

A — Actividade do Tribunal Geral em 2009

Pelo presidente Marc Jaeger

Uma vez que o colégio do Tribunal tem vindo a enriquecer-se com os alargamentos, torna-se raro que passe um ano sem que a sua composição seja alterada, para não falar da própria renovação parcial da jurisdição. Assim, assistimos em 2009 à cessação de funções de dois membros: Virpi Tiili, juíza no Tribunal desde 1995, e Daniel Šváby, juiz no Tribunal desde 2004, substituídos respectivamente por Heikki Kanninen e Juraj Schwarcz.

De um ponto de vista estatístico, o ano transacto inscreveu-se na continuidade. Assim, observa-se um número importante de processos entrados (568) que, apesar de uma ligeira inflexão relativamente a 2008, continua a ser muito superior aos números registados até então. Por conseguinte, ainda que a melhoria sensível do volume dos processos tratados tenha sido também confirmada (com 555 processos decididos), não foi possível reduzir o número de processos pendentes, apesar dos esforços constantes nesse sentido.

Além disso, dois acontecimentos excepcionais marcaram o ano de 2009.

Em primeiro lugar, a jurisdição celebrou o seu 20.º aniversário. O colóquio «20 anos depois, com 2020 no horizonte — Construir o Tribunal Geral de amanhã com alicerces sólidos», organizado nessa ocasião, deu lugar a debates e contributos notáveis por parte de observadores de todos os quadrantes¹. Foram evocadas importantes pistas de reflexão sobre o futuro do órgão jurisdicional, sobre a sua missão e sobre o seu funcionamento, que vêm reforçar a convicção do Tribunal de que é necessário prosseguir as reformas, incluindo as, a fim de garantir um nível sempre mais elevado de protecção dos cidadãos.

Em segundo lugar, 2009 foi o ano da entrada em vigor do Tratado de Lisboa. Embora a influência maior desse Tratado sobre a construção europeia não se manifeste em primeira linha relativamente às jurisdições da União, importa evocar certos aspectos que não deixarão de ter influência no Tribunal. Trata-se, antes de mais, da nova denominação da jurisdição: o «Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias» passou a chamar-se «Tribunal Geral» da União Europeia, para ter em conta a competência de recurso de que dispõe em matéria de função pública. Trata-se, em seguida, da flexibilização das condições de admissibilidade dos recursos de anulação interpostos pelos particulares contra os actos regulamentares. Trata-se, também, da extensão da competência do Tribunal a certas acções e recursos de particulares nos domínios da política externa e de segurança comum, por um lado, e da cooperação policial e judiciária em matéria penal, por outro. Trata-se, por fim, da elevação da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia à posição hierárquica de Tratado. Estas evoluções, que constituem avanços importantes em benefício da protecção jurisdicional, podem ter uma influência notável quer no volume quer na natureza do contencioso submetido ao Tribunal.

Os desenvolvimentos subsequentes tentam dar uma ideia da diversidade e, por vezes, da complexidade do campo de acção do Tribunal Geral, no seu ofício de juiz da legalidade (I), da indemnização (II), dos recursos de decisões do Tribunal da Função Pública (III) e dos processos de medidas provisórias (IV).

¹ Estes contributos estão acessíveis no sítio www.curia.europa.eu e as actas do colóquio serão objecto de publicação no decurso do ano de 2010.

I. Contencioso da legalidade

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

1. 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 jurídica².

No acórdão de 9 de Setembro de 2009, *Brink's Security Luxembourg/Comissão* (T-437/05, ainda não publicado), relativo a um pedido de acesso a certos documentos no âmbito da impugnação, pela recorrente, da adjudicação de um concurso público a uma sociedade concorrente, o Tribunal Geral pronunciou-se de forma inovadora quanto aos ajustamentos que podem ser introduzidos nesta definição.

No caso em discussão, o acto impugnado era a carta da Comissão pela qual esta informava a recorrente da sua recusa de lhe comunicar a composição do comité de avaliação das propostas apresentadas pelos proponentes. Ora, o procedimento de acesso aos documentos da Comissão, regido pelos artigos 6.º a 8.º do Regulamento (CE) n.º 1049/2001³, decorre em duas etapas. Em primeiro lugar, o requerente deve dirigir à Comissão um pedido inicial de acesso aos documentos. Em segundo lugar, em caso de recusa total ou parcial, o requerente pode apresentar um pedido confirmativo ao secretário-geral da Comissão. Em caso de recusa total ou parcial, o requerente pode interpor um recurso jurisdicional contra a Comissão nas condições previstas no artigo 230.º CE. Assim, só a medida adoptada pelo secretário-geral pode produzir efeitos jurídicos susceptíveis de afectar os interesses do requerente e, logo, ser objecto de um recurso de anulação.

O Tribunal concluiu que o recurso de anulação, que tinha por objecto o indeferimento do pedido inicial, não era, em princípio, admissível. Todavia, o Tribunal salientou que, na carta de indeferimento, a Comissão não informou a recorrente, o que Regulamento n.º 1049/2001 impõe, do direito que lhe assistia de apresentar um pedido confirmativo. Tal irregularidade tem por consequência tornar admissível, a título excepcional, um recurso de anulação do indeferimento do pedido inicial. De outro modo, a Comissão poderia eventualmente subtrair-se à fiscalização do juiz devido a um vício de forma a ela imputável. Ora, como resulta da jurisprudência, sendo a Comunidade Europeia uma comunidade de direito, em que as instituições estão sujeitas à fiscalização da conformidade dos seus actos com o Tratado, as modalidades processuais aplicáveis aos recursos submetidos ao juiz devem ser interpretadas, na medida do possível, de maneira a que essas modalidades possam ser aplicadas de molde a contribuir para a execução do objectivo de garantir uma protecção jurisdicional efectiva dos direitos que resultam para os cidadãos do direito da União.

2. Legitimidade

O artigo 230.º, quarto parágrafo, CE sujeita a admissibilidade dos recursos interpostos pelos particulares de actos de que não são destinatários à dupla condição de o acto impugnado dizer directa e individualmente respeito aos recorrentes. Segundo a jurisprudência, as pessoas singulares

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

³ 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).

ou colectivas que não sejam destinatárias de uma decisão só podem considerar que esta lhes diz individualmente respeito se os afectar devido a certas qualidades que lhes são próprias ou de uma situação de facto que as caracteriza em relação a qualquer outra pessoa e assim as individualiza de maneira análoga à do destinatário⁴. Além disso, para que um acto diga directamente respeito a um particular, deve produzir efeitos directos na situação jurídica do interessado e a sua execução deve revestir carácter puramente automático e decorrer apenas da regulamentação, sem aplicação de outras regras intermédias⁵.

No processo *Vischim/Comissão* (acórdão de 7 de Outubro de 2009, T-420/05, ainda não publicado), a recorrente pedia a anulação da Directiva 2005/53/CE da Comissão, de 16 de Setembro de 2005⁶, que altera a Directiva 91/414/CEE⁷ ao inscrever, no seu anexo I (que enumera as substâncias cuja colocação no mercado os Estados-Membros autorizam), a substância activa clorotalonil produzida pela recorrente, ainda que impondo certas condições, em particular quanto ao teor máximo em hexaclorobenzeno (HCB) dessa substância. Por força desses textos, os Estados-Membros são obrigados a alterar ou retirar as autorizações existentes dos produtos fitofarmacêuticos que contenham clorotalonil e não respeitem estas condições.

Uma vez que a referida directiva constitui um acto de carácter geral, o Tribunal Geral salienta que, embora o artigo 230.º, quarto parágrafo, CE não trate expressamente da admissibilidade dos recursos de anulação de uma directiva interpostos por uma pessoa singular ou colectiva, resulta, todavia, da jurisprudência que essa circunstância, por si só, não basta para declarar inadmissíveis tais recursos. Com efeito, as instituições não podem, pela simples escolha da forma do acto em causa, excluir a protecção jurisdicional que essa disposição do Tratado proporciona aos particulares, uma vez que o carácter geral do acto impugnado não exclui que este possa dizer directa e individualmente respeito a certas pessoas singulares ou colectivas. Em tal hipótese, um acto da União pode, simultaneamente, revestir carácter geral e, relativamente a certos operadores económicos, carácter decisório. Referindo que a Directiva 91/414 prevê que o procedimento de avaliação relativo às substâncias activas presentes no mercado se inicia com a notificação dos produtores interessados, que apresentam um processo com os dados necessários a esse fim e é associado às diferentes etapas do exame do referido processo, o Tribunal considera que a recorrente, na qualidade de notificante, beneficia de garantias processuais e, a esse título, é individualmente afectada pela directiva impugnada.

No que se refere à condição relativa à afectação directa, o Tribunal observa que, com a directiva impugnada, a Comissão pôs termo à avaliação do clorotalonil decidindo inscrevê-la no anexo I da Directiva 91/414, mediante certas condições. Além disso, por força da referida directiva, os Estados-Membros devem proceder ao reexame das autorizações dos produtos fitofarmacêuticos que contêm essa substância e verificar o respeito do teor máximo de HCB, acção no âmbito da qual não dispõem de nenhuma margem de apreciação. A directiva impugnada diz, portanto, directamente respeito à recorrente, na qualidade de empresa produtora da substância activa em causa, de modo que o recurso de anulação é admissível.

⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1963, *Plaumann/Comissão*, 25/62, Colect., pp. 281, 284.

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

⁶ JO L 241, p. 51.

⁷ Directiva 91/414/CEE do Conselho, de 15 de Julho de 1991, relativa à colocação dos produtos fitofarmacêuticos no mercado (JO L 230, p. 1). Por força desta directiva, a autorização de colocação no mercado só é possível se, tendo em conta o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, puder presumir-se que os produtos fitofarmacêuticos que contêm a substância activa em causa respeitarão as condições relativas à sua não nocividade para a saúde humana e animal e para o ambiente.

