primeira Instância considera que o número de horas de trabalho alegadas pelos advogados em apoio do seu pedido é exagerado. Tendo em consideração todos os elementos, o montante total das despesas foi reduzido para quase 420 000 euros.

Por considerações da mesma natureza, o montante das despesas referentes ao processo de medidas provisórias e ao processo que conduziu à anulação da decisão que ordena à Schneider a cessão em bloco dos activos detidos na Legrand, avaliados em mais de 830 000 euros, foi fixado em quase 427 000 euros (despacho de 29 de Outubro de 2004, *Schneider Electric/Comissão*, T-77/02 DEP, ainda não publicado na Colectânea).

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».

O mesmo artigo 230.º CE prevê no quinto parágrafo que o recurso de anulação deve ser interposto no prazo de dois meses a contar, conforme o caso, da publicação do acto, da sua notificação ao recorrente ou, na falta desta, do dia em que o recorrente tenha tomado conhecimento do acto.

1. Actos susceptíveis de recurso

É de jurisprudência assente que só constituem actos ou decisões susceptíveis de recurso de anulação, na acepção do artigo 230.º CE, as medidas que produzem efeitos jurídicos obrigatórios susceptíveis de afectar os interesses de um recorrente, alterando de forma caracterizada a sua situação jurídica.

No entanto, como foi recordado no despacho de 29 de Abril de 2004, *SGL Carbon/Comissão* (T-308/02, ainda não publicado na Colectânea), um acto meramente confirmativo de uma decisão anterior que se tornou definitiva não é um acto recorrível. Tal é o caso do acto que não contém nenhum elemento novo relativamente à decisão anterior e não é precedido de um reexame da situação do destinatário dessa decisão. Todavia, precisa o Tribunal de Primeira Instância, o carácter confirmativo ou não de um acto não pode ser apreciado apenas em função do seu conteúdo relativamente ao da decisão anterior que confirma. Com efeito, há igualmente que apreciar o carácter do acto impugnado em função da natureza do pedido de que este acto constitui a resposta. Em especial, se o acto constitui a resposta a um pedido em que são invocados factos novos e essenciais, e através do qual se solicita à administração que proceda a um reexame da decisão anterior, não se pode considerar que este acto tem carácter meramente confirmativo, na medida em que decide sobre estes factos e contém, assim, um elemento novo em relação à decisão anterior. O Tribunal considera que a Comissão

defendeu correctamente que a carta que tinha enviado à recorrente não tinha natureza decisória, uma vez que, refere o mesmo Tribunal, as informações financeiras apresentadas por esta última, mesmo que tivessem carácter novo, não eram susceptíveis de alterar de modo essencial a sua situação jurídica tal como se caracterizava na data de adopção da decisão anterior que se tornou definitiva.

Além disso, o Tribunal de Primeira Instância decidiu que, no âmbito de um recurso de anulação, quando o acto recorrido tem carácter negativo, deve ser apreciado em função da natureza do pedido de que constitui resposta. Em particular, a recusa, por uma instituição comunitária, de proceder à revogação ou à alteração de um acto só seria um acto cuja legalidade podia ser fiscalizada, em conformidade com o disposto no artigo 230.º CE, quando o próprio acto que a instituição comunitária recusasse revogar ou alterar também fosse recorrível nos termos da mesma disposição (despachos de 15 de Março de 2004, *Institouto N. Avgerinopoulou e o./Comissão*, T-139/02, e de 13 de Julho de 2004, *Comunidad Autónoma de Andalucía/Comissão*, T-29/03, ainda não publicados na Colectânea). A este respeito, o Tribunal declara no despacho *Comunidad Autónoma de Andalucía/Comissão*, já referido, que a carta do Director-Geral do Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF), através da qual este último informou a recorrente da impossibilidade de instruir a sua reclamação do relatório final do OLAF após um inquérito externo e comunicados às autoridades espanholas, nos termos do artigo 9.º do Regulamento n.º 1073/1999⁴, não pode ser considerada uma decisão susceptível de recurso, uma vez que esse relatório não constitui uma medida que produz efeitos jurídicos obrigatórios susceptíveis de afectar os interesses da recorrente, mas uma recomendação ou parecer desprovidos de efeitos jurídicos obrigatórios.

2. Prazo de interposição do recurso

Embora o Tribunal de Primeira Instância tenha sido chamado a verificar o respeito do prazo de recurso em várias decisões [acórdão de 28 de Janeiro de 2004, *OPTUC/Comissão*, T-142/01 e T-283/01, e despacho de 25 de Maio de 2004, *Schmoldt e o./Comissão*, T-264/03; pendente de recurso (processo C-342/04 P), ainda não publicados na Colectânea], é o despacho de 9 de Novembro de 2004, *FNICGV/Comissão* (T-252/03, ainda não publicado na Colectânea) que será objecto da nossa atenção.

Tendo sido interposto recurso pela Fédération nationale de l'industrie et des commerces en gros des viandes (FNICGV) com vista a obter, com base no artigo 229.º CE, a supressão do montante da coima que a Comissão lhe tinha aplicado por violação das normas da concorrência⁵, o Tribunal de Primeira Instância declarou que este artigo não consagra como via processual autónoma o «recurso de plena jurisdição». Com efeito,

⁴ Regulamento (CE) n.º 1073/1999 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativo aos inquéritos efectuados pela Organização Europeia de Luta Antifraude (OLAF) (JO L 136, p. 1).

⁵ Decisão 2003/600/CE da Comissão, de 2 de Abril de 2003, relativa a um procedimento de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE (Processo COMP/C.38.279/F3 – Carnes de bovino francesas) (JO L 136, p. 1).

essa disposição, que prevê que «[n]o que respeita às sanções neles previstas, os regulamentos adoptados em conjunto pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, e pelo Conselho, por força das disposições do [...] Tratado [CE], podem atribuir plena jurisdição ao Tribunal de Justiça», não é mencionada no artigo 225.º, n.º 1, CE, na sua redacção resultante do Tratado de Nice, como meio de recurso incluído na competência do Tribunal de Primeira Instância.

Essa competência de plena jurisdição só pode ser exercida pelos órgãos jurisdicionais comunitários no âmbito da fiscalização dos actos das instituições comunitárias, e, mais particularmente, do recurso de anulação, sendo que a interposição de um recurso com vista a obter do juiz comunitário o exercício da sua competência de plena jurisdição deve respeitar o prazo estabelecido pelo quinto parágrafo do artigo 230.º CE, o que não aconteceu no presente caso ⁶.

3. Interesse em agir

O processo que opõe a MCI, anteriormente denominada WorldCom, à Comissão permitiu ao Tribunal de Primeira Instância declarar que a MCI tinha interesse em obter a anulação da decisão da Comissão que lhe proibiu a fusão com a Sprint, ainda que essa decisão tenha sido adoptada após a retirada da notificação.

No caso vertente, o Tribunal de Primeira Instância considerou no seu acórdão de 28 de Setembro de 2004, *MCI/Comissão* (T-310/00, ainda não publicado na Colectânea), que a recorrente tinha interesse em obter a anulação de um acto pelo qual a Comissão se recusou a admitir que a declaração das partes constituía uma retirada formal do acordo notificado, ainda que tenha tentado, em vão, impedir a sua adopção declarando formalmente a renúncia à operação de concentração notificada. Acrescentou que enquanto subsistisse a decisão da Comissão a empresa estava legalmente impedida de se fundir com a outra parte na operação notificada, pelo menos com a configuração e nas condições expostas na notificação, caso tivesse a intenção de o fazer novamente no futuro. O facto de a recorrente não ter necessariamente essa intenção, ou de provavelmente não a concretizar, constitui uma circunstância puramente subjectiva que não pode ser tida em conta na apreciação do seu interesse na anulação de um acto que, indubitavelmente, produz efeitos jurídicos vinculativos que afectam os interesses da recorrente, alterando de forma caracterizada a situação jurídica desta.

4. Legitimidade

No que respeita às condições em que um acto, cuja anulação é pedida, diz directamente respeito ao recorrente, foi recordado que um acto comunitário diz directamente respeito a um particular se produzir efeitos directos na sua situação jurídica e se a sua aplicação não deixa qualquer poder de apreciação aos destinatários desse acto, por ser de carácter puramente automático e decorrer apenas da regulamentação comunitária, sem aplicação

⁶ Os outros recursos interpostos da decisão mencionada na nota precedente estão ainda pendentes no Tribunal de Primeira Instância (*Fédération nationale de la coopération bétail et viande/Comissão*, T-217/03, e *FNSEA e o./Comissão*, T-245/03).

de outras regras intermediárias. Os despachos de 15 de Março de 2004, *Institouto N. Avgerinopoulou e o./Comissão*, já referido, e de 8 de Julho de 2004, *Regione Siciliana/Comissão* [T-341/02, ainda não publicado na Colectânea; pendente de recurso (processo C-417/04 P)] julgaram inadmissíveis por inexistência de interesse directo, por um lado, o recurso destinado à anulação de uma decisão da Comissão, dirigida à República Helénica, que aprova um projecto de programa operacional na acepção do regulamento sobre os fundos estruturais⁷, interposto por particulares que não figuram como beneficiários finais das medidas consideradas e, por outro, o recurso destinado à anulação de uma decisão da Comissão, dirigida à República Italiana de encerramento do processo relativo à contribuição financeira do Fundo Europeu de Desenvolvimento Regional (FEDER) no que respeita ao projecto de auto-estrada entre Messina e Palermo, interposto pela autoridade responsável pela realização do projecto, ou seja, a região da Sicília. Nos dois despachos, o Tribunal de Primeira Instância declarou que as autoridades nacionais dispõem de uma margem de apreciação para executar os actos recorridos.

No que respeita às condições em que um recorrente é considerado individualmente afectado por um acto de que não é destinatário, há que referir que a nova interpretação do critério da afectação individual dos recorrentes, acolhida no acórdão de 3 de Maio de 2002, *Jégo-Quéré/Comissão* (T-177/01, Colect., p. II-2365) já está claramente ultrapassada. Com efeito, após o Tribunal de Justiça ter decidido confirmar a sua interpretação do conceito de pessoa individualmente afectada no acórdão de 25 de Julho de 2002, *Unión de Pequeños Agricultores/Conselho* (C-50/00 P, Colect., p. I-6677; v. também o acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de Abril de 2004, *Comissão/Jégo-Quéré*, C-263/02 P, ainda não publicado na Colectânea, que anula o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 3 de Maio de 2002, já referido), o Tribunal de Primeira Instância analisou, nos processos que foi chamado a julgar, o conceito de pessoa individualmente afectada por referência à formula consagrada no acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1963, *Plaumann/Comissão* (25/62, Recueil p. 197, Colect. 1962-1964, p. 279). Por conseguinte, uma pessoa singular ou colectiva só pode pretender ser individualmente afectada por um acto de que não é destinatária se o acto em causa a afectar em virtude de certas qualidades que lhe são específicas ou de uma situação de facto que a caracteriza em relação a qualquer outra pessoa, individualizando-a, por isso, de forma idêntica à de um destinatário.

Quando a pessoa colectiva que interpõe recurso de anulação é uma associação de empresas, esta pode, se participou no processo que conduziu à adopção do acto recorrido, ser admitida a agir em pelo menos três tipos de situações: quando uma disposição legal lhe reconhece expressamente uma série de faculdades de carácter processual; quando a associação, em si, é individualizada pelo facto de os seus próprios interesses, enquanto associação serem afectados pelo acto cuja anulação é pedida, designadamente a sua posição de negociadora; ou quando representa interesses de empresas que são admitidas a agir. Nos seus despachos de 10 de Maio de 2004, *Bundesverband der Nahrungsmittel- und Speiseresteverwertung e Kloh/Parlamento e Conselho* (T-391/02, ainda não publicado na Colectânea) e *Schmidt e o./Comissão*, já referido, o Tribunal de Primeira Instância recusou, em especial, reconhecer que as associações recorrentes tinham ocupado uma posição de negociador claramente circunscrita e inteiramente relacionada com o objecto do acto recorrido.

⁷ Regulamento (CE) n.º 1260/1999 do Conselho, de 21 de Junho de 1999, que estabelece disposições gerais sobre os Fundos estruturais (JO L 161, p. 1).

a) *Decisões*

No domínio dos auxílios de Estado, os recursos destinam-se, essencialmente, à anulação quer da decisão tomada sem dar início ao procedimento formal de investigação, a que se refere o artigo 88.º, n.º 2, CE, quer da decisão adoptada no fim desse procedimento. Uma vez que essas decisões são dirigidas ao Estado-Membro em causa, compete à empresa que não é a destinatária demonstrar que esse acto lhe diz directa e individualmente respeito.

Quando a Comissão, sem dar início ao procedimento formal de investigação, verifica, no âmbito de um exame preliminar, que um auxílio estatal é compatível com o mercado comum, os interessados, na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE, que beneficiam das garantias daquele procedimento quando ele ocorre, devem ser considerados individualmente afectados pela decisão que opera essa verificação.

No acórdão de 16 de Março de 2004, *Danske Busvognmaend/Comissão* (T-157/01, ainda não publicado na Colectânea), foi reconhecida a qualidade de interessada a uma federação profissional que representa os interesses da maioria das empresas de transportes por autocarro dinamarquesas, pelo facto de ser denunciante na Comissão, de as suas intervenções terem influenciado o desenrolar do procedimento administrativo e de pelo menos algumas empresas nela filiadas se encontrarem em situação concorrencial relativamente à sociedade beneficiária dos auxílios contestados.

No acórdão de 1 de Dezembro de 2004, *Kronofrance/Comissão* (T-27/02, ainda não publicado na Colectânea), o Tribunal de Primeira Instância considerou que a recorrente, que tinha suscitado o fundamento baseado no facto de não se ter dado início ao procedimento formal de investigação, era efectivamente parte interessada dado o seu estatuto de concorrente estabelecido, tendo em conta a identidade entre produtos que fabrica e os da empresa beneficiária do auxílio e a sobreposição das suas zonas de comercialização.

No acórdão de 13 de Janeiro de 2004, *Thermenhotel Stoiser Franz e o./Comissão* (T-158/99, ainda não publicado na Colectânea) os exploradores de hotéis de uma estância turística situada no Land da Estíria (Áustria) foram admitidos a contestar a legalidade da decisão da Comissão que declara compatível com o mercado comum o financiamento público da construção de um hotel de luxo na mesma estância. Com efeito, o Tribunal de Primeira Instância referiu que os recorrentes são concorrentes directos do hotel beneficiário do auxílio em causa e que a decisão recorrida lhes reconhece essa qualidade.

Nos três processos precedentes, foi decidido que as decisões que declaram os auxílios compatíveis, no fim da fase preliminar de exame, diziam directa e individualmente respeito às empresas recorrentes devido à sua qualidade de interessadas, na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE. No entanto, há que referir que, quanto à extensão da fiscalização dos fundamentos, o Tribunal de Primeira Instância analisou, num caso, todos os fundamentos de anulação com vista a demonstrar que a Comissão não deu início ao procedimento formal de investigação (acórdão *Thermenhotel Stoiser Franz e o./Comissão*, já referido), ao passo que, num outro caso, anulou quanto ao mérito a decisão que aprovou a concessão de um auxílio (acórdão *Danske Busvognmaend/Comissão*, já referido).

Quando a decisão controvertida tenha sido adoptada no fim do procedimento formal de investigação previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE, não basta que uma empresa tenha a qualidade de interessada para ser individualizada de forma análoga ao destinatário dessa decisão. Com efeito, segundo a jurisprudência, tal decisão diz individualmente respeito às empresas que estiveram na origem da denúncia que deu lugar ao procedimento e cujas observações foram ouvidas, observações essas que determinaram o desenrolar do processo, se, no entanto, a sua posição no mercado for substancialmente afectada pela medida que é objecto da referida decisão.

Em aplicação desses critérios identificados pela primeira vez pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 28 de Janeiro de 1986, *COFAZ e o./Comissão* (169/84, Colect., p. 391), o Tribunal de Primeira Instância declarou que a decisão da Comissão relativa ao auxílio de Estado concedido pelo Reino de Espanha à sociedade Sniace dizia individualmente respeito à sociedade austríaca Lenzing, na medida em que esta sociedade, concorrente da sociedade beneficiária, esteve, por um lado, na origem da denúncia que deu lugar ao início do procedimento e nele participou activamente e, por outro, apresentou elementos susceptíveis de provar que a sua posição no mercado foi substancialmente afectada pela decisão impugnada, tais como as características do mercado em causa, a saber um número muito limitado de produtores, uma forte concorrência e um grande excesso de capacidades [acórdão de 21 de Outubro de 2004, *Lenzing/Comissão*, T-36/99, ainda não publicado na Colectânea; pendente de recurso (processo C-525/04 P)].

Em contrapartida, por despacho de 27 de Maio de 2004, o Tribunal de Primeira Instância declarou que a Deutsche Post e DHL Internacional, duas sociedades que exerciam a sua actividade no mercado italiano de serviços postais abertos à concorrência, não tinham tido um papel activo durante o processo administrativo que precedeu a adopção da decisão relativa aos auxílios estatais que a República Italiana concedeu à Poste Italiane. Analisou, portanto, se a medida autorizada por essa decisão era, apesar disso, susceptível de afectar de forma substancial a sua posição no mercado em causa e concluiu, na falta de demonstração suficiente da importância do prejuízo para a sua posição no mercado, que tal não era o caso [despacho de 27 de Maio de 2004, *Deutsche Post e DHL/Comissão*, T-358/02, ainda não publicado na Colectânea; pendente de recurso (processo C-367/04 P)].

b) *Actos de alcance geral*

O Tribunal de Primeira Instância não deixa de recordar que embora o artigo 230.º, quarto parágrafo, CE não se refira expressamente à admissibilidade dos recursos de anulação de actos de alcance geral interpostos por particulares, essa única circunstância não basta para declarar inadmissíveis tais recursos.

