

A — Actividade do Tribunal de Primeira Instância em 2008

Pelo presidente Marc Jaeger

Depois das numerosas modificações vividas em 2007, tanto devido à renovação parcial dos membros do Tribunal como devido às adesões, a composição do Tribunal tornou-se mais estável em 2008. Este ano, porém, John D. Cooke, juiz no Tribunal há mais de treze anos, cessou funções, tendo sido substituído por Kevin O'Higgins.

Em contrapartida, o Tribunal sofreu modificações sensíveis nos seus métodos e resultados.

Face ao constante aumento do contencioso e aos correspondentes atrasos, o Tribunal procedeu a uma renovação das suas modalidades de trabalho, da sua organização e do seu funcionamento. As várias etapas de gestão dos processos e o procedimento de preparação e de elaboração das decisões foram objecto, portanto, de uma análise aprofundada, numa preocupação de melhorar a eficiência do Tribunal, assegurando, ao mesmo tempo, a manutenção da qualidade das decisões. Foram igualmente desenvolvidos diversos instrumentos estatísticos ou de gestão. Por outro lado, o Regulamento de Processo foi alterado no sentido de permitir ao Tribunal pronunciar-se no âmbito dos recursos em matéria de propriedade intelectual prescindindo da fase oral do processo, salvo se uma das partes apresentar um pedido que indique os motivos pelos quais pretende ser ouvida.

Todas as medidas adoptadas e, de um modo geral, a busca permanente de eficiência permitiram plenamente colher os frutos do trabalho considerável realizado pelos membros e pelos funcionários do Tribunal. Assim, ao longo do ano transacto, foram decididos 605 processos, o que representa um aumento de 52% em relação ao ano anterior, ao passo que o número de audiências realizadas em 2008 duplicou (341 contra 172 em 2007). A duração média da instância diminuiu sensivelmente (24,5 meses contra 27,7 meses em 2007), embora ainda se possa progredir mais.

O Tribunal prosseguirá os seus esforços neste sentido ao longo do ano de 2009 e conta tirar maior proveito do pleno desenvolvimento das reformas introduzidas. Com efeito, embora este ano tenha sido excepcional em termos de processos findos, também o foi em termos de processos entrados (432 em 2006, 522 em 2007 e 629 em 2008). O *stock* de processos pendentes aumentou ligeiramente (1 178 contra 1 154 em 2007). Este fenómeno comporta um risco embrionário de prolongamento da duração dos processos. Tendo em conta a evolução sistemática do contencioso, importa aprofundar a reflexão sobre os caminhos e meios, nomeadamente estruturais, que permitirão ao Tribunal continuar a assegurar, no interesse dos particulares, um tratamento de qualidade dos processos encurtando ao mesmo tempo a duração da instância.

O contencioso submetido à apreciação do Tribunal é testemunho, uma vez mais este ano, da variedade, que não cessa de aumentar, tanto das questões jurídicas suscitadas como das matérias tratadas (concorrência, auxílios de Estado, ambiente, política regional, política comercial, Política Externa e de Segurança Comum, direito institucional, propriedade intelectual, contratos públicos, etc.). Verifica-se igualmente que a tendência, já constatada no ano transacto, para o aumento do número de pedidos de medidas provisórias foi

amplamente confirmada, com 58 pedidos de medidas provisórias entrados em 2008 e 57 findos. Nas páginas que se seguem, serão brevemente expostas as principais orientações da jurisprudência. Serão sucessivamente abordados o contencioso da legalidade (I), o da indemnização (II), os recursos de decisões do Tribunal da Função Pública (III) e os processos de medidas provisórias (IV).

I. Contencioso da legalidade

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

1. Autor do acto

O artigo 230.º CE dispõe que os órgãos jurisdicionais comunitários fiscalizam a legalidade dos actos adoptados em conjunto pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho, dos actos do Conselho, da Comissão e do Banco Central Europeu e dos actos do Parlamento Europeu destinados a produzir efeitos jurídicos em relação a terceiros. Assim, as agências comunitárias não constam formalmente do rol de autores cujos actos podem ser objecto de recurso para o juiz comunitário.

A questão importante da legitimidade passiva desses organismos foi abordada pelo Tribunal no processo *Sogelma/AER* (acórdão de 8 de Outubro de 2008, T-411/06, ainda não publicado), que tinha por objecto um pedido de anulação das decisões da Agência Europeia de Reconstrução (a seguir «AER») em matéria de contratos públicos adoptadas ao abrigo de um programa de acção comunitário. O Tribunal considerou que o facto de a AER não figurar entre as instituições comunitárias enumeradas no artigo 230.º CE e de o regulamento que instituiu essa agência não prever a competência do juiz comunitário para decidir os recursos de anulação das decisões diferentes das relativas a pedidos de acesso a documentos não obsta a que o Tribunal fiscalize, ao abrigo do artigo 230.º CE, a legalidade dos actos dessa agência.

Com efeito, baseando-se no acórdão do Tribunal de Justiça de 23 de Abril de 1986, *Les Verts/Parlamento* ⁽¹⁾, que consagrou a legitimidade passiva do Parlamento, o Tribunal enunciou o princípio geral segundo o qual qualquer acto que emane de um organismo comunitário e se destine a produzir efeitos jurídicos relativamente a terceiros deve poder ser objecto de fiscalização jurisdicional. Assim, o simples facto de a Comissão delegar competências decisórias na AER não pode fazer com que as decisões adoptadas a esse título percam a sua qualidade de acto recorrível, sob pena de se criar um vazio jurídico. O Tribunal salientou, por último, que a AER tem personalidade jurídica e competência para executar ela própria os programas de ajuda comunitária, e que a Comissão não participou no processo de decisão. Enquanto autora da decisão impugnada, a AER pode, portanto, ser pessoalmente chamada a Tribunal para defender a referida decisão.

(1) 294/83, Colect., p. 1339.

2. Actos recoráveis

Podem ser objecto de recurso de anulação na acepção do artigo 230.º CE as medidas que produzem efeitos jurídicos vinculativos susceptíveis de afectar os interesses do recorrente, alterando de modo caracterizado a sua situação jurídica ⁽²⁾.

No processo *Itália/Comissão* (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Novembro de 2008, T-185/05, ainda não publicado), a República Italiana pedia a anulação da decisão da Comissão segundo a qual as publicações externas no *Jornal Oficial da União Europeia* dos anúncios de abertura de vagas para lugares de funcionários superiores passariam a ser feitas, até 1 de Janeiro de 2007, em alemão, em inglês e em francês.

O Tribunal recorda que uma medida adoptada por uma instituição que traduz apenas a sua intenção de, num domínio determinado, seguir uma certa linha de actuação não é um acto impugnável. Todavia, uma vez que uma instituição não se pode afastar das regras internas de recrutamento que ela própria definiu e que são parte do quadro jurídico que essa instituição tem de observar rigorosamente no exercício do seu poder de apreciação, deve considerar-se que essas regras produzem efeitos jurídicos vinculativos. Um recorrente privilegiado, como um Estado-Membro, pode, portanto, impugnar imediatamente, através de um recurso de anulação, a legalidade dessas regras, sem ter de esperar que as mesmas sejam aplicadas num caso concreto. Tendo considerado que a decisão relativa às línguas de publicação estava redigida em termos claros e inequívocos e fixava, definitivamente, um aspecto dos procedimentos de recrutamento de efeito vinculativo, o Tribunal concluiu que o recurso era admissível.

No acórdão de 5 de Junho de 2008, *Internationaler Hilfsfonds/Comissão* (T-141/05, não publicado, pendente de recurso), no âmbito de um recurso de anulação de um ofício que informava a recorrente de que a Comissão não tinha intenção de lhe disponibilizar outros documentos para além dos que já lhe tinham sido transmitidos na sequência de uma decisão anterior, o Tribunal considerou que, de acordo com a jurisprudência ⁽³⁾, as conclusões do Provedor de Justiça Europeu relativas à queixa apresentada pela recorrente contra a referida decisão não constituíam elementos novos susceptíveis de distinguir o acto impugnado dessa decisão. A circunstância de o Provedor de Justiça ter concluído que a instituição em causa cometeu um acto de má administração não permite pôr em causa esta conclusão. Com efeito, esta lógica equivaleria a admitir que um recorrente que não tivesse interposto um recurso de anulação da decisão inicial dentro do prazo pudesse, mediante o simples recurso ao Provedor de Justiça, e na medida em que este último concluísse pela existência de um caso de má administração, contornar o referido prazo.

⁽²⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 11 de Novembro de 1981, *IBM/Comissão*, 60/81, Recueil, p. 2639, n.º 9.

⁽³⁾ Despacho do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Outubro de 2003, *Internationaler Hilfsfonds/Comissão*, T-372/02, Colect., p. II-4389, n.º 40.

3. Legitimidade activa

a) Afecção individual

De acordo com jurisprudência assente, as pessoas singulares ou colectivas que não sejam destinatárias de uma decisão só podem afirmar que esta lhes diz individualmente respeito se os afectar devido a certas qualidades que lhes são próprias ou de uma situação de facto que os caracteriza em relação a qualquer outra pessoa e assim os individualiza de maneira análoga à do destinatário ⁽⁴⁾.

A este respeito, o Tribunal introduziu precisões, no acórdão de 1 de Julho de 2008, *Região Autónoma dos Açores/Conselho* (T-37/04, não publicado, pendente de recurso), relativamente ao *locus standi* das entidades infra-estatais. A recorrente considerava que o Regulamento (CE) n.º 1954/2003 ⁽⁵⁾ lhe dizia individualmente respeito pelo facto de, por um lado, beneficiar, enquanto entidade ultraperiférica da União, de uma protecção específica, nomeadamente a nível ambiental e económico, nos termos do artigo 299.º, n.º 2, CE, que o regulamento impugnado infringia, e, por outro, o referido regulamento afectar as suas competências legislativa e executiva em matéria de pesca.

O Tribunal começou por salientar que o interesse geral que uma região pode ter em obter um resultado favorável para a sua prosperidade não basta, por si só, para considerar que um acto lhe diz individualmente respeito na acepção do artigo 230.º, quarto parágrafo, CE. Com efeito, resulta da jurisprudência que o sistema instituído pelos Tratados reserva aos Estados-Membros, e não às autoridades regionais, o direito de defenderem o interesse geral nos respectivos territórios. Em seguida, o Tribunal considerou que, mesmo admitindo que o artigo 299.º, n.º 2, CE possa ser interpretado não só no sentido de que permite ao Conselho adoptar medidas derogatórias específicas relativamente às regiões ultraperiféricas, mas também no sentido de que o impede de adoptar medidas que agravem as desvantagens suportadas por essas regiões, a protecção que esse artigo prevê não é suficiente para lhe conferir legitimidade activa, em conformidade com o acórdão do Tribunal de Justiça de 22 de Novembro de 2001, *Nederlandse Antillen/Conselho* (C-452/98, Colect., p. I-8973). O Tribunal salientou, além disso, que, de qualquer forma, a recorrente não tinha argumentos que permitissem considerar que as disposições impugnadas teriam efeitos prejudiciais nos *stocks* de peixe e para o ambiente marinho nos Açores e, por conseguinte, para a sobrevivência do sector da pesca na região.

Por outro lado, em resposta ao argumento da recorrente relativo à preservação das suas competências, o Tribunal referiu que, embora o juiz comunitário tenha admitido, é certo, o direito das autoridades regionais de impugnarem actos comunitários que as impeçam de adoptar actos que poderiam legitimamente adoptar se não tivesse havido intervenção comunitária ou que as obriguem a revogar os referidos actos e a levar a cabo determinadas

⁽⁴⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1963, *Plaumann/Comissão*, 25/62, Colect. 1962-1964, p. 279, 284.

⁽⁵⁾ Regulamento (CE) n.º 1954/2003 do Conselho, de 4 de Novembro de 2003, relativo à gestão do esforço de pesca no que respeita a determinadas zonas e recursos de pesca comunitários, que altera o Regulamento (CEE) n.º 2847/93 e revoga os Regulamentos (CE) n.º 685/95 e (CE) n.º 2027/95 (JO L 289, p. 1).

acções ⁽⁶⁾, no caso concreto, as disposições impugnadas do regulamento controvertido não tinham por objecto os actos legislativos ou regulamentares adoptados pela recorrente e a legalidade desses actos em nada era posta em causa ou afectada.

Por último, analisando um argumento relativo ao facto de a Convenção de Aarhus prever que as partes na Convenção devem garantir que o público possa interpor recursos para impugnar os actos de autoridades públicas contrárias ao direito nacional do ambiente, o Tribunal salientou que, para facilitar o acesso ao juiz comunitário em matéria de ambiente, o legislador comunitário adoptou o Regulamento (CE) n.º 1367/2006 ⁽⁷⁾. Este regulamento prevê, no título IV, um processo nos termos do qual determinadas organizações não governamentais podem submeter à apreciação do juiz comunitário um recurso de anulação nos termos do artigo 230.º CE. Todavia, uma vez que, manifestamente, os requisitos impostos pelo referido título IV não se encontravam preenchidos no caso concreto, não competia ao Tribunal substituir-se ao legislador e aceitar, baseando-se na Convenção de Aarhus, a admissibilidade de um recurso que não preenchia os requisitos previstos no artigo 230.º CE.

No processo *Denka International/Comissão* (despacho do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Junho de 2008, T-30/07, não publicado), o Tribunal recordou que o facto de uma pessoa participar no processo que conduz à adopção de um acto comunitário só é susceptível de a individualizar relativamente ao acto em questão quando a regulamentação comunitária aplicável lhe confere certas garantias processuais. Uma vez que nem o processo de elaboração de actos de alcance geral nem a sua natureza exigem a participação das pessoas afectadas, dado que os seus interesses se consideram representados pelas instâncias políticas competentes para adoptar esses actos, é contrário ao espírito do artigo 230.º CE permitir a qualquer particular, pelo facto de ter participado na preparação de um acto de natureza legislativa, interpor recurso de tal acto. Ora, nem a directiva impugnada nem aquela em que esta se baseia prevêem garantias processuais em benefício das empresas produtoras ou distribuidoras de substâncias activas. Além disso, por último, a recorrente alegava que era titular de uma marca registada para a substância activa em causa cuja utilização era afectada pela directiva impugnada, o que a individualizava em relação a qualquer outra pessoa, nos termos do acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Maio de 1994, *Codorníu/Conselho* ⁽⁸⁾. O Tribunal salientou, todavia, que essa protecção jurídica ligada a uma marca não era susceptível de caracterizar a recorrente em relação a todos os outros fabricantes e distribuidores, que podiam tanto quanto ela invocar a existência de uma marca em seu proveito. A directiva não tem por objectivo reservar um direito intelectual preciso a certos operadores, de modo que a eventual afectação dos direitos de propriedade intelectual da recorrente não resultava senão da circunstância, que não lhe era própria, de produzir substâncias activas.

⁽⁶⁾ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 5 de Outubro de 2005, *Land Oberösterreich e Áustria/Comissão*, T-366/03 e T-235/04, Colect., p. II-4005, n.º 28.

⁽⁷⁾ Regulamento (CE) n.º 1367/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 6 de Setembro de 2006, relativo à aplicação das disposições da Convenção de Aarhus sobre o acesso à informação, participação do público no processo de tomada de decisão e acesso à justiça em matéria de ambiente às instituições e órgãos comunitários (JO L 264, p. 13).

⁽⁸⁾ C-309/89, Colect., p. I-1853, n.ºs 21 e 22.

O processo *Apple Computer International/Comissão* (despacho do Tribunal de Primeira Instância de 19 de Fevereiro de 2008, T-82/06, ainda não publicado) deu lugar a precisões relativamente à admissibilidade dos recursos interpostos contra os regulamentos de classificação pautal. Segundo a jurisprudência, estes actos, apesar da aparência concreta das descrições que contêm, possuem alcance geral. Com efeito, dizem respeito a todos os produtos que correspondam ao tipo descrito e produzem os seus efeitos em relação a todas as autoridades aduaneiras da Comunidade e em relação a todos os importadores ⁽⁹⁾.

O Tribunal considerou que as circunstâncias de a classificação determinada dentro da nomenclatura combinada ter sido desencadeada por um pedido de informações pautais vinculativas apresentado pela recorrente, de nenhum outro produto semelhante ter sido objecto de uma demonstração perante o comité da nomenclatura e de, com base na demonstração do funcionamento do produto em causa, ter sido difundido nos Estados-Membros um projecto de regulamento de classificação pautal relativo aos monitores em causa não permitiriam individualizar a recorrente de modo a tornar o recurso admissível. Com efeito, a participação de um operador no processo de adopção de um acto só é susceptível de individualizar essa pessoa relativamente ao acto em questão quando a regulamentação comunitária aplicável lhe concede certas garantias processuais.