3. Prazo de recurso

Nos acórdãos de 10 de Junho de 2009, *Polónia/Comissão* (T-257/04, ainda não publicado, objecto de recurso para o Tribunal de Justiça), e de 2 de Outubro de 2009, *Chipre/Comissão* (T-300/05 e T-316/05, não publicado), foi decidida a questão da determinação do ponto de partida do prazo de dois meses previsto no artigo 230.º, quinto parágrafo, CE, na hipótese de um recurso de anulação, interposto por um Estado que pede a adesão, de um regulamento preconizando a adopção de medidas transitórias em matéria agrícola adoptado e publicado antes da adesão desse Estado. No caso em apreço, a República da Polónia e a República de Chipre alegavam que o prazo de recurso não podia começar a correr antes da respectiva adesão à União, a qual era uma condição da entrada em vigor do regulamento em causa.

A este respeito, o Tribunal Geral recorda que, nos termos do artigo 230.º, quinto parágrafo, CE, os recursos de anulação devem ser interpostos no prazo de dois meses a contar do dia da publicação do acto e que a aplicação estrita da regulamentação sobre prazos processuais responde à exigência de segurança jurídica e de evitar qualquer discriminação ou qualquer tratamento arbitrário na administração da justiça. Nas circunstâncias do caso, concluiu, portanto, pela extemporaneidade dos recursos em causa, não permitindo os argumentos dos Estados em causa infirmar essa conclusão. Com efeito, o Tribunal julga, em primeiro lugar, a questão da subordinação da entrada em vigor dos regulamentos em causa à adesão dos Estados em questão desprovida de pertinência, uma vez que denota uma confusão entre a oponibilidade de um acto, que está ligada ao cumprimento de todas as formalidades de publicidade e dá início ao prazo de recurso, e a sua entrada em vigor, que pode ser diferida. Em segundo lugar, o Tribunal considera que, sendo o prazo previsto no artigo 230.º CE de aplicação geral, o referido artigo implicava que os Estados em causa tivessem a qualidade de Estado-Membro, aplicando-se, de qualquer modo, aos referidos Estados na sua qualidade de pessoa colectiva. Em terceiro lugar, o Tribunal salientou que estes últimos não estavam privados do direito a uma protecção jurisdicional efectiva, uma vez que os Estados terceiros, incluindo os Estados antes da sua adesão à União Europeia, embora não possam reivindicar o estatuto processual conferido aos Estados-Membros, beneficiam, contudo, da possibilidade de agir em juízo que esse sistema reconhece às pessoas colectivas, ao abrigo do artigo 230.º, quarto parágrafo, CE. Ora, o Tribunal refere que o regulamento em causa, ainda que constitua um acto de alcance geral, impede directamente os Estados em causa de exercerem as suas competências próprias como entenderem, ao impor-lhes diferentes obrigações relativas à instituição e execução de um dispositivo, nomeadamente fiscal, destinado a eliminar *stocks* excedentários de açúcar. Por analogia com a jurisprudência aplicável às entidades infra-estatais⁸, o Tribunal conclui que, antes de a República da Polónia e a República de Chipre adquirirem a qualidade de Estados-Membros, o regulamento impugnado lhes dizia directa e individualmente respeito, de modo que a aplicação estrita dos prazos processuais a contar do dia da publicação do referido regulamento não as impedia de fazerem valer os respectivos direitos.

Por outro lado, a República de Chipre alegava que o seu recurso era, de qualquer modo, admissível na medida em que, tendo por objecto um regulamento que alterava o regulamento inicial, tinha sido interposto dentro do prazo. O Tribunal recorda que, embora o carácter definitivo de um acto não impugnado dentro do prazo não respeite apenas ao próprio acto mas também a qualquer acto posterior que tenha carácter puramente confirmativo, uma vez que essa solução se justifica pela necessária estabilidade jurídica e é válida tanto para os actos individuais como para os que têm carácter normativo, quando uma disposição de um regulamento é alterada pode ser interposto um novo recurso não só contra essa disposição concreta mas também contra todas as que, mesmo

⁸ Acórdão do Tribunal Geral de 30 de Abril de 1998, *Vlaams Gewest/Comissão*, T-214/95, Colect., p. II-717, n.º 29.

não alteradas, formam com ela um todo⁹. Analisando, todavia, esta conclusão no seu contexto, o Tribunal introduz-lhe matizes, ao precisar que o termo do prazo de recurso deve ser oposto ao recurso de anulação interposto de uma disposição alterada não apenas quando a referida disposição reproduz a contida no acto em relação ao qual o prazo de recurso terminou, mas também quando, embora a nova redacção seja diferente, a sua substância não seja afectada. Em contrapartida, quando uma disposição de um regulamento é, ainda que parcialmente, alterada de modo substancial, pode ser interposto um novo recurso contra essa disposição e contra todas as que, mesmo não alteradas, formam com ela um todo indivisível e substancial. No caso em apreço, uma vez que o regulamento em causa introduzia alterações acessórias e processuais e se destinava unicamente a prorrogar os prazos previstos pelo regulamento inicial, a anulação das disposições do regulamento inicial não podia ser pedida através de um recurso de anulação interposto do regulamento modificativo.

Regras de concorrência aplicáveis às empresas

1. Generalidades

a) Duração da infracção

No acórdão de 17 de Dezembro de 2009, *Solvay/Comissão* (T-58/01, ainda não publicado), o Tribunal Geral decidiu que, mesmo admitindo que possam ocorrer circunstâncias particulares que permitam a inversão do ónus da prova quanto à duração de uma infracção, a Comissão não está dispensada de se pronunciar de modo fundamentado, numa decisão que declare a existência de uma infracção ao artigo 81.º, n.º 1, CE, relativamente à duração da infracção, e de dar as informações de que dispõe sobre a referida duração. Salientando que a decisão impugnada continha elementos contraditórios quanto ao fim da infracção, considera que a Comissão, sobre a qual recaía o ónus da prova a título principal, não demonstrou que a infracção em causa tinha continuado até ao fim do ano de 1990. Assim, segundo o Tribunal, havia que reformar a decisão impugnada reduzindo o montante da coima aplicada à recorrente em 25%.

b) Prescrição

O processo *ArcelorMittal Luxembourg e o./Comissão* (acórdão de 31 de Março de 2009, T-405/06, ainda não publicado, objecto de recurso para o Tribunal de Justiça) permitiu ao Tribunal Geral confirmar a sua jurisprudência¹⁰ quanto ao alcance *ratione personae* dos efeitos dos actos que interrompem a prescrição. No caso em apreço, a sociedade-mãe de uma filial que tinha participado num acordo no mercado das vigas de aço salientava que os actos que interrompiam a prescrição de cinco anos só tinham efeito relativamente às empresas que tinham participado na infracção. Não tendo sido identificada como tal durante o procedimento administrativo, no âmbito do qual se inscrevia o acto que interrompia a prescrição, nem destinatária da comunicação de acusações, a sociedade-mãe contestava, portanto, que a Comissão lhe pudesse opor o efeito de interrupção desse acto. O Tribunal rejeita esta interpretação, precisando que a mesma implica um facto objectivo, isto é, a participação na infracção, que se distingue de um elemento subjectivo e contingente como a identificação dessa empresa no decurso do procedimento administrativo. Efectivamente, uma empresa poderia ter participado na infracção sem que a Comissão o soubesse no momento em que adopta um acto que interrompe a prescrição. Esta é interrompida não

⁹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Outubro de 2007, *Comissão/Parlamento e Conselho*, C-299/05, Colect., p. I-8695, n.ºs 29 e 30.

¹⁰ Acórdão de 1 de Julho de 2008, *Compagnie maritime belge/Comissão* (T-276/04, Colect., p. II-1277).

apenas relativamente às empresas que foram objecto de um acto de instrução ou processual, mas também relativamente às que, tendo participado na infracção, ainda são desconhecidas da Comissão e, portanto, não foram objecto de nenhuma medida de instrução nem destinatárias de um acto processual.

Em matéria de suspensão da prescrição, o Tribunal precisa que, enquanto o Regulamento (CE) n.º 1/2003¹¹ especifica que a interrupção é válida relativamente a todas as empresas e associações de empresas que participaram na infracção, tal precisão não existe no que respeita à suspensão. Analisa assim se a interposição de um recurso perante si tinha um efeito relativo apenas em relação à empresa recorrente, ou um efeito *erga omnes* em relação a todas as empresas que participaram na infracção, quer estas tenham ou não interposto um recurso. A este respeito, salienta antes de mais que, tal como a interrupção da prescrição, a suspensão da prescrição, que constitui uma excepção ao princípio da prescrição de cinco anos, deve ser interpretada restritivamente. Não se podia, portanto, presumir que o legislador tivesse querido aplicar o mesmo regime às duas situações. Além disso, diversamente da interrupção da prescrição, que se destina a permitir à Comissão perseguir e sancionar eficazmente as infracções às regras da concorrência, a suspensão da prescrição diz respeito, por definição, a um caso em que a Comissão já adoptou uma decisão. O efeito *inter partes* dos processos judiciais e as consequências que dele necessariamente resultam opõem-se, em princípio, a que o recurso interposto por uma empresa destinatária da decisão impugnada tenha uma qualquer incidência sobre a situação dos demais destinatários. Por fim, o Tribunal rejeita o argumento da Comissão segundo o qual a suspensão da prescrição que resulta da instauração, por uma empresa, de processos no Tribunal Geral e no Tribunal de Justiça se aplica tanto à entidade jurídica parte na instância como a todas as outras entidades jurídicas que fazem parte da mesma unidade económica, independentemente da entidade jurídica que instaurou esses processos. Com efeito, embora seja verdade que as regras da concorrência se dirigem a «empresas», entendidas como unidades económicas, também é verdade que, para efeitos da aplicação e da execução das decisões da Comissão nesta matéria, é necessário identificar, enquanto destinatário, uma entidade dotada de personalidade jurídica, única que pode interpor recurso de uma decisão adoptada no termo do procedimento administrativo e de que é destinatária. O Tribunal Geral concluiu que o prazo de prescrição de dez anos foi ultrapassado relativamente a um dos recorrentes e anulou a decisão impugnada na medida em que lhe dizia respeito.

c) Direitos de defesa

No acórdão de 1 de Julho de 2009, *ThyssenKrupp Stainless/Comissão* (T-24/07, ainda não publicado, objecto de recurso para o Tribunal de Justiça), o Tribunal Geral recordou que, a fim de permitir à Comissão ponderar, por um lado, a necessidade de preservar os direitos de defesa das partes através do acesso mais amplo possível aos elementos do processo e, por outro, a preocupação de proteger as informações confidenciais de outras partes ou de terceiros, essas partes e esses terceiros deviam fornecer à Comissão todos os elementos úteis. Indica que, se uma parte considera que, após ter obtido acesso ao processo, necessita, para efeitos da sua defesa, de tomar conhecimento de certas informações não acessíveis, pode apresentar à Comissão um pedido fundamentado para o efeito. A este respeito, o Tribunal entende que um pedido de carácter geral e não pormenorizado, documento por documento, não corresponde a um pedido fundamentado e não responde à interrogação da Comissão quanto à pertinência aparente das informações não acessíveis para a defesa da própria recorrente.