No entanto, após uma análise da questão de saber se os actos de alcance geral cuja legalidade os particulares põem em causa lhes dizem individualmente respeito, o Tribunal de Primeira Instância concluiu pela negativa e julgou inadmissíveis os recursos destinados à anulação de regulamentos (despacho do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Julho de 2004, *Alpenhain-Camembert-Werk e o./Comissão*, T-370/02, ainda não

publicado na Colectânea ⁸⁾, de directivas [despacho de 6 de Setembro de 2004, *SNF/Comissão*, T-213/02, ainda não publicado na Colectânea ⁹⁾; pendente de recurso (processo C-482/04 P)] e de decisões de carácter geral (despacho *Schmoldt e o./Comissão*, já referido).

C. Regras de concorrência aplicáveis às empresas

O contributo do ano de 2004 nesta matéria diz sobretudo respeito às questões relacionadas com o procedimento na Comissão e à determinação do montante das coimas. As decisões do Tribunal de Primeira Instância proferidas nos processos dos «eléctrodos de grafite» ¹⁰⁾ e dos «tubos de aço sem costura» ¹¹⁾ serão objecto dos principais desenvolvimentos.

No processo que deu origem ao acórdão *Tokai Carbon e o./Comissão*, já referido, às oito empresas americanas, alemãs e japonesas que participaram no acordo – com o objectivo, à escala mundial, de fixar os preços e repartir os mercados nacionais e regionais segundo o princípio do «produtor nacional» no sector dos eléctrodos de grafite utilizados principalmente na produção de aço em fornos de arco eléctrico – foram aplicadas, pela Comissão ¹²⁾, coimas num montante global de aproximadamente 220 milhões de euros, variando o montante individual entre 10,3 a 80,2 milhões de euros.

Na origem do processo dos «tubos de aço sem costura», a Comissão condenou oito produtores (quatro sociedades europeias e quatro japonesas) de determinados tubos de aço sem costura utilizados pela indústria petrolífera e do gás a pagar coimas num

⁸⁾ Através deste despacho, o Tribunal de Primeira Instância julgou inadmissível o recurso de anulação do Regulamento (CE) n.º 1829/2002 da Comissão, de 14 de Outubro de 2002, que altera o anexo do Regulamento (CE) n.º 1107/96 da Comissão no respeitante à denominação «Feta» (JO L 277, p. 10) como denominação de origem protegida.

⁹⁾ Através deste despacho, o Tribunal de Primeira Instância julgou inadmissível o recurso destinado à anulação parcial da Vigésima Sexta Directiva 2002/34/CE da Comissão, de 15 de Abril de 2002, que adapta ao progresso técnico os anexos II, III e VII da Directiva 76/768/CEE do Conselho relativa à aproximação das legislações dos Estados-Membros respeitantes aos produtos cosméticos (JO L 102, p. 19), na medida em que restringe a utilização das poliacrilamidas na composição dos produtos cosméticos.

¹⁰⁾ Acórdão de 29 de Abril de 2004, *Tokai Carbon e o./Comissão*, T-236/01, T-239/01, T-244/01 a T-246/01, T-251/01 e T-252/01, ainda não publicado na Colectânea (pendente de recurso processos C-289/04 P, C-301/04 P, C-307/04 P e C-308/04 P).

¹¹⁾ Acórdãos de 8 de Julho de 2004, *Mannesmannröhren-Werke/Comissão*, T-44/00 (pendente de recurso, processo C-411/04 P); *Corus UK/Comissão*, T-48/00; *Dalmine/Comissão*, T-50/00 (pendente de recurso, processo C-407/04 P); *JFE Engineering e o./Comissão*, T-67/00, T-68/00, T-71/00 e T-78/00 (pendente de recurso, processos C-403/04 P e C-405/04 P); ainda não publicados na Colectânea.

¹²⁾ Decisão 2002/271/CE da Comissão, de 18 de Julho de 2002, relativa a um processo nos termos do artigo 81.º do Tratado CE e do artigo 53.º do Acordo EEE – processo COMP/E/-1/36.490 – Eléctrodos de grafite (JO L 100, p. 1).

montante total de 99 milhões de euros por terem violado o artigo 81.º CE ¹³. Segundo a Comissão, as empresas tinham celebrado um acordo pelo qual cada empresa se obrigava a não vender tubos de sondagem comuns e determinados tipos de tubos de transporte no mercado nacional de outra empresa que participasse no acordo.

Os recursos interpostos nestes processos (por sete empresas, nos processos dos «eléctrodos de grafite» e dos «tubos de aço sem costura», respectivamente) permitem concluir, confirmando assim uma tendência já observada, que as empresas a quem são aplicadas coimas por infracção ao artigo 81.º CE só raramente contestam a qualificação jurídica das infracções e a prova da sua participação no acordo. As suas contestações incidem essencialmente na determinação do montante da coima, alegando as recorrentes uma aplicação incorrecta das regras a que a Comissão se submeteu quanto a essa determinação, em especial as 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, a seguir «orientações» ¹⁴ e a comunicação sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas (JO 1996, C 207, p. 4, a seguir «comunicação sobre a cooperação» ¹⁵). Como se verificará nos desenvolvimentos que seguem, o Tribunal de Primeira Instância reconhece à Comissão, dependendo dos casos, uma margem de apreciação, até mesmo uma muito grande margem de apreciação, na aplicação dos critérios de determinação do montante das coimas. No entanto, vela escrupulosamente para que as empresas a quem foram aplicadas coimas por terem participado num mesmo acordo sejam tratadas segundo o princípio da igualdade de tratamento.

Recordar-se-á igualmente que o Tribunal de Primeira Instância pode exercer o seu poder de plena jurisdição não apenas para diminuir o montante das coimas, mas também para o aumentar. A redução do montante global das coimas aplicados pela Comissão às empresas recorrentes a que o Tribunal procedeu nos processos dos «eléctrodos de grafite» e dos «tubos de aço sem costura» (reduzindo-o de 207 200 000 euros para 152 772 400 euros no processo dos «eléctrodos de grafite» e de 90 900 000 euros para 78 120 000 euros no processo dos «tubos de aço sem costura») é um resultado que merece ser um pouco matizado (v., *infra*).

Não tendo nenhum acórdão decidido sobre a legalidade das decisões adoptadas nos termos do artigo 82.º CE (o processo que opõe a Microsoft à Comissão foi, a título do ano de 2004, apreciado pelo juiz das medidas provisórias; v., *infra*) e tendo a única decisão relativa ao Regulamento n.º 4064/89 concluído pela incompetência da Comissão (acórdão de 28 de Setembro de 2004, *MCI/Comissão*, T-310/00, ainda não publicado na Colectânea), os desenvolvimentos relativos ao artigo 81.º CE e às sanções impostas pela violação desta disposição constituirão o essencial dos desenvolvimentos desta rubrica consagrada ao direito da concorrência.

¹³ Decisão 2003/382/CE da Comissão, de 8 de Dezembro de 1999, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º do Tratado CE (processo IV/E-1/35.860-B – Tubos de aço sem costura) (JO 2003, L 140, p.1).

¹⁴ JO 1998, C 9, p. 3.

¹⁵ Há que referir que essa comunicação sobre a cooperação 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).

1. Contributos da jurisprudência no domínio do artigo 81.º CE

a) *Âmbito de aplicação material*

No processo *Meca-Medina e Majcen/Comissão* [acórdão de 30 de Setembro de 2004, T-313/02, ainda não publicado na Colectânea; pendente de recurso (processo C-519/04 P)], o Tribunal de Primeira Instância teve ocasião de aplicar o conceito de actividade económica ao domínio do desporto. No seu acórdão, o Tribunal confirma a decisão da Comissão que rejeitou a denúncia apresentada por dois atletas profissionais que praticam natação de longa distância. Esses dois atletas, que foram objecto de uma suspensão nos termos do Código Antidopagem do Movimento Olímpico após um controlo positivo à nandrolona, alegaram perante a Comissão que a regulamentação antidopagem do Comité Olímpico Internacional violava as regras comunitárias da concorrência e da livre prestação de serviços.

O Tribunal de Primeira Instância recorda que, segundo jurisprudência do Tribunal de Justiça, a prática de desportos só é abrangida pelo direito comunitário na medida em que constitua uma actividade económica na acepção do artigo 2.º CE. As disposições do Tratado CE sobre a livre circulação de trabalhadores e de serviços aplicam-se às regras adoptadas no domínio do desporto relativas ao aspecto económico que pode revestir a actividade desportiva. Tal é, designadamente, o caso das regras que prevêm o pagamento de indemnizações pela transferência de jogadores profissionais entre clubes (cláusulas de transferência), ou que limitam o número de jogadores profissionais nacionais de outros Estados-Membros que estes clubes podem fazer alinhar em cada encontro. Em contrapartida, não é abrangida pelo direito comunitário uma regulamentação puramente desportiva e, portanto, estranha à actividade económica, como a relativa à composição das equipas nacionais, ou às «regras do jogo» que fixam, por exemplo, a duração dos encontros ou o número de jogadores no terreno.

Após ter referido que o Tribunal de Justiça não foi chamado a pronunciar-se, nos processos relativos aos artigos 39.º CE e seguintes e 49.º CE e seguintes, sobre a sujeição das regras desportivas às disposições do Tratado relativas à concorrência, o Tribunal de Primeira Instância considerou que os princípios enunciados em matéria de livre circulação de trabalhadores e de serviços também são válidos no que respeita às disposições do Tratado CE relativas à concorrência e que a inversa também é verdadeira. Daí resulta que uma regulamentação puramente desportiva não se inclui nem nas disposições comunitárias relativas à livre circulação de pessoas e de serviços nem nas relativas à concorrência.

b) *Processo de concorrência*

– **Quanto ao acesso ao processo**

A regra segundo a qual as empresas que são objecto de um inquérito com base nos artigos 81.º CE e 82.º CE devem ter acesso ao processo da Comissão é hoje claramente reconhecida em direito comunitário. O seu fundamento encontra-se no princípio da igualdade de armas e reveste, portanto, carácter essencial para o exercício do direito de

defesa. No entanto, esta regra contém determinados limites que visam preservar o processo decisório da Comissão ou os interesses legítimos de terceiros.

No acórdão *Tokai Carbon e o./Comissão*, já referido, o Tribunal de Primeira Instância recordou, antes de mais, que a Comissão, para permitir que as empresas em causa se possam defender utilmente das acusações contra elas formuladas na comunicação de acusações, tem a obrigação de lhes facultar o acesso na íntegra ao processo de instrução, com excepção dos documentos que contenham segredos de negócios de outras empresas ou outras informações confidenciais e dos documentos internos da Comissão. Em relação a estes últimos, a restrição ao seu acesso justifica-se pela necessidade de garantir o bom funcionamento da Comissão no domínio da repressão das infracções às regras de concorrência do Tratado; os documentos internos só podem ser divulgados se as circunstâncias excepcionais do caso o exigirem, com base em indícios sérios que cabe à parte interessada apresentar, e isto tanto ao juiz comunitário como no âmbito do procedimento administrativo conduzido pela Comissão.

– Quanto ao alcance da comunicação de acusações

A função da comunicação de acusações está bem determinada: ela deve permitir aos interessados tomarem efectivamente conhecimento dos comportamentos que lhes são censurados pela Comissão e exercerem de forma útil o seu direito de defesa. Está exigência é respeitada quando a decisão final não imputa aos interessados infracções diferentes das que são objecto da comunicação de acusações, considerando apenas factos relativamente aos quais os interessados tiveram ocasião de se pronunciar.

No acórdão de 8 de Julho de 2004, *Mannesmannröhren-Werke/Comissão* [T-44/00, ainda não publicado na Colectânea; pendente de recurso (processo C-411/04 P)], o Tribunal de Primeira Instância recordou que o direito de defesa só é violado pela discordância entre a comunicação de acusações e a decisão final se uma acusação considerada provada nesta última não tiver sido exposta naquela de forma suficiente para permitir que os destinatários se defendam. Com efeito, o dever da Comissão, em matéria de comunicação de acusações, limita-se à exposição das acusações e à menção, de forma clara, dos factos em que se apoia, bem como da qualificação que deles é feita, para que os seus destinatários se possam defender. A este respeito, o Tribunal declarou que a qualificação jurídica dos factos adoptada na comunicação de acusações é, por definição, apenas provisória e que uma posterior decisão da Comissão não pode ser anulada unicamente por as conclusões definitivas extraídas desses factos não corresponderem, de forma precisa, a essa qualificação intermédia. Efectivamente, a Comissão deve ouvir os destinatários da comunicação de acusações se for caso disso, levar em conta as suas observações em resposta às acusações e alterar a sua análise, precisamente para respeitar o seu direito de defesa.

– Consequências do reconhecimento expresso dos factos na fase administrativa

Na ausência de reconhecimento expresso por parte da empresa em causa no âmbito de uma infracção às regras da concorrência, a Comissão deve demonstrar os factos, dispondo a empresa de liberdade para apresentar, na fase contenciosa do processo,

todos os fundamentos de defesa que lhe parecerem úteis. Em contrapartida, não é esse o caso quando existe um reconhecimento expresso, claro e preciso dos factos pela empresa em questão: quando esta expressamente admitiu, no procedimento administrativo, a materialidade dos factos que lhe eram imputados pela Comissão na comunicação de acusações, esses factos devem ser considerados provados, deixando a empresa, em princípio, de os poder contestar no processo contencioso no Tribunal de Primeira Instância (acórdão *Tokai Carbon e o./Comissão*, já referido, n.º 108). À luz desses critérios, o Tribunal considerou que não constituía tal reconhecimento uma dedução efectuada pela Comissão a partir de um conjunto de elementos, como o comportamento objectivo da empresa em causa para com esta instituição durante o procedimento administrativo e as suas muito genéricas declarações de não contestação (mesmo acórdão, n.º 109).

Ao decidir assim, o Tribunal de Primeira Instância precisa a apreciação que foi feita em 2003 nos processos da «lisina», segundo a qual os elementos de facto nos quais a Comissão se baseou para determinar o montante da coima não podem já ser postos em causa no Tribunal de Primeira Instância se a recorrente os reconheceu expressamente no procedimento administrativo [acórdão de 9 de Julho de 2003, *Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Comissão*, T-224/00, Colect., p. II-2597 (pendente de recurso, processo C-397/03 P), comentado no Relatório Anual de 2003].

– Inexistência de reconhecimento do direito ao silêncio absoluto

Colocou-se repetidamente a questão de saber se as empresas destinatárias de decisões, adoptadas nos termos do artigo 11.º, n.º 5, do Regulamento n.º 17¹⁶, que lhes pedem para comunicar determinadas informações, dispõem do direito ao silêncio absoluto. O Tribunal de Justiça (acórdãos de 18 de Outubro de 1989, *Orkem/Comissão*, 374/87, Colect., p. 3283, e de 15 de Outubro de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão*, C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, Colect., p. I-8375) e o Tribunal de Primeira Instância (acórdão de 20 de Fevereiro de 2001, *Mannesmannröhren-Werke/Comissão*, T-112/98, Colect., p. II-729) decidiram de modo constante que o reconhecimento de tal direito iria além do que é necessário para preservar o direito de defesa das empresas e constituiria um entrave injustificado ao cumprimento, pela Comissão, da missão de velar pelo respeito das regras de concorrência no mercado comum, e que um direito de guardar silêncio só pode ser reconhecido na medida em que a empresa em causa seja obrigada a fornecer respostas através das quais seja levada a admitir a existência da infracção cuja prova cabe à Comissão. Sempre se considerou que para preservar o efeito útil do artigo 11.º do Regulamento n.º 17, a Comissão pode, por conseguinte, obrigar as empresas a fornecerem todas as informações necessárias relativas aos factos de que possam ter conhecimento e, se necessário, os documentos correlativos que estejam na sua posse, mesmo que estes possam servir para comprovar a existência de um comportamento anticoncorrencial. Destas mesmas decisões resulta que esse direito de pedir informações da Comissão não contraria o artigo 6.º, n.ºs 1 e 2, da Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais.

¹⁶ 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).

No entanto, as recorrentes não deixaram de invocar os acórdãos do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem ¹⁷ para fazer evoluir a jurisprudência comunitária em benefício da sua causa. O Tribunal de Primeira Instância recusou, contudo, seguir essa via salientando, no seu acórdão *Tokai Carbon e o./Comissão*, já referido, que o direito da Comissão de obter informações não contraria o artigo 6.º, n.ºs 1 e 2, da Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais nem a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem.

De qualquer forma, recorda o Tribunal de Primeira Instância, o facto de ser obrigado a responder às questões puramente factuais colocadas pela Comissão e a satisfazer os seus pedidos de apresentação de documentos preexistentes não é susceptível de violar o princípio fundamental do respeito pelo direito de defesa ou do direito a um processo equitativo, que oferecem, no domínio do direito da concorrência, uma protecção equivalente à garantida pelo artigo 6.º da Convenção de Salvaguarda dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais. Com efeito, nada impede o destinatário de um pedido de informações de demonstrar, mais tarde no quadro do procedimento administrativo ou num processo perante o juiz comunitário, que os factos constantes das suas respostas ou os documentos transmitidos têm um alcance diferente daquele que lhes deu a Comissão.

– Prazo razoável

A observância de um prazo razoável na condução dos procedimentos administrativos em matéria de concorrência constitui um princípio geral do direito comunitário cujo respeito é assegurado pelos tribunais comunitários (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).