Embora circunstâncias semelhantes tenham sido levadas em conta, no acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Setembro de 2003, *Sony Computer Entertainment Europe/Comissão* ⁽¹⁰⁾ (a seguir «acórdão Sony»), para julgar um recurso admissível, não puderam ser o factor determinante. Só atendendo às circunstâncias excepcionais do caso concreto é que se considerou, nesse processo, que a recorrente era individualmente afectada. De igual modo, o Tribunal referiu que, embora resultasse igualmente desse acórdão que o facto de a recorrente ser o único importador autorizado do produto em causa constituía um elemento pertinente, isso não era suficiente, enquanto tal, para demonstrar a sua afectação individual. Por último, uma vez que a descrição bastante geral, no regulamento impugnado, das mercadorias em causa, bem como a inexistência de qualquer factor visual ou textual que fizesse uma referência clara a um operador económico concreto excluía qualquer afectação individual, o Tribunal concluiu que não havia lugar a considerar que se encontravam reunidas, no caso concreto, as circunstâncias excepcionais, na acepção do acórdão Sony, que confeririam legitimidade activa à recorrente ⁽¹¹⁾.

⁽⁹⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de Fevereiro de 1985, *Casteels/Comissão*, 40/84, Recueil, p. 667, n.º 11.

⁽¹⁰⁾ T-243/01, Colect., p. II-4189.

⁽¹¹⁾ A este respeito, há que mencionar igualmente o despacho de 3 de Dezembro de 2008, *RSA Security Ireland/Comissão* (T-227/06, ainda não publicado, n.º 87), em que o Tribunal de Primeira Instância considerou que a recorrente não tinha provado a existência de circunstâncias excepcionais na acepção do acórdão Sony, referindo que a existência de uma fotografia do produto sobre o qual o logótipo da consola de jogos da Sony era claramente visível tinha tido uma importância não despreciable na apreciação da admissibilidade do recurso.

b) Afectação directa

De acordo com jurisprudência assente, para dizer directamente respeito a um particular, na acepção do artigo 230.º, quarto parágrafo, CE, o acto comunitário em causa deve produzir efeitos directos na situação jurídica do interessado e a sua aplicação deve revestir-se de carácter puramente automático e decorrer apenas da regulamentação comunitária, sem aplicação de outras regras intermédias ⁽¹²⁾.

O Tribunal declarou, no despacho de 14 de Maio de 2008, *Icuna.com/Parlamento* (T-383/06 e T-71/07, ainda não publicado), que uma decisão do Parlamento que anulou um procedimento relativo a um concurso para a adjudicação de um contrato público produziu efeitos directos na situação jurídica de uma empresa proponente, na medida em que, estando em causa a anulação de todo o procedimento, a referida decisão levou à anulação de uma decisão anterior que rejeitou a sua proposta, mas também de uma decisão que anulou uma decisão que adjudicou o contrato a essa empresa e de uma decisão que lhe adjudicou o contrato.

Regras da concorrência aplicáveis às empresa

1. Generalidades

a) Autoridade do caso julgado

No acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 1 de Julho de 2008, *Compagnie maritime belge/Comissão* (T-276/04, ainda não publicado), considerou-se que quando, devido a um vício de forma, o juiz comunitário anula parcialmente uma decisão da Comissão que declara a existência de uma infracção às regras da concorrência e aplica uma coima, a Comissão pode, legitimamente, adoptar uma nova decisão destinada a corrigir os vícios de forma censurados pelo juiz e aplicar uma nova coima com base nas partes não anuladas da primeira decisão. Além disso, esgotados os recursos ou expirados os prazos previstos para esses recursos, as partes não anuladas da primeira decisão da Comissão adquirem autoridade de caso julgado, de modo que, no âmbito de um recurso de anulação da nova decisão, a empresa punida não pode pôr em causa a materialidade da infracção, uma vez que esta foi declarada de forma definitiva na primeira decisão.

b) Prazo razoável

Neste mesmo acórdão, o Tribunal, tendo recordado que o Regulamento (CEE) n.º 2988/74 ⁽¹³⁾ instituiu uma regulamentação completa que disciplina em pormenor os

⁽¹²⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Maio de 1998, *Dreyfus/Comissão*, C-386/96 P, Colect., p. I-2309, n.º 43.

⁽¹³⁾ Regulamento (CEE) n.º 2988/74 do Conselho, de 26 de Novembro de 1974, relativo à prescrição quanto a procedimentos e execução de sanções no domínio do direito dos transportes e da concorrência da Comunidade Económica Europeia (JO L 319, p. 1; EE 8 F2 p. 41).

prazos dentro dos quais a Comissão pode, sem prejudicar a exigência fundamental da segurança jurídica, aplicar coimas, declarou que quaisquer considerações relativas à obrigação da Comissão de exercer o seu poder de aplicar coimas num prazo razoável devem ser afastadas. Esta conclusão não pode ser posta em causa pela invocação de uma suposta violação dos direitos de defesa, uma vez que, enquanto não expirar o prazo de prescrição previsto nesse regulamento, as empresas objecto de investigação nos termos do Regulamento n.º 17 ⁽¹⁴⁾ permanecem na incerteza quanto ao desfecho desse procedimento e à eventual aplicação de sanções ou de coimas. Assim, o prolongamento desta incerteza é inerente aos procedimentos de aplicação do Regulamento n.º 17 e não constitui, por si só, uma violação dos direitos de defesa. Quanto à aplicação das regras da concorrência, o facto de um prazo razoável ser ultrapassado só pode constituir um motivo de anulação nos casos em que é adoptada uma decisão que conclui pela existência de infracções quando for provado que essa violação prejudicou os direitos de defesa das empresas em causa.

2. Contributos no domínio do artigo 81.º CE

a) Aplicação do artigo 81.º, n.º 1, CE

No acórdão de 8 de Julho de 2008, *AC-Treuhand/Comissão* (T-99/04, ainda não publicado), o Tribunal considerou que o facto de uma empresa não exercer actividade no mercado em que se materializou a restrição da concorrência não exclui a sua responsabilidade pela participação na aplicação de um acordo ou prática concertada. No caso concreto, a recorrente, uma empresa de consultoria, tinha prestado diversos serviços a três produtores de peróxidos orgânicos e tinha desempenhado um papel essencial no âmbito do acordo entre esses produtores ao organizar reuniões e ao dissimular provas da infracção.

b) Direitos de defesa e direito a um processo equitativo

Nesse mesmo acórdão, o Tribunal considerou que, quando é tomada a primeira medida de instrução relativa a uma empresa, como um pedido de informações, a Comissão deve informar esta última das presunções de infracção objecto da instrução e do facto de poder ser levada a formular acusações contra essa empresa. No caso concreto, todavia, o Tribunal considerou que a omissão da Comissão a este respeito não podia levar à anulação da decisão impugnada, uma vez que essa irregularidade não tinha prejudicado a eficácia da defesa da recorrente.

c) Coimas

O Tribunal fez uso, no acórdão de 18 de Junho de 2008, *Hoechst/Comissão* (T-410/03, ainda não publicado), do seu poder de plena jurisdição em dois aspectos. Em primeiro lugar,

⁽¹⁴⁾ Regulamento n.º 17, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos [81.º CE] e [82.º CE] (JO 1962, p. 204; EE 8 F1 p. 22).

considerou que a Comissão não tinha observado os princípios da boa administração e da igualdade de tratamento. Com efeito, apesar de ter manifestado claramente a sua intenção de não divulgar às empresas cooperantes, em particular à Hoechst, o facto de outras empresas terem efectuado diligências com vista a obter imunidade em matéria de aplicação de coimas, a Comissão garantiu, ao mesmo tempo, a outra empresa que «seria lealmente avisada» se outra empresa tentasse antecipar-se a ela em matéria de cooperação. No caso concreto, atendendo à importância do respeito pela Comissão dos princípios da boa administração e da igualdade de tratamento, o Tribunal decidiu reduzir o montante da coima aplicada à Hoechst em 10%.

Em segundo lugar, o Tribunal considerou que a Comissão cometeu um erro na medida em que imputou à Hoechst a circunstância agravante do desempenho do papel de líder do cartel, sem todavia ter qualificado de modo suficientemente claro e preciso, na comunicação de acusações, os factos que lhe eram imputados. Por outro lado, alguns dos elementos de facto considerados pertinentes pela Comissão não permitiam concluir, de modo suficientemente preciso, que seria imputada à Hoechst a liderança do cartel. O Tribunal concluiu que a Hoechst não teve possibilidade de se defender utilmente.

No acórdão de 8 de Julho de 2008, *BPB/Comissão* (T-53/03, ainda não publicado), o Tribunal considerou que a redução da coima concedida pela Comissão devido à cooperação da BPB não era suficiente, na medida em que esta última tinha sido a primeira participante na prática anticoncorrencial a comunicar, na sequência de um pedido de informações, mas de uma forma que ia muito além desse pedido, informações complementares que confirmavam a existência do acordo. Por conseguinte, esses elementos puderam reforçar de modo substancial a argumentação da Comissão quanto à existência de um plano global, permitindo assim aumentar substancialmente o montante das coimas com fundamento na gravidade da infracção. O Tribunal concedeu então à BPB uma redução suplementar de 10% sobre o montante da coima.

Nos acórdãos de 8 de Outubro de 2008, *Schunk e Schunk Kohlenstoff-Technik/Comissão* (T-69/04, ainda não publicado) e *Carbone Lorraine/Comissão* (T-73/04, ainda não publicado, pendente de recurso), o Tribunal recordou que, no que respeita a um cartel sobre preços, é legítimo que a Comissão conclua que a infracção produziu efeitos pelo facto dos membros do cartel terem adoptado medidas para aplicar os preços acordados. Com efeito, para se verificar a existência de impacto no mercado, basta que os preços acordados tenham servido de base para a fixação dos preços de transacção individuais, limitando assim a margem de negociação dos clientes. Em contrapartida, o Tribunal considerou que, quando estiver demonstrada a aplicação de um acordo, de decisões e de práticas concertadas proibidos, não se pode exigir da Comissão que faça sistematicamente prova de que os acordos permitiram efectivamente às empresas em causa atingir um nível de preços de transacção superior ao que se teria verificado na ausência dos acordos, decisões e práticas concertadas proibidos. Tal demonstração absorveria recursos consideráveis, pois exigiria que se recorresse a cálculos hipotéticos, baseados em modelos económicos cuja exactidão só dificilmente poderia ser verificada pelo Tribunal e cuja infalibilidade não está de todo provada. Com efeito, para apreciar a gravidade da infracção, é decisivo saber que os participantes no cartel tinham feito tudo o que estava ao seu alcance para a concretização das suas intenções. O que sucedeu em seguida, ao nível dos preços de mercado efectivamente praticados, podia ser influenciado por outros factores, fora do

controlo dos participantes no cartel. Estes não podem, para tentar beneficiar de uma redução na coima, invocar a seu favor factores externos que contrariaram os seus esforços.

Além disso, o Tribunal declarou que, embora a Schunk tenha contestado pela primeira vez na petição factos que lhe tinham sido imputados na comunicação de acusações e nos quais assentava a conclusão de que se tinha verificado uma violação do artigo 81.º CE, não havia que suprimir a redução mínima de 10% concedida à Schunk com base na comunicação sobre a cooperação ⁽¹⁵⁾, como pedia a Comissão. O Tribunal referiu, com efeito, que as contestações em causa não tinham sido acolhidas em aplicação da jurisprudência segundo a qual são considerados provados os factos que uma empresa tenha expressamente reconhecido no âmbito do procedimento administrativo, deixando a mesma empresa de poder apresentar fundamentos de defesa com vista à sua contestação no processo contencioso.

d) Conceito de grupo e fixação do limite máximo de 10% do montante da coima

No acórdão de 8 de Julho de 2008, *Knauf Gips/Comissão* (T-52/03, não publicado), o Tribunal salientou que, para o cálculo do limite máximo de 10% do montante da coima, previsto no artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17, a Comissão pode levar em conta o volume de negócios de todas as entidades que constituem uma unidade económica na acepção das disposições do direito da concorrência. Em particular, o Tribunal decidiu que, embora seja verdade que a circunstância de o capital social de duas sociedades comerciais distintas pertencer à mesma pessoa ou à mesma família não basta, enquanto tal, para provar a existência de uma unidade económica entre essas duas sociedades, que implique, por força do direito comunitário da concorrência, que os comportamentos de uma possam ser imputados à outra e que uma possa ser obrigada a pagar uma coima pela outra, é possível concluir pela existência de uma unidade económica tendo em conta um conjunto de elementos. Além disso, o Tribunal recordou, nomeadamente, que o conceito de empresa, inserido no mesmo contexto do direito da concorrência, deve ser entendido no sentido de que designa uma unidade económica do ponto de vista do objecto do acordo em causa, mesmo que, do ponto de vista jurídico, essa unidade económica seja constituída por várias pessoas singulares ou colectivas.

e) Imputabilidade do comportamento infractor

Durante o ano de 2008, o Tribunal aplicou, nomeadamente, a sua jurisprudência relativa à imputabilidade do comportamento infractor no acórdão *Knauf Gips/Comissão*, já referido. Recorda, a este respeito, que é possível imputar a uma sociedade a totalidade das actuações de um grupo se essa sociedade for identificada como a pessoa jurídica que, liderando o grupo, é responsável pela sua coordenação.

⁽¹⁵⁾ Comunicação da Comissão sobre a não aplicação ou a redução de coimas nos processos relativos a acordos, decisões e práticas concertadas (JO 1996, C 207, p. 4).

3. Contributos no domínio do artigo 82.º CE

No acórdão de 10 de Abril de 2008, *Deutsche Telekom/Comissão* (T-271/03, ainda não publicado, pendente de recurso), o Tribunal pronunciou-se sobre a legalidade de uma decisão da Comissão que aplicou sanções à Deutsche Telekom por ter abusado da sua posição dominante ao facturar preços, para o acesso dos concorrentes à rede («prestações de serviços de acesso grossista»), superiores aos preços dos serviços de acesso a retalho que facturava aos clientes da Deutsche Telekom. Esta tarifação, sob a forma de «compressão das margens», obrigava os concorrentes a facturar aos seus clientes preços superiores aos que a Deutsche Telekom facturava aos seus próprios clientes. Assim, a Comissão aplicou uma coima de 12,6 milhões de euros à Deutsche Telekom.

O Tribunal referiu que a Comissão concluiu correctamente que a Deutsche Telekom, muito embora tendo respeitado o limite máximo de preços imposto pela autoridade alemã reguladora das telecomunicações e dos correios (a seguir «RegTP»), dispôs, do início de 1998 até ao fim de 2001 e a partir de 2002 até à data de adopção da decisão, de uma margem de manobra suficiente para eliminar ou reduzir a «compressão das margens». O Tribunal salientou, além disso, que o facto de as tarifas da Deutsche Telekom terem de ser aprovadas pela RegTP não elimina a sua responsabilidade no âmbito do direito da concorrência. Enquanto empresa detentora de uma posição dominante, a Deutsche Telekom estava obrigada a apresentar pedidos de alteração das suas tarifas quando estas tivessem por efeito prejudicar a concorrência efectiva e não falseada no mercado comum.

No que diz respeito ao método utilizado pela Comissão para concluir pela existência da compressão das margens tarifária, o Tribunal referiu que o carácter abusivo do comportamento da Deutsche Telekom estava relacionado com a diferença entre os seus preços para os serviços de acesso grossista e os preços por si cobrados aos utilizadores finais. Assim, a Comissão não era obrigada a demonstrar que os preços cobrados aos utilizadores finais eram abusivos enquanto tais.

Foi igualmente com razão que a Comissão baseou a sua análise relativa ao carácter abusivo das práticas tarifárias apenas nas tarifas e nos custos da Deutsche Telekom abstraindo da posição específica dos concorrentes no mercado. A este respeito, o Tribunal referiu que, se a legalidade das práticas tarifárias de uma empresa dominante dependesse da situação específica das empresas concorrentes, designadamente da estrutura dos custos das mesmas, que são dados que não são normalmente do conhecimento da empresa dominante, esta última não poderia apreciar a legalidade dos seus próprios comportamentos.

Por último, o Tribunal recordou que as prerrogativas das autoridades nacionais no âmbito do direito comunitário das telecomunicações não afectam de modo algum a competência da Comissão para constatar as infracções ao direito da concorrência. Por conseguinte, não se pode censurar a decisão da Comissão pelo facto de implicar uma dupla regulação das tarifas praticadas pela Deutsche Telekom, punindo esta pelo facto de não ter feito uso da sua margem de manobra para eliminar a compressão tarifária.

Auxílios de Estado

1. Admissibilidade

A jurisprudência deste ano esclareceu, nomeadamente, os conceitos de, em primeiro lugar, pessoa à qual uma decisão da Comissão sobre um regime de auxílios diz individualmente respeito, em segundo lugar, acto que produz efeitos jurídicos vinculativos e, em terceiro lugar, interesse em agir.

No acórdão de 28 de Novembro de 2008, *Hotel Cipriani e o./Comissão* (T-254/00, T-270/00 e T-277/00, ainda não publicado), o Tribunal julgou admissíveis os recursos, interpostos por certos beneficiários de reduções e/ou isenções de encargos sociais concedidas a empresas instaladas no território insular de Veneza e de Chioggia, de uma decisão da Comissão que considerou essas medidas um regime de auxílios incompatível com o mercado comum e exigiu que a República Italiana recuperasse os auxílios concedidos junto dos respectivos beneficiários. Com efeito, ainda que uma decisão relativa a um regime de auxílios tenha um alcance geral, o facto de pertencer ao círculo fechado dos beneficiários efectivos desse regime de auxílios, perfeitamente identificáveis, especialmente afectados pela obrigação de restituição dos auxílios ao Estado, é suficiente para caracterizar esses beneficiários relativamente a qualquer outra pessoa. Se, como sustentava a Comissão, a legitimidade processual de um beneficiário efectivo de um regime de auxílios dependesse do exame da sua situação individual na decisão da Comissão que declara a incompatibilidade do regime em causa, essa legitimidade processual dependeria da opção da referida instituição de proceder ou não a esse exame individual, com base nas informações que lhe foram transmitidas durante o procedimento administrativo. Esta solução geraria uma incerteza jurídica, na medida em que o conhecimento, por parte da Comissão, das situações individuais concretas resulta frequentemente de coincidências.