¹¹ Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º [CE] e 82.º [CE] (JO 2003, L 1, p. 1).

Por outro lado, o Tribunal recorda que, para respeitar os direitos de defesa das empresas, a Comissão deve dar às partes interessadas o direito de serem ouvidas antes de tomar uma das decisões previstas nos artigos 7.º, 8.º, 23.º e 24.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003. Quando a transmissão de documentos à recorrente ocorre após a adopção de uma das decisões referidas, como uma comunicação de acusações, os direitos de defesa dessa parte não são, no entanto, violados se a Comissão não tiver alterado as acusações expostas na referida decisão e, assim, não tiver em conta factos sobre os quais a empresa em causa não teve ocasião de se explicar.

2. Contributos no domínio do artigo 81.º CE

a) Aplicação da lei no tempo

Em aplicação dos princípios formulados por ocasião dos processos de acordos ditos «varões de betão»¹², o Tribunal recordou, nos acórdãos *ArcelorMittal Luxembourg e o./Comissão* e *ThyssenKrupp Stainless/Comissão*, já referidos, e no acórdão de 6 de Maio de 2009, *Outokumpu e Luvata/Comissão* (T-122/04, ainda não publicado), que, se bem que a sucessão do quadro jurídico do Tratado CE para o Tratado CECA tenha acarretado, a contar de 24 de Julho de 2002, uma alteração das bases jurídicas, dos procedimentos e das regras substantivas aplicáveis, essa sucessão se inscrevia no contexto da unidade e da continuidade da ordem jurídica comunitária e dos seus objectivos. Além disso, os conceitos de acordo e de práticas concertadas na vigência do artigo 65.º, n.º 1, CECA correspondem aos de acordo e de práticas concertadas na acepção do artigo 81.º CE e que ambas as disposições devem ser interpretadas da mesma maneira pelo juiz comunitário. Assim, a continuidade da ordem jurídica comunitária e dos objectivos que presidem ao seu funcionamento exige que, na medida em que sucede à Comunidade Europeia do Carvão e do Aço, e no quadro processual que é o seu, a Comunidade Europeia assegure, quanto às situações constituídas na vigência do Tratado CECA, o respeito dos direitos e obrigações que se impunham *eo tempore* tanto aos Estados-Membros como aos particulares por força do Tratado CECA e das normas adoptadas em sua execução. Essa exigência impõe-se tanto mais na medida em que a distorção da concorrência resultante do desrespeito das normas em matéria de cartéis é susceptível de estender os seus efeitos no tempo para além da cessação de vigência do Tratado CECA, na vigência do Tratado CE. Logo, o Regulamento n.º 1/2003 deve ser interpretado no sentido de que permite à Comissão declarar, após 23 de Julho de 2002, a existência de cartéis nos sectores abrangidos pelo Tratado CECA *ratione materiae* e *ratione temporis*, e aplicar-lhes sanções.

b) Coimas

No processo *Peugeot e Peugeot Nederland/Comissão* (acórdão de 9 de Julho de 2009, T-450/05, ainda não publicado), as recorrentes contestavam, nomeadamente, a apreciação da gravidade da infracção efectuada pela Comissão. Por um lado, a infracção tinha sido qualificada de «muito grave», na acepção do ponto 1 A das Orientações de 1998¹³, tendo a aplicação pela Peugeot nos Países Baixos de um sistema de bónus entre 1997 e 2003 tido por objectivo incitar os concessionários neerlandeses a restringir as importações paralelas. Para concluir que a Comissão, no exercício do seu poder de apreciação, não cometeu um erro ao qualificar a natureza da infracção de muito grave, o Tribunal Geral salienta, nomeadamente, que esta apresenta, devido à sua natureza, uma gravidade especialmente acentuada, tendo em conta as modalidades

¹² Acórdão de 25 de Outubro de 2007, *SP e o./Comissão*, T-27/03, T-46/03, T-58/03, T-79/03, T-80/03, T-97/03 e T-98/03, Colect., p. II-4331.

¹³ Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2 do artigo 15.º do Regulamento n.º 17 e do n.º 5 do artigo 65.º do Tratado CECA (JO 1998, C 9, p. 3).

especialmente dissimuladoras que presidiram à perpetuação do sistema de remuneração até 2003, num contexto em que a prática anterior da Comissão e a jurisprudência constante em matéria de importações paralelas, em particular no sector automóvel, constituíam avisos claros quanto à ilegalidade desse sistema. Além disso, sublinha que as recorrentes são membros de um grande grupo industrial que ocupa uma posição importante nos mercados de referência e que dispunham de serviços jurídicos que estavam em condições ideais para avaliar a natureza anti-concorrencial dos comportamentos em causa. Por outro lado, no que respeita ao impacto concreto da infracção no referido mercado, o Tribunal observa que a Comissão não deu suficiente atenção ao papel da evolução dos diferenciais de preços na baixa das exportações. Assim, fazendo uso da sua competência de plena jurisdição, decide que há que reduzir em 10% o montante da coima devido à gravidade da infracção.

No acórdão de 30 de Abril de 2009, *Nintendo e Nintendo of Europe/Comissão* (T-13/03, ainda não publicado), o Tribunal admitiu que, uma vez que está em causa um conjunto de acordos e de práticas concertadas de natureza vertical que tem por objecto e efeito restringir as exportações paralelas de consolas e de cartuchos de jogos, as quotas respectivas detidas pelas partes na distribuição dos produtos em causa são representativas do peso específico de cada empresa no sistema de distribuição controvertido. A Comissão tem, portanto, razão quando se reporta a esse critério para efeitos do tratamento diferenciado efectuado no âmbito da determinação dos montantes de base das coimas.

No mesmo acórdão, o Tribunal, ao apreciar se um erro de direito tinha sido cometido pela Comissão na determinação do carácter dissuasor da coima precisa que a qualidade de fabricante dos produtos pode também constituir, no caso das infracções de natureza vertical, um elemento representativo da sua capacidade de causar um prejuízo significativo à concorrência. Com efeito, o fabricante dos produtos em causa, que ocupa um lugar central no sistema de distribuição dos referidos produtos, tem de dar provas de particular vigilância e assegurar-se de que respeita as regras da concorrência na celebração de acordos de distribuição.

A questão do efeito dissuasivo das coimas foi objecto de outra precisão num dos acórdãos relativos ao acordo sobre o mercado do ácido monocloroacético. Com efeito, no acórdão de 30 de Setembro de 2009, *Arkema/Comissão* (T-168/05, não publicado, objecto de recurso para o Tribunal de Justiça), o Tribunal Geral sublinhou que, embora a Comissão tenha aplicado nos processos anteriores que implicaram a recorrente um coeficiente multiplicador com fins dissuasivos, isso não põe em causa a aplicação do referido coeficiente em processos ulteriores em que seja aplicada à recorrente uma coima pela sua participação num acordo relativo ao mesmo período da infracção. Uma vez que cada infracção era diferente e era objecto de uma decisão diferente, a Comissão podia ter em consideração a dimensão das empresas em causa e aplicar o coeficiente multiplicador ao montante de partida da coima.

Na sequência da sua análise do grau de cooperação das recorrentes, o Tribunal reformou também uma das decisões relativas às práticas anticoncorrenciais no mercado das consolas e dos cartuchos de jogos Nintendo. No acórdão *Nintendo e Nintendo of Europe/Comissão*, já referido, compara a cooperação fornecida, por um lado, pela Nintendo e, por outro, pelo seu distribuidor exclusivo para o mercado irlandês e do Reino Unido, antes de mais de um ponto de vista cronológico. Tal permite-lhe salientar que os documentos pertinentes fornecidos quer pela Nintendo quer por esse distribuidor o foram na mesma fase do procedimento, não se afigurando decisivo o facto de a Nintendo ter começado a cooperar alguns dias depois desse distribuidor. Em seguida, o Tribunal compara o grau de cooperação de um ponto de vista qualitativo, tendo em conta quer as condições em que essas empresas cooperaram quer o valor intrínseco das informações comunicadas. A este respeito, o Tribunal observa que as duas empresas transmitiram essas informações de modo

espontâneo e que o seu conteúdo ajudou a Comissão da mesma maneira. Logo, o Tribunal conclui que, em aplicação do princípio da igualdade de tratamento, se deve considerar que a cooperação da Nintendo foi equivalente à do distribuidor. Por conseguinte, o Tribunal fixa à Nintendo a mesma taxa de redução do montante da coima de que beneficiou o distribuidor.

No acórdão *Outokumpu e Luvata/Comissão*, já referido, o Tribunal teve ocasião de precisar a sua jurisprudência em matéria de circunstâncias agravantes, mais particularmente de reincidência. O Tribunal recorda que o conceito de reincidência implica unicamente a verificação prévia de uma infracção. O facto de a primeira infracção ter sido cometida sob a égide do Tratado CECA e de nenhuma coima ter sido aplicada devido ao contexto particular do referido processo de modo nenhum obsta ao princípio segundo o qual, desde que a Comissão demonstre, através de decisão, a participação de uma empresa num acordo, esta decisão poderá servir de base para avaliar ulteriormente a propensão dessa empresa para violar regras em matéria de acordos e de práticas concertadas.

A tomada em consideração de uma infracção anterior no âmbito da reincidência é também objecto de um desenvolvimento específico no acórdão de 30 de Setembro de 2009, *Hoechst/Comissão* (T-161/05, não publicado). No caso em discussão, a recorrente contestava a possibilidade de a Comissão ter em conta uma decisão anterior, devido ao facto de esta só se ter tornado definitiva após o termo da infracção em causa. O Tribunal sublinha, no entanto, que basta, para que seja possível tomar em consideração a infracção anterior, que a empresa tenha precedentemente sido considerada autora de uma infracção do mesmo tipo, mesmo que a decisão ainda esteja sujeita a fiscalização jurisdicional.

c) Imputabilidade do comportamento infraccional

Nos acórdãos relativos aos acordos e práticas concertadas no mercado do ácido monocloroacético, o Tribunal Geral introduziu precisões interessantes quanto à imputabilidade à sociedade-mãe do comportamento ilícito das suas filiais.