No seu acórdão de 13 de Janeiro de 2004, *JCB Service/Comissão* [T-67/01, ainda não publicado na Colectânea; pendente de recurso (processo C-167/04 P)], o Tribunal de Primeira Instância teve ocasião de recordar que a violação desse princípio só é, no entanto, susceptível de viciar de ilegalidade a decisão adoptada pela Comissão no fim de um procedimento administrativo se for demonstrado que também implica uma violação do direito de defesa da empresa em causa. No caso vertente, embora a Comissão tenha violado de forma flagrante a sua obrigação de respeitar tal prazo no exame de um pedido de isenção nos termos do artigo 81.º, n.º 3, CE ao ter rejeitado um pedido de isenção vinte e sete anos após a notificação de um acordo efectuado em 1973, o Tribunal declarou que essa violação não teve qualquer incidência sobre a legalidade do indeferimento do pedido de isenção.

Quanto ao prazo de mais de quatro anos para instruir a denúncia apresentada por um concorrente da parte que notificou os acordos em causa, o Tribunal de Primeira Instância não o julga excessivo tendo em conta a complexidade do processo, que dizia respeito a vários Estados-Membros e que incluía cinco acusações de infracção, e a necessidade de redigir uma segunda comunicação de acusações.

¹⁷ Acórdão Funke de 25 de Fevereiro de 1993 (série A n.º 256/A § 44a), acórdão Saunders/Reino Unido de 17 de Dezembro de 1996 (Recueil des arrêts et décisions 1996 VI, p. 2044) e acórdão J.B./Suíça de 3 de Maio de 2001 (ainda não publicado no Recueil des arrêts et décisions).

c) *Prova da violação do artigo 81.º CE*

É à Comissão que compete demonstrar os factos constitutivos de uma infracção ao artigo 81.º CE (acórdão do Tribunal de Justiça de 8 de Julho de 1999, *Comissão/Anic Partecipazioni*, C-49/92 P, Colect., p. I-4125, n.º 86). Deve designadamente demonstrar a duração da infracção a que aplica uma sanção. As contestações das recorrentes nos processos dos «tubos de aço sem costura» contribuíram para clarificar alguns aspectos relativos, por um lado, ao nível de prova exigido e, por outro, ao ónus da prova no Tribunal de Primeira Instância quando os elementos avançados pela Comissão são contestados pelas empresas a quem foram aplicadas sanções.

Nestes processos, a Comissão não tinha apresentado prova da totalidade da duração da infracção. Para determinar a duração da infracção, a Comissão considerou que, embora o clube Europa/Japão se tenha reunido desde 1977, havia que tomar o início do ano de 1990 como ponto de partida da infracção, tendo em conta a existência, entre 1977 e 1990, de acordos de autolimitação das exportações celebrados entre a Comunidade Europeia e o Japão.

O Tribunal de Primeira Instância notou que nenhuma das partes pôs em causa a posição da Comissão que consistiu em não considerar a existência da infracção a partir de 1977, devido à existência dos acordos de autolimitação. Em contrapartida, quanto às contestações relativas ao início da infracção, o Tribunal referiu que a alegada cessação dos acordos de autolimitação constituiu o critério determinante para apreciar se a existência da infracção devia ser fixada em 1990. A este respeito, recordou que, em princípio, é a recorrente que deve apresentar prova das suas alegações. Contudo, o Tribunal verificou que nas circunstâncias específicas do caso vertente competia à Comissão apresentar prova da data da cessação dos acordos internacionais de autolimitação. Ora, verificou-se que essa prova não foi produzida depois de o Tribunal ter considerado que «[a] incapacidade inexplicável de a Comissão apresentar elementos de prova relativos a um facto que lhe diz directamente respeito priva o Tribunal da possibilidade de decidir com conhecimento de causa relativamente à data de cessação dos referidos acordos».

Na falta de prova apresentada pela Comissão e na presença de elementos de prova apresentados pelas empresas japonesas que afirmam a manutenção desses acordos internacionais até 31 de Dezembro de 1990, pelo menos a nível japonês, o Tribunal de Primeira Instância considerou que tais acordos permaneceram em vigor até ao fim do ano de 1990. A decisão controvertida foi parcialmente anulada quanto a esse ponto e o montante das coimas reduzido, tendo em conta essa circunstância.

As empresas japonesas também contestaram a data em que a infracção que lhes foi imputada terminou. O Tribunal de Primeira Instância declarou que, com base nos elementos de prova avançados pela Comissão, a existência dessa infracção não foi provada, no que respeita às empresas japonesas, após 1 de Julho de 1994 e que, portanto, havia que reduzir a duração da infracção em seis meses para além da redução de um ano indicada supra. Por conseguinte, o Tribunal anulou a decisão controvertida na medida em que considerou provada a existência da infracção antes de 1 de Janeiro de 1991 e, no que respeita às empresas japonesas, depois de 30 de Junho de 1994, tendo as coimas impostas às empresas sido reduzidas para ter em conta essa

circunstância [acórdão de 8 de Julho de 2004, *JFE Engineering e o./Comissão*, T-67/00, T-68/00, T-71/00 e T-78/00, ainda não publicado na Colectânea; pendente de recurso (processos C-403/04 P e C-405/04 P)].

d) *Coimas*

Ao abrigo do artigo 15.º do Regulamento n.º 17¹⁸, quando a Comissão verifica uma infracção às disposições do artigo 81.º CE ou do artigo 82.º CE, pode, através de decisão, não apenas obrigar as empresas a porem fim à infracção verificada, mas também aplicar-lhes coimas. O montante da coima, que pode atingir 10% do volume de negócios mundial realizado durante o exercício social anterior à adopção da decisão que declara a infracção por cada uma das empresas que nela participou, é determinado em função da gravidade e duração da referida infracção.

– **Orientações**

No que respeita, em primeiro lugar, às orientações, o Tribunal de Primeira Instância recorda que já tinha decidido nos acórdãos proferidos nos processos «aquecimento urbano»¹⁹ «Lisina»²⁰ e «FETTSCA»²¹, que as orientações são oponíveis à Comissão. Esta deve, em conformidade, respeitar as regras que impôs a si própria nessas orientações (acórdão de 8 de Julho de 2004, *Mannesmannröhren-Werke/Comissão*, já referido, n.ºs 212 e 231), salvo se explicar circunstanciadamente as razões que justificam, eventualmente, o delas se afastar num qualquer aspecto (acórdão *Tokai Carbon e o./Comissão*, já referido, n.º 352). As empresas podem, portanto, alegar a aplicação incorrecta das orientações no tribunal comunitário.

¹⁸ O artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado CE (JO 2003, L 1, p. 1), que substituiu o Regulamento n.º 17, é idêntico ao artigo 15.º deste regulamento.

¹⁹ Acórdãos de 20 de Março de 2002, *HFB e o./Comissão*, T-9/99, Colect., p. II-1487 (pendente de recurso, processo C-202/02 P); *Brugg Rohrsysteme/Comissão*, T-15/99, Colect., p. II-1613 (pendente de recurso, processo C-207/02 P); *Lögstör Rör/Comissão*, T-16/99, Colect., p. II-1633 (pendente de recurso, processo C-208/02 P); *KE KELIT/Comissão*, T-17/99, Colect., p. II-1647 (pendente de recurso, processo C-205/02 P); *Dansk Rørindustri/Comissão*, T-21/99, Colect., p. II-1681 (pendente de recurso, processo C-189/02 P); *LR AF 1998/Comissão*, T-23/99, Colect., p. II-1705 (pendente de recurso, processo C-206/02 P); *Sigma Technologie/Comissão*, T-28/99, Colect., p. II-1845, e *ABB Asea Brown Boveri/Comissão*, T-31/99, Colect., p. II-1881 (pendente de recurso, processo C-213/02 P); estes acórdãos foram comentados no Relatório Anual de 2002.

²⁰ Designadamente, acórdão de 9 de Julho de 2003, *Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midland Ingredients/Comissão*, T-224/00 (pendente de recurso, processo C-397/03 P); os acórdãos proferidos nos processos «Lisina» foram comentados no Relatório Anual de 2003.

²¹ Acórdão de 19 de Março de 2003, *CMA CGM e o./Comissão*, T-213/00, Colect., p. II-913, relativo ao acordo FETTSCA; este acórdão foi comentado no Relatório Anual de 2003.

No que respeita, em segundo lugar, a determinadas disposições mais específicas das orientações, o Tribunal de Primeira Instância precisa as condições de aplicação dos critérios fixados para determinar o montante da coima tendo em conta, por um lado, a gravidade da infracção e, por outro, a sua duração.

Quanto à gravidade

Na decisão que esteve na origem do processo dos «eléctrodos de grafite», a Comissão concluiu pelo carácter «muito grave» da infracção, tendo em conta a que natureza, o seu impacto efectivo no mercado dos eléctrodos de grafite no EEE e a dimensão do mercado geográfico relevante. O Tribunal de Primeira Instância validou a abordagem adoptada pela Comissão. Em especial, considerou que, tendo em conta o facto de o acordo ter por objectivo a repartição dos mercados a nível mundial, a Comissão não cometeu qualquer erro manifesto de apreciação ao escolher o volume de negócios mundial realizado pela venda do produto em causa para efeitos da determinação do montante de partida, uma vez que o volume de negócios permitia ter em conta «a capacidade económica efectiva dos autores da infracção de causarem um prejuízo importante aos outros operadores, nomeadamente aos consumidores», na acepção do ponto 1 A, quarto parágrafo, das orientações²².

A Comissão tinha igualmente repartido as empresas em causa por três categorias, baseando-se no volume de negócios mundial de cada uma relativamente às vendas do produto em causa, e isto para ter em conta a capacidade económica efectiva de cada empresa de provocar um prejuízo significativo à concorrência e a grande disparidade de dimensão entre essas empresas. Quanto a este ponto, o Tribunal de Primeira Instância recordou que a Comissão tem o direito de repartir os membros do cartel em várias categorias para efeitos de fixação do montante das coimas. Esta classificação por categorias, embora acabe por ignorar as diferenças de dimensão entre empresas de uma mesma categoria, não pode, em princípio, ser censurada. No entanto, a delimitação dos limiares para cada uma das categorias assim identificadas deve ser coerente e objectivamente justificada. Ora, no caso vertente foi decidido que o método de diferenciação considerado na decisão, que se baseia na tomada em consideração dos seus volumes de negócios, e das suas quotas de mercado, não foi correctamente aplicado pela Comissão relativamente às empresas Tokai Carbon e The Carbide/Graphite Group, que se incluíam numa das três categorias em causa. Em consequência, no exercício do seu poder de plena jurisdição, o Tribunal decidiu dissolver a categoria controvertida e proceder à sua própria classificação. Além disso, para as empresas incluídas nesta última classificação e para as empresas da terceira categoria, o Tribunal fixou o montante de partida das coimas.

²² O ponto 1 A das orientações indica que a «avaliação do grau de gravidade da infracção deve ter 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». Resulta igualmente deste ponto que é possível «ponderar, em certos casos, os montantes determinados no interior de cada uma das categorias de gravidade acima referidas, a fim de ter em conta o peso específico e, portanto, o impacto real do comportamento ilícito de cada empresa na concorrência».

Por último, relativamente às duas empresas consideradas mais importantes, a Comissão tinha aplicado coeficientes de gravidade ao montante de partida. A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância confirma que é, em princípio, possível à Comissão aplicar um coeficiente de gravidade aos montantes de partida de modo a fixar a coima num nível suficientemente dissuasivo [acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Março de 2002, *ABB Asea Brown Boveri/Comissão*, T-31/99, Colect., p. II-1881, n.ºs 165 a 167; pendente de recurso (processo C-213/02 P)]. No entanto, relativamente ao coeficiente considerado no caso vertente para a empresa DSK (2,5) alegou-se que não respeitava os princípios da proporcionalidade e da igualdade de tratamento e o Tribunal, no exercício do seu poder de plena jurisdição, reduziu o coeficiente aplicável a essa empresa para 1,5.

Se, portanto, a Comissão, mediante a aplicação de um coeficiente, continua livre de aumentar o nível das coimas, dispõe, inversamente, da faculdade de diminuir o montante de partida que resulte de uma aplicação estrita das orientações. Na decisão que originou o processo dos tubos de aço sem costura, o Tribunal de Primeira Instância confirmou que a Comissão podia, apesar do carácter «muito grave» da infracção, considerar um montante de partida (10 milhões de euros) correspondente a 50% do montante mínimo mencionado nas orientações para essa categoria de infracções (20 milhões de euros), de modo a ter em conta o facto de o impacto concreto da infracção no mercado ter sido limitado.

Em contrapartida, o Tribunal de Primeira Instância entendeu que a Comissão não tomou em consideração a segunda infracção praticada pelos produtores europeus (os contratos relativos ao mercado britânico) na fixação do montante da coima. Com essa omissão, a Comissão violou, portanto, o princípio da igualdade de tratamento, uma vez que situações diferentes foram tratadas de forma indiferenciada. Para remediar essa desigualdade de tratamento entre os produtores europeus e os produtores japoneses, o Tribunal reduziu em 10% a coima aplicada a cada um dos produtores japoneses. Na falta de pedidos nesse sentido por parte da Comissão, o Tribunal não aumentou as coimas aplicadas aos produtores europeus.

Quanto à duração

No acórdão *Tokai Carbon e o./Comissão*, já referido, o Tribunal de Primeira Instância rejeitou todas as acusações relativas aos montantes de base considerados na decisão em função da duração da infracção.

A SGL Carbon defendia que as orientações eram ilegais na medida em que encaravam a duração da infracção da mesma maneira, independentemente da sua natureza. Precisava que um cartel é por definição durável e que não se lhe pode, portanto, aplicar sanções, quanto à sua duração, da mesma forma que às outras infracções. O Tribunal de Primeira Instância rejeita esta argumentação considerando que certos cartéis, de curta duração, provocam um prejuízo menor do que se tivessem tido um funcionamento efectivo de longa duração.

Circunstâncias agravantes

No acórdão *Tokai Carbon e o./Comissão*, já referido, o Tribunal de Primeira Instância confirmou que a Comissão podia aumentar os montantes de base devido: *primo*, o facto de ter prosseguido a infracção após as verificações efectuadas pela Comissão (acórdão *ABB Asea Brown Boveri/Comissão*, já referido, n.ºs 211 a 213); *secundo*, ao seu papel de líder (acórdão *Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midlands Ingredients/Comissão*, já referido, n.º 239) e, *tertio*, à tentativa de dificultar o procedimento através do aviso às outras empresas da iminência de verificações no local (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Maio de 1998, *Sarrió/Comissão*, T-334/94, Colect., p. II-1439, n.º 320).

Circunstâncias atenuantes

Nenhuma das circunstâncias atenuantes que alegadamente a Comissão não teve em conta foi reconhecida pelo Tribunal de Primeira Instância.

– Quanto à comunicação sobre a cooperação

De modo geral, uma cooperação que permite à Comissão verificar a existência de uma infracção com menos dificuldades e, sendo caso disso, pôr-lhe fim, pode ser recompensada com uma redução da coima. A comunicação sobre a cooperação de 1996 precisa as condições em que pode ser concedido o benefício das suas disposições.

De entre as apreciações do Tribunal de Primeira Instância relativas à aplicação que a Comissão efectuou dessa comunicação, há que salientar que, a transmissão voluntária à Comissão, em resposta a um pedido de informações nos termos do Regulamento n.º 17, de documentos e informações que constituem um reconhecimento de participação numa infracção às regras comunitárias da concorrência deve ser considerada uma colaboração voluntária da empresa susceptível de justificar uma redução da coima. Por ter considerado que tal não era o caso, a Comissão, segundo o Tribunal de Primeira Instância, menosprezou a importância da cooperação de determinadas recorrentes (acórdão *Tokai Carbon e o./Comissão*, já referido).

É também necessário salientar que o Tribunal de Primeira Instância censurou a Comissão por ter ignorado a importância da cooperação da sociedade UCAR que lhe forneceu informações tais como os nomes de outras empresas membros do cartel, os nomes de vários representantes desses membros ou os nomes de código utilizados para dissimular os contactos, não sob forma documental, mas oralmente.

Por último, embora a comunicação não preveja, no seu ponto A, n.º 3, uma redução «da coima que, em princípio, [...], seria aplicada [às empresas que cooperam com a Comissão]», este texto não exige, por essa razão, que cada elemento de informação individual deva referir-se a uma infracção ao direito da concorrência susceptível de ser punida separadamente. Para poder beneficiar da referida comunicação, basta, portanto, que a empresa disposta a cooperar se exponha, pela revelação da sua implicação numa infracção,

a sanções, ao passo que a tomada em consideração, para efeitos de uma eventual redução da coima, dos diferentes elementos de informação depende da sua utilidade para a Comissão na sua tarefa de determinar a existência da infracção e de lhe pôr fim.

A este respeito, uma vez que um funcionário desleal da Comissão pode sabotar a missão da sua instituição ao apoiar os membros de um cartel ilegal e pode, assim, complicar consideravelmente o inquérito por ela conduzido, por exemplo, ao destruir ou manipular elementos de prova, ao informar os membros do cartel de uma verificação surpresa iminente e ao revelar toda a estratégia de instrução elaborada pela Comissão, a informação sobre a existência de tal funcionário deve, em princípio, ser considerada susceptível de facilitar a tarefa da Comissão que consiste em determinar uma infracção e pôr-lhe fim. A utilidade dessa informação é especialmente importante quando é fornecida no início do inquérito sobre eventuais actuações anticoncorrenciais aberto pela Comissão.

No acórdão de 8 de Julho de 2004, *Mannesmannröhren-Werke/Comissão*, já referido, o Tribunal de Primeira Instância salientou que, para beneficiar de uma redução do montante da coima por não contestar os factos, nos termos do ponto D 2 da comunicação sobre a cooperação, a empresa deve informar expressamente a Comissão de que não pretende contestar a materialidade dos factos após ter tomado conhecimento da comunicação de acusações. Na falta de tal declaração expressa, não se pode considerar que a mera passividade da empresa facilite a tarefa da Comissão, uma vez que lhe cabe provar, na decisão final, a existência de todos os factos, sem para tanto poder invocar uma declaração da empresa.