No que diz respeito ao conceito de acto que produz efeitos jurídicos vinculativos, o Tribunal, no acórdão de 10 de Abril de 2008, *Países Baixos/Comissão* (T-233/04, ainda não publicado, pendente de recurso), que tinha por objecto uma decisão da Comissão que qualificou como auxílio de Estado compatível com o mercado comum um sistema de transacção de direitos de emissão para os óxidos de azoto notificado pelo Reino dos Países Baixos, decidiu que este Estado-Membro, que tinha pedido à Comissão que declarasse que o referido sistema não constituía um auxílio, podia impugnar a decisão em causa. Enquanto recorrente privilegiado, cabia-lhe demonstrar não que tinha interesse em agir, mas apenas que a decisão impugnada produzia efeitos jurídicos. Foi o que aconteceu no caso concreto, uma vez que a qualificação do referido sistema de auxílios de Estado, por um lado, teve o efeito de permitir à Comissão examinar a compatibilidade da medida em causa com o mercado comum, levando à aplicação do procedimento previsto para os sistemas de auxílios existentes, e, por outro, pode ter influência na concessão de um novo auxílio, por força das regras relativas ao cúmulo de auxílios de origens diversas, previstas, nomeadamente, no enquadramento comunitário dos auxílios estatais a favor do ambiente ⁽¹⁶⁾.

⁽¹⁶⁾ JO 2001, C 37, p. 3.

Quanto ao interesse em agir, o Tribunal esclareceu, no acórdão de 9 de Julho de 2008, *Alitalia/Comissão* (T-301/01, ainda não publicado), que a Alitalia, empresa que beneficiou de uma dotação de capital qualificada pela Comissão como auxílio de Estado compatível com o mercado comum mediante a observância de determinadas condições, mantinha um interesse pessoal na anulação da decisão da Comissão, mesmo depois de ter obtido, na sequência de outra decisão da Comissão, o pagamento da totalidade desse auxílio. Com efeito, uma vez que a decisão impugnada serviu de base legal à decisão que autorizou o pagamento da última parcela do auxílio, a segunda decisão teria ficado privada de base jurídica se o Tribunal tivesse anulado a decisão impugnada na parte em que qualificava a medida em causa de auxílio de Estado. Por outro lado, nesse mesmo acórdão, o Tribunal decidiu que, apesar de a decisão impugnada ter sido adoptada sob reserva da observância de determinadas condições que as autoridades italianas se tinham comprometido a respeitar, a Alitalia podia arguir um fundamento dirigido contra essas condições, uma vez que estas últimas são imputáveis à Comissão, que tem competência exclusiva no que diz respeito à eventual conclusão de que um auxílio é incompatível com o mercado comum.

Quanto ao interesse em agir do beneficiário de um auxílio que a Comissão tenha declarado parcialmente compatível com o mercado comum, o Tribunal decidiu, no acórdão de 22 de Outubro de 2008, *TV 2/Danmark e o./Comissão* (T-309/04, T-317/04, T-329/04 e T-336/04, ainda não publicado), que as condições em que a Comissão apreciou a compatibilidade dos auxílios em causa impediam que se procedesse à análise da admissibilidade do recurso cindindo a decisão impugnada em duas partes, uma que qualificava as medidas controvertidas como auxílios de Estado parcialmente incompatíveis com o mercado comum e outra que as qualificava como auxílios de Estado parcialmente compatíveis. Com efeito, a Comissão verificou se todas as medidas de financiamento estatal em causa representavam um montante que ultrapassasse os custos líquidos de um serviço de interesse económico geral.

Por outro lado, o Tribunal referiu que o interesse em agir pode inferir-se da existência de um «risco» comprovado de que a situação jurídica dos recorrentes seja afectada por acções judiciais, ou ainda do facto de o «risco» de serem intentadas acções judiciais existir e ser actual na data em que o recurso é interposto no Tribunal. Ora, a TV 2 era ré numa acção judicial nacional intentada por um concorrente destinada a obter a reparação do prejuízo que este tinha sofrido pelo facto de o auxílio de Estado recebido pela TV 2 lhe ter permitido desenvolver, para a venda dos seus espaços publicitários, uma estratégia de preços baixos. O Tribunal, ao mesmo tempo que verificou que a TV 2 tinha interposto o recurso antes de o concorrente ter intentado essa acção, considerou que o carácter existente e actual do risco de ser intentada uma acção judicial no dia da interposição do recurso da TV 2 A/S estava demonstrado pela sua materialização numa acção judicial pendente no tribunal nacional.

2. Normas substantivas

a) Atribuição de um benefício económico

No processo *SIC/Comissão* (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 26 de Junho de 2008, T-442/03, ainda não publicado), que tem por objecto um recurso de uma decisão da Comissão que declarou, nomeadamente, que algumas medidas adoptadas pela República Portuguesa a favor da Radiotelevisão Portuguesa (a seguir «RTP»), sociedade responsável pelo serviço público de televisão portuguesa, não constituíam auxílios de Estado e que as outras medidas eram compatíveis com o mercado comum, a recorrente alegou, nomeadamente, que, aquando uma emissão de obrigações, a RTP tinha beneficiado de uma garantia implícita do Estado que explicava que a referida sociedade tivesse conseguido colocar essa emissão no mercado apesar da sua situação financeira degradada. Depois de ter verificado, por um lado, que a RTP era uma sociedade anónima, relativamente a cujas dívidas a República Portuguesa, sua accionista a 100%, não estava sujeita a uma obrigação de reembolso ilimitada, e, por outro, que o prospecto da emissão de obrigações em causa não estipulava qualquer garantia por parte do Estado, o Tribunal decidiu que o facto de o mercado ter aceite subscrever a emissão de obrigações de 1994, por considerar que o Estado garantia de facto o reembolso, não permitia concluir pela existência de um auxílio de Estado. Só factos objectivos que levassem à conclusão de que o Estado estava juridicamente vinculado a reembolsar esta emissão em caso de falência da RTP permitiriam admitir a existência de uma garantia estatal.

No acórdão *Hotel Cipriani e o./Comissão*, já referido, as empresas beneficiárias de isenções de encargos sociais sustentavam que essas isenções não lhes conferiam qualquer benefício económico pois compensavam os custos suplementares originados pelas desvantagens estruturais da zona lagunar em que se encontravam instaladas. O Tribunal conclui que as empresas não demonstraram a existência de uma relação directa entre os custos suplementares efectivamente suportados e o montante do auxílio recebido. O mero facto de as empresas instaladas na lagoa estarem expostas a custos suplementares comparativamente àqueles que suportariam se se deslocassem para terra firme não permitia que se considerasse que o regime em causa não lhes conferia nenhuma vantagem e que não introduzia uma discriminação relativamente aos seus concorrentes em Itália ou noutros Estados-Membros.

b) Carácter selectivo dos auxílios

No acórdão *Países Baixos/Comissão*, já referido, o Tribunal considerou que o sistema de transacção de direitos de emissão para os óxidos de azoto (NO_x) adoptado pelo Reino dos Países Baixos não constituía um auxílio de Estado. Com efeito, por um lado, todas as instalações industriais dos Países Baixos cuja capacidade térmica total instalada ultrapassa um determinado limite, sem nenhuma consideração de ordem geográfica ou sectorial, estão sujeitas ao valor limite de emissão de NO_x fixado pela medida em causa e podem beneficiar da vantagem em que consiste a negociabilidade dos direitos de emissão prevista por essa medida. Aplicando-se às empresas mais poluentes, o sistema em causa utiliza um critério objectivo e de acordo com a finalidade prosseguida, que é o da

protecção do ambiente. Por outro lado, a norma de emissão ou a taxa de desempenho padrão estrita só é imposta, sob pena da aplicação de uma coima, às empresas abrangidas por esse regime. Assim sendo, a situação factua e jurídica das empresas sujeitas a esse valor-limite de emissão de NO_x não pode ser comparada à das empresas às quais esse valor-limite não se aplica. De qualquer forma, mesmo admitindo que a medida em causa introduza uma diferenciação entre empresas e seja, por conseguinte, *a priori*, selectiva, essa diferenciação resulta da natureza ou da economia do sistema em que se inscreve e, não preenche, portanto, esse requisito de selectividade. Com efeito, considerações de ordem ecológica justificam que se distingam as empresas que emitem grandes quantidades de NO_x das outras empresas.

Em contrapartida, no acórdão *SIC/Comissão*, já referido, o Tribunal considerou que a Comissão não fez prova bastante de que certas vantagens de que a RTP beneficiou (isenção de encargos notariais, de emolumentos de registo e de custos de publicação relativos à transformação dessa empresa em sociedade anónima por via legislativa) não preenchiam o requisito da selectividade por se justificarem pela natureza ou pela lógica geral do sistema no qual se inscreviam. Com efeito, por um lado, a Comissão não examinou a questão de saber se o recurso ao instrumento legislativo, que conduz à isenção dos encargos notariais, não tinha sido escolhido com o objectivo de fazer com que as empresas públicas não ficassem sujeitas a encargos, mas se inscrevia simplesmente na lógica do sistema jurídico português. Por outro, a Comissão devia ter verificado se fazia parte da lógica do sistema jurídico português que a transformação da RTP em sociedade anónima não fosse feita da forma normalmente prevista para as sociedades privadas, ou seja, através de escritura pública (com todas as consequências jurídicas daí decorrentes, em termos de formalidades de registo e de publicidade), mas através de uma lei.

O processo *Governo de Gibraltar e Reino Unido/Comissão* (acórdão de 18 de Dezembro de 2008, T-211/04 e T-215/04, ainda não publicado) permitiu ao Tribunal clarificar o requisito da selectividade.

Em Agosto de 2002, o Reino Unido notificou à Comissão o projecto do Governo de Gibraltar de reforma do imposto sobre as sociedades, que incluía a criação de três formas de tributação: uma taxa de registo, um imposto sobre o número de trabalhadores e um imposto sobre a ocupação de instalações para fins comerciais (*business property occupation tax*, a seguir «BPOT»), sendo certo que a tributação a título destes dois últimos impostos seria limitada a 15% dos lucros. A Comissão considerou que essa reforma era selectiva no plano regional, na medida em que previa que as sociedades situadas em Gibraltar estivessem sujeitas a uma taxa de tributação inferior à das empresas estabelecidas no Reino Unido. Além disso, considerou que três aspectos da reforma fiscal eram selectivos no plano material: em primeiro lugar, a condição da realização de lucros para que uma empresa fosse sujeita ao imposto sobre o número de trabalhadores e ao BPOT, na medida em que esta condição favoreceria as empresas que não realizassem nenhum lucro; em segundo lugar, a aplicação do limite máximo de 15% dos lucros no que se referia ao imposto sobre o número de trabalhadores e ao BPOT, dado que este limite favoreceria as empresas que, no exercício fiscal em questão, apresentassem lucros pouco elevados em relação ao número de efectivos e às instalações que ocupavam; em terceiro lugar, o imposto sobre o número de trabalhadores e o BPOT, uma vez que estes dois impostos

favoreceriam, por natureza, as empresas que não estivessem realmente presentes em Gibraltar.

Aplicando os requisitos enunciados pela jurisprudência relativa aos auxílios concedidos por entidades infra-estatais ⁽¹⁷⁾, o Tribunal considerou que o quadro de referência para apreciar a selectividade regional da reforma fiscal em causa correspondia exclusivamente ao território de Gibraltar e que, por conseguinte, não podia ser efectuada qualquer comparação com o sistema aplicável no Reino Unido.

No que diz respeito à selectividade material, o Tribunal observa que a qualificação de uma medida fiscal como selectiva supõe uma análise em três etapas. Num primeiro tempo, a Comissão deve identificar e examinar o regime «normal» do sistema fiscal aplicável na zona geográfica que constitui o quadro de referência pertinente. É em relação a este regime fiscal «normal» que a Comissão deve, num segundo tempo, estabelecer o eventual carácter selectivo da vantagem concedida pela medida fiscal em causa. Se a Comissão demonstrar a existência de derrogações ao regime fiscal «normal» que tenham por consequência uma diferenciação entre empresas, o Estado-Membro em causa pode fazer prova de que essa diferenciação se justifica pela natureza e pela economia do seu sistema fiscal. Nesta hipótese, a Comissão deve verificar, num terceiro tempo, se é efectivamente o que acontece. A este respeito, o Tribunal acrescenta que, no caso de a Comissão não ter efectuado as referidas primeira e segunda etapas, não pode iniciar a terceira, sob pena de ultrapassar os limites deste controlo. Com efeito, esta posição seria susceptível, por um lado, de permitir à Comissão substituir-se ao Estado-Membro no que diz respeito à determinação do seu sistema fiscal e do seu regime «normal» e, por outro, de colocar, assim, o Estado-Membro na impossibilidade de justificar as diferenciações em causa pela natureza ou pela economia do sistema fiscal notificado.

Tendo verificado que a Comissão não identificou previamente o regime «normal» do sistema fiscal notificado, nem pôs em causa a qualificação feita pelas autoridades de Gibraltar, o Tribunal considerou que era impossível, para esta instituição, provar que determinados elementos do sistema fiscal notificado tinham carácter derogatório, e, portanto, *a priori*, selectivo em relação ao seu regime «normal». Do mesmo modo, o Tribunal considerou que era igualmente impossível à Comissão apreciar correctamente se eventuais diferenciações entre empresas se podiam justificar pela natureza ou pela economia geral do sistema fiscal notificado.

c) Critério do investidor privado em economia de mercado

No acórdão de 17 de Dezembro de 2008, *Ryanair/Comissão* (T-196/04, ainda não publicado), o Tribunal anulou a decisão através da qual a Comissão examinou separadamente dois acordos celebrados pela companhia aérea Ryanair com a Região da Valónia, proprietária do aeroporto de Charleroi, e o Brussels South Charleroi Airport (a seguir «BSCA»), empresa pública controlada pela Região da Valónia que gere e explora

⁽¹⁷⁾ Acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Setembro de 2006, *Portugal/Comissão*, C-88/03, Colect., p. I-7115, n.º 67.

esse aeroporto. Nos termos da decisão impugnada, esses dois acordos compreendiam auxílios de Estado incompatíveis com o mercado comum. A Comissão considerou, nomeadamente, que Região da Valónia tinha celebrado o primeiro acordo com a Ryanair na qualidade de poder público, e que, assim, o seu papel nesse acordo não podia ser analisado à luz do princípio do investidor privado em economia de mercado. O Tribunal começou por referir que, uma vez que o BSCA é uma entidade economicamente dependente da Região da Valónia, a Comissão devia tê-los considerado uma única e mesma entidade. Em seguida, verificou que, ao celebrar um acordo com a Ryanair, a Região da Valónia exerceu uma actividade de natureza económica. Com efeito, o simples facto de essa actividade ser executada no domínio público não significa que consista no exercício de prerrogativas de poder público. Além disso, por si só, a circunstância de a Região da Valónia dispor de poderes de natureza regulamentar em matéria de fixação das taxas aeroportuárias não exclui que o exame de um sistema de descontos das referidas taxas se deva efectuar à luz do princípio do investidor privado em economia de mercado.

d) Aplicação *ratione temporis* das derrogações à proibição dos auxílios de Estado

No processo *SIDE/Comissão* (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Abril de 2008, T-348/04, ainda não publicado), a Comissão tinha aplicado a derrogação relativa às medidas destinadas a promover a cultura e a conservação do património, prevista no artigo 87.º, n.º 3, alínea d), CE, que entrou em vigor em 1 de Novembro de 1993, a um auxílio concedido pela França antes dessa data. Depois de ter recordado que as normas comunitárias de direito substantivo não se aplicam, em princípio, a situações adquiridas anteriormente à sua entrada em vigor, e de ter esclarecido o facto de esta conclusão se impor independentemente dos efeitos favoráveis ou desfavoráveis eventualmente resultantes para os interessados, o Tribunal declarou, por um lado, que qualquer novo auxílio de Estado é necessariamente incompatível com o mercado comum se for susceptível de falsear a concorrência durante o período no decurso do qual é pago e se não estiver abrangido por nenhuma excepção e, por outro, que uma vez produzidos os seus efeitos, o carácter compatível ou incompatível com o mercado comum do auxílio em questão se torna definitivamente adquirido. Assim, a análise da compatibilidade do auxílio com o mercado comum não exige apenas que se aprecie se, no momento da adopção da correspondente decisão, o interesse comunitário impunha que o auxílio fosse ou não restituído, pois a Comissão deve também verificar se, durante o período em que o auxílio em questão foi pago, o referido auxílio era susceptível de falsear a concorrência. Com base nestas considerações, o Tribunal concluiu que, ao aplicar a referida derrogação ao período anterior a 1 de Novembro de 1993, a Comissão cometeu um erro de direito.

e) Serviços de interesse económico geral

O processo *BUPA e o./Comissão* (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Fevereiro de 2008, T-289/03, ainda não publicado) permitiu ao Tribunal desenvolver a sua jurisprudência relativa à questão de saber se as compensações que uma empresa recebe em contrapartida de um serviço de interesse económico geral (a seguir «SIEG») que assegura constituem ou não um auxílio de Estado. O litígio tinha por objecto a organização

seguros privados de saúde (private medical insurance, a seguir «PMI») na Irlanda, que foi objecto, entre 1994 e 1996, de liberalização, no contexto da qual o Voluntary Health Insurance Board (VHI) passou a entrar em concorrência com outros operadores, entre os quais a recorrente. No âmbito desta liberalização, foi prevista a criação de um sistema de compensação dos riscos (a seguir «RES») gerido pela Health Insurance Authority (a seguir «HIA»). No essencial, o RES constitui um mecanismo que prevê, por um lado, o pagamento de uma contribuição à HIA por parte das seguradoras PMI com um perfil de risco menor do que o perfil de risco médio do mercado e, por outro, o pagamento correspondente pela HIA às seguradoras PMI com um perfil de risco maior que o perfil médio. O mecanismo prevê os diversos escalões de accionamento dos pagamentos RES. Na sequência de uma queixa que lhe foi apresentada pela BUPA e após ter sido notificada do RES pela Irlanda, a Comissão decidiu que os pagamentos decorrentes do RES constituíam uma indemnização destinada a compensar obrigações de SIEG, a saber, obrigações que se destinam a assegurar a toda e qualquer pessoa que viva na Irlanda um nível mínimo de serviços PMI ao mesmo preço, independentemente do seu estado de saúde, da sua idade ou sexo (a seguir «obrigações AMP») ⁽¹⁸⁾.