Em particular, no acórdão *Hoechst/Comissão*, já referido, o Tribunal decidiu que a recorrente não pode invocar a transferência da sua responsabilidade por intermédio do contrato de cessão do seu ramo de actividades celebrado com uma das suas filiais. Por um lado, tal contrato não pode ser oposto à Comissão a fim de escapar às sanções a que a empresa está sujeita em aplicação do direito comunitário da concorrência, na medida em que visa repartir a responsabilidade entre as sociedades por terem participado num acordo ou numa prática concertada. Por outro lado, a pretensa transferência de responsabilidade, operada no caso em apreço segundo os termos do contrato de cessão, não tem incidência na determinação da responsabilidade da recorrente, uma vez que este contrato foi celebrado entre ela e uma das suas filiais, por si detida a 100%, cujo comportamento infraccional lhe pode, consequentemente, ser imputado, na sua qualidade de sociedade-mãe.

Do mesmo modo, no processo que deu lugar ao acórdão *Arkema/Comissão*, já referido, a recorrente contestava a possibilidade de a Comissão imputar a infracção da filial à sociedade-mãe, uma vez que esta última era apenas uma *holding* não operacional, que pouco intervinha na gestão da filial. O Tribunal salienta que esta circunstância não basta para excluir que a sociedade-mãe exerça uma influência determinante no comportamento da filial ao coordenar, nomeadamente, os investimentos financeiros no grupo em causa. Efectivamente, no contexto de um grupo de sociedades, uma sociedade *holding* que coordena, designadamente, os investimentos financeiros no grupo tem por vocação reunir as participações nas diversas sociedades e por função assegurar a unidade da direcção, nomeadamente através deste controlo orçamental. Além disso, o Tribunal

precisa que nenhuma conclusão pode ser retirada do facto de as duas sociedades operarem em mercados distintos e não terem ligações de fornecedores a clientes. Com efeito, num grupo como o aqui em causa, a divisão de tarefas constitui um fenómeno normal que não afasta a presunção segundo a qual a sociedade-mãe e a sua filial constituem uma única empresa, na acepção do artigo 81.º CE. Por fim, o Tribunal recorda que a presunção de responsabilidade da sociedade-mãe pelas infracções cometidas pelas filiais de que detém a totalidade ou a quase totalidade do capital assenta num critério objectivo que se aplica seja qual for a dimensão ou organização jurídica da empresa. Assim, se a aplicação deste critério tem repercussões diferentes consoante a dimensão do grupo e a sua organização jurídica, tal constitui apenas uma consequência objectiva da diversidade das empresas.

3. Contributos no domínio do artigo 82.º CE

No acórdão de 9 de Setembro de 2009, *Clearstream/Comissão* (T-301/04, ainda não publicado), o Tribunal Geral pronunciou-se sobre a legalidade de uma decisão da Comissão que acusava os recorrentes de terem violado o artigo 82.º CE, por um lado, ao recusarem de modo discriminatório fornecer os seus serviços e, por outro, ao imporem preços discriminatórios.

O Tribunal salienta que a Comissão declarou acertadamente a existência desses abusos de posição dominante. Em particular, o Tribunal confirma que a recusa de fornecer um acesso e a discriminação injustificada a este respeito não constituem duas infracções separadas, mas duas manifestações de um mesmo comportamento, já que a discriminação injustificada resulta da recusa de fornecer a clientes comparáveis os mesmos serviços ou serviços semelhantes.

A este propósito, tendo ultrapassado largamente o que poderia ser considerado como razoável e justificável e assemelhando-se, assim, a uma recusa abusiva de prestar o serviço em questão, o prazo para a obtenção do acesso é susceptível de causar uma desvantagem concorrencial no mercado relevante. O Tribunal confirma também que a aplicação a um parceiro comercial de preços diferentes para serviços equivalentes, de forma ininterrupta durante cinco anos, por uma empresa que detém um monopólio de facto no mercado a montante, produziu necessariamente uma desvantagem concorrencial para este mesmo parceiro.

Por outro lado, no acórdão de 17 de Dezembro de 2009, *Solvay/Comissão* (T-57/01, ainda não publicado), o Tribunal declarou que os documentos apreendidos unicamente para verificar a participação em acordos e/ou práticas concertadas enquadradas pelo artigo 81.º CE podiam ser utilizados em apoio das acusações de violação do artigo 82.º CE, uma vez que existia uma semelhança material entre as práticas que a Comissão tinha considerado na origem de abusos de posição dominante e as práticas que mandou os seus agentes investigar.

O Tribunal considera abusivo, nomeadamente, um sistema de descontos em que, entre outras condições, eram concedidos descontos diferenciados desde que o cliente encomendasse à recorrente quantidades suplementares em relação às fixadas contratualmente, independentemente da importância, em termos absolutos, destas últimas. Com efeito, desse modo, o preço unitário para essas quantidades era sensivelmente inferior ao preço médio pago pelo cliente pelas quantidades de base fixadas contratualmente, incitando o cliente a abastecer-se também em tonelagens que ultrapassavam as quantidades contratuais, na medida em que os outros fornecedores dificilmente poderiam oferecer, em relação a estas tonelagens, preços concorrenciais relativamente aos oferecidos pela recorrente.

4. Contributos no domínio do controlo das concentrações

a) Dever de diligência

No acórdão de 7 de Maio de 2009, *NVV e o./Comissão* (T-151/05, ainda não publicado), o Tribunal Geral observou que, tendo em conta o imperativo de celeridade e os prazos estritos impostos à Comissão no âmbito do procedimento de controlo das concentrações, esta não podia, na falta de indícios que apontassem para a inexactidão das informações prestadas, ser obrigada a proceder a verificações relativamente a todas as informações que recebe. Com efeito, embora o dever de exame diligente e imparcial que incumbe à Comissão, no quadro desse procedimento, não lhe permita basear-se em elementos ou informações que não possam ser considerados verídicos, o referido imperativo de celeridade pressupõe que ela não pode verificar por si própria, ao mais ínfimo pormenor, a autenticidade e a fiabilidade de todas as comunicações que lhe são enviadas, uma vez que o procedimento de controlo das concentrações assenta necessariamente, em certa medida, na confiança.

b) Pedidos de informações

No acórdão de 4 de Fevereiro de 2009, *Omya/Comissão* (T-145/06, ainda não publicado), o Tribunal Geral precisou o alcance do poder da Comissão no âmbito dos pedidos de informações. Por um lado, no que respeita ao pedido de informações propriamente dito, o Tribunal indica, em primeiro lugar, que a apreciação da necessidade das informações pedidas se faz face à concepção que dela pode ter legitimamente a Comissão no momento do pedido e não face à necessidade real que possam ter tido essas informações na sequência do processo. Em segundo lugar, salienta que, uma vez que a duração da suspensão dos prazos fixados no artigo 10.º do Regulamento n.º 139/2004¹⁴, provocada pela adopção de uma decisão ao abrigo do disposto no artigo 11.º do referido regulamento, depende da data da comunicação das informações necessárias, a Comissão não viola o princípio da proporcionalidade ao suspender o procedimento enquanto tais informações não lhe forem comunicadas.

Por outro lado, no que respeita aos pedidos de correcções das informações comunicadas por uma parte, que são identificadas como estando erradas, o Tribunal salienta, em primeiro lugar, que a Comissão pode pedir essas correcções se existir o risco de os erros detectados terem um impacto significativo na sua apreciação da compatibilidade da operação de concentração em causa com o mercado comum. Em segundo lugar, indica que não se pode invocar a existência de uma confiança legítima para escapar às consequências da violação da obrigação de fornecer informações completas e exactas pela simples razão de que essa violação não foi detectada pela Comissão na altura das referidas verificações.

c) Prazo de recurso

No processo *Qualcomm/Comissão* (acórdão de 19 de Junho de 2009, T-48/04, ainda não publicado), a Comissão afirmava que o recurso interposto pela Qualcomm da decisão que declarava a operação de aquisição do controlo conjunto da Toll Collect, um sistema de portagens automatizado, por duas empresas compatível com o mercado comum era inadmissível na medida em que, embora a Qualcomm não fosse a destinatária dessa decisão, a sua transmissão a essa empresa constituía uma notificação na acepção do artigo 230.º, quinto parágrafo, pelo que

¹⁴ 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).

o prazo de recurso começava a correr a partir desse momento. O Tribunal rejeita a argumentação da Comissão Recorda, por um lado, que o artigo 20.º, n.º 1, do Regulamento (CEE) n.º 4064/89¹⁵ impõe a publicação no *Jornal Oficial da União Europeia* das decisões tomadas nos termos deste regulamento, pelo que, relativamente às pessoas que não são os destinatários identificados na decisão impugnada, o cálculo do prazo de recurso deve ser feito de acordo com a primeira alternativa referida no artigo 230.º, quinto parágrafo, CE, mais precisamente a contar da publicação. Por outro lado, salienta que aceitar a interpretação extensiva, proposta pela Comissão, do conceito de destinatário, segundo a qual este conceito abrange tanto o ou os destinatários identificados numa decisão como qualquer outra pessoa designada como tal pela Comissão sem que o tenha sido nessa decisão, conduziria a pôr em causa o efeito útil da obrigação prevista no artigo 20.º, n.º 1, do regulamento e a conferir à Comissão um poder discricionário para identificar, entre as pessoas que não são nominativamente referidas como destinatárias numa decisão, as que poderão interpor recurso a partir da notificação desta decisão e não a partir do dia da sua publicação. Ora, a concessão de tal poder discricionário pode conduzir à violação do princípio da igualdade de tratamento, na medida em que, entre as pessoas que não são nominativamente referidas como destinatárias numa decisão, aquelas às quais esta decisão foi «notificada» poderão impugná-la a partir do dia da sua «notificação», ao passo que as outras, às quais a decisão não tenha sido «notificada», poderão impugná-la a partir do dia da sua publicação. Consequentemente, essa discriminação não pode ser justificada pelo objectivo de garantir o mais rapidamente possível a segurança jurídica.