– Quanto ao princípio *non bis in idem*

Como já teve ocasião de afirmar (acórdão *Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midlands Ingredients/Comissão*, já referido, n.º 85), o Tribunal de Primeira Instância recordou no acórdão *Tokai Carbon e o./Comissão* que o princípio *non bis in idem*, igualmente consagrado pelo artigo 4.º do Protocolo n.º 7 da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, constitui um princípio geral do direito comunitário cujo respeito é assegurado pelo juiz comunitário. No domínio do direito comunitário da concorrência, este princípio proíbe que uma empresa seja punida ou objecto de um novo processo da Comissão devido a um comportamento anticoncorrencial pelo qual já tenha sido punida ou declarada isenta de responsabilidades por uma decisão anterior da Comissão que já não seja susceptível de recurso.

No entanto, coloca-se a questão de saber se a Comissão viola esse princípio quando aplica sanções a empresas por infracções que foram punidas pelas autoridades de Estados terceiros.

Quanto a esse ponto, o Tribunal de Primeira Instância considerou que o princípio *non bis in idem* não se opõe à possibilidade de um cúmulo de sanções, uma comunitária e outra nacional, na sequência de dois processos paralelos, mas com fins distintos. Por maioria de razão, esse princípio não é aplicável no caso de processos accionados e de sanções

aplicadas pela Comissão, por um lado, e pelas autoridades de Estados terceiros, por outro, uma vez que esses processos não prosseguem os mesmos objectivos.

Além disso, o Tribunal de Primeira Instância considera que a Comissão não era obrigada, por força de uma exigência geral de equidade, a ter em conta as sanções, aplicadas pelas autoridades ou órgãos jurisdicionais de um Estado terceiro, que já foram aplicadas à mesma empresa pela prática do mesmo facto. Com efeito, as condições que permitem concluir pela existência de uma obrigação de ter em conta as sanções, aplicadas por uma autoridade de um Estado-Membro que já foram suportadas pela mesma empresa pela prática do mesmo facto, não estão reunidas quando as sanções foram aplicadas por autoridades de Estados terceiros. Nestas circunstâncias, na falta de invocação de uma disposição convencional expressa que preveja o dever da Comissão de, na fixação do montante de uma coima, ter em conta sanções já aplicadas à mesma empresa pelo mesmo facto pelas autoridades ou tribunais de um Estado terceiro, como os Estados Unidos ou o Canadá, as recorrentes não podem validamente criticar a Comissão por ter ignorado, no presente caso, esse alegado dever.

Os princípios assim recordados pelo Tribunal de Primeira Instância confirmam os já acolhidos nos processos «Lisina» (v., designadamente, acórdão *Archer Daniels Midland e Archer Daniels Midlands Ingredients/Comissão*, já referido, n.ºs 85 a 104).

– Quanto ao exercício do poder de plena jurisdição

Nos termos do artigo 17.º do Regulamento n.º 17, o Tribunal de Primeira Instância, num recurso interposto de uma decisão que aplica uma coima, decide com competência de plena jurisdição, na acepção do artigo 229.º CE, podendo, assim, suprimir, reduzir ou aumentar a coima aplicada.

O Tribunal de Primeira Instância por diversas vezes exerceu o seu poder de plena jurisdição para reduzir o montante das coimas após ter verificado que determinados elementos da infracção censurada não estavam suficientemente demonstrados (acórdão *JCB Service/Comissão*, n.º 193) ou que a Comissão tinha violado as orientações ou a comunicação sobre a cooperação (acórdão *Tokai Carbon e o./Comissão*, já referido).

O que se tem sobretudo que reter é o exercício do poder de plena jurisdição para aumentar o montante das coimas. Assim, no acórdão *Tokai Carbon e o./Comissão*, já referido, o Tribunal de Primeira Instância exerceu, pela primeira vez, os seus poderes de plena jurisdição para aumentar, numa fase intermediária do cálculo, o montante da coima. Com efeito, tendo a empresa Nippon contestado no Tribunal os factos que tinha anteriormente admitido no decurso do procedimento administrativo – sem, no entanto, se tratar de um reconhecimento expresso, claro e preciso – foi diminuída a redução da coima inicialmente concedida pela Comissão.

Além disso, o Tribunal de Primeira Instância recordou que, no âmbito do poder de plena jurisdição de que dispõe, a apreciação do carácter adequado da coima pode tomar em consideração elementos de informação não mencionados na decisão da Comissão.

2. Regulamento n.º 4064/89

A única decisão proferida no domínio das concentrações no decurso do ano de 2004 foi um acórdão que anulou uma decisão da Comissão que proibia a operação de concentração entre as empresas americanas de telecomunicações WorldCom (actualmente denominada MCI) e Sprint ²³.

No entanto, o acórdão de 28 de Setembro de 2004, *MCI/Comissão* (T-310/00, ainda não publicado na Colectânea), não toma posição sobre o mérito do processo, sendo a sua causa de anulação a incompetência da Comissão para adoptar a decisão.

Tendo as partes notificado conjuntamente a operação, nos termos do Regulamento n.º 4064/89 ²⁴, em 10 de Janeiro de 2000 declararam, com efeito, formalmente, em 27 de Junho seguinte, que retiravam a sua notificação e que já não tinham intenção de executar o projecto de concentração, sob a forma descrita na notificação. No entanto, em 28 de Junho de 2000 a Comissão adoptou a decisão que declara a concentração incompatível com o mercado comum e com o Acordo EEE.

O Tribunal de Primeira Instância verificou que o objecto da comunicação da WorldCom e da Sprint à Comissão, de 27 de Junho de 2000, não é o abandono, por princípio, de toda e qualquer ideia ou projecto de concentração, mas apenas o abandono do projecto sob a «forma descrita na notificação», ou seja, sob a forma considerada no acordo de fusão notificado. Com efeito, comunicados de imprensa divulgados no mesmo dia nos Estados Unidos pelas duas empresas confirmaram que a WorldCom e a Sprint ainda tinham, na época, uma certa esperança de fundirem as suas actividades, de uma forma ou de outra. Na realidade, só num comunicado de imprensa de 13 de Julho de 2000 as empresas anunciaram a sua renúncia definitiva ao projecto de concentração. No entanto, o Tribunal acrescenta que não basta que duas empresas projectem uma fusão (ou continuem a projectar fundir-se) para que exista (ou subsista) ipso facto, entre elas, um acordo de concentração, susceptível de ser objecto de uma decisão da Comissão. A competência da Comissão não pode assentar em simples intenções subjectivas das partes. Da mesma forma que não é competente para proibir uma concentração antes da celebração de um acordo de fusão, deixa de o ser assim que esse acordo é abandonado, ainda que as empresas envolvidas prossigam as negociações com vista à celebração de um acordo sob outra forma. No caso vertente, a Comissão deveria ter reconhecido que já não tinha competência para adoptar a decisão.

²³ Decisão 2003/790/CE da Comissão, de 28 de Junho de 2000, que declara uma operação de concentração incompatível com o mercado comum e com o Acordo EEE (Processo COMP/M.1741 – MCI WorldCom/Sprint) (JO 2003, L 300, p. 1).

²⁴ 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, com rectificação no JO 1990, L 257, p. 13, entretanto revogado pelo Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas (JO L 24, p. 1)].

D. Auxílios de Estado

1. Conceito de auxílio de Estado

a) *Elementos constitutivos*

A vantagem e a especificidade da medida estatal são elementos que caracterizam o conceito de auxílio de Estado, na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE ²⁵. A Comissão foi várias vezes criticada por não ter apreciado correctamente os critérios em causa (acórdãos de 16 de Março de 2004, *Danske Busvognmaend/Comissão*, T-157/01, de 16 de Setembro de 2004, *Valmont Nederland/Comissão*, T-274/01, de 21 de Outubro de 2004, *Lenzing/Comissão*, T-36/99, e de 1 de Dezembro de 2004, *Kronofrance/Comissão*, T-27/02, ainda não publicados na Colectânea).

– **Vantagem**

O conceito de auxílio de Estado abarca não apenas prestações positivas tais como subsídios, empréstimos ou participações no capital de empresas, mas também intervenções que, de formas diversas, aliviam os encargos que normalmente oneram o orçamento de uma empresa, e que, dessa forma, não sendo subsídios na acepção estrita da palavra, têm a mesma natureza e efeitos idênticos.

Assim, no acórdão de 21 de Outubro de 2004, *Lenzing/Comissão*, já referido, o Tribunal de Primeira Instância declarou que o comportamento de organismos públicos competentes para colectar as contribuições para a Segurança Social, que toleram que as referidas contribuições sejam pagas com atraso, confere à empresa que atravessa graves dificuldades financeiras que dele beneficia uma vantagem comercial apreciável, ao aliviar, no que lhe diz respeito, os encargos decorrentes da aplicação normal do regime da Segurança Social, uma vantagem comercial apreciável que os juros e os agravamentos por mora que lhe são impostos não são susceptíveis de fazer desaparecer totalmente. Ao concluir, no caso vertente, que esses organismos agiram da mesma forma que um credor privado hipotético que se encontrasse, na medida do possível, em relação ao seu devedor, na mesma situação que estes dois organismos, a Comissão aplicou de forma manifestamente errada o critério do credor privado e, portanto, anulou a decisão controvertida.

Foi também por referência ao critério do credor privado que o Tribunal de Primeira Instância apreciou se a Comissão tinha razão ao concluir que a redução de uma parte das dívidas da sociedade alemã Technische Glaswerke Ilmenau ao organismo de direito público encarregado de reestruturar as empresas da antiga República Democrática Alemã (o «BvS») tinha o carácter de auxílio estatal. A fiscalização restrita que o Tribunal

²⁵ Tal como resulta do artigo 87.º, n.º 1, CE, um auxílio de Estado incompatível com o mercado comum é uma vantagem, concedida, sob qualquer forma, por um Estado através de recursos desse Estado, a favor de certas empresas ou de certas produções, que afecta o comércio entre Estados-Membros e que falseia ou ameaça falsear a concorrência.

exerce sobre as apreciações económicas complexas desta natureza leva-o a concluir que, vistas as circunstâncias do caso vertente, a Comissão não cometeu qualquer erro manifesto de apreciação ao entender que o BvS não actuou como um credor privado operando em condições normais de mercado. Não tendo sido acolhido nenhum dos outros fundamentos, foi negado provimento ao recurso de anulação [(acórdão de 8 de Julho de 2004, *Technische Glaswerke Ilmenau/Comissão*, T-198/01, ainda não publicado na Colectânea, pendente de recurso (processo C-404/04 P)].

Além disso, no acórdão *Valmont Nederland/Comissão*, já referido, o Tribunal de Primeira Instância retomou, pela primeira vez, a solução encontrada pelo Tribunal de Justiça no acórdão de 24 de Julho de 2003, *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg* (C-280/00, Colect., p. I-7747), segundo a qual uma intervenção estatal em benefício de uma empresa como contrapartida da execução de obrigações de serviço público não constitui um auxílio, desde que estejam reunidas várias condições ²⁶.

No caso vertente, a Comissão considerou que o financiamento concedido por uma comuna neerlandesa a uma empresa para construir um parque de estacionamento constituía, em parte, um auxílio de Estado, porque correspondia a despesas de exploração que esta empresa deveria normalmente ter tomado a cargo e que a beneficiava. No entanto, a Comissão considerou que a outra parte do financiamento beneficiava empresas terceiras e não criava vantagens para a recorrente.

Ora, o Tribunal de Primeira Instância verifica, por um lado, que essa empresa suportava um encargo ao permitir a terceiros fazer uso do seu parque de estacionamento, a vários títulos e de modo regular e gratuito, por força de um acordo celebrado, tanto no interesse geral como no de terceiros interessados, com uma autarquia local e, por outro, que uma parte do financiamento concedido pela autarquia local para construir o parque de estacionamento beneficiava efectivamente a Valmont.

Nestas condições, o Tribunal de Primeira Instância declarou que a Comissão não podia considerar, sem mais, que esta parte do financiamento beneficiava necessariamente a Valmont, antes devendo examinar previamente, à luz das informações de que dispunha, se tal parte do financiamento podia, ou não, ser considerada a contrapartida efectiva do encargo suportado pela Valmont. Para este fim, competia-lhe verificar se as condições

²⁶ Ou seja: *primo*, a empresa beneficiária deve ser efectivamente encarregada do cumprimento de obrigações de serviço público, que devem estar claramente definidas; *secundo*, os parâmetros com base nos quais é calculada a compensação devem estar previamente estabelecidos de forma objectiva e transparente, de modo a evitar que contenha uma vantagem económica susceptível de favorecer a empresa beneficiária em relação a empresas concorrentes; *tertio*, a compensação não pode ultrapassar o que é necessário para abranger a totalidade ou parte dos custos ocasionados pela execução das obrigações de serviço público, tendo em conta as suas receitas e um lucro razoável pela execução dessas obrigações; quarto, quando a escolha da empresa que se vai encarregar da execução de obrigações de serviço público, num caso concreto, não é efectuada no âmbito de um concurso público, o nível da compensação necessária deve ser determinado com base numa análise dos custos que uma empresa média, bem gerida e adequadamente equipada, de modo a poder satisfazer as exigências de serviço público requeridas, teria de suportar para executar essas obrigações, tendo em conta as receitas e um lucro razoável pela execução dessas obrigações.

referidas no acórdão *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg*, já referido, estavam ou não reunidas. Não resultando essa verificação da decisão, esta foi anulada ²⁷.

Por último, através do seu acórdão *Danske Busvognmaend/Comissão*, já referido, o Tribunal de Primeira Instância anulou a decisão da Comissão que declara compatível com o mercado comum o auxílio concedido pelas autoridades dinamarquesas à sociedade de transporte por autocarro Combust.

Em especial, o Tribunal de Primeira Instância declarou que essa sociedade não tinha sido encarregada do cumprimento de obrigações de serviço público, na acepção do Regulamento n.º 1191/69 ²⁸. Considera que uma empresa, como a Combust, cujas obrigações de explorar, transportar e cobrar as tarifas fixadas não foram unilateralmente impostas, que não estava obrigada a efectuar as missões de transporte em condições não rentáveis, contrárias ao seu interesse comercial, mas que, pelo contrário, assumiu voluntariamente estas obrigações após ter ganho concursos que não previam qualquer subvenção estatal e nos quais ela era livre, em função dos seus interesses económicos, de participar ou não, cujas prestações de transporte foram remuneradas pelo preço por ela sugerido nas propostas que apresentara nos concursos e retomado nos contratos celebrados na sua sequência, não suporta obrigações de serviço público na acepção do artigo 2.º, n.º 1, do Regulamento n.º 1191/69: por conseguinte, tal empresa não recebe uma compensação na acepção deste artigo, como tinha considerado a Comissão, mas uma remuneração financeira prevista nos referidos contratos de transporte.

– Especificidade ou selectividade da medida estatal

No acórdão *Lenzing/Comissão*, já referido, o Tribunal de Primeira Instância considerou que a Comissão podia, com razão, concluir que a medida acordada em benefício da sociedade Sniace era selectiva.

Recordou, a este respeito, que medidas de carácter puramente geral não são abrangidas pelo artigo 87.º, n.º 1, CE, mas que, contudo, mesmo intervenções que à primeira vista são aplicáveis à generalidade das empresas podem apresentar uma certa selectividade e, por conseguinte, serem consideradas medidas destinadas a favorecer certas empresas ou certas produções. É esse o caso, nomeadamente, quando a administração chamada a aplicar a regra geral dispõe de um poder discricionário no que diz respeito à aplicação do acto. No caso vertente, o Tribunal de Primeira Instância verificou que os organismos públicos espanhóis encarregados de cobrar as quotas da segurança social dispunham de um certo poder discricionário tanto para concluir acordos de reescalamento ou de reembolso como para fixar determinadas modalidades desses acordos, tal como o calendário do reembolso, o montante das prestações e o carácter suficiente das garantias

²⁷ Este fundamento de anulação da decisão de 18 de Julho de 2001 junta-se à violação do artigo 87.º, n.º 1, CE – declarada no mesmo acórdão – praticada pela Comissão por ter considerado, com base num relatório pericial desprovido de força probatória que o preço do terreno vendido à recorrente era inferior ao preço de mercado e, portanto, continha um elemento de auxílio de Estado.

²⁸ Regulamento (CEE) n.º 1191/69 do Conselho, de 26 de Junho de 1969, relativo à acção dos Estados-Membros em matéria de obrigações inerentes à noção de serviço público no domínio dos transportes ferroviários, rodoviários e por via navegável (JO L 156, p. 1; EE 08 F1 p. 131), na redacção dada pelo Regulamento (CEE) n.º 1893/91 do Conselho, de 20 de Junho de 1991 (JO L 169, p. 1).

oferecidas como contrapartida do pagamento das dívidas. Inclui-se também no poder discricionário desses organismos o facto de se aceitar que essa sociedade não respeite esses acordos e de se tolerar a falta de pagamento das dívidas durante vários anos.

A especificidade ou a selectividade de uma medida estatal constitui uma das características do conceito de auxílio de Estado, não apenas no âmbito do Tratado CE, mas também no âmbito do Tratado CECA, tal como foi recordado no acórdão de 1 de Julho de 2004, *Salzgitter/Comissão* [T-308/00, ainda não publicado na Colectânea; pendente de recurso (processo C-408/04 P)] que, quanto a esse ponto, confirma que o facto de subordinar o benefício de uma medida fiscal, inscrita numa lei, a uma condição de localização dos investimentos numa zona territorialmente limitada de um Estado-Membro, como acontecia no caso vertente, é, em princípio, suficiente para se considerar que a medida em causa visa uma categoria determinada de empresas. Invocando em apoio da sua apreciação – facto suficientemente raro para ser realçado – um acórdão do Tribunal da EFTA²⁹, o Tribunal de Primeira Instância salientou que, para que uma medida possa ser qualificada de auxílio de Estado, importa que as empresas beneficiárias pertençam a uma categoria bem determinada pela aplicação, de direito ou de facto, do critério estabelecido pela medida em causa.

b) *Enquadramentos*

Embora a Comissão goze, para aplicação do artigo 87.º, n.º 3, CE, de um amplo poder de apreciação cujo exercício envolve avaliações de ordem económica e social que devem ser efectuadas num contexto comunitário, está, no entanto, vinculada pelos enquadramentos e comunicações que adopta em matéria de controlo dos auxílios de Estado, na medida em que não se afastem das normas do Tratado e sejam aceites pelos Estados-Membros. Por conseguinte, os interessados têm fundamentos para os alegar e o Tribunal verifica se a Comissão respeitou as regras que impôs a si própria ao adoptar a decisão controvertida.