O Tribunal considerou que, embora, na altura em que a Comissão analisou o caso, o acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Julho de 2003, *Altmark Trans e Regierungspräsidium Magdeburg* ⁽¹⁹⁾ (a seguir «acórdão Altmark»), ainda não tivesse sido proferido, era à luz dos quatro requisitos aí enunciados pelo Tribunal de Justiça (a seguir «requisitos Altmark») que se devia examinar a legalidade da decisão impugnada. Com efeito, por um lado, o Tribunal de Justiça não limitou no tempo o alcance das conclusões a que chegou no acórdão Altmark, e, por outro, a interpretação que o Tribunal de Justiça dá a uma norma do direito comunitário limita-se a esclarecer e precisar o seu significado e alcance, tal como deveria ter sido compreendida e aplicada, inclusivamente pelas instituições comunitárias, desde o momento da sua entrada em vigor. O Tribunal esclareceu que, no caso concreto, os requisitos Altmark, que aliás têm um alcance que coincide com o dos critérios do artigo 86.º, n.º 2, CE, deviam ser aplicados de acordo com o espírito e com a finalidade que tinham presidido à sua enunciação, mas de forma adaptada aos dados particulares do caso concreto.

No âmbito do primeiro requisito Altmark, segundo o qual a empresa beneficiária da compensação deve efectivamente ser encarregada da execução de obrigações de serviço público claramente definidas, o Tribunal constatou que o direito comunitário não fornece uma definição regulamentar clara e precisa do conceito de SIEG nem um conceito jurídico estabelecido que fixe, de forma definitiva, as condições que devem estar preenchidas para que um Estado-Membro possa validamente invocar a existência e a protecção de um SIEG. Assim, os Estados-Membros têm um amplo poder de apreciação quanto à definição do que consideram ser um SIEG e esta definição só pode ser posta em causa pela Comissão em caso de erro manifesto. Este amplo poder discricionário não significa, no entanto, que o Estado-Membro esteja dispensado de assegurar que o SIEG que invoca satisfaça certos critérios mínimos (designadamente a existência de um acto de autoridade pública que invista os operadores em causa do SIEG e o carácter universal e obrigatório desse serviço)

⁽¹⁸⁾ Decisão C(2003) 1322 final, de 13 de Maio de 2003 (auxílio de Estado N 46/2003-Irlanda).

⁽¹⁹⁾ C-280/00, Colect., p. I-7747.

comuns a todo e qualquer SIEG na acepção do Tratado CE, nem de demonstrar que esses critérios estão realmente satisfeitos no caso concreto. A falta de prova por parte do Estado-Membro de que esses critérios estão satisfeitos pode constituir um erro manifesto de apreciação que a Comissão deve punir. Além disso, o Estado-Membro deve indicar as razões pelas quais considera que o serviço em causa merece, pelo seu carácter específico, ser qualificado de SIEG. Com efeito, na falta dessa fundamentação, um controlo, mesmo marginal, por parte das instituições comunitárias, não é possível. O Tribunal esclarece ainda que o reconhecimento de um SIEG não pressupõe necessariamente que seja atribuído ao operador encarregado desse serviço um direito exclusivo ou especial para o realizar, e que a atribuição de um SIEG pode igualmente consistir numa obrigação imposta a uma série de operadores ou mesmo a todos os operadores activos num mesmo mercado. Em contrapartida, os requisitos indispensáveis para caracterizar a existência de um SIEG são o seu carácter obrigatório e universal: embora o primeiro imponha ao prestador a obrigação de contratar, em condições constantes, sem poder rejeitar a outra parte contratante, o segundo não impõe que o serviço em causa seja forçosamente prestado a toda a população de um Estado-Membro, desde que seja prestado a tarifas uniformes e não discriminatórias e em condições de qualidade similares para todos os clientes. Ao aplicar estes critérios ao caso concreto, o Tribunal decidiu que o RES preenchia o primeiro requisito Altmark.

Quanto ao segundo requisito Altmark, segundo o qual os parâmetros com base nos quais a compensação para o exercício do SIEG é calculada devem ser previamente estabelecidos de forma objectiva e transparente, o Tribunal considerou que também se encontrava preenchido no caso concreto. Com efeito, os eventuais poderes das autoridades irlandesas no cálculo dos pagamentos RES não eram, por si só, incompatíveis com a existência de parâmetros objectivos e transparentes. Por outro lado, a mera complexidade das fórmulas económicas e matemáticas que regulavam os cálculos a efectuar não afectava o carácter preciso e claramente determinado dos parâmetros pertinentes.

No âmbito da análise do terceiro requisito Altmark, segundo o qual compensação deve ser necessária e proporcionada relativamente aos custos gerados pela execução do SIEG, o Tribunal observou que os pagamentos RES não se destinavam a compensar eventuais custos ou custos adicionais associados a uma prestação precisa de certos serviços PMI, mas unicamente a compensar os encargos suplementares que alegadamente resultavam de um diferencial negativo do perfil de risco de uma seguradora PMI relativamente ao perfil de risco médio do mercado. No entanto, tal não implica a violação do requisito em causa. Com efeito, uma vez que o sistema de compensação em causa no caso concreto diferia radicalmente, nomeadamente, do examinado no acórdão Altmark, não podia obedecer estritamente ao terceiro requisito Altmark, que exige que se possam determinar os custos ocasionados pela execução de uma obrigação SIEG. Contudo, a quantificação dos custos adicionais através de uma comparação entre o perfil de risco real de uma seguradora PMI e o perfil de risco médio do mercado, atendendo aos montantes reembolsados por todas as seguradoras PMI sujeitas ao RES, é conforme à finalidade e ao espírito do referido requisito, na medida em que o cálculo da compensação se baseia em elementos objectivos concretos, claramente identificáveis e controláveis.

Quanto ao quarto requisito Altmark, que exige que os custos suportados para a execução do SIEG correspondam aos de uma empresa eficiente, o Tribunal declarou que a Comissão

podia validamente considerar que, no caso concreto, não era necessário proceder a uma comparação entre os beneficiários potenciais dos pagamentos RES e um operador eficiente. Havia que levar em conta que o referido requisito não é aplicável, de modo estrito, ao sistema RES, devido às duas seguintes especificidades: a neutralidade do sistema de compensação constituído pelo RES relativamente às receitas e aos lucros das seguradoras PMI e a particularidade dos custos adicionais associados a um perfil de risco negativo das referidas seguradoras ⁽²⁰⁾.

Outros acórdãos permitiram ao Tribunal completar, em 2008, a grelha de análise aplicável às compensações relativas à execução de um SIEG.

No acórdão de 1 de Julho de 2008, *Deutsche Post/Comissão* (T-266/02, ainda não publicado, pendente de recurso), o Tribunal salientou, em primeiro lugar, que, quando são concedidos recursos estatais em compensação de custos adicionais ligados ao cumprimento de um SIEG com observância dos requisitos Altmark, a Comissão não pode, sob pena de privar o artigo 86.º, n.º 2, CE de qualquer efeito útil, qualificar de auxílio de Estado os recursos públicos concedidos se o seu montante total for inferior aos custos adicionais originados pelo cumprimento do referido SIEG. Assim, se a Comissão não verificar se o montante das compensações excede os custos adicionais ligados a um SIEG, não faz prova bastante de que essa compensação confere uma vantagem na acepção do artigo 87, n.º 1, CE e pode, assim, constituir um auxílio de Estado. Por outro lado, quando a Comissão não efectua qualquer análise ou apreciação a este respeito, não compete ao órgão jurisdicional comunitário efectuar, em vez da referida instituição, um exame ao qual esta nunca procedeu, avaliando as conclusões a que teria chegado se o tivesse efectuado.

No acórdão *SIC/Comissão*, já referido, o Tribunal declarou que a República Portuguesa não estava obrigada a organizar um procedimento de concurso para adjudicação do SIEG da televisão à RTP. Com efeito, a especificidade da radiodifusão de serviço público, em particular a sua relação com as necessidades de natureza democrática, social e cultural de cada sociedade, explica e justifica que um Estado-Membro não seja obrigado a recorrer a procedimentos de concurso para a atribuição do SIEG da radiodifusão, pelo menos quando decida garantir ele próprio esse serviço público através de uma sociedade pública, como sucedia no caso concreto.

O Tribunal referiu que os Estados-Membros são competentes para definir o SIEG da radiodifusão de forma a que a difusão comporte uma vasta gama de programação, autorizando o operador encarregado desse SIEG a exercer actividades comerciais, como a venda de espaços publicitários. Se assim não fosse, a própria definição do SIEG da radiodifusão dependeria do seu modo de financiamento, quando um SIEG se define relativamente ao interesse geral que visa satisfazer, e não relativamente aos meios que assegurarão o seu fornecimento.

No que diz respeito à fiscalização do respeito, pela RTP, do seu mandato de serviço público, o Tribunal esclareceu que só o Estado-Membro está em condições de apreciar o respeito,

⁽²⁰⁾ No acórdão *Hotel Cipriani e o./Comissão*, já referido, o Tribunal confirmou, no que diz respeito às decisões adoptadas pela Comissão anteriormente ao acórdão Altmark, que havia que verificar se a abordagem global adoptada era compatível com a essência dos requisitos Altmark.

pelo organismo de radiodifusão de serviço público, das normas de qualidade definidas no seu mandato. A Comissão deve limitar-se à constatação da existência, a nível nacional, de um mecanismo de fiscalização independente, o que aconteceu no caso concreto. Relativamente à proporcionalidade entre os financiamentos e os custos do serviço público, o Tribunal concluiu que, ao não ter pedido à República Portuguesa que lhe comunicasse determinados relatórios de auditoria da RTP, a Comissão violou o seu dever de apreciação. Com efeito, a Comissão não pode deixar de pedir que lhe sejam comunicados elementos de informação susceptíveis de confirmar ou infirmar outros elementos de informação pertinentes para o exame da medida em causa, mas em relação aos quais não se pode considerar que a fiabilidade esteja suficientemente provada.

O Tribunal referiu, além disso, no acórdão *TV 2/Danmark e o./Comissão*, já referido, que o SIEG da radiodifusão não se deve necessariamente limitar à difusão de emissões não rentáveis. O Tribunal considera que a alegação segundo a qual a empresa TV 2, encarregada do SIEG (TV 2), será inevitavelmente levada a subvencionar a sua actividade comercial através do financiamento estatal do serviço público remete, quando muito, para um risco que compete aos Estados-Membros evitar e à Comissão, sendo caso disso, punir. Por outro lado, quanto à liberdade deixada pelas autoridades dinamarquesas à TV 2 na definição concreta da sua programação, o Tribunal considera que não é anormal que um organismo de radiodifusão de serviço público beneficie, sem prejuízo da observância das exigências qualitativas, de independência editorial em relação ao poder político na escolha dos programas.

f) **Auxílios destinados a remediar os danos causados por acontecimentos extraordinários**

Segundo o artigo 87.º, n.º 2, alínea b), CE, os auxílios destinados a remediar os danos causados por acontecimentos extraordinários devem ser declarados compatíveis com o mercado comum.

Na sequência dos atentados de 11 de Setembro de 2001, a Comissão adoptou, em 10 de Outubro de 2001, uma comunicação ⁽²¹⁾ na qual considerou que essa disposição podia autorizar que fossem indemnizados, nomeadamente, os custos gerados pelo encerramento do espaço aéreo americano de 11 a 14 de Setembro de 2001. No acórdão de 25 de Junho de 2008, *Olympiaki Aeroporia Ypiresies/Comissão* (T-268/06, ainda não publicado), o Tribunal anulou parcialmente a decisão da Comissão que declarou incompatível com o mercado comum a parte dos auxílios concedidos pela República Helénica para compensar os prejuízos causados pela anulação de voos previstos fora do período objecto da referida comunicação. O Tribunal decidiu que, embora o artigo 87.º, n.º 2, alínea b), CE só permita compensar os prejuízos económicos directamente causados por acontecimentos extraordinários, pode ser reconhecida a existência de um nexo directo mesmo que os danos se tenham verificado, como no caso concreto, pouco tempo depois do referido período.

⁽²¹⁾ COM(2001) 574 final.

3. Normas processuais

Por último, a jurisprudência de 2008 permite clarificar as obrigações que incumbem à Comissão quando adopta uma segunda decisão relativa a um auxílio de Estado que tenha sido objecto de uma decisão anulada pelo Tribunal. No acórdão *Alitalia/Comissão*, já referido, o Tribunal considerou que a Comissão não tinha obrigação de reabrir, nesse caso, o processo formal de investigação, pois as ilegalidades declaradas pelo Tribunal não remontavam à abertura do referido procedimento. Além disso, a Comissão não estava obrigada a facultar novamente aos terceiros interessados, cujo direito de apresentarem as suas observações tinha sido garantido no âmbito da primeira decisão através da publicação de uma comunicação no Jornal Oficial relativa à sua decisão de abrir o procedimento formal de investigação, essa mesma possibilidade no âmbito da adopção da segunda decisão.

Marca comunitária

As decisões relativas à aplicação do Regulamento (CE) n.º 40/94 ⁽²²⁾ continuam a representar, em 2008, um número significativo (171) dos processos findos pelo Tribunal, apesar de representarem uma percentagem menos elevada em relação à de 2007.

1. Motivos absolutos de recusa de registo

No acórdão de 12 de Novembro de 2008, *Lego Juris/IHMI — Mega Brands (tijolo da Lego)* (T-270/06, ainda não publicado), relativo a um processo de declaração de nulidade, o Tribunal pronunciou-se pela primeira vez sobre o alcance do motivo absoluto de recusa previsto no artigo 7.º, n.º 1, alínea e), ii) do Regulamento n.º 40/94, segundo o qual deve ser recusado o registo de sinais exclusivamente compostos pela forma do produto necessária para obter um resultado técnico. O Tribunal declarou que a referida disposição se opõe ao registo de toda e qualquer forma composta exclusivamente, nas suas características essenciais, pela forma do produto tecnicamente causal e suficiente para a obtenção do resultado técnico visado, mesmo quando este resultado possa ser alcançado por outras formas que utilizem a mesma, ou outra, solução técnica. Essas características devem ser determinadas de modo objectivo, a partir da representação gráfica da forma em causa e de eventuais descrições apresentadas com o pedido de marca, e não com base na percepção do consumidor-alvo.

Por ocasião de outro processo de declaração de nulidade, o Tribunal definiu, no acórdão de 15 de Outubro de 2008, *Powerserv Personalservice/IHMI — Manpower (MANPOWER)* (T-405/05, ainda não publicado, pendente de recurso), o espaço geográfico em que o público relevante pode apreender o sinal constituído pela palavra inglesa «manpower» como descritivo. A este respeito, considerou que tal podia acontecer até nos Estados-Membros não anglófonos, desde que, em primeiro lugar, essa palavra inglesa

⁽²²⁾ Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho, de 20 de Dezembro de 1993, sobre a marca comunitária (JO 1994, L 11, p. 1).

tenha entrado na língua do país em causa e possa ser aí utilizada em substituição do termo que nessa língua significa «força de trabalho» ou «mão-de-obra», ou que, em segundo lugar, no contexto a que pertencem os produtos e serviços protegidos pela marca MANPOWER, o inglês seja utilizado, ainda que apenas alternativamente à língua nacional, para chegar até ao público relevante. Em conformidade com estes critérios, o Tribunal concluiu que a câmara de recurso considerou correctamente que o sinal em causa era descritivo na Alemanha e na Áustria, e erradamente que o mesmo sucedia nos Países Baixos, na Suécia e na Dinamarca. Outros desenvolvimentos relativos ao papel do conhecimento das línguas pelo público pertinente constam do acórdão de 26 de Novembro de 2008, *New Look/IHMI (NEW LOOK)* (T-435/07, não publicado), em que o Tribunal declarou que a compreensão básica do inglês pelo grande público dos países escandinavos, dos Países Baixos e da Finlândia era um facto notório, tendo a câmara de recurso considerado correctamente que o sinal NEW LOOK, expressão banal do inglês corrente que não oferece qualquer dificuldade linguística, não tinha qualquer carácter distintivo nestes países.