Auxílios de Estado

O contencioso dos auxílios de Estado constituiu uma parte importante da actividade do Tribunal Geral em 2009, com 70 processos decididos e 46 processos entrados. Apenas se poderá expor uma síntese dessas decisões no que respeita, em primeiro lugar, às questões de admissibilidade, em segundo lugar, às questões de mérito e, em terceiro lugar, às questões processuais.

1. Admissibilidade

A jurisprudência deste ano esclarece, nomeadamente, os conceitos de acto que produz efeitos jurídicos vinculativos e de interesse em agir.

Quanto ao conceito de acto que produz efeitos jurídicos vinculativos, o Tribunal Geral rejeitou, no seu acórdão de 11 de Março de 2009, *TF1/Comissão* (T-354/05, ainda não publicado), a argumentação da Comissão segundo a qual esta não toma nenhuma decisão no caso do procedimento de exame de um auxílio existente que termine na aceitação pelo Estado das medidas adequadas propostas, ou que se destine a reduzir esse procedimento a um processo quase contratual. Na verdade, os Estados e a Comissão podem debater as medidas adequadas propostas, mas só quando a Comissão decide aceitar os compromissos do Estado, por darem resposta às suas preocupações, o procedimento de exame de um auxílio existente termina com uma decisão susceptível de recurso.

No seu acórdão de 9 de Junho de 2009, *NDSHT/Comissão* (T-152/06, ainda não publicado, objecto de recurso para o Tribunal de Justiça), o Tribunal Geral decidiu que a obrigação de a Comissão adoptar uma decisão em resposta a uma denúncia só dizia respeito à hipótese prevista no

¹⁵ Tratava-se, neste processo, do II Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas (versão rectificada JO 1990, L 257, p. 13), conforme alterado pelo Regulamento (CE) n.º 1310/97 do Conselho, de 30 de Junho de 1997 (JO L 180, p. 1).

artigo 13.º do Regulamento (CE) n.º 659/1999¹⁶. O artigo 20.º, n.º 2, segunda frase, do mesmo regulamento prevê que a Comissão se pode limitar a informar por escrito o denunciante de que não há motivos suficientes para se pronunciar. É o que ocorre, em especial, quando o artigo 13.º desse regulamento não é aplicável porque a denúncia não diz respeito a um auxílio ilegal, mas visa, na realidade, um auxílio existente.

Resulta da iniciativa exclusiva da Comissão em matéria de auxílios existentes que um denunciante não pode, através de uma denúncia, obrigá-la a apreciar a compatibilidade de um auxílio existente. Se a Comissão considerar, após uma primeira avaliação, que a denúncia não visa um auxílio ilegal mas um auxílio existente, não tem a obrigação de enviar uma decisão nos termos do artigo 4.º do Regulamento n.º 659/1999 ao Estado-Membro interessado e não pode ser obrigada a aplicar o procedimento do artigo 88.º, n.º 1, CE. Assim, uma carta que qualifica o auxílio descrito na denúncia de auxílio existente não apresenta as características de uma decisão que produz efeitos jurídicos vinculativos que possam afectar os interesses da recorrente.

Quanto ao interesse em agir, o Tribunal decidiu, no acórdão TF1/Comissão, já referido, que não se pode considerar que a recorrente não tenha interesse em agir pelo facto de a decisão impugnada, na medida em que impunha condições relativas aos auxílios que beneficiavam uma empresa concorrente, lhe ser favorável. Com efeito, tal raciocínio assenta na premissa de que as suas alegações quanto ao mérito da decisão, em especial, quanto ao carácter manifestamente inadequado dos compromissos destinados a garantir a compatibilidade de um regime de auxílios com o mercado comum, são erradas. Ora, a anulação da decisão impugnada com base em erro manifesto da Comissão na determinação das medidas adequadas a aplicar, ou em fundamentação insuficiente da adequação dessas medidas aos problemas identificados, não colocaria a recorrente numa situação menos favorável do que a que resulta da decisão impugnada. Tal anulação significaria, portanto, que a decisão impugnada se caracterizava ou era susceptível de ser caracterizada por compromissos inadequados, sendo, assim, desfavorável à recorrente.

No seu acórdão de 10 de Fevereiro de 2009, *Deutsche Post e DHL International/Comissão* (T-388/03, ainda não publicado, objecto de recurso para o Tribunal de Justiça), o Tribunal Geral precisou que as interessadas na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE, tinham um interesse em obter a anulação de uma decisão da Comissão, tomada no termo do procedimento preliminar de investigação, uma vez que esta anulação impunha o início do procedimento formal de investigação e lhes permitia apresentar as suas observações, influenciando deste modo a nova decisão. Neste quadro, não cabe ao Tribunal comparar os fundamentos aduzidos com os argumentos de defesa apresentados pelas recorrentes num contencioso distinto.

2. Normas substantivas

a) Atribuição de um benefício económico

No acórdão de 11 de Fevereiro de 2009, *Iride e Irede Energia/Comissão* (T-25/07, ainda não publicado, objecto de recurso para o Tribunal de Justiça), o Tribunal Geral pronunciou-se sobre a questão de saber se a liberalização de um mercado fazia parte da evolução com que os operadores devem contar ou, pelo contrário, se as condições normais de mercado implicavam a estabilidade do quadro regulamentar existente. Lembrou que, num Estado democrático, o quadro regulamentar estava sujeito a ser alterado a qualquer momento, sobretudo se o quadro anterior

¹⁶ Regulamento (CE) n.º 659/1999 do Conselho, de 22 de Março de 1999, que estabelece as regras de execução do artigo [88.º CE] (JO L 83, p. 1).

previa a compartimentação nacional ou regional de um mercado, de modo a criar situações de monopólio. De onde decorre que a abertura de um mercado previamente compartimentado não pode ser qualificada de anomalia relativamente às condições normais de mercado.

Os operadores económicos têm, a este respeito, direito à protecção da sua confiança legítima. Todavia, tendo beneficiado dessa protecção efectiva, não podem pretender que lhe seja dada execução de uma certa maneira, e não de outra, ou seja, por meio da exclusão de um auxílio que compensa a perda sofrida pela alteração do quadro do conceito de auxílio de Estado, na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, e não por meio de uma declaração de compatibilidade desta medida com o mercado comum, nos termos do artigo 87.º, n.º 3, CE.

O Tribunal Geral também aplicou o princípio adoptado no acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Maio de 1997, *TWD/Comissão*¹⁷, segundo o qual a Comissão não ultrapassa o poder de apreciação de que dispõe quando, chamada a pronunciar-se sobre um projecto de auxílio que um Estado-Membro se propõe conceder a uma empresa, adopta uma decisão que declara esse auxílio compatível com o mercado comum, na condição de um antigo auxílio ilegal ser previamente reembolsado pela empresa, e isto devido ao efeito cumulado dos auxílios em questão. O facto de o antigo auxílio ilegal não ter sido concedido como auxílio individual, mas no quadro de um regime de auxílios, e de a Comissão não ter podido determinar o benefício exacto para as empresas beneficiárias, devido à falta de cooperação do Estado-Membro em causa, não pode justificar a não aplicação do referido princípio, uma vez que qualquer outra solução equivaleria a recompensar o desrespeito do dever de cooperação leal, privando de eficácia o sistema de fiscalização dos auxílios de Estado.

A este respeito, a obrigação que incumbe ao Estado-Membro e à empresa potencialmente beneficiária de novos auxílios de fornecerem à Comissão elementos susceptíveis de demonstrar que esses auxílios são compatíveis com o mercado comum, é igualmente extensiva à necessidade de demonstrar a inexistência de um efeito cumulado do auxílio novo com os auxílios antigos ilegais. Se a Comissão, devido ao incumprimento, pelo Estado-Membro e pela empresa potencialmente beneficiária do auxílio, da referida obrigação, não conseguiu apreciar a afectação da concorrência resultante desse efeito cumulativo, a falta de delimitação ou de análise do mercado em causa não pode ser imputada à Comissão.

b) Serviços de interesse económico geral

No acórdão *Deutsche Post e DHL International/Comissão*, já referido, o Tribunal Geral declarou que as enunciações feitas no acórdão do Tribunal de Justiça de 24 de Julho de 2003, *Altmark*¹⁸, eram plenamente aplicáveis às decisões anteriores da Comissão. Assim, o facto de a Comissão não ter podido, no quadro do procedimento preliminar de investigação do artigo 88.º, n.º 2, CE, efectuar um exame completo no que respeita à apreciação do carácter apropriado do nível da compensação concedida a um serviço de interesse económico geral, constitui um indício da existência de dificuldades sérias para apreciar se um auxílio é compatível com o mercado comum.

No acórdão *TF1/Comissão*, já referido, o Tribunal confirmou que as condições estabelecidas no acórdão *Altmark*, que visam determinar a existência de um auxílio de Estado na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE, não podem ser confundidas com o teste do artigo 86.º, n.º 2, CE, que permite

¹⁷ C-355/95 P, Colect., p. I-2549, n.ºs 25 a 27.

¹⁸ C-280/00, Colect., p. I-7747.

determinar se uma medida constitutiva de um auxílio de Estado pode ser considerada compatível com o mercado comum.