Assim, o Tribunal de Primeira Instância decidiu vários pedidos destinados a obter a declaração de erros de direito na aplicação dos enquadramentos comunitários dos auxílios estatais a favor do ambiente de 1994 e de 2001 (acórdão de 18 de Novembro de 2004, *Ferriere Nord/Comissão*, T-176/01, ainda não publicado na Colectânea), do enquadramento multisectorial dos auxílios com finalidade regional para grandes projectos de investimento³⁰ (acórdão *Kronofrance/Comissão*, já referido), da comunicação que fixa as orientações comunitárias relativas aos auxílios estatais de emergência e à reestruturação concedidos a empresas em dificuldade³¹ (acórdão *Technische Glaswerke Ilmenau/Comissão*, já referido), bem como da Recomendação

²⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça da EFTA, de 20 de Maio de 1999, *Norway/EFTA Surveillance Authority*, E-6/98, Report of EFTA Court, p. 74.

³⁰ JO 1998, C 107, p. 7.

³¹ JO 1994, C 368, p. 12.

96/280/CE relativa à definição de pequenas e médias empresas³² e da comunicação relativa ao enquadramento comunitário dos auxílios de Estado às pequenas e médias empresas³³ (acórdão de 14 de Outubro de 2004, *Pollmeier Malchow/Comissão*, T-137/02, ainda não publicado na Colectânea).

No acórdão *Ferriere Nord/Comissão*, já referido, o Tribunal de Primeira Instância confirma que a Comissão podia declarar o projecto de auxílio a favor da Ferriere Nord incompatível com o mercado comum na medida em que o investimento não satisfazia a exigência de resultado ambiental procurado pelos enquadramentos de 1994 e de 2001.

Do mesmo modo, no acórdão *Pollmeier Malchow/Comissão*, já referido, validou a apreciação da Comissão segundo a qual o beneficiário do auxílio estatal era uma grande empresa e, portanto, não preenchia os critérios de definição das PME. O Tribunal de Primeira Instância considera, designadamente, que, à luz da economia geral dos textos em causa, a Comissão podia, com razão, considerar que o beneficiário do auxílio em causa não era, na realidade, um grupo cujo poder ultrapasse o de uma PME.

No acórdão *Technische Glaswerke Ilmenau/Comissão*, já referido, o Tribunal de Primeira Instância considera, à luz das indicações fornecidas pelas orientações relativas aos auxílios de emergência e à reestruturação concedidos a empresas, que a Comissão não cometeu um erro de apreciação manifesto ao recusar declarar compatível com o mercado comum, em aplicação do artigo 87.º, n.º 3, alínea c), CE, a dispensa de pagamento em causa, sem ter em conta a criação de uma situação de monopólio que resultaria do desaparecimento da recorrente. Com efeito, o Tribunal salienta que essa circunstância apenas pode justificar a concessão de um auxílio de Estado destinado a salvar as empresas em dificuldade e a encorajar a sua reestruturação, no caso de as condições gerais de autorização dos auxílios de emergência e à reestruturação, como definidas nas orientações, estarem preenchidas. Ora, no caso vertente, o Tribunal verifica que a Comissão não cometeu nenhum erro manifesto de apreciação ao ter considerado que o plano de reestruturação não permitia à sociedade Technische Glaswerke Ilmenau restaurar a sua viabilidade e conclui, em consequência, pela improcedência do fundamento.

Em contrapartida, o acórdão *Kronofrance/Comissão*, já referido, anulou a decisão da Comissão de não levantar objecções ao auxílio concedido pelas autoridades alemãs a favor da sociedade Glunz para a construção de um centro integrado de tratamento de madeira. Com efeito, o Tribunal de Primeira Instância considerou que a Comissão não respeitou as regras constantes no enquadramento multisectorial dos auxílios com finalidade regional para grandes projectos de investimento, na medida em que não verificou, como está previsto neste enquadramento, se o mercado dos produtos objecto do auxílio em causa estava «em declínio». Devido a este erro de direito da Comissão, a compatibilidade do auxílio notificado não pôde ser apreciada com base em todos os critérios aplicáveis.

³² Recomendação 96/280/CE da Comissão, de 3 de Abril de 1996, relativa à definição de pequenas e médias empresas (PME) (JO L 107, p. 4).

³³ Comunicação da Comissão, relativa ao enquadramento comunitário dos auxílios de Estado às PME (JO 1996, C 213, p. 4).

c) *Reembolso*

O acórdão de 14 de Janeiro de 2004, *Fleuren Compost/Comissão* (T-109/01, ainda não publicado na Colectânea), permitiu ao Tribunal de Primeira Instância recordar que as empresas beneficiárias de um auxílio só podem, em princípio, ter uma confiança legítima na sua regularidade se tiver sido concedido respeitando o processo previsto pelo artigo 88.º CE, mas que, no entanto, a jurisprudência não exclui a possibilidade de os beneficiários de um auxílio ilegal invocarem, no quadro de um processo de reembolso, circunstâncias excepcionais, que pudessem ter legitimamente fundado a sua confiança legítima na legalidade de tal auxílio, para se oporem ao seu reembolso.

Entretanto, o Tribunal de Primeira Instância declarou que esses beneficiários só podem invocar tais circunstâncias excepcionais, com base em disposições pertinentes do direito nacional, no quadro do processo de reembolso nos órgãos jurisdicionais nacionais, únicos competentes para apreciar, sendo caso disso, após ter submetido ao Tribunal de Justiça questões prejudiciais de interpretação, as circunstâncias do caso. Ao decidir deste modo, o Tribunal toma claramente posição quanto a uma questão que até então só tinha tido respostas hesitantes (v., a este respeito, Relatório Anual de 1999).

Diferentemente da recorrente no processo que deu origem ao acórdão que acaba de ser comentado, a *Salzgitter* alegava, para se opor ao reembolso do auxílio, não que a Comissão tinha violado o princípio da protecção da confiança legítima, mas que tinha violado o princípio da segurança jurídica. E o Tribunal de Primeira Instância considerou que a violação desse princípio da segurança jurídica justifica, no caso vertente, a anulação das disposições da decisão da Comissão ³⁴, obrigando a República Federal da Alemanha a recuperar os auxílios concedidos às empresas agrupadas sob a denominação de *Salzgitter AG*.

Com efeito, no seu acórdão *Salzgitter/Comissão*, o Tribunal de Primeira Instância declara, antes de mais, que a possibilidade de invocar o princípio da segurança jurídica não estava sujeita às condições que permitem invocar a confiança legítima na regularidade de um auxílio de Estado. Daí resulta que a empresa siderúrgica que obteve um auxílio de Estado que não foi objecto de notificação à Comissão pode invocar, para contestar a decisão da Comissão que impõe o reembolso, a segurança jurídica, quando está excluído, salvo circunstâncias excepcionais, que o beneficiário de um auxílio possa ter uma confiança legítima na sua regularidade se tal auxílio tiver sido concedido em violação das disposições relativas ao processo de fiscalização prévia dos auxílios de Estado.

Em seguida, o Tribunal de Primeira Instância considerou que a empresa siderúrgica que beneficiou de auxílios ilegais podia, com razão, apoiar-se no princípio da segurança jurídica para contestar a legalidade de uma decisão da Comissão ordenando o seu reembolso, num caso em que, na época em que recebeu os referidos auxílios existia, por parte da Comissão, uma situação de incerteza e de falta de clareza relativa ao regime jurídico do tipo de auxílios em causa, que se juntou à não reacção prolongada

³⁴ Decisão 2000/797/CECA da Comissão, de 28 de Junho de 2000, sobre o auxílio estatal concedido pela Alemanha a favor das empresas *Salzgitter AG*, *Preussag Stahl AG* e das filiais do grupo pertencentes à indústria siderúrgica, actualmente denominadas *Salzgitter AG – Stahl und Technologie (SAG)* (JO L 323, p. 5).

da Comissão, que estava, contudo, ao corrente do pagamento dos auxílios, e que criou, assim, por inobservância do seu dever de diligência, uma situação de carácter equívoco que lhe incumbia esclarecer antes de poder pretender levar a cabo qualquer acção para ordenar a restituição dos auxílios já pagos.

2. Questões processuais

A questão do alcance dos direitos reconhecidos aos interessados no procedimento formal de investigação de um auxílio de Estado foi clarificada. A jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância estabelece uma distinção clara entre os Estados-Membros que concedem auxílios, por um lado, e os interessados, por outro. Ao passo que os primeiros dispõem plenamente do direito de defesa, os segundos têm apenas o direito de apresentar observações.

Em primeiro lugar, há que referir que, num dos fundamentos analisados no âmbito do processo que a opõe à Comissão, a *Ferriere Nord* – uma empresa do sector da indústria siderúrgica, mecânica e metalúrgica – alegava que a Comissão tinha violado o seu direito de defesa ao iniciar o procedimento formal de investigação sob o império do enquadramento comunitário dos auxílios de Estado para a protecção do ambiente de 1994³⁵, quando a decisão tinha sido adoptada com base no enquadramento de 2001³⁶, sem que a República Italiana ou ela própria tivessem sido convidadas a apresentar as suas observações a respeito do novo enquadramento. No acórdão *Ferriere Nord/Comissão*, já referido, o Tribunal de Primeira Instância precisa, antes de mais, que esse fundamento deve ser examinado, não do ponto de vista do direito de defesa, de que só os Estados são titulares em matéria de auxílios de Estado, mas em consideração do direito de que os «interessados» dispõem, por força do artigo 88.º, n.º 2, CE, de apresentarem observações durante a fase de investigação referida nessa disposição. Em seguida, refere que a Comissão não podia, sem violar os direitos processuais dos interessados, basear a sua decisão em princípios novos, introduzidos pelo enquadramento de 2001, sem lhes solicitar observações a esse respeito. No entanto, o Tribunal verificou que os princípios estabelecidos pelos dois enquadramentos são, à luz dos motivos acolhidos pela Comissão para declarar o auxílio em causa incompatível, em substância idênticos; daí deduzir que não se impunha uma nova consulta dos interessados.

Em segundo lugar, colocou-se a questão de saber se se deviam reconhecer à empresa beneficiária do auxílio garantias que vão para além do direito a apresentar observações, após o início do procedimento, reconhecido a favor de todos os interessados, na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE. A resposta fornecida pelo Tribunal de Primeira Instância nos seus acórdãos *Fleuren Compost/Comissão*, já referido, e *Technische Glaswerke Ilmenau/Comissão*, já referido, é desprovida de ambiguidade: «nenhuma disposição do procedimento de controlo dos auxílios de Estado reserva, entre os interessados, um papel especial ao beneficiário do auxílio», recordando o Tribunal que o procedimento de controlo dos auxílios de Estado não é um procedimento instaurado «contra» o beneficiário

³⁵ JO 1994, C 72, p. 3.

³⁶ Enquadramento comunitário dos auxílios estatais a favor do ambiente (JO 2001, C 37, p. 3).

dos auxílios que implique que este último possa valer-se de um direito tão amplo como o direito de defesa enquanto tal.

Não podendo os interessados, que não o Estado-Membro em questão, invocar o direito a um procedimento contraditório na Comissão, o Tribunal de Primeira Instância rejeitou as acusações das recorrentes, designadamente a da Technische Glaswerke Ilmenau segundo a qual devia poder aceder à parte não confidencial dos autos do procedimento administrativo e receber as observações ou as respostas às questões da Comissão que foram apresentadas por uma das suas concorrentes no mercado.

Num dos fundamentos que desenvolveu no âmbito do recurso destinado à anulação da decisão da Comissão que declara incompatível com o mercado comum o auxílio que a República Italiana tencionava conceder a favor da Ferriere Nord, esta última acusa a Comissão de não lhe ter solicitado, nem à República Italiana, que fornecesse documentação relativa à finalidade ambiental do investimento, e de ter, depois, referido na sua decisão que nenhum documento lhe tinha sido fornecido a este propósito. A esse respeito, o Tribunal de Primeira Instância (acórdão *Ferriere Nord/Comissão*, já referido) declarou que o princípio da protecção da confiança legítima implica que a Comissão tome em consideração, na condução do procedimento de investigação de um auxílio de Estado, a confiança legítima que as indicações contidas na decisão de dar início a esse procedimento formal puderam gerar e, conseqüentemente, que não baseie a decisão final na ausência de elementos que as partes interessadas legitimamente consideraram, face a essas indicações, não ter o dever de lhe fornecer. No caso vertente, o fundamento foi afastado tendo em consideração o carácter suficientemente claro e preciso das indicações contidas na decisão de início do referido procedimento ³⁷.

E. Medidas de defesa comercial

Embora se deva mencionar o acórdão de 28 de Outubro de 2004, *Shanghai Teraoka Electronic/Conselho* (T-35/01, ainda não publicado na Colectânea), que nega provimento ao recurso destinado à anulação de um regulamento que cria direitos antidumping definitivos sobre as importações de certas balanças electrónicas ³⁸, designadamente porque constitui a única decisão proferida no domínio dos direitos antidumping, é para o acórdão de 14 de Dezembro de 2004, *Fédération des industries condimentaires de France (FICF) e o./Comissão* (T-317/02, ainda não publicado na Colectânea), que chamamos a atenção do leitor.

Ao pronunciar-se pela primeira vez sobre a legalidade de uma decisão da Comissão que rejeita uma denúncia nos termos do regulamento do Conselho relativo aos entraves

³⁷ V., igualmente neste sentido acórdão *Pollmeier Malchow/Comissão*, já referido, n.º 76.

³⁸ Regulamento (CE) n.º 2605/2000 do Conselho, de 27 de Novembro de 2000, que cria direitos antidumping definitivos sobre as importações de certas balanças electrónicas originárias da República Popular da China, da República da Coreia e de Taiwan (JO L 301, p. 42).

comerciais ³⁹, o Tribunal de Primeira Instância precisou as condições em que os obstáculos ao comércio justificam a intervenção da Comunidade.

No caso vertente, a denúncia, apresentada em Junho de 2001 pela FICF, que agrupa os principais produtores franceses de mostarda preparada, tinha por objecto os efeitos das medidas que os Estados Unidos da América foram autorizados a tomar pelo Órgão de Resolução de Litígios da Organização Mundial do Comércio (OMC) ⁴⁰ e que consistem, designadamente, em impor um direito aduaneiro adicional de 100% a determinado número de produtos provenientes dos Estados-Membros da Comunidade Europeia, entre os quais a «mostarda preparada».

Na sua denúncia, a FICF alegava a selectividade das medidas de retorsão americanas aplicadas apenas a determinados Estados-Membros e não à Comunidade Europeia no seu todo. A denúncia indicava igualmente que o entrave comercial criado pelos Estados Unidos provocava efeitos comerciais desfavoráveis nas exportações de mostarda preparada das empresas membros da FICF, e que era do interesse da Comunidade, ao abrigo das regras de comércio internacionais, dar início a um processo contra as medidas adoptadas pelos Estados Unidos.

Em conformidade com o regulamento relativo aos entraves comerciais, a Comissão deu início a um procedimento de exame que foi alargado, em seguida, a três outras organizações profissionais de produtores de *foi gras*, de *roquefort* e de *chalotas*. Esse procedimento foi encerrado em 2002, considerando a Comissão que não era necessária uma acção específica no interesse da Comunidade, na medida em que a supressão selectiva das concessões pelos Estados Unidos não acarretava efeitos comerciais desfavoráveis na acepção do referido regulamento.

O Tribunal de Primeira Instância, a quem a FICF e as outras organizações em causa recorreram pedindo a anulação da decisão da Comissão de não agir contra as medidas de retorsão americanas, confirmou essa decisão.

O Tribunal de Primeira Instância observou, antes de mais, que, nos termos do regulamento relativo aos entraves comerciais, só pode ser intentada uma acção da Comunidade, a título das regras de comércio internacionais, contra um entrave ao comércio criado por um país terceiro, se estiverem reunidas três condições cumulativas: a existência de um entrave ao comércio, efeitos comerciais desfavoráveis daí decorrentes e a necessidade de uma acção no interesse da Comunidade.

Em seguida, o Tribunal de Primeira Instância considera que a Comissão teve em conta de forma correcta, todos os elementos indissociáveis do conceito de entrave ao comércio.

³⁹ Regulamento (CE) n.º 3286/94 do Conselho, de 22 de Dezembro de 1994, que estabelece procedimentos comunitários no domínio da política comercial comum para assegurar o exercício pela Comunidade dos seus direitos ao abrigo das regras do comércio internacional, nomeadamente as estabelecidas sob os auspícios da Organização Mundial do Comércio (OMC) (JO L 349, p. 71).

⁴⁰ Entre 1981 e 1996, o Conselho da União europeia adoptou várias directivas contra a utilização de determinadas substâncias com efeito hormonal na alimentação animal, de modo a assegurar a protecção da saúde humana. Em Janeiro de 1998, o órgão de recurso da OMC, na sequência de uma denúncia apresentada pelos Estados Unidos, declarou essa regulamentação comunitária contrária às regras da OMC. Em Julho de 1999, devido à inexistência de conformidade da regulamentação comunitária, autorizou os Estados Unidos a adoptar medidas de retorsão, designadamente a que consiste em taxar determinados produtos provenientes da Comunidade Europeia com um direito adicional de 100%.