Outro contributo marcante da jurisprudência deste ano neste domínio diz respeito ao alcance da remissão que o artigo 7.º, n.º 1, alínea h), do Regulamento n.º 40/94 faz para os motivos absolutos de recusa enunciados no artigo 6.º *ter* da Convenção de Paris ⁽²³⁾. No processo no âmbito do qual foi proferido o acórdão de 28 de Fevereiro de 2008, *American Clothing Associates/IHMI* (Representação de uma folha de ácer) (T-215/06, ainda não publicado, pendente de recurso), que teve origem no recurso interposto por uma empresa à qual o Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) (a seguir «IHMI») tinha recusado o registo de um sinal constituído, nomeadamente, por uma folha de ácer, pelo facto de a bandeira canadiana conter também a representação dessa folha, o Tribunal decidiu que, devido à distinção que a referida convenção faz entre as «marcas de fábrica ou de comércio» e as «marcas de serviço», o seu artigo 6.º *ter*, alínea a), que impõe que seja recusado o registo, nomeadamente, de bandeiras e outras insígnias de Estado, não se aplicava às «marcas de serviço». Com efeito, se o legislador comunitário tivesse tido a intenção de estender essa proibição às marcas relativas aos serviços, não se teria limitado a fazer uma simples remissão para o artigo 6.º *ter* da Convenção de Paris, mas teria mencionado essa proibição no próprio texto do artigo 7.º do Regulamento n.º 40/94. Além disso, o Tribunal declarou que, ao contrário do que está previsto para a apreciação do carácter distintivo de uma marca complexa, quando se aplica o artigo 6.º *ter* da Convenção de Paris, há que ter em conta cada um dos elementos que constituem a referida marca, bastando que um deles consista numa insígnia de Estado ou numa sua imitação para impedir o registo da marca em causa, independentemente da sua percepção global. Por último, a aplicação do artigo 6.º *ter*, n.º 1, alínea a), da Convenção de Paris não está sujeita à condição da existência de uma possibilidade de erro do público em causa quanto à origem dos produtos designados pela marca pedida ou quanto à existência de um nexo entre o titular desta marca e o Estado cuja insígnia figura na referida marca.

No acórdão de 9 de Julho de 2008, *Hartmann/IHMI (E)* (T-302/06, não publicado), o Tribunal introduziu um importante esclarecimento relativamente à jurisprudência segundo a qual o IHMI pode basear a sua análise em factos resultantes da experiência prática geralmente

(23) Convenção de Paris para a Protecção da Propriedade Industrial, de 20 de Março de 1883, conforme revista e alterada (Nações Unidas, Colectânea de Tratados, vol. 828, n.º 11847, p. 108).

adquirida sobre a comercialização de produtos de grande consumo sem ser obrigado a dar exemplos dessa experiência. O Tribunal considerou que, uma vez que os produtos objecto da marca cujo registo havia sido pedido haviam sido definidos pelas instâncias do IHMI como produtos que não se destinavam ao grande consumo, mas a um público especializado, não se podia considerar que essas instâncias tinham baseado a sua análise em factos concretos que pudessem ser conhecidos de toda a gente.

Vários acórdãos permitiram ao Tribunal definir a relação que deve existir entre uma marca e os produtos ou serviços em causa para que a marca possa ser considerada descritiva, nomeadamente os acórdãos de 2 de Abril de 2008, *Eurocopter/IHMI (STEADYCONTROL)* (T-181/07, não publicado), de 24 de Setembro de 2008, *HUP Usługi Polska/IHMI — Manpower (I.T.@MANPOWER)* (T-248/05, não publicado, pendente de recurso), de 15 de Outubro de 2008, *REWE-Zentral/IHMI (Port Louis)* (T-230/06, não publicado), de 25 de Novembro de 2008, *CFCMCEE/IHMI (SURFCARD)* (T-325/07), não publicado, e de 2 de Dezembro de 2008, *Ford Motor/IHMI (FUN)* (T-67/07, ainda não publicado). Em particular, neste último acórdão, o Tribunal considerou que a relação entre o sentido da palavra «fun», por um lado, e os veículos terrestres a motor e respectivas peças e componentes, por outro, não era suficientemente directa e concreta para que pudesse ser recusado o registo da marca em causa, contrariamente ao que tinha decidido a câmara de recurso.

Por último, no acórdão de 12 de Março de 2008, *Compagnie générale de diététique/IHMI (GARUM)* (T-341/06, não publicado), o Tribunal afirmou que a análise do carácter distintivo de um sinal se deve basear numa experiência de mercado concreta e actual ou, pelo menos, muito provável e suficientemente próxima no tempo. Em contrapartida, uma evolução presumida, ou mesmo hipotética, sem nenhuma relação com elementos concretos e verificáveis não é, em princípio, suficiente.

2. Motivos relativos de recusa de registo

O contencioso entre a sociedade checa Budějovický Budvar e a sociedade americana Anheuser-Busch levou, como em 2007, o Tribunal a interpretar, no acórdão de 16 de Dezembro de 2008, *Budějovický Budvar/IHMI — Anheuser-Busch (BUD)* (T-225/06, T-255/06, T-257/06 e T-309/06, ainda não publicado), o artigo 8.º, n.º 4, do Regulamento n.º 40/94, que permite deduzir oposição ao registo de uma marca comunitária invocando um sinal anterior que não seja uma marca. Antes de mais, o Tribunal referiu que o IHMI deve levar em conta os direitos anteriores protegidos nos Estados-Membros, sem poder pôr em causa a sua qualificação. Assim, enquanto a protecção concedida na Áustria e em França à denominação de origem «bud» for válida ao abrigo dos direitos nacionais destes Estados, o IHMI deve levar em conta os efeitos dessa protecção. Em seguida, o Tribunal constatou que, em vez de aplicar por analogia o artigo 43.º do Regulamento n.º 40/94 e de exigir que a Budějovický Budvar fizesse prova da utilização «séria» das denominações «bud», o IHMI devia ter verificado se os sinais em causa eram utilizados no contexto de uma actividade comercial destinada a obter uma vantagem económica, e não no domínio privado, independentemente do território em que essa utilização tivesse sido feita. O Tribunal considerou que a sociedade checa conseguiu provar que as denominações em causa eram utilizadas no mundo dos negócios. Além disso, o Tribunal considerou que o

IHMI cometia um erro ao não levar em conta todos os elementos factuais e jurídicos pertinentes para determinar se os ordenamentos jurídicos nacionais em causa permitiam que a Budějovický Budvar proibisse a utilização de uma marca mais recente.

Um dos outros principais contributos da jurisprudência de 2008 na matéria diz respeito à questão da semelhança dos produtos e/ou dos serviços objecto da marca anterior e da marca pedida para efeitos de verificar se há um risco de confusão. No acórdão de 18 de Junho de 2008, *Coca-Cola/IHMI — San Polo (MEZZOPANE)* (T-175/06, ainda não publicado), em primeiro lugar, o Tribunal constatou que entre o vinho e a cerveja existia apenas uma diminuta semelhança. Apesar de o vinho e a cerveja poderem, em parte, satisfazer a mesma necessidade de saborear uma bebida com uma refeição ou uma entrada, o consumidor pertinente apreende-os como produtos distintos. Por outro lado, não há nenhum elemento que permita concluir que o comprador de um destes produtos é levado a comprar o outro, e que, assim, estes produtos são complementares. Em contrapartida, apesar das diferenças de preço, o vinho e a cerveja são, em certa medida, concorrentes.

No acórdão de 4 de Novembro de 2008, *Group Lottuss/IHMI — Ugly (COYOTE UGLY)* (T-161/07, não publicado), o Tribunal concluiu pela existência de uma grande complementaridade entre as «cervejas», por um lado, e os «serviços de bar de cocktail» e os «serviços de divertimento e de discoteca», por outro. Com efeito, as cervejas são consumidas para saciar a sede ou por prazer, ao passo que estes serviços cobrem a actividade que consiste em preparar e servir bebidas alcoólicas num local onde as pessoas vão para se divertirem. O Tribunal considera que o IHMI podia, assim, com razão, concluir pela existência de um grau diminuto de semelhança entre esses produtos e esses serviços. O mesmo não sucede no que diz respeito à semelhança entre as cervejas e as «actividades culturais», uma vez que estas últimas têm uma relação de complementaridade com a cerveja muito menor do que os serviços acima referidos.

A complementaridade entre produtos e serviços foi também objecto de dois outros acórdãos, proferidos a propósito de processos de declaração de nulidade. No acórdão de 24 de Setembro de 2008, *Oakley/IHMI — Venticinq (O STORE)* (T-116/06, ainda não publicado), o Tribunal considerou que a relação entre os serviços prestados no âmbito do comércio a retalho de certos artigos de vestuário e estes mesmos artigos se caracteriza por uma ligação estreita, no sentido de que os produtos são importantes ou mesmo indispensáveis para o desenvolvimento dos referidos serviços. Com efeito, estes últimos são prestados por ocasião da venda dos referidos produtos e o comércio a retalho compreende toda a actividade desenvolvida pelo operador com o objectivo de incitar à conclusão de um acto de venda. Em contrapartida, esta ligação não existe quando os serviços de venda abrangidos por uma marca são relativos a acessórios e a outra marca é relativa a artigos de vestuário e produtos em pele.

No acórdão de 12 de Novembro de 2008, *Weiler/IHMI — IQNet Association — The International Certification Network (Q2WEB)* (T-242/07, não publicado), para fundamentar a sua conclusão segundo a qual os produtos e os serviços em causa objecto da marca Q2WEB podiam todos ser utilizados e/ou prestados de modo associado ou consecutivo para fornecer aos consumidores os serviços em causa objecto da marca QWEB Certified Site, o Tribunal sublinhou que os prestadores de serviços de telecomunicações, em

particular de serviços de telecomunicações por Internet, como os que eram objecto da QWEB Certified Site, fornecem geralmente um programa informático aos seus clientes, bem como um serviço de manutenção e de actualização deste programa, que é, portanto, possivelmente, importante para a utilização do serviço de telecomunicações prestado, e que esses programas e serviços fazem parte dos produtos e dos serviços objecto da marca Q2WEB.

A jurisprudência deste ano trouxe, ainda, contributos relativos à comparação conceptual entre os sinais em conflito no âmbito dos processos *inter partes*. Tendo sido chamado a pronunciar-se sobre a semelhança entre os sinais nominativos EL TIEMPO e TELETIEMPO, o Tribunal decidiu, no acórdão de 22 de Abril de 2008, *Casa Editorial el Tiempo/IHMI — Instituto Nacional de Meteorología (EL TIEMPO)* (T-233/06, não publicado), que nada na redacção da descrição dos produtos e dos serviços em causa permitia considerar que a palavra «tiempo» seria necessariamente interpretada na sua acepção cronológica relativamente à marca cujo registo tinha sido pedido e na sua acepção climatológica relativamente às marcas anteriores.

Por outro lado, resulta do acórdão de 2 de Dezembro de 2008, *Harman International Industries/IHMI — Becker (Barbara Becker)* (T-212/07, ainda não publicado), em que o Tribunal considerou que, quando uma marca nominativa é composta por dois elementos, dos quais um é comum ao único elemento constitutivo de outra marca nominativa, não é necessário, para concluir pela existência de um risco de confusão, que o elemento comum às marcas em conflito constitua o elemento dominante na impressão de conjunto produzida pela marca composta. Com efeito, se essa condição fosse exigida, mesmo no caso de o elemento comum ocupar uma posição distintiva autónoma na marca composta, o titular da marca anterior seria privado do direito exclusivo conferido por essa marca.

Por último, o Tribunal definiu o nível de atenção do consumidor médio quando compra um móvel pouco dispendioso. Uma vez que este consumidor actua com base numa série de considerações funcionais e estéticas, para criar harmonia com os outros móveis que já tem, o Tribunal, no acórdão de 16 de Janeiro de 2008, *Inter-IKEA/IHMI — Waibel (idea)* (T-112/06, não publicado), considerou que, embora o acto de comprar em sentido estrito possa ser efectuado rapidamente no caso de certas peças de mobiliário, o processo de comparação e de reflexão que antecede a escolha exige, por definição, um nível elevado de atenção.

3. Questões formais e processuais

a) Prova da utilização séria da marca anterior

No acórdão de 10 de Setembro de 2008, *Boston Scientific/IHMI — Terumo (CAPIO)* (T-325/06, não publicado), o Tribunal declarou que o valor probatório dos números contidos na lista de vendas dos produtos abrangidos pela marca anterior, apresentada no IHMI pelo titular desta marca, pode ser estabelecido por meios diferentes de um acto notarial ou da declaração prevista no artigo 76.º, n.º 1, do Regulamento n.º 40/94 e na regra 22 do

Regulamento (CE) n.º 2868/95 ⁽²⁴⁾. O facto de certos elementos das facturas correspondentes a essas vendas constarem da lista prova a sua coerência e a sua veracidade. Por outro lado, a apresentação de uma factura mostra que a marca anterior foi utilizada publicamente e a nível externo, e não apenas dentro da empresa ou dentro de uma rede de distribuição que esta controla ou de que é proprietária.

No acórdão de 26 de Novembro de 2008, *Rajani/IHMI — Artoz-Papier (ATOZ)* (T-100/06, não publicado), o Tribunal examinou a questão da data a ter em conta a título de *dies a quo* para o cálculo do período de cinco anos durante o qual uma marca anterior não pode ser sujeita à prova de utilização séria, quando esta marca tiver sido objecto de um pedido de registo internacional junto da Organização Mundial da Propriedade Intelectual (OMPI), apresentado em determinada data, mas tiver passado a beneficiar de protecção num Estado-Membro em data posterior. Depois de ter referido que a questão deve ser regulada pelas normas do direito nacional em causa, o Tribunal declarou que, se, nos termos dessas normas, a protecção for recusada provisoriamente a uma marca registada internacionalmente, mas posteriormente concedida, deve considerar-se que o registo foi efectuado na data da recepção pela OMPI da notificação final relativa à concessão de protecção.

b) Continuidade funcional

O Tribunal aplicou os princípios consagrados no acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Março de 2007, *IHMI/Kaul* ⁽²⁵⁾ precisando, no acórdão de 17 de Junho de 2008, *El Corte Inglés/IHMI — Abril Sánchez e Ricote Saugar (BOOMERANG^{TV})* (T-420/03, ainda não publicado), que, embora a câmara de recurso não seja obrigada a levar em consideração os elementos de facto e as provas apresentados pela primeira vez perante ela, havia que verificar se, com a sua recusa, não tinha infringido o artigo 74.º, n.º 2, do Regulamento n.º 40/94, ao considerar que não dispunha de qualquer nenhuma margem de apreciação. O Tribunal considerou que a natureza dos factos e das provas em causa é apenas um dos elementos que podem ser levados em conta no âmbito do exercício, pelo IHMI, do poder de apreciação que lhe compete exercer. Uma vez que a câmara de recurso se baseou no facto de a recorrente ter tido a possibilidade de apresentar os documentos em causa na Divisão de Oposição, considerou implicitamente que as circunstâncias do caso concreto se opunham a que fossem levados em conta. Assim, a câmara de recurso não considerou, por princípio, que os documentos apresentados pela recorrente pela primeira vez perante ela eram inadmissíveis, mas fundamentou a sua decisão quanto a esse aspecto.

c) Interesse em agir e processos de declaração de nulidade

No acórdão de 8 de Julho de 2008, *Lancôme/IHMI — CMS Hasche Sigle (COLOR EDITION)* (T-160/07, ainda não publicado, pendente de recurso), o Tribunal declarou que resulta da

⁽²⁴⁾ Regulamento (CE) n.º 2868/95 da Comissão, de 13 de Dezembro de 1995, relativo à execução do Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho, sobre a marca comunitária (JO L 303, p. 1).

⁽²⁵⁾ C-29/05 P, Colect., p. I-2213.

sistemática do artigo 55.º, n.º 1, do Regulamento n.º 40/94 que o legislador quis permitir que qualquer pessoa singular ou colectiva e qualquer agrupamento que tenha capacidade para comparecer em juízo pudesse apresentar pedidos de declaração de nulidade baseados em causas de nulidade absoluta, sem que fosse necessário demonstrar a existência de um interesse em agir, ao passo que, no que diz respeito aos pedidos de declaração de nulidade baseados em causas de nulidade relativa, restringiu expressamente o círculo de pessoas que podem pedir a declaração de nulidade aos titulares de marcas ou de direitos anteriores e aos beneficiários de uma licença.

d) Obrigações das câmaras de recurso

Baseando-se na jurisprudência assente em matéria de dever de fundamentação ⁽²⁶⁾, o Tribunal afirmou, no seu acórdão de 9 de Julho de 2008, *Reber/IHMIChocoladefabriken Lindt & Sprüngli (Mozart)* (T-304/06, ainda não publicado), que a câmara de recurso, em regra, não é obrigada, na sua decisão, a dar uma resposta específica a cada argumento relativo à existência, em processos similares, de decisões das suas próprias instâncias ou de instâncias e órgãos jurisdicionais nacionais que vão num determinado sentido, se a fundamentação da decisão que adopta num processo concreto revelar, pelo menos implicitamente embora de forma clara e inequívoca, as razões pelas quais essas decisões não são pertinentes ou não são tomadas em consideração na sua apreciação.