O Tribunal salienta também que, uma vez que o exame de um auxílio existente apenas pode conduzir a medidas para o futuro, se uma eventual sobrecompensação no que respeita ao passado pode eventualmente apresentar interesse para a apreciação da compatibilidade desse auxílio existente com o mercado comum, não é menos verdade que tal averiguação não é, em si, forçosamente indispensável para uma apreciação correcta da necessidade de propor medidas adequadas para o futuro e para a determinação dessas medidas. O risco ou a falta de risco de sobrecompensação para o futuro depende, definitiva e essencialmente, das modalidades concretas do próprio regime de financiamento, e não da circunstância de esse regime ter, na prática, ocasionado uma sobrecompensação no passado.

c) Critério do investidor privado em economia de mercado

No acórdão de 15 de Dezembro de 2009, *EDF/Comissão* (T-156/04, ainda não publicado), o Tribunal Geral lembrou que a intervenção dos poderes públicos no capital de uma empresa, seja sob que forma for, podia constituir um auxílio de Estado. Todavia, tal não poderá ser o caso, em aplicação do princípio da igualdade de tratamento entre empresas públicas e privadas, quando os capitais postos à disposição de uma empresa, directa ou indirectamente, pelo Estado, o sejam em circunstâncias que correspondem às condições normais de mercado. Nas situações em que a intervenção não se traduz em actos de poder público, recorre-se então ao critério do operador privado para determinar se esta intervenção poderia ter sido adoptada por um operador privado com um fim lucrativo. A este propósito, o Tribunal sublinha que é jurisprudência constante que, para apreciar se as medidas tomadas pelo Estado se inserem nas suas prerrogativas de poder público ou resultam das obrigações que deve assumir enquanto accionista, importa apreciar estas medidas, não em função da sua forma, mas em função da sua natureza, do seu objecto e das regras às quais estão sujeitas, tendo simultaneamente em conta o objectivo prosseguido pelas medidas em causa.

No caso em apreço, o Tribunal observa que a Comissão não analisou se o aumento de capital da *Électricité de France (EDF)*, realizado pela República Francesa por via da renúncia a um crédito fiscal, constituía uma medida legal face ao critério do investidor privado. Segundo a Comissão, este critério não se podia aplicar a esse benefício fiscal, uma vez que tal renúncia resulta do exercício, pelo Estado, dos seus poderes de regulação ou ainda das suas prerrogativas de poder público. O Tribunal rejeita esta interpretação, salientando que a aplicação do critério do investidor privado não podia ser afastada apenas pelo facto de o aumento de capital da EDF resultar da renúncia pelo Estado a um crédito fiscal que este último detinha contra a EDF. Incumbia à Comissão, em tais circunstâncias, verificar se um investidor privado teria procedido, em circunstâncias similares, a um investimento comparável em termos de montante, independentemente da forma de intervenção do Estado para aumentar o capital da EDF e da eventual utilização de recursos fiscais para esse efeito, e isto a fim de verificar a racionalidade económica deste investimento e de o comparar com o comportamento que tal investidor teria tido em relação à mesma empresa nas mesmas circunstâncias. O Tribunal salienta, além disso, que esta obrigação que incumbe à Comissão de verificar se os capitais foram fornecidos pelo Estado em circunstâncias que correspondem às condições normais do mercado existe independentemente da forma como estes capitais foram fornecidos pelo Estado, quer esta seja semelhante ou não à que poderia ter sido utilizada por um investidor privado.

O Tribunal indica por fim que o critério do investidor privado tem precisamente por objectivo verificar se, apesar de o Estado dispor de meios de que não dispõe um investidor privado, este

último teria, nas mesmas circunstâncias, tomado uma decisão de investimento comparável à do Estado. A natureza do crédito convertido em capital e, portanto, o facto de um investidor provado não poder deter um crédito fiscal são, pois, indiferentes no que respeita à questão de saber se o critério do investidor privado deve ou não ser aplicado. Por conseguinte, o Tribunal conclui que, tendo recusado examinar a medida controvertida no seu contexto e aplicar o critério do investidor privado, a Comissão cometeu um erro de direito. Assim, decretou a anulação da decisão impugnada.

d) Dever de recuperação do auxílio

Nos acórdãos de 30 de Novembro de 2009, *França/Comissão* e *France Télécom/Comissão* (T-427/04 e T-17/05, ainda não publicado), o Tribunal Geral reafirmou a jurisprudência segundo a qual o cálculo do montante do auxílio a recuperar devia poder ser efectuado, vistas as indicações que figuram na decisão, sem dificuldade excessiva. Considera que a Comissão podia, portanto, com razão, limitar-se a verificar a obrigação de restituição do auxílio em questão e a deixar às autoridades nacionais a incumbência de calcular o montante preciso do auxílio a restituir, especialmente quando este cálculo exija a tomada em consideração de regimes de imposição ou de segurança social cujas modalidades são fixadas pela legislação nacional aplicável. No caso em apreço, a tónica deve ser colocada no facto de a Comissão ter utilizado um intervalo de valores.

A este respeito, o Tribunal salienta que a Comissão indicou, na decisão impugnada, que o montante do auxílio em questão se devia situar entre 798 milhões e 1 140 milhões de euros. Daqui resulta que o montante de 798 milhões de euros deve ser considerado o montante mínimo do auxílio a recuperar. Dado que os montantes que constituem a margem dentro da qual o montante do auxílio em questão está compreendido não revestem um carácter indicativo, a decisão impugnada comporta assim as indicações adequadas para permitir à República Francesa determinar ela própria, sem dificuldade excessiva, o montante definitivo do auxílio a recuperar. Por outro lado, o Tribunal confirma a jurisprudência segundo a qual o cálculo do montante do auxílio a recuperar deve poder ser efectuado, vistas as indicações que figuram na decisão da Comissão, sem dificuldade excessiva. À luz da interpretação que o Tribunal de Justiça fez da decisão impugnada¹⁹, o Tribunal Geral considera que o montante do auxílio a recuperar no caso em apreço podia ser calculado sem dificuldade excessiva e era pelo menos igual ao mínimo do intervalo de valores considerado pela Comissão.

3. Regras processuais

a) Procedimento formal de investigação

No acórdão de 18 de Novembro de 2009, *Scheucher-Fleisch e o./Comissão* (T-375/04, ainda não publicado), o Tribunal recordou que a Comissão era obrigada a dar início ao procedimento formal de investigação nomeadamente se, à luz das informações obtidas no decurso da análise preliminar, continuasse a ter dificuldades sérias de apreciação da medida considerada. Ora, no momento em que a Comissão examinou a compatibilidade dos auxílios em causa com o mercado comum, tinha conhecimento de que um dos artigos da lei nacional em causa não respeitava o requisito previsto nas directrizes aplicáveis aos auxílios estatais à publicidade segundo o qual um regime nacional de controlo de qualidade não se deve limitar a produtos de uma determinada origem. Assim, esta disposição era geradora de dúvidas quanto à compatibilidade dos auxílios em causa com as

¹⁹ Acórdão de 18 de Outubro de 2007, *Comissão/França* (C-441/06, Colect., p. I-8887).

directrizes aplicáveis aos auxílios estatais à publicidade e devia conduzir ao início do procedimento mencionado no artigo 88.º, n.º 2, CE. O Tribunal anulou, portanto, a decisão impugnada.

Por outro lado, no acórdão *França/Comissão e France Télécom/Comissão*, já referido, o Tribunal indicou que a circunstância de, na decisão impugnada, a Comissão ter alterado a análise relativamente à decisão de início de um procedimento formal de investigação, só ser susceptível de implicar, relativamente ao Estado, a violação dos direitos de defesa se as indicações contidas nessa decisão ou fornecidas posteriormente, no debate contraditório durante o procedimento administrativo, não tiverem permitido ao Estado debater utilmente todos os elementos de facto e de direito considerados na decisão impugnada. Em contrapartida, as divergências entre a decisão impugnada e a decisão de início do procedimento resultante do facto de a Comissão retomar, total ou parcialmente, os argumentos do Estado, não podem implicar, por definição, a violação dos direitos de defesa deste.

Do mesmo modo, no acórdão de 4 de Setembro de 2009, *Itália/Comissão* (T-211/05, ainda não publicado), o Tribunal referiu que o procedimento formal de investigação permitia aprofundar e esclarecer as questões suscitadas na decisão de dar início ao procedimento, pelo que uma eventual divergência entre esta e a decisão final não pode, em si, ser considerada constitutiva de um vício susceptível de afectar a legalidade desta última. Não resulta de nenhuma disposição relativa ao controlo dos auxílios de Estado que a Comissão, antes de adoptar a sua decisão, tenha a obrigação de comunicar a sua posição ao Estado-Membro em questão, desde que este tenha tido a oportunidade de apresentar as suas observações.

b) Confiança legítima

No processo que deu lugar ao acórdão de 9 de Setembro de 2009, *Diputación Foral de Álava e o./Comissão* (T-30/01 a T-32/01 e T-86/02 a T-88/02, ainda não publicado, objecto de recurso para o Tribunal de Justiça), os recorrentes alegam, nomeadamente, que o comportamento da Comissão tinha constituído uma circunstância excepcional susceptível de gerar a sua confiança legítima na regularidade dos regimes de auxílio em causa, devido à falta de publicação do aviso aos potenciais beneficiários dos auxílios, prevista na comunicação de 1983 sobre os auxílios ilegais.

Ainda que o Tribunal Geral lamente esta falta de publicação no Jornal Oficial, salienta que não deixa de ser verdade que as informações contidas na referida comunicação eram inequívocas. Além disso, a interpretação defendida pelos recorrentes equivalia a dar a esta comunicação de 1983 sobre os auxílios ilegais um alcance contrário ao artigo 88.º, n.º 3, CE. Com efeito, a precariedade dos auxílios concedidos ilegalmente decorria do efeito útil da obrigação de notificação prevista no artigo 88.º, n.º 3, CE e não dependia do facto de ter havido ou não publicação no Jornal Oficial do aviso previsto na comunicação de 1983 sobre os auxílios ilegais.

Em particular, a recuperação dos auxílios concedidos ilegalmente não pode ser impossibilitada pelo simples facto de a Comissão não ter feito essa publicação, sob pena de o sistema de controlo dos auxílios de Estado instituído pelo Tratado ser posto em causa. De onde se conclui que a falta de publicação do aviso previsto na comunicação de 1983 sobre os auxílios ilegais não constitui uma circunstância excepcional susceptível de servir de base a uma qualquer confiança na regularidade dos auxílios ilegalmente concedidos.