Relativamente aos efeitos comerciais desfavoráveis, o mesmo Tribunal indica que a progressão das exportações de mostarda preparada, entre o período de 1996-1998 e o ano de 2000, do Reino Unido para os Estados Unidos, tanto em valor como em volume, representou uma parte e uma proporção extremamente reduzidas em relação às exportações provenientes dos outros Estados-Membros da Comunidade. Portanto, mesmo supondo que os exportadores dos outros Estados-Membros, que não o Reino Unido, tenham eles próprios tirado partido dessa progressão, no caso de as medidas de retorsão americanas serem alargadas à mostarda preparada originária do Reino Unido – o que não foi demonstrado pelas recorrentes –, esses exportadores não poderiam beneficiar de maiores oportunidades de exportação.

Por último, o Tribunal de Primeira Instância recorda que a apreciação do interesse da Comunidade requer a ponderação dos interesses das diferentes partes em causa e do interesse geral comunitário. Embora o procedimento de exame não tenha excluído um interesse geral, a longo prazo da Comunidade, em agir no futuro, em contrapartida, a Comissão encerrou-o devido à inexistência de interesse comunitário específico em impugnar um entrave ao comércio que não gera efeitos comerciais desfavoráveis na aceção do regulamento relativo aos entraves comerciais. Ora, o Tribunal declara que um denunciante não pode incitar a Comissão a intentar uma acção de princípio em defesa do interesse geral, sem, pelo menos, ele próprio ter sofrido efeitos comerciais desfavoráveis na aceção do referido regulamento relativo aos entraves comerciais. Logo, contrariamente ao que defendiam os produtores franceses, a Comissão não confundiu o interesse da Comunidade com o da FICF. Além disso, embora a decisão recorrida só mencione a FICF e não os outros interessados, o Tribunal refere que a Comissão avaliou os seus interesses no âmbito do seu exame.

F. Marca comunitária

O registo das marcas comunitárias constitui, devido ao lugar que doravante ocupa na actividade do Tribunal de Primeira Instância, um contencioso de primeira ordem para este órgão jurisdicional: 110 processos entrados em 2004 (contra 100 em 2003) e 76 processos decididos (47 por acórdão e 29 por despacho), ou seja, mais 29 que no ano passado.

Nos termos do Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho, de 20 de Dezembro de 1993, sobre a marca comunitária ⁴¹, é, designadamente, recusado o registo de uma marca comunitária que seja desprovida de carácter distintivo [artigo 7.º, n.º 1, alínea b)], que seja descritiva [artigo 7.º, n.º 1, alínea c)] (motivos absolutos de recusa), ou ainda em caso de oposição baseada na existência de uma marca anterior protegida num Estado-Membro ou enquanto marca comunitária (artigo 8.º) (motivos relativos de recusa) ⁴².

⁴¹ JO 1994, L 11, p. 1.

⁴² 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. Em 2004, o Tribunal de Primeira Instância não se pronunciou sobre a legalidade de qualquer decisão da Divisão de Anulação do IHMI.

1. Motivos absolutos de recusa do registo

Nos catorze acórdãos que se pronunciam sobre a legalidade das decisões das Câmaras de Recurso relativas a motivos absolutos de recusa de registo, o Tribunal de Primeira Instância só proferiu uma anulação [acórdão de 24 de Novembro de 2004, *Henkel/IHMI (Forma de um frasco branco e transparente)*, T-393/02] negando provimento a todos os outros ⁴³.

Em primeiro lugar, as marcas a que o artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94 se refere são aquelas que são incapazes de exercer a função essencial da marca, isto é, identificar a origem comercial do produto ou do serviço. Noutros termos, o carácter distintivo de uma marca na acepção da referida disposição significa que essa marca é adequada para identificar o produto ou o serviço para o qual é pedido o registo como sendo proveniente de uma empresa determinada e, portanto, para distinguir esse produto ou esse serviço das outras empresas.

Foram confirmadas, inter alia, as decisões das Câmaras de Recurso recusando o registo como marcas comunitárias por falta de carácter distintivo: das representações de bolsas para bebidas que se mantêm na vertical para sumos de frutas; do sinal nominativo «LOOKS LIKE GRASS... FEELS LIKE GRASS... PLAYS LIKE GRASS » para relva sintética e serviços de instalação deste produto; uma garrafa transparente, cheia de um líquido amarelo, com um gargalo longo no qual está encaixada uma fatia de limão com casca verde para bebidas e determinados serviços; o sinal nominativo «Mehr für Ihr Geld» para artigos de droguaria e produtos alimentares de consumo corrente; a representação de uma forma de embalagem de papel enrolada nas pontas para bombons ou ainda, uma forma tridimensional que representa um rebuçado de cor castanha clara para confeitaria.

Em contrapartida, o Tribunal de Primeira Instância anulou a decisão da Câmara de Recurso que tinha considerado desprovido de carácter distintivo o sinal tridimensional constituído pela forma de um frasco branco e transparente para produtos de limpeza. Com efeito, no seu acórdão *Henkel/IHMI (Forma de um frasco branco e transparente)*, já referido, o Tribunal considerou que a marca tridimensional requerida era inabitual e apta a permitir distinguir os produtos em causa dos que tenham outra origem comercial.

Em segundo lugar, salientar-se-á que, tratando-se do contencioso relativo ao carácter descritivo das marcas pedidas, na acepção do artigo 7.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento

⁴³ Acórdãos de 28 de Janeiro de 2004, *Deutsche SiSi-Werke/IHMI (Bolsa que se mantém na vertical)*, T-146/02 a T-153/02 (pendente de recurso, processo C-173/04 P); de 31 de Março de 2004, *Fieldturf/IHMI (LOOKS LIKE GRASS... FEELS LIKE GRASS... PLAYS LIKE GRASS)*, T-216/02; de 21 de Abril de 2004, *Concept/IHMI (ECA)*, T-127/02; de 29 de Abril de 2004, *Eurocermex/IHMI (Forma de uma garrafa de cerveja)*, T-399/02 (pendente de recurso, processo C-286/04 P); de 30 de Junho de 2004, *Norma Lebensmittelfilialbetrieb/IHMI (Mehr für Ihr Geld)*, T-281/02; de 8 Julho de 2004, *Telepharmacy Solutions/IHMI – (TELEPHARMACY SOLUTIONS)*, T-289/02; de 8 de Julho de 2004, *MLP Finanzdienstleistungen/IHMI (bestpartner)*, T-270/02; de 20 de Julho de 2004, *Lissotschenko e Hentze/IHMI (LIMO)*, T-311/02; de 14 de Setembro de 2004, *Applied Molecular Evolution/IHMI (APPLIED MOLECULAR EVOLUTION)*, T-183/03; de 10 de Novembro de 2004, *Storck/IHMI (Forma de papelote)*, T-402/02; de 10 de Novembro de 2004, *Storck/IHMI (Forma de um bombom)*, T-396/02; de 23 de Novembro de 2004, *Frischpack/IHMI (Forma de uma caixa de queijo)*, T-360/03; de 30 de Novembro de 2004, *Geddes/IHMI (NURSERYROOM)*, T-173/03, ainda não publicados na Colectânea.

n.º 40/94, o Tribunal de Primeira Instância confirmou na íntegra as apreciações das Câmaras de Recurso que incidiram sobre essa questão. Assim, declarou legais as decisões que consideravam inaptas a cumprir a função de origem da marca: o sinal nominativo TELEPHARMACY SOLUTIONS para um equipamento de distribuição à distância de produtos farmacêuticos, o sinal nominativo LIMO para determinadas categorias de produtos laser, o sinal nominativo APPLIED MOLECULAR EVOLUTION para serviços relacionados com a engenharia molecular de compostos e o sinal nominativo NURSERYROOM para produtos relativos a crianças de tenra idade.

Além disso e pela primeira vez, o Tribunal de Primeira Instância aplicou o artigo 111.º do Regulamento de Processo para negar provimento, por despacho, ao recurso de anulação de uma decisão da Câmara de Recurso que declara o carácter descritivo do vocábulo QUICK-GRIP para anéis de aperto (material de bricolage) porque este recurso era manifestamente desprovido de fundamento jurídico [despacho de 27 de Maio de 2004, *Irwin Industrial Tool/IHMI (QUICK GRIP)*, T-61/03, ainda não publicado na Colectânea].

Em terceiro lugar, o artigo 7.º do Regulamento n.º 40/94 enuncia na alínea h) do seu n.º 1, um motivo absoluto de recusa de registo cuja boa aplicação pela Câmara de Recurso o Tribunal de Primeira Instância fiscalizou no acórdão *Concept/IHMI (ECA)*, já referido⁴⁴. No caso vertente, o Tribunal de Primeira Instância confirmou que devia ser recusado o registo de um sinal figurativo composto por um círculo de estrelas uniformes, da mesma dimensão e com cinco pontas, das quais uma está virada para cima, cercado, em fundo quadrangular, o elemento nominativo «ECA», tudo sem especificação de cores, cujo registo era pedido para, designadamente, suportes de dados gravados e organização e realização de seminários. Com efeito, declarou o Tribunal de Primeira Instância, tal sinal constitui uma imitação do emblema europeu, do ponto de vista heráldico, na acepção do artigo 6.º ter, n.º 1, alínea b), da Convenção de Paris. Além disso, considera que a Câmara de Recurso concluiu, correctamente, que o registo da marca pedida era susceptível de suscitar no espírito do público a impressão de que existe uma ligação entre a marca pedida, por um lado, e o Conselho da Europa, a União Europeia ou a Comunidade Europeia, por outro.

Em quarto lugar, embora o Regulamento n.º 40/94 preveja expressamente no seu artigo 7.º, n.º 3, que o artigo 7.º, n.º 1, alíneas b) a d), não se aplica se a marca adquiriu, para os produtos ou serviços para os quais o registo é pedido, «um carácter distintivo após a utilização que dela foi feita» os requerentes não cessam de invocar essa disposição no IHMI para que o registo da marca seja aceite. As condições em que tal carácter distintivo pode considerar-se demonstrado foram recordadas pelo Tribunal de Primeira Instância, tanto no que respeita a questões formais como às relativas às provas exigidas, nos acórdãos *Eurocermex/IHMI (Forma de uma garrafa de cerveja)*, *Storck/IHMI (Forma de um bombom)*, T-396/02, e *Storck/IHMI (Forma de papelote)*, T-402/02, já referidos. Neste último acórdão, o Tribunal salientou que a Câmara de Recurso não violou o artigo 74.º, n.º 1, primeiro período, do Regulamento n.º 40/94, ao não examinar oficiosamente todos os factos que podem permitir concluir que a marca adquiriu carácter distintivo pelo uso, na acepção do artigo 7.º, n.º 3, do referido regulamento. Embora, no que respeita a esta disposição, não

⁴⁴ Nos termos dessa disposição, será recusado o registo de «marcas que, na falta de autorização das entidades competentes, devam ser recusadas por força do artigo 6.º ter da Convenção de Paris».

exista nenhuma regra que estabeleça que o exame pelo IHMI (isto é, pelo examinador ou, eventualmente, pela Câmara de Recurso) se deve limitar aos factos invocados pelas partes, ao contrário do que dispõe o artigo 74.º, n.º 1, in fine, do mesmo regulamento acerca dos motivos relativos de recusa, o Tribunal declarou que, na falta de invocação pelo requerente da marca do carácter distintivo desta adquirida pela utilização, o IHMI se vê na impossibilidade material de ter em conta o facto de a marca pedida ter adquirido esse carácter. Por conseguinte, terá de se concluir que, por força do princípio «ninguém é obrigado a fazer o impossível», o IHMI só é obrigado a examinar factos susceptíveis de conferir à marca pedida um carácter distintivo adquirido pela utilização, na acepção do artigo 7.º, n.º 3, se o requerente os tiver invocado.

2. Motivos relativos de recusa de registo

Fora os casos em que os processos foram decididos por despacho, designadamente por extinção da instância devido à desistência da oposição da marca [despacho de 9 de Fevereiro de 2004, *Synopharm/IHMI – Pentafarma (DERMAZYN)*, T-120/03, ainda não publicado na Colectânea], o Tribunal de Primeira Instância pronunciou-se 19 vezes por acórdão. Catorze dos acórdãos proferidos confirmam as decisões da Câmara de Recurso⁴⁵, anulando os restantes as decisões recorridas, seja por razões de forma ou processuais⁴⁶, seja porque a Câmara de Recurso violou o artigo 8.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94⁴⁷.

Nos termos dessa última disposição, após oposição do titular de uma marca anterior, a marca é recusada quando, devido à sua identidade ou semelhança com a marca anterior

⁴⁵ Acórdãos de 18 de Fevereiro de 2004, *Koubi/IHMI – Flabesa (CONFORFLEX)*, T-10/03; de 3 de Março de 2004, *Mülhens/IHMI – Zirh International (ZIRH)*, T-355/02 (pendente de recurso, processo C-206/04 P); de 31 de Março de 2004, *Interquell/IHMI – SCA Nutrition (HAPPY DOG)*, T-20/02; de 17 de Março de 2004, *El Corte Inglés/IHMI – González Cabello e Iberia Líneas Aéreas de España (MUNDICOR)*, T-183/02 e T-184/02; de 28 de Abril de 2004, *Sunrider/IHMI – Vitakraft-Werke Wührmann e Friesland Brands (VITATASTE e METABALANCE 44)*, T-124/02 e T-156/02; de 22 de Junho de 2004, *«Drie Mollen sinds 1818»/IHMI – Nabeiro Silveira (Galáxia)*, T-66/03; de 22 de Junho de 2004, *Ruiz-Picasso e o./IHMI – DaimlerChrysler (PICARO)*, T-185/02 (pendente de recurso, processo C-361/04 P); de 30 de Junho de 2004, *BMI Bertollo/IHMI – Diesel (DIESELIT)*, T-186/02; de 6 de Julho de 2004, *Grupo El Prado Cervera/IHMI – Héritiers Debuschewitz (CHUFAPIT)*, T-117/02; de 8 de Julho de 2004, *Sunrider/IHMI – Espadafor Caba (VITAFRUIT)*, T-203/02 (pendente de recurso, processo C-416/04 P); de 13 de Julho de 2004, *AVEX/IHMI – Ahlers (Image «a»)*, T-115/02; de 13 de Julho de 2004, *Samar/IHMI – Grotto (GAS STATION)*, T-115/03; de 16 de Setembro de 2004, *Metro-Goldwyn-Mayer Lion/IHMI – Moser Grupo Media (Moser Grupo Media)*, T-342/02; de 6 de Outubro de 2004, *New Look/IHMI – Naulover (NLSPORT, NLJEANS, NLACTIVE e NLCollection)*, T-117/03 a T-119/03 e T-171/03, ainda não publicados na Colectânea.

⁴⁶ Acórdãos de 30 de Junho de 2004, *GE Betz/IHMI – Atofina Chemicals (BIOMATE)*, T-107/02; de 8 de Julho de 2004, *MFE Marienfelde/IHMI – Vétoquinol (HIPOVITON)*, T-334/01; de 6 de Outubro de 2004, *Vitakraft-Werke Wührmann/IHMI – Krafft (VITAKRAFT)*, T-356/02 (pendente de recurso, processo C-512/04 P), e de 10 de Novembro de 2004, *Kaul/IHMI – Bayer (ARCOL)*, T-164/02, ainda não publicados na Colectânea.

⁴⁷ Acórdão de 30 de Junho de 2004, *M+M/IHMI – Mediametrie (M+M EUROdATA)*, T-317/01, ainda não publicado na Colectânea.

e devido à identidade ou semelhança dos produtos ou serviços designados pelas duas marcas, exista risco de confusão no espírito do público do território onde a marca anterior está protegida.

Tendo em conta o facto de que o risco de confusão deve ser apreciado globalmente em função da percepção do público relevante e atentos todos os factores relevantes de cada caso, nomeadamente a interdependência entre a semelhança das marcas e dos produtos ou serviços designados, o Tribunal de Primeira Instância confirmou, por exemplo, a existência de tal risco entre o sinal nominativo CONFORFLEX para móveis de cama e as marcas figurativas Flex, anteriormente registadas em Espanha, para categorias de produtos que incluem os móveis de cama ou, inversamente, a inexistência de tal risco entre o sinal nominativo PICARO para automóveis e a marca comunitária anterior PICASSO para estes mesmos produtos ou entre o sinal nominativo CHUFAFIT para frutos de casca rija tratados e nozes frescas e as marcas nominativas anteriores – CHUFI – para produtos que incluem os referidos no pedido de registo.

Além disso, vários acórdãos contribuem para clarificar as modalidades de exame da oposição, tal como reguladas pelo artigo 43.º, n.ºs 2 e 3, do Regulamento n.º 40/94. Mais especificamente, esta disposição prevê no seu n.º 2 que, a pedido do requerente, o titular de uma marca comunitária anterior que tenha deduzido oposição deve provar que, nos cinco anos anteriores à publicação do pedido de marca comunitária, a marca comunitária anterior foi objecto de uma utilização séria na Comunidade para os produtos ou serviços para que foi registada e em que se baseia a oposição, ou que existem motivos justificados para a sua falta de utilização, desde que, nessa data, a marca anterior esteja registada há, pelo menos, cinco anos. Nos termos do n.º 3 deste mesmo artigo, o n.º 2 é aplicável às marcas nacionais anteriores, entendendo-se que a utilização na Comunidade é substituída pela utilização no Estado-Membro em que a marca nacional anterior se encontra protegida.