No acórdão *COYOTE UGLY*, já referido, o Tribunal considerou que, embora a câmara de recurso possa, quando descobre que há semelhança, ainda que apenas parcial, entre os produtos e os serviços em causa no âmbito de um processo de oposição, cindir officiosamente os serviços abrangidos pela marca cujo registo foi pedido indicando de forma precisa as sub-entidades compatíveis com a marca anterior, não é obrigada a fazê-lo.

Protecção das variedades vegetais

O Regulamento (CE) n.º 2100/94 ⁽²⁷⁾ instituiu um sistema de protecção das variedades vegetais que permite a concessão de direitos de propriedade industrial para variedades vegetais, válido em todo o território da Comunidade. A execução e a aplicação desse sistema comunitário são asseguradas pelo Instituto Comunitário das Variedades Vegetais (a seguir «ICVV»), uma agência descentralizada da Comunidade, com sede em Angers (França) e que está em funções desde 27 de Abril de 1995. No ICVV, foi criada uma instância de recurso competente para se pronunciar sobre os recursos interpostos contra certos tipos de decisões por ele tomadas. Nos termos do artigo 73.º do referido regulamento, as

⁽²⁶⁾ Acórdãos do Tribunal de Justiça de 7 de Janeiro de 2004, *Aalborg Portland e o./Comissão*, C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P e C-219/00 P, Colect., p. I-123, e de 8 de Fevereiro de 2007, *Groupe Danone/Comissão*, C-3/06 P, Colect., p. I-1331.

⁽²⁷⁾ Regulamento (CE) n.º 2100/94 do Conselho, de 27 de Julho de 1994, relativo ao regime comunitário de protecção das variedades vegetais (JO L 227, p. 1).

decisões da instância de recurso do ICVV são susceptíveis de recurso para o Tribunal de Justiça.

Em 2008, o Tribunal proferiu os dois primeiros acórdãos relativos às decisões tomadas pela instância de recurso do ICVV. Depois de se ter pronunciado principalmente sobre a questão da admissibilidade, no acórdão de 31 de Janeiro de 2008, *Federación de Cooperativas Agrarias da Comunidad Valenciana/OCVV — Nador Cott Protection (Nadorcott)* (T-95/06, ainda não publicado), o Tribunal definiu o alcance da fiscalização judicial que exerce na matéria no acórdão de 19 de Novembro de 2008, *Schröder/OCVV (SUMCOL 01)* (T-187/06, ainda não publicado). A este respeito, recordou que, quando o juiz comunitário se pronuncia sobre decisões tomadas por uma autoridade administrativa comunitária com base em apreciações técnicas complexas, exerce, em princípio, um poder de fiscalização limitado e não substitui a apreciação dos elementos de facto feita pela referida autoridade pela sua própria apreciação, não deixando, contudo, de fiscalizar a interpretação dos dados técnicos pela administração. Esta tese pode ser transposta para os casos em que a decisão administrativa é o resultado de apreciações complexas noutros domínios científicos, como a botânica ou a genética. No caso concreto, a apreciação do carácter distintivo de uma variedade vegetal, à luz dos critérios enunciados no artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 2100/94, apresenta uma complexidade científica e técnica susceptível de justificar uma limitação do alcance da fiscalização jurisdicional. Com efeito, estes critérios exigem que se verifique se a variedade candidata se distingue claramente, por referência à expressão das características resultante de um genótipo específico ou de uma combinação de genótipos, de qualquer outra variedade. Pelo contrário, a apreciação da existência de outra variedade notoriamente conhecida à luz dos critérios enunciados no artigo 7.º, n.º 2, do referido regulamento não exige uma perícia ou conhecimentos técnicos particulares e não apresenta nenhuma complexidade susceptível de justificar uma limitação do alcance da fiscalização jurisdicional. Com efeito, estes critérios consistem apenas em exigir que se verifique, por exemplo, se, à data da apresentação do pedido de concessão do direito de protecção da variedade candidata, outra variedade era objecto de protecção ou estava registada num registo oficial de variedades.

Acesso a documentos

No acórdão de 9 de Setembro de 2008, *MyTravel/Comissão* (T-403/05, ainda não publicado, pendente de recurso), o Tribunal definiu o alcance do direito de acesso, previsto pelo Regulamento (CE) n.º 1049/2001 ⁽²⁸⁾, a certos documentos que fazem parte do *dossier* da Comissão, no âmbito da apreciação da compatibilidade de uma concentração com o mercado comum, bem como a documentos redigidos pelos serviços da Comissão na sequência da anulação de uma das suas decisões pelo Tribunal.

Este acórdão inscreve-se no contexto da operação de concentração entre as empresas Airtours e First Choice, que tinha sido declarada incompatível com o mercado comum pela Comissão. Uma vez que esta decisão foi anulada pelo Tribunal, no acórdão de

⁽²⁸⁾ 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).

6 de Junho de 2002, *Airtours/Comissão* (T-342/99, Colect., p. II-2585), a Comissão criou um grupo de trabalho composto por funcionários da Direcção-Geral (DG) «Concorrência» e do Serviço Jurídico, a fim de examinar se era adequado recorrer deste acórdão e de apreciar as repercussões deste último nos procedimentos aplicáveis ao controlo de concentrações ou a outros domínios. A MyTravel, que sucedeu à Airtours, dirigiu-se à Comissão para obter o acesso a dois tipos de documentos: os documentos preparatórios e o relatório elaborados pelo grupo de trabalho, por um lado, e documentos que figuravam no *dossier* Airtours/First Choice em que o relatório se baseava, por outro. A Comissão recusou o acesso à maior parte destes documentos com base nas três excepções previstas no Regulamento n.º 1049/2001.

No que diz respeito, em primeiro lugar, à excepção relativa à protecção do processo decisório, o Tribunal referiu que o relatório do grupo de trabalho se inscrevia no âmbito de funções puramente administrativas, não legislativas, da Comissão. Ora, o interesse do público em obter a comunicação de um documento ao abrigo do princípio da transparência não tem o mesmo peso quando se trata de um documento de um procedimento administrativo com vista à aplicação das regras que regulam o direito da concorrência e quando se trata de um documento relativo a um processo legislativo. Afirmando que a divulgação do relatório ao público comportaria o risco de expor a opinião, eventualmente crítica, de funcionários da Comissão e de permitir a comparação entre o conteúdo do relatório e a decisão finalmente tomada pela Comissão, o Tribunal concluiu que foi com razão que a Comissão recusou o acesso a esse relatório, tendo considerado que a sua divulgação ao público prejudicaria gravemente a possibilidade de um dos seus membros dispor de uma opinião livre e completa acerca dos seus próprios serviços. Por outro lado, o Tribunal considerou, no que diz respeito aos documentos internos relativos à operação de concentração Airtours-First Choice, que foi com razão que a Comissão sustentou que a divulgação destes documentos diminuiria a capacidade de os seus serviços exprimirem os seus pontos de vista e prejudicaria gravemente o seu processo decisório no âmbito do controlo de concentrações, uma vez que podiam indicar opiniões dos serviços da Comissão que possivelmente já não constarão da versão final da decisão. Esta divulgação levaria à auto-censura e prejudicaria a livre e completa comunicação entre serviços. Além disso, este risco é razoavelmente previsível, uma vez que é provável que esses documentos possam ser utilizados para influenciar a posição dos serviços da Comissão, que deve manter-se livre e independente de quaisquer pressões externas.

No que diz respeito, em segundo lugar, à excepção relativa à protecção dos processos judiciais e dos pareceres jurídicos, que a recorrente sustentava não se aplicar às notas de resposta redigidas pelo Serviço Jurídico ao cuidado da DG «Concorrência» no âmbito da elaboração da decisão Airtours, o Tribunal considerou que a divulgação das referidas notas podia futuramente levar o Serviço Jurídico a mostrar moderação e prudência para não afectar a capacidade decisória da Comissão nas matérias em que esta intervém na qualidade de administração. Acrescentou que a divulgação destes pareceres comportava o risco de pôr a Comissão na situação delicada de o seu Serviço Jurídico poder ser obrigado a defender no Tribunal uma posição diferente daquela que tinha defendido internamente. Essa contradição poderia afectar significativamente a liberdade de opinião do Serviço Jurídico e, ao mesmo tempo, a sua possibilidade de defender eficazmente perante o juiz comunitário, em pé de igualdade com os outros representantes legais das partes, a posição definitiva da Comissão.

Todavia, no que diz respeito, em terceiro lugar, à excepção relativa à protecção das actividades de inspecção, de inquérito e de auditoria, o Tribunal, depois de ter verificado que, relativamente a um dos documentos solicitados, a decisão da Comissão apenas continha considerações vagas e genéricas que não permitiam compreender a que título as actividades de inspecção, de inquérito e de auditoria poderiam ser postas em perigo, anulou a referida decisão na medida em que tinha recusado o acesso a esse documento.

O acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Dezembro de 2008, *Muñiz/Comissão* (T-144/05, não publicado), debruça-se igualmente sobre a questão da aplicação da excepção relativa à protecção do processo decisório, no âmbito de um pedido de acesso a documentos preparatórios submetidos por um grupo de trabalho ao comité da nomenclatura, que intervém no processo legislativo de adopção das medidas de classificação das mercadorias adoptadas pela Comissão quando a classificação de um produto específico é susceptível de colocar dificuldades. O Tribunal considerou que, embora a protecção do processo decisório contra uma pressão externa possa constituir um motivo legítimo para restringir o acesso a documentos, a realidade dessa pressão deve, porém, ser certa e o carácter previsível do risco de que a decisão de classificação será substancialmente afectada por essa pressão deve ser demonstrado. Além disso, apesar de se dever levar em consideração a preocupação da Comissão de preservar a capacidade dos funcionários e dos peritos de exprimirem livremente as suas opiniões, importa todavia verificar se essas preocupações têm uma justificação objectiva. O Tribunal considerou que não era o que sucedia no caso concreto, uma vez que a Comissão não tinha corroborado as suas alegações com nenhum elemento probatório, e anulou a decisão impugnada.

A excepção relativa à protecção dos interesses comerciais foi objecto de desenvolvimentos no acórdão de 30 de Janeiro de 2008, *Terezakis/Comissão* (T-380/04, não publicado). A Comissão tinha recusado, nomeadamente, facultar ao recorrente o acesso a um contrato celebrado entre o Athens International Airport e o consórcio Hochtief, relativo à construção do novo aeroporto de Atenas em Spata, pelo facto de a sua divulgação lesar gravemente os interesses comerciais dos contraentes. O Tribunal considerou que, pela sua natureza, tal documento podia conter informações confidenciais relativas tanto às sociedades em causa como às suas relações comerciais e que, em princípio, elementos precisos relativos à estrutura dos custos de uma empresa constituíam segredos comerciais cuja divulgação a terceiros podia prejudicar os interesses comerciais dessa empresa. Embora seja verdade que certas passagens dos contratos continham informações relativas aos contraentes e às suas relações comerciais, a análise efectuada pela Comissão não permitia verificar concretamente se a excepção invocada se aplicava efectivamente a todas as informações contidas no contrato. Uma vez que não era impossível para a Comissão mencionar as razões que justificavam a confidencialidade de todo o contrato principal sem divulgar o conteúdo deste último e, por conseguinte, sem privar a excepção da sua finalidade essencial, e que não compete ao Tribunal substituir a sua apreciação à da Comissão, este anulou a decisão impugnada na medida em que tinha recusado o acesso, pelo menos parcial, ao contrato.

No acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Setembro de 2008, *Williams/Comissão* (T-42/05, não publicado), foi suscitada a questão de saber se a decisão que tinha recusado parcialmente facultar o acesso a certos documentos que identificava podia

ser interpretada no sentido de que implicava uma recusa implícita de acesso a determinados tipos de outros documentos, como memorandos e mensagens de correio electrónico trocadas por ocasião dos trabalhos preparatórios da Directiva 2001/18/CE ⁽²⁹⁾ relativa aos OGM, que não tinham sido identificados na decisão mas que também tinham sido objecto do pedido de acesso. Para apreciar esta questão, o Tribunal procedeu por três etapas. Antes de mais, constatou que a Comissão detinha um número significativo de documentos preparatórios diferentes dos mencionados na decisão impugnada e que, na falta de declaração da Comissão nesse sentido, não se tinha de presumir que os documentos em causa não existiam. Em seguida, o Tribunal verificou se o pedido de acesso era suficientemente preciso para permitir à Comissão compreender que tinha por objectos esses documentos. Tendo analisando as circunstâncias do caso concreto, o Tribunal considerou que era o caso e deduziu que o facto de a Comissão não ter identificado, na decisão impugnada, todos os documentos internos relativos ao contexto da adopção da Directiva 2001/18 equivalia, em conformidade com o disposto no artigo 8.º do Regulamento n.º 1049/2001, a uma recusa implícita de acesso, susceptível de recurso para o Tribunal. Por último, o Tribunal verificou se o facto de a decisão impugnada não ter colocado a possibilidade de divulgar os referidos documentos se podia justificar por circunstâncias específicas do caso concreto, nomeadamente pelo facto de o pedido de acesso ser eventualmente vasto e impreciso. Tendo recordado que a possibilidade de a instituição ponderar entre o interesse do acesso do público aos documentos e a carga de trabalho que daí decorreria só excepcionalmente se aplica, limitando-se aos casos em que o exame concreto e individual dos documentos a obrigaria a uma tarefa administrativa inadequada, e tendo verificado que a Comissão não tinha invocado formalmente essa excepção, o Tribunal considerou que a Comissão não tinha justificado a recusa implícita de acesso aos documentos não identificados na decisão impugnada. Por definição, essa recusa constitui uma falta absoluta de fundamentação, que a Comissão não pode sanar através de considerações apresentadas ao juiz comunitário, e justifica a anulação da decisão impugnada quanto a este aspecto.

Política Externa e de Segurança Comum — Combate ao terrorismo

O ano de 2008 viu novamente o Tribunal pronunciar-se em matéria de combate ao terrorismo em dois acórdãos, o acórdão de 23 de Outubro de 2008, *People's Mojahedin Organization of Iran/Conselho* (T-256/07, ainda não publicado, pendente de recurso), e o acórdão de 4 de Dezembro de 2008, *People's Mojahedin Organization of Iran/Conselho* (T-284/08, ainda não publicado), tendo a mesma recorrente já obtido parcialmente ganho de causa em 2006 ⁽³⁰⁾. No primeiro acórdão, o Tribunal considerou que, quando deve apreciar se o congelamento dos fundos de uma pessoa, de um grupo ou de uma entidade se justifica ou continua a justificar-se, o Conselho tem de avaliar, antes de mais, o risco de que, na falta de tal medida, os referidos fundos possam ser utilizados para o financiamento e a preparação de actos de terrorismo. Quanto ao papel do Tribunal, o amplo poder de

⁽²⁹⁾ Directiva 2001/18/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 12 de Março de 2001, relativa à libertação deliberada no ambiente de organismos geneticamente modificados e que revoga a Directiva 90/220/CEE do Conselho (JO L 106, p. 1).

⁽³⁰⁾ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Dezembro de 2006, *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran/Conselho*, T-228/02, Colect., p. II-4665 (v. Relatório Anual 2006).

apreciação que deve ser reconhecido ao Conselho não implica que se deva abster de fiscalizar a interpretação, por esta instituição, dos dados pertinentes. Com efeito, o tribunal comunitário deve, designadamente, verificar não só a exactidão material dos elementos de prova invocados, a sua fiabilidade e a sua coerência, mas também fiscalizar se estes elementos constituem a totalidade dos dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar a situação complexa e se são susceptíveis de fundamentar as conclusões que deles se retiram. Porém, no âmbito desta fiscalização, não lhe compete substituir a apreciação do Conselho pela sua. Além disso, o Tribunal salienta que, nos casos em que uma instituição comunitária dispõe de um amplo poder de apreciação, a fiscalização do respeito de determinadas garantias processuais assume uma importância fundamental. O Tribunal declarou que a fiscalização que tem por objecto a questão de saber se o Conselho dispunha de motivos razoáveis para manter o congelamento dos fundos da recorrente está incontestavelmente dentro dos limites da fiscalização jurisdicional que o tribunal comunitário pode exercer, na medida em que corresponde, no essencial, à fiscalização do erro manifesto de apreciação.

Depois de ter exercido esse poder de fiscalização, o Tribunal anulou uma das decisões impugnadas pelo facto de o Conselho não ter fundamentado suficientemente as razões pelas quais não tinha levado em conta a decisão proferida por uma autoridade judiciária do Reino Unido, a Proscribed Organisations Appeals Commission (a seguir «POAC»), que tinha ordenado que a recorrente fosse retirada da lista das organizações terroristas desse país. O Tribunal recordou que era imperativo, para adoptar medidas comunitárias de congelamento de fundos, que o Conselho se assegurasse relativamente à existência uma decisão de uma autoridade judicial competente, bem como ao seguimento dado a essa decisão a nível nacional. Ora, através da sua decisão, a POAC tinha qualificado, designadamente, de não razoável a apreciação do Home Secretary (ministro da Administração Interna) do Reino Unido, segundo a qual a recorrente ainda era uma organização envolvida no terrorismo.