Além disso, nos acórdãos *França/Comissão* e *France Télécom/Comissão*, já referidos, o Tribunal observou que o dever de notificação das medidas susceptíveis de conceder auxílios de Estado às empresas tinha precisamente por finalidade permitir dissipar qualquer dúvida sobre a questão de saber se essas medidas constituíam efectivamente auxílios de Estado. Na data de adopção da

lei que previu o regime especial de tributação aplicável à France Télécom não estava certo de que esse regime conferia uma vantagem a esta empresa. O Tribunal considera, portanto, que a França devia ter notificado esta medida à Comissão. Não tendo procedido a essa notificação antes da aplicação do regime de tributação em causa, não podia invocar o princípio da protecção da confiança legítima, salvo se demonstrasse a existência de circunstâncias excepcionais.

c) Procedimento de adopção das decisões

Nos acórdãos *França/Comissão* e *France Télécom/Comissão*, já referidos, o Tribunal Geral introduziu uma precisão notável no que respeita ao procedimento de adopção de decisões pela Comissão em matéria de auxílios de Estado. O Tribunal considera, com efeito, que não é possível excluir que, como de resto prevê o artigo 13.º, segundo parágrafo, do Regulamento Interno da Comissão²⁰, o colégio dos membros da Comissão encarregue um ou mais dos seus membros de adoptar o texto definitivo de uma decisão, cujo conteúdo essencial tenha por ele sido definido nas suas deliberações. Quando o colégio tenha feito uso de tal faculdade, cabe ao juiz ao qual tenha sido submetida a questão da regularidade do exercício desta habilitação verificar se é possível considerar que foi o colégio que adoptou a decisão em causa e todos os seus elementos de facto e de direito. Observando, no caso em apreço, que as divergências formais entre a versão da decisão impugnada adoptada em 2 de Agosto de 2004 e o texto que tinha sido aprovado pelo colégio dos membros da Comissão nos dias 19 e 20 de Julho de 2004 não tiveram incidência no alcance da decisão impugnada, o Tribunal não acolhe o fundamento.

Marca comunitária

As decisões relativas à aplicação do Regulamento (CE) n.º 40/94, substituído pelo Regulamento (CE) n.º 207/2009²¹ que se limita todavia, no essencial, a codificar as regras sobre a marca comunitária que foram alteradas em várias ocasiões e de modo substancial desde 1994, representam ainda em 2009 uma parte considerável dos processos decididos pelo Tribunal Geral (168 processos, ou seja, 30% do número total de processos decididos em 2009).

1. Motivos absolutos de recusa e causas de nulidade absoluta

O artigo 7.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento n.º 40/94 proíbe o registo como marca comunitária dos sinais que, devido ao seu carácter descritivo, são insusceptíveis de cumprir a função de indicador da proveniência comercial dos produtos ou dos serviços em causa. Além disso, segundo jurisprudência assente, o carácter descritivo de um sinal deve ser apreciado por referência, por um lado, aos produtos ou serviços em causa e, por outro, à percepção que dele tem o público relevante²².

No acórdão de 19 de Novembro de 2009, *Torresan/IHMI — Klosterbrauerei Weissenhohe (CANNABIS)* (T-234/06, ainda não publicado), o Tribunal Geral negou provimento a um recurso da decisão da Câmara de Recurso do Instituto de Harmonização no Mercado Interno (marcas, desenhos

²⁰ JO L 308 de 8.12.2000, p. 26.

²¹ Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho, de 20 de Dezembro de 1993, sobre a marca comunitária (JO 1994, L 11, p. 1), substituído pelo Regulamento (CE) n.º 207/2009 do Conselho, de 26 de Fevereiro de 2009, sobre a marca comunitária (JO L 78, p. 1). Todavia, no presente relatório, apenas se faz referência à numeração dos artigos que constam do Regulamento n.º 40/94.

²² Acórdãos do Tribunal de Justiça de 20 de Setembro de 2001, *Procter & Gamble/IHMI*, C-383/99 P, Colect., p. I-6251, n.º 39, e de 21 de Outubro de 2004, *IHMI/Erpo Möbelwerk*, C-64/02 P, Colect., p. I-10031, n.º 43.

e modelos) (IHMI) segundo a qual, para o consumidor médio, o sinal nominativo CANNABIS era descritivo das características da cerveja, do vinho e de outras bebidas alcoólicas susceptíveis de conter entre os seus ingredientes cannabis como aroma utilizado no seu fabrico. Tal conclusão não é posta em causa pelo facto de o termo «cannabis» constituir um termo evocativo e alusivo que suscita uma ideia de prazer, de evasão ou de relaxamento.

Por outro lado, nos acórdãos de 19 de Novembro de 2009, *Agencja Wydawnicza Technopol/IHMI* (222, 333 e 555) (T-200/07 a T-202/07), (350, 250 e 150) (T-64/07 a T-66/07), (1000) (T-298/06) (não publicados), o Tribunal precisou que sinais nominativos constituídos unicamente por números eram descritivos de produtos tais como brochuras, periódicos, imprensa quotidiana e jogos, na medida em que fazem referência a características dos produtos, nomeadamente a quantidade de páginas, de obras, de informações e de jogos compilados.

Quanto a sinais figurativos constituídos por números enquadrados por um rectângulo e acompanhados de decorações a cores, o Tribunal foi também chamado a pronunciar-se, no acórdão do Tribunal de 19 de Novembro de 2009, *Agencja Wydawnicza Technopol/IHMI* (100 e 300) (T-425/07 e T-426/07, ainda não publicado), sobre as consequências da recusa da empresa que apresentou um pedido destinado a registar os sinais como marcas comunitárias de declarar, em conformidade com o artigo 38.º, n.º 2, do Regulamento n.º 40/94, que renunciava a invocar um direito exclusivo sobre os referidos números. Após ter lembrado que, por força dessa disposição, sempre que a marca incluía um elemento desprovido de carácter distintivo e que a inclusão desse elemento na marca possa criar dúvidas acerca da extensão da protecção conferida, o IHMI pode pedir, como condição para o registo da marca, que o requerente declare que não invocará nenhum direito exclusivo sobre esse elemento, o Tribunal precisa que a função de tais declarações consiste em salientar o facto de que o direito exclusivo reconhecido ao titular de uma marca não abrange os elementos não distintivos que a compõem e que a apreciação do carácter distintivo dos elementos das marcas cujo registo é pedido, no quadro do artigo 38.º, n.º 2, do Regulamento n.º 40/94, não deve ser feita com base na impressão de conjunto produzida pelas referidas marcas, mas com base nos elementos que as compõem.

Além disso, o Tribunal pronunciou-se novamente sobre o carácter distintivo de sinais figurativos muito simples, ou seja, um ponto de exclamação, isolado ou num rectângulo, nos acórdãos de 30 de Setembro de 2009, *Joop!/IHMI (!)* (T-75/08, não publicado) e *Representação de um ponto de exclamação num rectângulo* (T-191/08, não publicado). Recorda que o registo de uma marca constituída por sinais utilizados como *slogans* publicitários, indicações de qualidade ou expressões que incitam a comprar os produtos ou serviços visados não é excluído, enquanto tal, devido a essa utilização. Todavia, um sinal que preencha funções diferentes das da marca no sentido clássico só é distintivo se puder ser imediatamente entendido como uma indicação da origem comercial dos produtos ou dos serviços em causa. Observa em seguida que, no caso em apreço, o consumidor, incluindo aquele que possui um grau de atenção mais elevado, não podia determinar a origem dos produtos designados baseando-se num ponto de exclamação, que seria sobretudo percebido como um elogio, mesmo que se encontrasse num quadro rectangular, elemento secundário que dava ao sinal em questão a aparência de uma etiqueta. Por outro lado, no acórdão de 20 de Janeiro de 2009, *Pioneer Hi-Bred International/IHMI (OPTIMUM)* (T-424/07, não publicado), o Tribunal precisou que, devido precisamente à sua utilização habitual na linguagem corrente, como no comércio, enquanto vocábulo elogioso genérico, o sinal OPTIMUM não pode ser considerado apto para identificar a origem comercial dos produtos que designa e que o facto de os produtos em causa se destinarem a um público especializado em nada altera esta apreciação, uma vez que o nível de atenção desse público, que é em princípio elevado, é relativamente baixo no que toca a indicações de natureza promocional.

Nos termos do artigo 7.º, n.º 3, do Regulamento n.º 40/94, uma marca pode ser registada se tiver adquirido, relativamente aos produtos ou serviços em causa, carácter distintivo após o uso que dela tenha sido feito. A este respeito, no acórdão de 28 de Outubro de 2009, *BCS/IHMI — Deere (Combinação das cores verde e amarela)* (T-137/08, ainda não publicado, objecto de recurso para o Tribunal de Justiça), o Tribunal Geral lembrou antes de mais que qualquer utilização de um sinal, no caso em apreço uma combinação das cores verde e amarela, não constituía necessariamente um uso como marca. Contudo, no presente caso, a decisão do IHMI de não anular a marca constituída pelo referido sinal baseava-se nomeadamente nas declarações das associações profissionais segundo as quais a combinação das cores verde e amarela remetia para as máquinas agrícolas da interveniente e no facto de esta ter utilizado a mesma combinação de cores nas suas máquinas durante um período considerável. Por outro lado, o Tribunal precisou que, embora seja necessário demonstrar que a marca controvertida adquiriu carácter distintivo em toda a União, não é de modo algum exigido que os mesmos tipos de elementos de prova sejam carreados por cada Estado-Membro.

2. Motivos relativos de recusa e causas de nulidade relativa

Os principais contributos da jurisprudência deste ano respeitam à apreciação da similitude dos sinais e à avaliação do risco de confusão. Antes de mais, no acórdão de 28 de Outubro de 2009, *CureVac/IHMI — Qiagen (RNAiFect)* (T-80/08, ainda não publicado), o Tribunal Geral considerou que a semelhança dos sinais RNAiFect e RNaActive decorrente da identidade das suas três primeiras letras era fortemente atenuada pelas diferenças entre as suas cinco últimas letras. Precisa que, se é verdade que o consumidor atribui normalmente mais importância à parte inicial dos vocábulos, dado a sua pronúncia ser mais acentuada, o público não considera que um elemento descritivo ou escassamente distintivo que faz parte de uma marca complexa seja o elemento distintivo e dominante na impressão de conjunto produzida por esta. Ora, no caso em apreço, o elemento «rna» tinha um carácter distintivo reduzido, presumindo o consumidor a existência de uma referência a um composto químico. Assim, este elemento não podia ser considerado pelo público distintivo e dominante na impressão de conjunto produzida pelas marcas complexas em causa. Em contrapartida, no acórdão de 2 de Dezembro de 2009, *Volvo Trademark/IHMI — Grebenshikova (SOLVO)* (T-434/07, ainda não publicado), o Tribunal considerou que os sinais SOLVO e VOLVO apresentavam um certo grau de semelhança no plano fonético e, portanto, que o IHMI entendeu erradamente que podia dispensar-se de uma apreciação global do risco de confusão.