Com efeito, resulta da jurisprudência que a prova da utilização séria só pode ser exigida se um prazo de pelo menos cinco anos separa a data do registo da marca anterior da data de publicação do pedido de registo comunitário [acórdão *BMI Bertollo/IHMI – Diesel (DIESELIT)*, já referido] e que a prova de utilização séria só deve ser produzida quando o requerente tenha feito o pedido «expressa e atempadamente» no IHMI [acórdão *El Corte Inglés/IHMI – González Cabello e Iberia Líneas Aéreas de España (MUNDICOR)*, já referido]. Em várias decisões [acórdãos *MFE Marienfelde/IHMI – Vétoquinol (HIPOVITON)*, *Sunrider/IHMI – Espadafor Caba (VITAFRUIT)*, e *Vitakraft-Werke Wührmann/IHMI – Krafft (VITAKRAFT)*], o Tribunal de Primeira Instância precisou igualmente o conceito de utilização séria bem como a extensão da prova que deve ser produzida pelo oponente, e fiscalizou a apreciação do carácter sério da utilização feita pela Câmara de Recurso. Quanto a este último aspecto, há que referir que no seu acórdão *Vitakraft-Werke Wührmann/IHMI – Krafft (VITAKRAFT)*, o Tribunal considerou que a Câmara de Recurso tinha erradamente concluído que a prova da utilização séria tinha sido produzida na medida em que baseou o seu raciocínio em simples presunções; em consequência, o Tribunal anulou a decisão controvertida.

3. Questões de forma e questões processuais

Embora as questões de forma e as questões processuais tratadas pelo Tribunal de Primeira Instância tenham sido relativamente numerosas, o carácter limitado da presente contribuição impõe tomar apenas em consideração algumas delas. Por conseguinte, foram escolhidos quatro temas.

O primeiro tema diz respeito ao carácter admissível ou não de determinados pedidos. Antes de mais, colocou-se a questão de saber se o IHMI podia pedir outra coisa que não a negação de provimento ao recurso de anulação, precisando-se que o IHMI é designado recorrido no Tribunal de Primeira Instância nos termos do Regulamento de Processo ⁴⁸. Segundo o acórdão *GE Betz/IHMI – Atofina Chemicals (BIOMATE)*, já referido, a resposta é afirmativa. Com efeito, o Tribunal aceitou que o IHMI adira ao pedido da recorrente destinado à anulação da decisão da Câmara de Recurso, ou se limite a remeter para o critério do Tribunal. Recordando o princípio da continuidade funcional entre a Câmara de Recurso, o examinador e/ou a divisão competente, por um lado, e a independência funcional das Câmaras de Recurso e dos respectivos membros no exercício das suas funções, o Tribunal considera que há que reconhecer que, embora o Instituto não disponha da legitimidade activa necessária para interpor recurso de uma decisão de uma Câmara de Recurso, não pode, pelo contrário, ser obrigado a defender sistematicamente toda e qualquer decisão impugnada de uma Câmara de Recurso ou a pedir obrigatoriamente que seja negado provimento a qualquer recurso interposto de uma decisão desse tipo ⁴⁹.

Em seguida, colocou-se também a questão da admissibilidade dos pedidos destinados à anulação, para além da decisão impugnada, da decisão da Divisão de Oposição. A este respeito, resulta do acórdão *MFE Marienfelde/IHMI – Vétoquinol (HIPOVITON)*, já referido, que tal pedido é admissível, uma vez que visa que o Tribunal tome a decisão que, segundo a recorrente, a Câmara de Recurso deveria legalmente ter tomado quando lhe foi apresentado o recurso interposto no IHMI. Ora, na medida em que a Câmara de Recurso pode anular a decisão tomada pela unidade do IHMI, tal anulação figura também entre as medidas que podem ser tomadas pelo Tribunal de Primeira Instância nos termos do seu poder de reforma, consagrado no artigo 63.º, n.º 3, do Regulamento n.º 40/94.

O segundo tema baseia-se no facto de o artigo 73.º do Regulamento n.º 40/94, que prevê que as decisões do IHMI só se podem basear em motivos a respeito dos quais as partes tenham podido pronunciar-se, não se considerar violado quando a informação não comunicada apenas serviu para confirmar a justeza da conclusão de um raciocínio autónomo relativamente a essa informação [acórdão *Fieldturf/IHMI (LOOKS LIKE GRASS... FEELS LIKE GRASS... PLAYS LIKE GRASS)*, já referido].

O terceiro tema está relacionado com a aplicação do artigo 74.º do Regulamento n.º 40/94 pela Câmara de Recurso no âmbito de um processo respeitante a motivos

⁴⁸ Artigo 133.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância.

⁴⁹ Relativamente a esta problemática, v., também o acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Outubro de 2004, *Vedial/IHMI*, C-106/03 P, ainda não publicado na Colectânea.

relativos de recusa do registo. O alcance desta disposição – que prevê que, em tal processo «o exame limitar-se-á às alegações de facto e aos pedidos apresentados pelas partes» – foi precisado no acórdão *Ruiz-Picasso e o./IHMI – DaimlerChrysler (PICARO)*, já referido ⁵⁰.

Neste acórdão o Tribunal de Primeira Instância recordou, como já tinha decidido no seu acórdão de 23 de Setembro de 2003, *Henkel/IHMI – LHS (UK) (KLEENCARE)* (T-308/01, Colect., p. II-3253), que, nos termos do referido artigo 74.º, a Câmara de Recurso, ao pronunciar-se sobre um recurso de uma decisão que põe termo a um processo de oposição, apenas pode fundamentar a sua decisão nos motivos relativos de recusa que a parte em causa invocou, bem como nos factos e provas que lhe dizem respeito apresentados por essa parte. No entanto, precisa, pela primeira vez que a limitação da base factual da apreciação feita pela Câmara de Recurso não exclui que esta tenha em consideração, para além dos factos apresentados expressamente pelas partes no processo de oposição, os factos notórios, quer dizer, os factos que podem ser conhecidos por qualquer pessoa ou que podem ser conhecidos através de fontes geralmente acessíveis. Explica, quanto a este ponto, que a ratio legis do artigo 74.º, n.º 1, *in fine*, é a de dispensar a administração da incumbência de proceder à instrução dos factos no âmbito de processos inter partes e que este objectivo não é comprometido quando o IHMI tem em conta factos notórios.

Por último, como quarto tema, indicar-se-á que o Tribunal de Primeira Instância, no acórdão *GE Betz/IHMI – Atofina Chemicals (BIOMATE)*, já referido, forneceu precisões importantes quanto aos requisitos linguísticos do processo de oposição.

4. Continuidade funcional entre as instâncias do IHMI

A jurisprudência consagrada nos processos *ex parte* ⁵¹, segundo a qual existe uma continuidade funcional entre o examinador e a Câmara de Recurso, está também vocacionada a aplicar-se à relação existente entre a Divisão de Oposição do IHMI que se pronuncia em primeira instância e as Câmaras de Recurso. Baseando-se expressamente na solução adoptada no acórdão de 23 de Setembro de 2003, *Henkel/IHMI – LHS (UK) (KLEENCARE)*, já referido (comentado no Relatório Anual de 2003), o Tribunal de Primeira Instância, com efeito, decidiu no acórdão de 10 de Novembro de 2004, *Kaul/IHMI – Bayer (ARCOL)* que a Câmara de Recurso tinha cometido um erro ao recusar tomar em consideração os elementos destinados a demonstrar o grau elevado de distinção da marca anterior por esses elementos não terem sido apresentados na Divisão de Oposição. Tendo em conta o princípio da continuidade funcional entre as instâncias do IHMI, a Câmara de Recurso tinha de basear a sua decisão em todos os

⁵⁰ Quanto à inadmissibilidade no Tribunal de Primeira Instância de um documento que não foi apresentado no decurso de um processo no IHMI respeitante a motivos relativos de recusa do registo e que o IHMI não tinha, portanto, que tomar em consideração oficiosamente, v. acórdão *Samar/IHMI – Grotto (GAS STATION)*, já referido.

⁵¹ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Julho de 1999, *Procter & Gamble/IHMI (BABY-DRY)*, T-163/98, Colect., p. II-2383, não contrariado quanto a este ponto pelo acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Setembro de 2001, *Procter & Gamble/IHMI (BABY-DRY)*, C-383/99 P, Colect., p. I-6251, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Dezembro de 2002, *Procter & Gamble/IHMI (Forma de um sabão)*, T-63/01, Colect., p. II-5255.

elementos de facto e de direito que a parte em questão tinha apresentado, quer no processo na unidade que decidiu em primeira instância quer, sob reserva do respeito dos prazos fixados ⁵², no processo de recurso. No caso vertente, portanto, os elementos de facto apresentados em tempo útil na Câmara de Recurso deveriam ser tomados em consideração por esta última. A omissão assim verificada é punida com a anulação da decisão da Câmara de Recurso ⁵³.

G. Acesso aos documentos

O Regulamento n.º 1049/2001 ⁵⁴, adoptado em aplicação do artigo 255.º CE, estabelece os princípios, condições e limites que regem o exercício do direito de acesso do público aos documentos do Parlamento, do Conselho e da Comissão, a fim de assegurar uma melhor participação dos cidadãos no processo decisório, de garantir uma maior legitimidade, eficácia e responsabilidade da administração relativamente aos cidadãos num sistema democrático e de contribuir para o reforço dos princípios da democracia e do respeito pelos direitos fundamentais.

As recusas de acesso opostas pela Comissão e pelo Conselho, que estão na origem dos acórdãos de 30 de Novembro de 2004, *IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds/Comissão* (T-168/02, ainda não publicado na Colectânea) e de 23 de Novembro de 2004, *Turco/Conselho* (T-84/03, ainda não publicado na Colectânea), permitiram que o Tribunal de Primeira Instância precisasse o alcance de determinadas disposições desse regulamento.

Esse regulamento prevê, por um lado, que a instituição à qual um documento proveniente de terceiros é pedido consultará esses terceiros tendo em vista avaliar se qualquer das excepções previstas por esse regulamento é aplicável, a menos que seja claro se o documento deve ou não ser divulgado (artigo 4.º, n.º 4) e, por outro, que qualquer Estado-Membro pode solicitar à instituição que não divulgue um documento emanado desse Estado-Membro sem o seu prévio acordo (artigo 4.º, n.º 5).

Tendo-se a República Federal da Alemanha oposto a que determinados documentos provenientes das autoridades alemãs sejam comunicados ao requerente, a Comissão recusou-se a comunicá-los. O Tribunal de Primeira Instância, no processo de anulação da decisão de recusa, confirmou essa decisão no seu acórdão *IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds/Comissão*, já referido. Salientando que os Estados-Membros são colocados numa situação diferente da dos outros terceiros, o Tribunal refere que o Estado-Membro pode solicitar à instituição que não divulgue um documento dele

⁵² Ou seja, sob reserva do respeito do artigo 74.º, n.º 2, do Regulamento n.º 40/94 que dispõe: «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».

⁵³ Sem por isso tomar, de forma tão clara, posição sobre a questão, a continuidade funcional entre as instâncias do IHMI foi evocada no âmbito de outros processos inter partes, ou seja, nos acórdãos de 30 de Junho de 2004, *GE Betz/IHMI – Atofina Chemicals (BIOMATE)*, e de 8 de Julho de 2004, *MFE Marienfelde/IHMI – Vétoquinol (HIPOVITON)*, já referidos.

⁵⁴ 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 (JO L 145, p. 43).

emanado, sendo a instituição obrigada a não o divulgar sem o seu «prévio acordo». Esta obrigação, imposta à instituição, de obter o acordo prévio do Estado-Membro, claramente consagrada no artigo 4.º, n.º 5, do regulamento, correria o risco de se tornar letra morta se a Comissão pudesse decidir divulgar esses documentos apesar de existir um pedido expresso em contrário do Estado-Membro em causa. Assim, considera o Tribunal, contrariamente ao que foi avançado pela recorrente, apoiada por três Estados-Membros, em presença de um pedido do Estado-Membro ao abrigo dessa disposição, a instituição em causa é obrigada a não divulgar o documento em questão.

Quanto ao acórdão *Turco/Conselho*, este teve na sua origem a recusa do Conselho em comunicar ao requerente um parecer do seu Serviço Jurídico relativo a uma proposta de directiva do Conselho que estabelece as normas mínimas em matéria de acolhimento dos requerentes de asilo nos Estados-Membros. A esse respeito, o Conselho tinha invocado o artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1049/2001 que prevê que as instituições recusem o acesso aos documentos cuja divulgação pudesse prejudicar a protecção, designadamente, de processos judiciais e consultas jurídicas, excepto quando um interesse público superior imponha a divulgação.

O Tribunal de Primeira Instância concede ganho de causa ao Conselho que, neste processo, era apoiado pelo Reino Unido e pela Comissão. Declara, contrariamente ao que o requerente alegava, que a expressão «consultas jurídicas [pareceres jurídicos]» deve ser entendida no sentido de que a protecção do interesse público se pode opor à divulgação do conteúdo dos documentos elaborados pelo Serviço Jurídico do Conselho no âmbito de processos judiciais, mas também para quaisquer outros fins. Precisa, baseando-se no acórdão de 7 de Dezembro de 1999, *Interporc/Comissão* (T-92/98, Colect., p. II-3521; v., Relatório Anual de 1999), que os pareceres jurídicos elaborados no contexto de processos judiciais já estão incluídos na excepção relativa à protecção desses processos.

Devendo as excepções ao direito de acesso aos documentos das instituições prevista no Regulamento n.º 1049/2001 ser interpretadas e aplicadas em termos estritos, o Tribunal de Primeira Instância considera que a circunstância de o documento em causa ser um parecer jurídico não pode por si só justificar a aplicação da excepção invocada. No entanto, não tendo o Conselho cometido qualquer erro de apreciação ao considerar que a divulgação do parecer jurídico poderia suscitar dúvidas sobre a legalidade do acto legislativo sobre o qual incide e, portanto, que, por um lado, existia um interesse na protecção desse parecer e, por outro, o requerente não tinha invocado nenhum interesse público superior susceptível de justificar a divulgação de tal documento, o Tribunal concluiu negando, na totalidade, provimento ao recurso.

H. Função pública comunitária

A centena de decisões pronunciando-se sobre litígios que opõem os funcionários e agentes das instituições da Comunidade a essas mesmas instituições aborda uma grande diversidade de situações jurídicas, que o carácter necessariamente sintético da presente contribuição só parcialmente permite considerar. Por conseguinte, limitar-nos-emos a indicar os recursos que visam contestar a legalidade:

- de decisões de não promoção (acórdão de 21 de Janeiro de 2004, *Mavridis/Comissão*, T-97/02; de 2 de Março de 2004, *Caravelis/Parlamento*, T-197/02; de 17 de Março de

- 2004, *Lebedef/Comissão*, T-175/02, e *Lebedef/Comissão*, T-4/03; de 10 de Junho de 2004, *Liakoura/Conselho*, T-330/03, e de 28 de Setembro de 2004, *Tenreiro/Comissão*, T-216/03, ainda não publicados na Colectânea);
- de decisões tomadas no âmbito de processos de nomeação (acórdãos de 21 de Janeiro de 2004, *Robinson/Parlamento*, T-328/01; de 2 de Março de 2004, *Michael/Comissão*, T-234/02; de 23 de Março de 2004, *Theodorakis/Conselho*, T-310/02, e de 31 de Março de 2004, *Girardot/Comissão*, T-10/02, ainda não publicados na Colectânea). A este respeito, há ainda que indicar que o acórdão de 9 de Novembro de 2004, *Montalto/Conselho* (T-116/03, ainda não publicado na Colectânea) anula a decisão do Conselho, de 23 de Maio de 2002, que nomeia um presidente suplementar de uma Câmara de Recurso, igualmente presidente do Departamento de Recursos do IHMI;
 - de decisões de já não contratar intérpretes de conferência com mais de 65 anos de idade [acórdãos de 10 de Junho de 2004, *Alvarez Moreno/Comissão*, T-153/01 e T-323/01; pendente de recurso (processo C-373/04 P), *Alvarez Moreno/Parlamento*, T-275/01, e *Garroni/Parlamento*, T-276/01, ainda não publicados na Colectânea];
 - de decisões tomadas por júris de concursos que recusam admitir candidatos às provas (acórdãos de 20 de Janeiro de 2004, *Briganti/Comissão*, T-195/02; de 19 de Fevereiro de 2004, *Konstantopoulou/Tribunal de Justiça*, T-19/03; de 25 de Março de 2004, *Petrich/Comissão*, T-145/02; de 21 de Outubro de 2004, *Schumann/Comissão*, T-49/03; de 26 de Outubro de 2004, *Falcone/Comissão*, T-207/02, e de 28 de Outubro de 2004, *Lutz Herrera/Comissão*, T-219/02 e T-337/02, ainda não publicados na Colectânea), que atribuem notas eliminatórias (acórdão de 9 de Novembro de 2004, *Vega Rodríguez/Comissão*, T-285/02 e T-395/02, ainda não publicados na Colectânea) ou que recusam inscrever o recorrente numa lista de reserva (acórdãos de 28 de Abril de 2004, *Pascall/Conselho*, T-277/02, e de 10 de Novembro de 2004, *Vonier/Comissão*, T-165/03, ainda não publicados na Colectânea);
 - de decisões tomadas no âmbito de processos disciplinares (acórdão de 16 de Dezembro de 2004, *De Nicola/BEI*, T-120/01 e T-300/01, ainda não publicado na Colectânea) ou aplicando sanções disciplinares (acórdãos de 16 de Março de 2004, *Afari/Banco Central Europeu*, T-11/03; de 1 de Abril de 2004, *N/Comissão*, T-198/02, e de 10 de Junho de 2004, *Eveillard/Comissão*, T-258/01, e *François/Comissão*, T-307/01, ainda não publicados na Colectânea);

Outros acórdãos pronunciam-se sobre pedidos destinados a obter reparação de prejuízos sofridos devido à elaboração tardia do relatório de notação (acórdãos de 6 de Julho de 2004, *Huygens/Comissão*, T-281/01, e de 30 de Setembro de 2004, *Ferrer de Moncada/Comissão*, T-16/03, ainda não publicados na Colectânea) ou devido a doença profissional do funcionário (acórdãos de 3 de Março de 2004, *Vainker e Vainker/Parlamento*, T-48/01, e de 14 de Outubro de 2004, *I/Tribunal de Justiça*, T-256/02, e *Sandini/Tribunal de Justiça*, T-389/02, ainda não publicados na Colectânea). De salientar também os acórdãos de 5 de Outubro de 2004, *Sanders e o./Comissão* (T-45/01) e *Eagle/Comissão* (T-144/02) (ainda não publicados na Colectânea), que condenam a instituição recorrida a reparar o prejuízo sofrido pelos recorrentes pelo facto de não terem sido recrutados como agentes temporários das Comunidades para o exercício da sua actividade na empresa comum Joint European Torus (JET).