No segundo dos referidos acórdãos, proferido no âmbito de um processo com tramitação acelerada, no dia que se seguiu à audiência, o Tribunal, salientando a necessidade de assegurar um justo equilíbrio entre as exigências da luta contra o terrorismo e a protecção dos direitos fundamentais, declarou que, uma vez que as limitações introduzidas pelo Conselho aos direitos de defesa dos interessados devem ser contrabalançadas por uma estrita fiscalização jurisdicional independente e imparcial, o juiz comunitário deve poder fiscalizar a legalidade e o bem fundado das medidas de congelamento dos fundos, sem que se lhe possa opor o segredo ou a confidencialidade dos elementos de prova e de informação utilizados pelo Conselho. O Tribunal anulou a decisão impugnada, nomeadamente, pelo facto de o Conselho não ter o direito de basear a sua decisão de congelamento dos fundos em informações ou elementos do processo comunicados por um Estado-Membro se esse Estado-Membro não estiver disposto a autorizar a sua comunicação ao órgão jurisdicional comunitário.

Privilégios e imunidades

No acórdão de 15 de Outubro de 2008, *Mote/Parlamento* (T-345/05, ainda não publicado), o Tribunal pronunciou-se sobre uma decisão do Parlamento que levantou a imunidade de

um dos seus deputados. No caso concreto, A. N. Mote, cidadão do Reino Unido, foi objecto de um processo penal pelo facto de ter recebido auxílios públicos com base em falsas declarações. Após a sua eleição para o Parlamento Europeu em Junho de 2004, A. N. Mote requereu a suspensão do processo penal pendente, invocando os privilégios e imunidades de que gozava enquanto deputado ao Parlamento Europeu. A suspensão foi decretada pelo órgão jurisdicional nacional competente, que considerou que o regime de liberdade mediante prestação de caução a que A. N. Mote tinha sido sujeito constituía um obstáculo à liberdade de deslocação dos membros do Parlamento e, consequentemente, desrespeitava o artigo 8.º do Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades das Comunidades Europeias ⁽³¹⁾. Tendo a questão sido submetida ao Parlamento pelo Reino Unido, a sessão plenária do Parlamento decidiu levantar a imunidade de A. N. Mote, que, por conseguinte, pediu ao Tribunal a anulação dessa decisão.

No seu acórdão, o Tribunal considerou que resultava do artigo 10.º, último parágrafo, do protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades das Comunidades Europeias, nos termos do qual a imunidade não pode obstar ao direito do Parlamento Europeu de levantar a imunidade de um dos seus membros, que o Parlamento era competente para decidir sobre um pedido de levantamento da imunidade de um deputado europeu. Ao invés, não há nenhuma regra que preveja que o Parlamento é a autoridade competente para apreciar a existência do privilégio previsto no artigo 8.º do protocolo. Os artigos 8.º e 10.º do protocolo não têm, aliás, o mesmo âmbito de aplicação, pois o artigo 10.º do protocolo visa assegurar a independência dos deputados, impedindo que pressões, consubstanciadas em ameaças de detenção ou de processos judiciais, sejam exercidas sobre eles durante as sessões do Parlamento, e o artigo 8.º tem por função proteger os membros do Parlamento contra as restrições, não judiciais, da sua liberdade de deslocação. Tendo verificado que A. N. Mote tinha apenas invocado restrições de natureza judiciária, o Tribunal concluiu que o Parlamento não havia cometido nenhum erro de direito ao decidir levantar a imunidade de A. N. Mote sem se pronunciar sobre o privilégio que lhe fora concedido enquanto membro do Parlamento.

II. Contencioso da indemnização

Os principais contributos da jurisprudência este ano neste domínio respeitam às condições em que a Comunidade pode ser responsabilizada devido, por um lado, à divulgação por uma instituição ou um órgão comunitário de informações relativas a particulares e, por outro, a erros cometidos pela Comissão no âmbito da análise económica subjacente a uma decisão que declare uma concentração incompatível com o mercado comum.

⁽³¹⁾ Protocolo relativo aos Privilégios e Imunidades das Comunidades Europeias, de 8 de Abril de 1965, anexo ao Tratado que institui um Conselho único e uma Comissão única das Comunidades Europeias (JO 1967, 152, p. 13).

Relação com os processos nacionais

No acórdão de 8 de Julho de 2008, *Franchet e Byk/Comissão* (T-48/05, ainda não publicado), o Tribunal interpretou o Regulamento (CE) n.º 1073/1999 ⁽³²⁾, que regula os controlos, averiguações e acções levadas a cabo pelos agentes do Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF), órgão encarregado de efectuar, dentro das instituições, inquéritos administrativos destinados a investigar factos graves eventualmente constitutivos de um incumprimento das obrigações dos funcionários e agentes das Comunidades, susceptíveis de procedimento disciplinar e, sendo caso disso, criminal. Este regulamento prevê que os referidos inquéritos devem ser efectuados em conformidade com o Tratado, designadamente com plena observância dos direitos humanos e das liberdades fundamentais, bem como do direito da pessoa implicada a expressar-se sobre os factos que lhe dizem respeito. No caso concreto, tendo em conta que várias auditorias internas do Serviço de Estatísticas das Comunidades Europeias (Eurostat) haviam revelado eventuais irregularidades na gestão financeira, o OLAF tinha aberto vários inquéritos relativos, designadamente, a contratos celebrados pelo Eurostat com diversas sociedades. Em 2002 e 2003, o OLAF transmitiu às autoridades judiciais luxemburguesas e francesas *dossiers* de inquéritos relativos a essas irregularidades que implicavam Yves Franchet e Daniel Byk, respectivamente, o antigo director-geral e o antigo director do Eurostat. Estes últimos intentaram uma acção de indemnização no Tribunal alegando a existência de actuações culposas cometidas tanto pelo OLAF como pela Comissão no âmbito dos referidos inquéritos.

O Tribunal não acolheu o argumento da Comissão segundo o qual a acção de indemnização é em parte prematura pelo facto de os processos judiciais nacionais ainda estarem a decorrer. Com efeito, no âmbito do processo no Tribunal, não estava em causa saber se os factos imputados aos demandantes estavam demonstrados ou não, mas examinar a maneira como o OLAF conduziu e concluiu um inquérito em que Yves Franchet e Daniel Byk são designados pelo nome e em que lhes são imputadas irregularidades declaradas publicamente muito antes de uma decisão final, assim como a forma como a Comissão se comportou no contexto desse inquérito. Mesmo que os demandantes fossem considerados inocentes pelas autoridades judiciais nacionais, esse facto não repararia necessariamente, com efeito, o eventual prejuízo que estes igualmente sofreram. Consequentemente, dado que o alegado prejuízo invocado no Tribunal é diferente daquele que poderia ser comprovado através de uma declaração das autoridades judiciais nacionais ilibando os demandantes, os pedidos de indemnização dos demandantes não podiam improceder com fundamento em prematuridade.

Violação suficientemente caracterizada de uma norma jurídica que confere direitos aos particulares

Quanto ao mérito, no acórdão *Franchet e Byk/Comissão*, já referido, em primeiro lugar, o Tribunal referiu que o OLAF devia ter previamente informado Yves Franchet e Daniel Byk

⁽³²⁾ Regulamento (CE) n.º 1073/1999 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 25 de Maio de 1999, relativo aos inquéritos efectuados pelo Organismo Europeia de Luta Antifraude (OLAF) (JO L 136, p. 1).

da transmissão dos seus dossiês às autoridades judiciais luxemburguesas e francesas e que a norma jurídica que prevê essa obrigação confere direitos aos particulares. Embora o OLAF disponha de uma margem de apreciação nos casos que exigem seja mantido sigilo absoluto para efeitos do inquérito, o mesmo não acontece no que diz respeito às modalidades de adopção da decisão de adiar a informação aos funcionários em questão. Assim, o incumprimento dessa obrigação de informação prévia constitui uma violação suficientemente caracterizada.

Em segundo lugar, o Tribunal refere que, em violação do Regulamento n.º 1073/1999, o Comité de Fiscalização do OLAF também não foi informado antes de as informações relativas aos demandantes terem sido transmitidas às autoridades nacionais. Uma vez que este Comité tem por função proteger os direitos das pessoas alvo de inquéritos do OLAF, e que informação do referido comité é uma obrigação incondicional, o OLAF cometeu uma violação suficientemente caracterizada de uma norma jurídica que confere direitos aos particulares.

Em terceiro lugar, o Tribunal considerou que o facto de o OLAF ter publicamente designado os demandantes como culpados de infracções penais — permitindo inclusivamente fugas de informação para a imprensa — constituía uma violação dos princípios da presunção de inocência, da confidencialidade dos inquéritos e da boa administração. Quanto às fugas de informação, considerou que, tendo em conta que a Comissão não carregou nenhum elemento probatório susceptível de demonstrar que podiam ter tido outra origem, o OLAF devia ser considerado responsável. Os princípios acima referidos conferem direitos aos particulares e a sua violação pelo OLAF foi suficientemente caracterizada, uma vez que lhe compete garantir que essas fugas não têm lugar e que não dispõe de nenhuma margem de apreciação relativamente ao cumprimento desta obrigação.

Por último, o Tribunal verificou se a Comissão teve um comportamento ilegal quando divulgou diversas informações no quadro dos inquéritos em questão, nomeadamente através de um comunicado de imprensa que associava claramente os nomes dos demandantes às alegações relativas ao processo Eurostat. Muito embora recordando que as instituições não podem ser impedidas de informar o público sobre inquéritos pendentes, o Tribunal considerou que, no caso concreto, não se podia considerar que a Comissão o tivesse feito com toda a discrição e reserva exigidas, respeitando o justo equilíbrio entre os interesses de Yves Franchet e Daniel Byk e os da instituição. Tendo em conta que não dispõe de nenhuma margem de manobra no que toca à obrigação de respeitar o princípio da presunção de inocência, a Comissão cometeu violações suficientemente caracterizadas deste último princípio.

A questão da designação nominativa de um funcionário em documentos relativos a um caso de má administração divulgados por uma instituição ou um órgão comunitário foi igualmente analisada pelo Tribunal no acórdão de 24 de Setembro de 2008, *M/Provedor de Justiça* (T-412/05, não publicado). O demandante, funcionário da Comissão, pedia a reparação do prejuízo que alegava ter sofrido devido ao facto de ter sido designado pelo nome numa decisão do Provedor de Justiça relativa a uma denúncia de um alegado caso de má administração por parte do serviço da Comissão ao qual estava afecto e relativo, nomeadamente, à construção de uma estação de tratamento com efeitos negativo para o ambiente.

O Tribunal considerou que só as instituições e os órgãos comunitários, e não os particulares, podem ser objecto de um inquérito pelo Provedor de Justiça. Aplicando por analogia a jurisprudência do acórdão de 15 de Junho de 1999, *Ismeri Europa/Tribunal de Contas* ⁽³³⁾, referiu todavia que a preocupação de dar cumprimento à sua função de forma eficiente pode levar o Provedor de Justiça a denunciar excepcionalmente os factos apurados de uma forma completa, e portanto a designar pelo nome as pessoas envolvidas. Com efeito, circunstâncias especiais, que se podem prender com a gravidade dos factos ou com o risco de uma confusão prejudicial aos interesses de terceiros, são susceptíveis de permitir que o Provedor de Justiça designe nominalmente, nas suas decisões, pessoas que não estão em princípio sujeitas à sua fiscalização, sem prejuízo de essas pessoas beneficiarem do princípio do contraditório. No caso concreto, o Tribunal considerou, por um lado, que a designação do demandante não era nem indispensável para alcançar o objectivo da denúncia de um caso de má administração, nem necessária para evitar o risco de confusão com outros funcionários que estavam isentos de qualquer responsabilidade na situação denunciada e, por outro, que o Provedor de Justiça não tinha ouvido o demandante antes de adoptar a sua decisão.

O Tribunal concluiu que a violação imputada ao Provedor de Justiça era suficientemente caracterizada para fazer incorrer a Comunidade em responsabilidade extracontratual na medida em que, apesar de esse órgão dispor de uma ampla margem de apreciação quanto ao bem fundado das queixas e ao seguimento a dar-lhes, o mesmo não acontece no que diz respeito à apreciação da questão de saber se, num caso concreto, há que renunciar à regra da confidencialidade.

A outra questão particularmente importante que o Tribunal examinou este ano neste domínio foi a possibilidade de a Comunidade incorrer em responsabilidade por causa de erros cometidos pela Comissão ao declarar uma operação de concentração que lhe tenha sido notificada incompatível com o mercado comum. O processo *MyTravel/Comissão* (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 9 de Setembro de 2008, T-212/03, ainda não publicado) foi proferido na sequência do recurso interposto pela agência de viagens britânica MyTravel, anteriormente conhecida pelo nome Airtours, à qual a Comissão recusou a possibilidade de adquirir a totalidade do capital de um dos seus concorrentes no Reino Unido. Por contestar a análise da Comissão, a Airtours interpôs recurso no Tribunal de Primeira Instância e obteve, no acórdão *Airtours/Comissão*, já referido, a anulação da decisão impugnada pelo facto de a Comissão não ter feito prova bastante dos efeitos negativos da concentração.

Na sequência desse acórdão, a MyTravel intentou uma acção de indemnização destinada a obter o ressarcimento pelos danos que alegadamente sofreu devido às ilegalidades que viciaram o processo fiscalização levado a cabo pela Comissão.

Adoptando uma posição semelhante à que tinha defendido no acórdão de 11 de Julho de 2007, *Schneider Electric/Comissão* ⁽³⁴⁾, o Tribunal considerou que não se podia, em

⁽³³⁾ T-277/97, Colect., p. II-1825. Acórdão confirmado em sede de recurso pelo acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Julho de 2001, *Ismeri Europa/Tribunal de Contas* (C-315/99 P, Colect., p. I-5281).

⁽³⁴⁾ T-351/03, Colect., p. II-2237, pendente de recurso.

princípio, excluir que vícios manifestos e graves que afectam a análise económica da Comissão subjacente a uma decisão que declara uma operação de concentração incompatível com o mercado comum possam constituir violações suficientemente caracterizadas para implicar a responsabilidade extracontratual da Comunidade. Referiu, todavia, que, no âmbito da sua análise da acção de indemnização, tem de tomar necessariamente em consideração as contingências e as dificuldades específicas da fiscalização das concentrações em geral e das estruturas de oligopólios complexos em especial. Este exercício é, em si mesmo, mais exigente do que aquele que se impõe aquando da análise de um recurso de anulação, no âmbito do qual o Tribunal se contenta, dentro dos limites dos fundamentos apresentados pela recorrente, a examinar a legalidade da decisão impugnada para garantir que a Comissão apreciou correctamente os diferentes elementos que lhe permitiram declarar a operação notificada incompatível com o mercado comum. Deste modo, simples erros de apreciação e a inexistência de provas relevantes analisadas no âmbito do acórdão Airtours/Comissão, já referido, não são suficientes, por si só, para concluir pela existência de uma violação manifesta e grave dos limites que se impõem ao poder de apreciação da Comissão em matéria de fiscalização das concentrações e numa situação de oligopólio complexa. Com efeito, apesar dos erros que cometeu, a Comissão dispunha, no caso concreto, de elementos de prova no processo administrativo que podiam razoavelmente alicerçar as suas conclusões. As ilegalidades apuradas pelo Tribunal no acórdão Airtours/Comissão não significam que a Comissão tenha violado de forma manifesta e grave o seu poder de apreciação em matéria de fiscalização das concentrações, a partir do momento em que — como no presente caso — seja capaz de explicar os motivos pelos quais podia razoavelmente pensar que o seu entendimento estava correcto. Por outro lado, apesar de a tese exposta pela Comissão a respeito da transparência do mercado não ter convencido o Tribunal, na medida em que esse raciocínio não estava suficientemente fundamentado em provas ou por ter sido mal explicado, não deixa de ser verdade que a Comissão se pronunciou após um exame atento dos dados apresentados no âmbito do procedimento administrativo.

Por fim, o Tribunal considerou que os compromissos assumidos pela Airtours para corrigir os problemas relativos aos potenciais efeitos negativos da concentração sobre a concorrência, identificados pela Comissão, foram efectivamente analisados por esta e não eram susceptíveis de responder claramente às suas objecções.

Com base nestas considerações, o Tribunal considerou que a Comissão não cometeu uma violação suficientemente caracterizada de uma norma que confere direitos aos particulares.

III. Recursos de decisões do Tribunal da Função Pública

Em 2008, foram interpostos no Tribunal de Primeira Instância 37 recursos de decisões do Tribunal da Função Pública. No total, 21 desses processos foram decididos pela Secção dos Recursos das decisões do Tribunal de Primeira Instância, composta por cinco juizes, concretamente, o presidente do Tribunal e quatro presidentes de secção de acordo com

um sistema rotativo. Em 6 acórdãos, o Tribunal anulou parcialmente as decisões recorridas, tendo 3 desses processos sido remetidos ao Tribunal da Função Pública ⁽³⁵⁾.