II. *Contencioso indemnizatório* ⁵⁵

Para accionar a responsabilidade extracontratual da Comunidade por facto ilícito é necessário que se encontrem preenchidas três condições, a saber, ilegalidade do comportamento censurado às instituições comunitárias, realidade do dano invocado e nexos de causalidade entre esse comportamento e esse dano.

Essas três condições necessárias para accionar a responsabilidade foram consideradas reunidas no processo que originou o acórdão interlocutório de 23 de Novembro de 2004, *Cantina sociale di Dolianova e o./Comissão* (T-166/98, ainda não publicado na Colectânea). Faltando uma ou mais condições nos outros pedidos de indemnização, o Tribunal de Primeira Instância negou provimento a todas as outras acções intentadas nos termos do artigo 288.º CE.

Tratando-se da condição relativa à ilegalidade do comportamento censurado às instituições comunitárias, foi recordado nos acórdãos de 10 de Fevereiro de 2004, *Afrikanische Frucht-Compagnie e Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert & Co./Comissão* (T-64/01 e T-65/01, ainda não publicados na Colectânea) e de 23 de Novembro de 2004, *Cantina sociale di Dolianova e o./Comissão*, já referido, que a jurisprudência exige a prova de uma violação suficientemente caracterizada de uma regra de direito que tenha por objecto conferir direitos aos particulares (acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Julho de 2000, *Bergaderm e Goupil/Comissão*, C-352/98 P, Colect., p. I-5291, n.º 42). Quanto à exigência de que a violação seja suficientemente caracterizada, o critério decisivo para considerar que esta condição está preenchida é o da violação manifesta e grave, pela instituição comunitária em causa, dos limites que se impõem ao seu poder de apreciação. Quando esta instituição apenas dispõe de uma margem de apreciação consideravelmente reduzida, ou mesmo inexistente, a simples infracção ao direito comunitário pode bastar para provar a existência de uma violação suficientemente caracterizada.

O conceito de «regra de direito que tenha por objecto conferir direitos aos particulares» foi apreciada por diversas vezes pelo Tribunal de Primeira Instância. Assim, foi decidido que as regras respeitantes à distribuição de competências entre as diferentes instituições da Comunidade não têm por objecto conferir direitos aos particulares, de modo que uma eventual delegação ilegal de competências do Conselho à Comissão não seria susceptível de fazer incorrer em responsabilidade extracontratual a Comunidade (acórdão *Afrikanische Frucht-Compagnie e Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert & Co./Comissão*, já referido). O Tribunal também considerou, por referência à jurisprudência do Tribunal de Justiça, que a violação do dever de fundamentação não é susceptível de fazer accionar a responsabilidade da Comunidade (acórdão *Afrikanische Frucht-Compagnie e Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert & Co./Comissão*, já referido, e acórdão de 25 de Maio de 2004, *Distilleria F. Palma/Comissão*, T-154/01, ainda não publicado na Colectânea).

Em contrapartida, no seu acórdão *Cantina sociale di Dolianova e o./Comissão*, já referido, o Tribunal de Primeira Instância considerou que o princípio que proíbe o enriquecimento sem causa e o princípio da não discriminação têm por objecto conferir

⁵⁵ Fora o contencioso da função pública comunitária.

direitos aos particulares. A violação destes princípios pela Comissão foi qualificada de suficientemente caracterizada, conclusão a que o Tribunal não chegou relativamente a nenhum dos outros pedidos de indemnização sobre os quais se pronunciou em 2004.

Além disso, o Tribunal de Primeira Instância recordou no acórdão *Afrikanische Frucht-Compagnie e Internationale Fruchtimport Gesellschaft Weichert & Co./Comissão*, já referido, as condições susceptíveis de fazer accionar a responsabilidade extracontratual da Comunidade por acto ilícito no caso de tal regime dever ser reconhecido em direito comunitário (v., igualmente sobre esta questão, os Relatórios Anuais de 2001, 2002 e 2003). Por referência às suas decisões anteriores, o Tribunal considerou, assim, que a responsabilidade extracontratual pressuporia estarem preenchidas três condições, a saber, a realidade do prejuízo alegadamente sofrido, o nexo de causalidade entre este e o acto imputado às instituições das Comunidades, bem como o carácter anormal e especial desse prejuízo, precisando-se que o prejuízo é «especial» quando afecta uma categoria específica de operadores económicos de modo desproporcionado em relação aos restantes operadores e «anormal» quando ultrapassa os limites dos riscos económicos inerentes às actividades do sector em causa, sem que o acto que está na origem do prejuízo invocado seja justificado por um interesse económico geral. No caso vertente, o Tribunal considerou que o prejuízo «qualificado» não estava manifestamente provado.

Por último, importante e interessante é o despacho de 7 de Junho de 2004, *Segi e o./Conselho* [T-338/02, ainda não publicado na Colectânea; pendente de recurso (processo C-355/04 P)]⁵⁶. Com efeito, na sua acção, as demandantes pretendiam obter a reparação do prejuízo sofrido devido à sua inscrição na lista anexada à Posição comum 2001/931/PESC do Conselho, adoptada em 27 de Dezembro de 2001, relativa à aplicação de medidas específicas de combate ao terrorismo⁵⁷, actualizada pelas Posições comuns 2002/340 e 2002/462⁵⁸. A Posição comum 2001/931/PESC foi adoptada com base no artigo 15.º do Tratado da União Europeia, pertencente ao título V deste Tratado intitulado «Disposições relativas à política externa e de segurança comum» (PESC) e no artigo 34.º do Tratado da União Europeia, pertencente ao título VI desse mesmo Tratado, intitulado «Disposições relativas à cooperação policial e judiciária em matéria penal» (comummente designado justiça e assuntos internos) (JAI).

Verificando que a disposição⁵⁹ da posição comum que afecta as demandantes não implica nenhuma medida incluída na PESC e que, logo, o artigo 34.º do Tratado da União Europeia é a única base jurídica pertinente no que respeita aos actos que se afirma estarem na origem do prejuízo alegado, o Tribunal de Primeira Instância declarou-se manifestamente incompetente para conhecer da presente acção de indemnização,

⁵⁶ V., igualmente o despacho do mesmo dia, *Gestoras Pro-Amnistia e o./Conselho* [T-333/02, não publicado na Colectânea; pendente de recurso (processo C-354/04 P)].

⁵⁷ JO L 344, p.93.

⁵⁸ Posições comuns 2002/340/PESC e 2002/462/PESC adoptadas pelo Conselho, nos termos dos artigos 15.º e 34.º do Tratado sobre a União Europeia, respectivamente em 2 de Maio e 17 de Junho de 2002 (JO L 116, p. 75, e JO L 160, p. 32).

⁵⁹ Trata-se do artigo 4.º, segundo o qual os Estados-Membros prestam-se reciprocamente à maior assistência possível na prevenção e combate aos actos terroristas através da cooperação policial e judiciária em matéria penal, no âmbito do título VI do Tratado da União Europeia.

uma vez que as únicas vias processuais previstas no quadro do título VI do Tratado da União Europeia correspondem ao reenvio prejudicial, ao recurso de anulação e à resolução de litígios entre Estados-Membros, e que, por conseguinte, não é prevista nenhuma via processual indemnizatória no quadro do título VI. O Tribunal salienta que o facto de as demandantes «não disporem provavelmente de qualquer recurso jurisdicional efectivo», não poderá fundar, por si mesmo, um título de competência comunitária própria num sistema jurídico baseado no sistema de competências de atribuição.

Quanto ao pedido de indemnização das demandantes, na medida em que se destinava à declaração de uma usurpação do Conselho, agindo no domínio da JAI, das competências da Comunidade, o Tribunal de Primeira Instância declarou-se competente mas decidiu que o pedido era manifestamente desprovido de todo o fundamento jurídico, na medida em que a base jurídica pertinente para a adopção da disposição que estava na origem do seu prejuízo era, efectivamente, o artigo 34.º do Tratado da União Europeia.

III. Pedidos de medidas provisórias

O número dos pedidos de medidas provisórias apresentados em 2004 é relativamente menor face ao do ano precedente, uma vez que foram registados 26 pedidos em 2004 e 39 em 2003. É preciso referir que, contrariamente ao que foi observado em 2002, a diminuição do número de pedidos de medidas provisórias não foi compensado por um número elevado de pedidos de tratamento acelerado dos recursos nos processos principais, pois, como foi indicado anteriormente, apenas foram apresentados treze pedidos nesse sentido.

O presidente do Tribunal de Primeira Instância, na sua qualidade de juiz das medidas provisórias, decidiu 34 processos desse tipo. Fora os casos de medidas provisórias decretadas com uma duração temporal limitada (despachos de 21 de Janeiro de 2004, *FNCBV/Comissão*, T-217/03 R, *FNSEA e o./Comissão*, T-245/03 R, e de 12 de Maio de 2004, *Technische Glaswerke Ilmenau/Comissão*, T-198/01 R IIII, ainda não publicados na Colectânea) e os casos de suspensão de execução antes da decisão, os pedidos que o Tribunal decidiu em 2004 foram indeferidos, designadamente o apresentado pela Região Autónoma dos Açores destinado à suspensão do novo regime de pesca aplicável às águas que circundam esse arquipélago (despacho de 8 de Julho de 2004, *Região Autónoma dos Açores/Conselho*, T-37/04 R, ainda não publicado na Colectânea) e o apresentado pela Microsoft.

Com efeito, no que respeita a este último processo, o presidente do Tribunal de Primeira Instância, por despacho de 22 de Dezembro de 2004, *Microsoft/Comissão* (T-201/04 R, ainda não publicado na Colectânea), considerou que os elementos de prova apresentados pela Microsoft não bastavam para demonstrar que a execução imediata das medidas correctivas impostas pela Comissão se arriscavam a causar-lhe um prejuízo grave e irreparável.

Este processo tem a sua origem na Decisão da Comissão, de 24 de Março de 2004 ⁶⁰, que declarava que a Microsoft tinha violado o artigo 82.º CE ao cometer um abuso de posição dominante devido a dois comportamentos distintos. A Comissão também lhe aplicou uma coima de mais de 497 milhões de euros.

O primeiro comportamento a que foi aplicado uma sanção baseia-se na recusa da Microsoft de fornecer aos seus concorrentes determinadas «informações relativas à interoperabilidade», e no facto de permitir a sua utilização para o desenvolvimento e distribuição de produtos concorrentes dos seus no mercado dos sistemas operativos de servidores de grupo de trabalho, no período decorrido entre o mês de Outubro de 1998 e a data de adopção da decisão. Como medida correctiva, a Comissão obrigou a Microsoft a divulgar a toda a empresa que tivesse interesse em desenvolver e distribuir sistemas operativos de servidores de grupo de trabalho «especificações» dos seus protocolos de comunicação cliente-servidor e servidor-servidor. As especificações descrevem determinadas características de um programa e devem, portanto, ser distinguidas do «código fonte» do programa, que designa o código informático efectivamente executado pelo computador.

O segundo comportamento a que foi aplicado uma sanção pela Comissão é a venda associada do leitor multimédia Windows Media Player com o sistema operativo Windows. A Comissão considerou que esta prática afectava a concorrência no mercado dos leitores multimédia. Como medida correctiva, a Comissão obrigou a Microsoft a pôr à venda uma versão Windows sem o Windows Media Player. A Microsoft mantém, no entanto, a possibilidade de comercializar o Windows com o Windows Media Player.

Em 7 de Junho de 2004, a Microsoft apresentou um recurso de anulação da decisão da Comissão (processo T-201/04) no Tribunal de Primeira Instância. Em 25 de Junho seguinte, pediu a suspensão da execução das medidas correctivas impostas por essa decisão. Após a apresentação desse pedido, a Comissão indicou que não tencionava prosseguir a execução forçada das medidas correctivas sem o Tribunal decidir do pedido de suspensão.

No seu despacho de 22 de Dezembro de 2004, o presidente do Tribunal de Primeira Instância decidiu, após ter examinado as circunstâncias do caso vertente, que a Microsoft não demonstrou que corria o risco de sofrer, devido à execução da decisão impugnada, um prejuízo grave e irreparável.

A respeito da recusa de fornecer as informações relativas à interoperabilidade, o presidente considera que o processo principal suscita várias questões de princípio relativas às condições em que a Comissão se baseia para concluir que uma recusa de divulgação das informações constitui um abuso de posição dominante contrário ao artigo 82.º CE. Saliendo que o juiz de mérito é o único competente para resolver essas questões, o presidente do Tribunal de Primeira Instância concluiu que o recurso de anulação apresentado pela Microsoft não é, à primeira vista, desprovido de

⁶⁰ Decisão C(2004) 900 final da Comissão, de 24 de Março de 2004, relativa a um procedimento de aplicação do artigo 82.º CE (Processo COMP/C-3/37.792).

fundamento e que o requisito relativo ao *fumus boni juris* (que consiste em apreciar à primeira vista a procedência do recurso do processo principal) está, portanto, preenchido.

No entanto, o presidente do Tribunal de Primeira Instância considera que o requisito relativo à urgência não está cumprido, uma vez que a Microsoft não apresentou provas de que a divulgação das informações até então secretas seriam a causa de um prejuízo grave e irreparável. Após um exame factual das consequências concretas da divulgação, como alegadas pela Microsoft, o presidente verifica, designadamente, que a divulgação de uma informação até então secreta não implica necessariamente a superveniência de um prejuízo grave e que, à luz das circunstâncias do caso vertente, tal prejuízo não foi aí demonstrado. A Microsoft também não demonstrou, em primeiro lugar, que a utilização pelos seus concorrentes das informações divulgadas conduziria a que estas últimas caíssem no domínio público, em segundo lugar, que a manutenção dos produtos concorrentes nos canais de distribuição após a eventual anulação da decisão impugnada constituiria um prejuízo grave e irreparável, em terceiro lugar, que os concorrentes da Microsoft poderiam «clonar» os seus produtos, em quarto lugar, que a Microsoft teria de proceder a uma alteração fundamental da sua política comercial e, em quinto lugar, que a decisão causaria uma evolução irreversível do mercado.

Relativamente à venda associada do Windows e do Windows Media Player, o presidente considera, antes de mais, que determinados argumentos da Microsoft suscitam questões complexas, tais como a do efeito anticoncorrencial da venda associada resultante dos «efeitos indirectos de rede», que compete ao Tribunal de Primeira Instância decidir no processo principal. Concluindo que o requisito relativo ao *fumus boni juris* estava preenchido, o presidente examina em seguida a urgência em ordenar a suspensão pedida. Procedendo a uma análise factual dos prejuízos alegados, decidiu que a Microsoft não demonstrou, de forma concreta, que corria o risco de sofrer um prejuízo grave e irreparável devido à violação da sua liberdade comercial ou da sua reputação.

Índice das Actividades do Tribunal de Primeira Instância em 2004

	Página
I. CONTENCIOSO DA LEGALIDADE.....	81
A. Aspectos processuais	82
1. Processo à revelia	82
2. Conhecimento oficioso de um fundamento de ordem pública	83
3. Quanto às despesas	83
B. Admissibilidade dos recursos interpostos nos termos do artigo 230.º CE.....	85
1. Actos susceptíveis de recurso.....	85
2. Prazo de interposição do recurso.....	86
3. Interesse em agir.....	87
4. Legitimidade	87
a) Decisões	89
b) Actos de alcance geral.....	90
C. Regras de concorrência aplicáveis às empresas.....	91
1. Contributos da jurisprudência no domínio do artigo 81.º CE.....	93
a) Âmbito de aplicação material.....	93
b) Processo de concorrência	93
– Quanto ao acesso ao processo	93
– Quanto ao alcance da comunicação de acusações	94
– Consequências do reconhecimento expresso dos factos na fase administrativa.....	94
– Inexistência de reconhecimento do direito ao silêncio absoluto	95
– Prazo razoável	96
c) Prova da violação do artigo 81.º CE.....	97

d) Coimas.....	98
– Orientações.....	98
Quanto à gravidade	99
Quanto à duração	100
Circunstâncias agravantes.....	101
Circunstâncias atenuantes.....	101
– Quanto à comunicação sobre a cooperação	101
– Quanto ao princípio non bis in idem	102
– Quanto ao exercício do poder de plena jurisdição.....	103
2. Regulamento n.º 4064/89.....	104
D. Auxílios de Estado	105
1. Conceito de auxílio de Estado.....	105
a) Elementos constitutivos	105
– Vantagem.....	105
– Especificidade ou selectividade da medida estatal.....	107
b) Enquadramentos.....	108
c) Reembolso.....	110
2. Questões processuais	111
E. Medidas de defesa comercial	112
F. Marca comunitária.....	114
1. Motivos absolutos de recusa do registo	115
2. Motivos relativos de recusa de registo	117
3. Questões de forma e questões processuais	119
4. Continuidade funcional entre as instâncias do IHMI	120
G. Acesso aos documentos	121
H. Função pública comunitária	122
II. CONTENCIOSO INDEMNIZATÓRIO	124
III. PEDIDOS DE MEDIDAS PROVISÓRIAS	126