Uma das decisões proferidas nesta matéria em 2008 (acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 5 de Março de 2008, *Combescot/Comissão*, T-414/06 P, ainda não publicado) foi objecto de uma proposta de reapreciação pelo primeiro advogado-geral do Tribunal de Justiça, com base no artigo 225.º, n.º 2, segundo parágrafo, CE e do artigo 62.º do Estatuto do Tribunal de Justiça. Todavia, esta proposta não teve seguimento ⁽³⁶⁾.

No plano organizatório, o Tribunal decidiu que, quanto aos processos entrados entre 1 de Outubro de 2008 e 30 de Setembro de 2009, a Secção dos Recursos das decisões do Tribunal de Primeira Instância passará a compor-se apenas de três juízes, concretamente, o presidente do Tribunal e, de acordo com um sistema rotativo, dois presidentes de secção, com a possibilidade de remeter o processo a uma formação alargada de cinco juízes (decisão de 8 de Julho de 2008, JO C 197, p. 17).

IV. Pedidos de medidas provisórias

Este ano, foram submetidos à apreciação do Tribunal 58 pedidos de medidas provisórias, o que representa um aumento considerável em relação ao número de pedidos entrados em 2007 (34), que ultrapassava já amplamente o do ano anterior. Em 2008, o juiz das medidas provisórias pronunciou-se sobre 57 pedidos de medidas provisórias, contra 41 em 2007. Deferiu um único pedido de suspensão da execução, por despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Outubro de 2008, *França/Comissão* (T-257/07 RII, não publicado).

Quanto ao processo no âmbito do qual foi proferido o referido despacho *França/Comissão*, há que recordar que, por despacho de 28 de Setembro de 2007, *França/Comissão* (T-257/07 R, Colect., p. II-4153), o juiz das medidas provisórias já tinha suspendido, tendo em conta o carácter grave da violação do princípio da precaução, a aplicação do regime de flexibilização das medidas de polícia sanitária aplicáveis às encefalopatias espongiformes transmissíveis que a Comissão adoptara em 2007 baseando-se na evolução dos conhecimentos científicos. O referido despacho de 28 de Setembro de 2007 não foi objecto de recurso para o presidente do Tribunal de Justiça. Em contrapartida, a Comissão revogou esse regime de flexibilização e adoptou uma nova regulamentação cujo dispositivo era praticamente igual ao dispositivo do regime revogado. Só a fundamentação da nova regulamentação era diferente, na medida em que dava explicações científicas e técnicas destinadas a completar a fundamentação do antigo regime. Nestas circunstâncias,

⁽³⁵⁾ Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 1 de Julho de 2008, *Comissão/D*, T-262/06 P; de 19 de Setembro de 2008, *Chassagne/Comissão*, T-253/06 P; e de 13 de Outubro de 2008, *Neophytou/Comissão*, T-43/07 P, ainda não publicados. Em contrapartida, o Tribunal proferiu uma decisão definitiva nos acórdãos de 22 de Maio de 2008, *Ott e o./Comissão*, T-250/06 P; de 8 de Julho de 2008, *Comissão/Economidis*, T-56/07 P; e de 18 de Dezembro de 2008, *Bélgica e Comissão/Genette*, T-90/07 P e T-99/07 P, ainda não publicados.

⁽³⁶⁾ Decisão do Tribunal de Justiça de 16 de Abril de 2008, C-216/08 RX, não publicado.

a República Francesa apresentou um novo pedido destinado a obter a suspensão da execução da nova regulamentação ⁽³⁷⁾.

O presidente do Tribunal considerou que, tendo em conta que a nova regulamentação era praticamente igual ao antigo regime, no âmbito da análise do requisito relativo ao *fumus boni juris*, se podia limitar a verificar se a nova regulamentação continha elementos susceptíveis de justificar uma apreciação diferente da que tinha sido feita nesse mesmo despacho de 28 de Setembro de 2007, relativamente ao antigo regime. Esta análise selectiva levou o presidente a concluir pela inexistência desses elementos quanto à avaliação e à gestão do risco, tais como tinham sido levadas a cabo no âmbito da nova fundamentação. O presidente decidiu, portanto, que as alegações da República Francesa segundo as quais a nova regulamentação era susceptível de violar o princípio da precaução não se afiguravam, à primeira vista, destituídas de pertinência e justificavam uma análise aprofundada pelo juiz do mérito da causa. No que diz respeito ao requisito da urgência, o presidente concluiu pela existência de um risco sério de prejuízo grave e irreversível para a saúde das pessoas no caso de a suspensão da execução requerida não ser concedida. Quanto à ponderação dos interesses em causa, salientou que as exigências ligadas à protecção da saúde pública deviam, no caso concreto, ser consideradas preponderantes em relação às considerações invocadas para justificar a flexibilização das medidas de polícia sanitária.

Os outros pedidos de medidas provisórias foram todos indeferidos, a maioria por falta de urgência, pois os requerentes não conseguiram demonstrar a iminência de um prejuízo grave e irreversível. Importa chamar a atenção, nomeadamente, para três grupos de processos principais ⁽³⁸⁾.

No primeiro grupo incluem-se oito pedidos de medidas provisórias apresentados pela República de Chipre destinados a obter a suspensão da execução de anúncios de concursos abertos pela Comissão destinados a encorajar o desenvolvimento económico da parte setentrional de Chipre. A República de Chipre sustentava que, nesses anúncios, a Comissão tratava a comunidade cipriota turca como se fosse um entidade estatal autónoma e como se a existência da «República Turca de Chipre do Norte» fosse reconhecida. Considerava que esses anúncios constituíam um grave perigo para a sua soberania, a sua independência, a sua integridade territorial e a sua unidade.

⁽³⁷⁾ No processo principal (T-257/07), a República Francesa foi autorizada a estender os seus pedidos e fundamentos à nova regulamentação.

⁽³⁸⁾ O quarto grupo diz respeito a 19 pedidos de medidas provisórias apresentados por empresas italianas estabelecidas na região de Veneza que beneficiaram de auxílios de Estado incompatíveis com o mercado comum. No despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Julho de 2008, *Fondazione Opera S. Maria della Carità e o./Comissão* (T-234/00 R, T-235/00 R e T-283/00 R, não publicado), três desses pedidos foram julgados inadmissíveis, uma vez que as requerentes se tinham limitado a fazer referência ao recurso principal e à alteração da legislação italiana em matéria de processos de medidas provisórias, sem, no entanto, terem exposto os elementos de facto e de direito susceptíveis de permitir que juiz das medidas provisórias analisasse se se encontravam preenchidos os requisitos do *fumus boni juris* e da urgência. Os outros dezasseis pedidos foram objecto de desistência.

Nos três despachos *Chipre/Comissão* ⁽³⁹⁾, o presidente do Tribunal, depois de ter recordado que a República de Chipre é a única entidade estatal da ilha reconhecida a nível internacional e que a parte setentrional da ilha faz parte do seu território e está sujeita exclusivamente à sua soberania, admite que a argumentação da República de Chipre pode afigurar-se suficientemente pertinente para caracterizar um *fumus boni juris*. O presidente concluiu, no entanto, pela inexistência de uma violação manifesta e grave do direito internacional e do direito comunitário, de modo que o prejuízo alegado não podia ser qualificado como grave. Com efeito, os anúncios em causa não têm carácter político intrínseco nem se destinam, nomeadamente, a abordar a problemática da eventual reunificação da ilha de Chipre. Trata-se de textos de natureza técnica destinados a prestar aos proponentes informações úteis permitindo-lhes decidir se participam no procedimento de apresentação de propostas e preparar as suas propostas. Segundo o presidente, o prejuízo alegado, de natureza exclusivamente moral, também não se afigura irreversível, dado que a eventual anulação dos anúncios impugnados quando os processos principais chegarem ao fim constitui reparação suficiente.

O segundo grupo de processos diz respeito às medidas de congelamento de fundos que o Conselho adoptou contra o banco iraniano Bank Melli Iran (a seguir «BMI») e a sua filial londrina, o Melli Bank, no âmbito de um sistema de sanções instaurada para fazer pressão sobre a República Islâmica do Irão para esta última pôr termo a determinados aspectos do seu programa nuclear.

Esse pedido foi indeferido por despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Agosto de 2008, *Melli Bank/Conselho* (T-246/08 R, não publicado). Quanto ao alegado prejuízo financeiro, o presidente do Tribunal considerou que, na falta de informações concretas no pedido de medidas provisórias sobre a situação financeira do BMI, que controlava a recorrente a 100%, lhe era impossível verificar se a incapacidade da recorrente para efectuar operações bancárias resultante de facto de pertencer ao grupo BMI lhe causaria, tendo em conta o volume de negócios total desse grupo, um prejuízo susceptível de ser qualificado como um prejuízo financeiro grave. Acrescentou que se afigurava assaz realista que a recorrente dispusesse dos fundos mínimos necessários para garantir a sua sobrevivência até à prolação do acórdão principal e que o grupo BMI pudesse suportar, durante esse mesmo período, o prejuízo financeiro causado à sua filial londrina. Quanto ao alegado prejuízo para a reputação da recorrente, o presidente considerou que, admitindo que estivesse demonstrado, já tinha sido causado pela decisão impugnada. Segundo o presidente, a finalidade do processo de medidas provisórias não é garantir a reparação de um prejuízo já sofrido, mas garantir a plena eficácia do acórdão que virá a ser proferido sobre o mérito. De qualquer forma, a anulação da decisão impugnada quando o processo principal chegar ao fim constitui reparação suficiente do prejuízo moral alegado.

⁽³⁹⁾ Despachos do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Abril de 2008, *Chipre/Comissão*, T-54/08 R, T-87/08 R, T-88/08 R e T-91/08 R a T-93/08 R; de 11 de Abril de 2008, *Chipre/Comissão*, T-119/08 R; e *Chipre/Comissão*, T-122/08 R, não publicados. Na sequência do indeferimento dos oito pedidos de medidas provisórias, a República de Chipre desistiu de todos os recursos principais.

Em 17 de Setembro de 2008, o Melli Bank interpôs segundo recurso de anulação da mesma decisão ⁽⁴⁰⁾. O pedido de medidas provisórias de que este segundo recurso foi acompanhado foi indeferido por despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 17 de Setembro de 2008, *Melli Bank/Conselho* (T-332/08 R, não publicado), pelas mesmas razões que as que tinham justificado o indeferimento do primeiro pedido. Por último, o despacho de 15 de Outubro de 2008, *Bank Melli Iran/Conselho* (T-390/08 R, não publicado), indeferiu, pelas mesmas razões, o pedido de medidas provisórias que acompanhou o recurso interposto pela BMI, sociedade-mãe da recorrente, destinado a obter a anulação da mesma decisão.

O terceiro grupo de processos está relacionado com a decisão através da qual a Comissão, sem ter aplicado coimas, ordenou a 24 sociedades de gestão de direitos de autor estabelecidas no Espaço Económico Europeu (EEE) e membros da Confederação Internacional das Sociedades de Autores e Compositores (CISAC), nomeadamente, que revissem os acordos de representação recíproca que tinham todas celebrado bilateralmente para a gestão dos direitos de execução pública que os autores detêm (compositores e autores das letras) sobre as suas obras musicais ⁽⁴¹⁾. Segundo a Comissão, essa rede de acordos bilaterais baseava-se numa prática concertada proibida pelos artigos 81.º CE e 53.º do Acordo EEE. A CISAC e 20 sociedades de gestão interpuseram recursos de anulação desta decisão. Nove sociedades de gestão — concretamente, as sociedades alemã, italiana, francesa, polaca, finlandesa, húngara, dinamarquesa, grega e norueguesa — fizeram acompanhar os seus recursos de pedidos de suspensão da execução da decisão impugnada.

O presidente do Tribunal, pelos despachos de 14 de Novembro de 2008, *Stowarzyszenie Autorów, ZAiKS/Comissão* (T-398/08 R, não publicado), *Säveltäjän Tekijänoikeustoimisto Teosto/Comissão* (T-401/08 R, não publicado), *GEMA/Comissão* (T-410/08 R, não publicado), *Artisjus/Comissão* (T-411/08 R, não publicado), *Sacem/Comissão* (T-422/08 R, não publicado), de 20 de Novembro de 2008, *SIAE/Comissão* (T-433/08 R, não publicado), e de 5 de Dezembro de 2008, *KODA/Comissão* (T-425/08 R, não publicado), e o juiz das medidas provisórias (S. Papasavvas), por despacho de 19 de Novembro de 2008, *AEPI/Comissão* (T-392/08 R, não publicado), indeferiu oito desses pedidos de medidas provisórias por falta de urgência, uma vez que as recorrentes não tinham demonstrado a iminência de um prejuízo grave e irreversível no caso de a decisão impugnada ser imediatamente executada. Nestes despachos, foi recordado, nomeadamente, que a decisão impugnada, longe de respeitar ao domínio de actividades das recorrentes designado «off-line» (concertos, rádio, discotecas, bares, etc.), apenas dizia respeito à exploração designada «on-line» dos direitos de autor (por Internet, satélite e retransmissão por cabo), sendo certo que nenhuma das recorrentes demonstrou que este último tipo de exploração representava uma parte considerável dos seus rendimentos. Além disso, segundo os referidos despachos, na decisão impugnada, a Comissão não proíbe o sistema dos acordos de representação recíproca enquanto tal nem impede as recorrentes de praticarem certas

⁽⁴⁰⁾ Relativamente a estes dois recursos, os requisitos da litispendência não se encontravam preenchidos, uma vez que o segundo foi interposto dentro do prazo do artigo 230.º, quinto parágrafo, CE e se baseava em fundamentos autónomos em relação aos que foram arguidos no âmbito do primeiro recurso.

⁽⁴¹⁾ Decisão C(2008) 3435 final da Comissão, de 16 de Julho de 2008, relativa a um processo nos termos do artigo 81.º CE e do artigo 53.º do Acordo EEE (processo COMP/C2/38.698 — CISAC).

delimitações territoriais, antes se limitando a criticar o carácter coordenado da abordagem adoptada para esse efeito por todas as sociedades de gestão. Por último, na medida em que as recorrentes receiam que a decisão impugnada possa, devido à insegurança jurídica que cria quanto à validade e ao conteúdo dos futuros acordos de representação recíproca, expô-las ao risco de a Comissão lhes aplicar sanções por violação da sua obrigação de revisão, o Tribunal considerou que o risco invocado era de natureza puramente hipotética e que incumbia à Comissão demonstrar o carácter infractor do futuro comportamento das recorrentes se viesse a ter intenção de lhes aplicar uma sanção, nada impedindo as recorrentes de denunciarem ao juiz comunitário a ilegalidade das sanções aplicadas invocando a ambiguidade da obrigação de revisão imposta pela decisão impugnada.

Por último, importa fazer menção do despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Março de 2008, *Aer Lingus Group/Comissão* (T-411/07 R, ainda não publicado), devido aos importantes esclarecimentos que trouxe quanto à admissibilidade dos pedidos de medidas provisórias. Nesse despacho, é referido que o juiz das medidas provisórias não pode, em princípio, decretar uma medida provisória que constitua uma ingerência no exercício das competências de outra instituição. Por conseguinte, deve ser julgado inadmissível um pedido de medidas provisórias destinado a que o Tribunal ordene à Comissão que aplique de determinada maneira o artigo 8.º, n.ºs 4 e 5, do Regulamento (CE) n.º 139/2004 ⁽⁴²⁾, adoptando certas medidas contra a outra parte numa concentração proibida. Com efeito, se o acórdão no processo principal declarasse que a Comissão tinha competência para ordenar as medidas previstas no artigo 8.º, n.ºs 4 e 5, do regulamento, competiria à Comissão, se o considerar necessário no contexto das competências de controlo que lhe são atribuídas no âmbito das concentrações, adoptar as medidas que considerasse necessárias para dar execução ao acórdão, nos termos do artigo 233.º CE.

Por outro lado, o Tribunal salientou que a formulação ampla do artigo 243.º CE é manifestamente destinada a garantir ao juiz das medidas provisórias poderes suficientes para decretar qualquer medida que considere necessária para assegurar a plena eficácia da futura decisão definitiva, a fim de evitar uma lacuna na protecção jurídica garantida pelo Tribunal de Justiça. Por conseguinte, não se pode excluir que o juiz das medidas provisórias possa impor injunções directamente a terceiros, se necessário, levando em devida conta, todavia, por um lado, os direitos processuais, nomeadamente os direitos de defesa, dos destinatários das medidas provisórias e das partes directamente afectadas por essas medidas e, por outro, a força do *fumus boni juris*, bem como a iminência de um prejuízo grave e irreparável. Mesmo nas situações em que um terceiro não teve oportunidade de ser ouvido no âmbito do processo de medidas provisórias, não se pode excluir que seja destinatário dessas medidas, em circunstâncias excepcionais e tendo em consideração a natureza temporária das medidas provisórias, se se verificar que, sem essas medidas, o requerente ficaria exposto a uma situação susceptível de pôr em perigo a sua própria existência. O juiz das medidas provisórias faz estas apreciações quando procede à ponderação dos diversos interesses em causa.

⁽⁴²⁾ 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).