Em seguida, no acórdão de 8 de Julho de 2009, *Laboratorios Del Dr. Esteve/IHMI — Ester C (ESTER-E)* (T-230/07, não publicado), o Tribunal precisou certas circunstâncias em que a comparação entre sinais no plano conceptual podia neutralizar as semelhanças entre esses mesmos sinais nos planos visual e fonético. Observa que, se o sinal ESTEVE não tem significado noutras línguas oficiais da União, além do espanhol, o sinal ESTER-E será associado a um nome bem conhecido ou a um composto químico e que esta diferença entre os referidos sinais no plano conceptual justifica a inexistência de risco de confusão. Em contrapartida, no acórdão de 29 de Outubro de 2009, *Peek & Cloppenburg/IHMI — Redfil (Agile)* (T-386/07, não publicado), o Tribunal precisou que não constituem tais circunstâncias as situações em que o sinal cujo significado seja susceptível de ser imediatamente apreendido pelo público pertinente reveste apenas um carácter distintivo limitado no que respeita aos produtos ou serviços em causa. Considera que a diferença entre os sinais Aygill's e Agile no plano conceptual não é suficiente para neutralizar as semelhanças entre esses sinais nos planos visual e fonético. Com efeito, relativamente aos produtos em causa, que são artigos e roupas de desporto, a palavra «agile» tinha um carácter laudatório que, perante as referidas semelhanças, podia também ser atribuído pelo consumidor à marca anterior. Por outro lado, no acórdão de 23 de Setembro de 2009, *Viñedos y Bodegas Príncipe Alfonso de Hohenlohe/IHMI — Byass (ALFONSO)* (T-291/07, não publicado), o Tribunal confirmou a apreciação do IHMI segundo

a qual a marca anterior PRINCIPE ALFONSO e a marca pedida ALFONSO eram conceptualmente diferentes para o consumidor espanhol, nomeadamente na medida em que o elemento «príncipe» singulariza uma pessoa relativamente a todas as que tinham o mesmo nome, possuindo este sinal um significado claro e bem determinado, de modo que o público relevante conseguia apreendê-lo imediatamente.

No que respeita à comparação dos produtos ou dos serviços, no acórdão de 22 de Janeiro de 2009, *Commercy/IHMI — easyGroup IP Licensing (easyHotel)* (T-316/07, ainda não publicado), o Tribunal, após ter lembrado que estes são complementares quando entre eles existe uma relação tal que um é indispensável ou importante para a utilização do outro, precisou que esta definição implicava que esses produtos ou serviços complementares fossem susceptíveis de ser utilizados conjuntamente e, assim, que se dirigem ao mesmo público.

Outros desenvolvimentos jurisprudenciais marcantes deste ano dizem respeito ao artigo 8.º, n.º 4, do Regulamento n.º 40/94, nomeadamente no quadro dos procedimentos de declaração de nulidade. No acórdão de 24 de Março de 2009, *Moreira da Fonseca/IHMI — General Óptica (GENERAL OPTICA)* (T-318/06 a T-321/06, ainda não publicado), o Tribunal lembrou que, para se opor ao registo ou pedir a nulidade de uma marca comunitária nos termos da referida disposição, o sinal em causa deve preencher cumulativamente quatro requisitos: deve ser utilizado na vida comercial; deve ter um alcance que não seja apenas local; nos termos da legislação do Estado-Membro no qual esse sinal era utilizado, os direitos dele decorrentes devem ter sido adquiridos antes da data de depósito do pedido de marca comunitária e deve conferir ao seu titular o direito de proibir a utilização de uma marca posterior. Em seguida, o Tribunal precisou que os dois primeiros requisitos devem ser interpretados apenas à luz do direito da União, devendo os dois outros requisitos ser apreciados à luz dos critérios fixados pela legislação nacional aplicável. Por fim, quanto ao segundo requisito, decidiu, por um lado, que o alcance deve ser avaliado tendo em conta quer a dimensão geográfica quer a dimensão económica e, por outro, que o facto de um sinal conferir ao seu titular um direito exclusivo sobre todo o território nacional é insuficiente, em si mesmo, para demonstrar que o seu alcance não é apenas local. Além disso, no acórdão de 11 de Junho de 2009, *Last Minute Network/IHMI — Last Minute Tour (LAST MINUTE TOUR)* (T-114/07 e T-115/07, ainda não publicado), o Tribunal referiu que, no quadro da aplicação da referida disposição, a Câmara de Recurso era obrigada a tomar em consideração quer a legislação do Estado-Membro em causa aplicável por força do reenvio operado por esta disposição quer a jurisprudência nacional relevante.

Além disso, no acórdão de 14 de Maio de 2009, *Fiorucci/IHMI — Edwin (ELIO FIORUCCI)*, (T-165/06, ainda não publicado, objecto de recurso para o Tribunal de Justiça), o Tribunal verificou se as condições de aplicação do artigo 52.º, n.º 2, do Regulamento n.º 40/94 tinham sido respeitadas pela Câmara de Recurso do IHMI. No caso em apreço, Elio Fiorucci pedia, nomeadamente, a nulidade da marca ELIO FIORUCCI alegando o seu direito ao nome protegido pelo direito italiano. Após ter lembrado que, ao abrigo dessa disposição, o IHMI pode declarar a nulidade de uma marca comunitária, se a sua utilização puder ser proibida por força, nomeadamente, de um direito ao nome protegido por um direito nacional, o Tribunal declarou que a protecção garantida pela disposição italiana relevante não está excluída quando o nome da pessoa em causa tiver adquirido notoriedade devido à actividade comercial que exerce.

Por outro lado, o acórdão de 30 de Junho de 2009, *Danjaq/IHMI — Mission Productions (Dr. No)* (T-435/05, ainda não publicado), permitiu ao Tribunal precisar que o mesmo sinal pode ser protegido enquanto criação original do espírito pelo direito de autor ou enquanto indicação de origem comercial dos produtos e dos serviços em causa pelo direito das marcas. O Tribunal lembra que estes dois direitos exclusivos se baseiam em qualidades distintas, isto é, por um lado,

a originalidade de uma criação e, por outro lado, a aptidão de um sinal para distinguir a referida origem comercial. Assim, mesmo que o título de um filme possa estar protegido por certos direitos nacionais enquanto criação artística independentemente da protecção concedida ao próprio filme, não beneficia automaticamente da protecção reconhecida às marcas. Deste modo, mesmo supondo que os sinais Dr. No e Dr. NO permitem distinguir o filme com esse título dos outros filmes da série «James Bond», tal não permite demonstrar que esses sinais indicam a origem comercial dos produtos e dos serviços em causa.

Por fim, o Tribunal clarificou as regras relativas à prova da utilização séria da marca anterior no quadro de um processo de declaração de nulidade. Precizou, no acórdão de 12 de Junho de 2009, *Harwin International/IHMI — Cuadrado (Pickwick COLOUR GROUP)* (T-450/07, ainda não publicado), que o IHMI era obrigado a apreciar a questão da prova da utilização séria da marca anterior mesmo quando o titular da marca comunitária cuja nulidade é pedida não tivesse apresentado um pedido específico nesse sentido, mas contestava os elementos de prova apresentados para esse efeito pelo titular da marca anterior.

3. Causas de extinção

Nos termos do artigo 50.º do Regulamento n.º 40/94, pode ser declarada a perda dos direitos do titular da marca comunitária, nomeadamente quando a utilização da marca possa induzir o público em erro acerca da natureza, da qualidade ou da proveniência geográfica dos produtos ou dos serviços em causa.

A este propósito, no acórdão *ELIO FIORUCCI*, já referido, o Tribunal considerou que a identidade entre uma marca e um patrócnimo não basta para concluir que o público em causa pense que a pessoa cujo patrócnimo constitui a marca desenhou os produtos que ostentam essa marca, sabendo esse público que por detrás de cada marca constituída por um patrócnimo não se esconde obrigatoriamente um estilista com o mesmo nome. Para que o artigo 50.º do Regulamento n.º 40/94 possa ser aplicado, o interessado deve provar que a marca foi utilizada de modo enganoso ou que se verifica a existência de um risco suficientemente grave de engano, o que não foi demonstrado no caso em apreço.

No acórdão de 10 de Dezembro de 2009, *Stella Kunststofftechnik/IHMI — Stella Pack (Stella)* (T-27/09, ainda não publicado), o Tribunal também precisou o objecto e os efeitos respectivos dos processos de extinção e de oposição. Salieta, nomeadamente, que as disposições pertinentes não prevêm que um processo de oposição instaurado com base numa marca anterior, e ainda pendente, possa ter qualquer influência na admissibilidade, ou mesmo na tramitação, de um processo de extinção contra essa marca. Com efeito, os processos de oposição e de extinção são dois processos específicos e autónomos, destinando-se a oposição a pôr em causa, sob determinadas condições, um pedido de registo de marca devido à existência de uma marca anterior, não implicando o indeferimento de uma oposição a extinção da marca em causa, ao passo que uma extinção só pode ser obtida através da instauração de um processo para esse efeito.

4. Questões formais e processuais

Uma vez que a jurisprudência é especialmente rica este ano no que respeita às questões formais e processuais, é necessário que nos limitemos a citar os principais contributos.

Em primeiro lugar, o acórdão de 14 de Outubro de 2009, *Ferrero/IHMI — Tirol Milch (TiMi KiNDERJOGHURT)* (T-140/08, ainda não publicado, objecto de recurso para o Tribunal de Justiça), reveste uma importância particular, já que permitiu ao Tribunal Geral precisar o valor, no contexto

de um processo de declaração de nulidade, das apreciações efectuadas e das conclusões a que chegou uma Câmara de Recurso do IHMI numa decisão anterior, proferida no âmbito de um processo de oposição entre as mesmas partes e que teve por objecto a mesma marca comunitária. Em especial, foi decidido que não eram aplicáveis nem o princípio da autoridade de caso julgado, por os processos no IHMI serem de natureza administrativa, e as disposições pertinentes não preverem uma regra nesse sentido, nem os princípios da segurança jurídica e da protecção da confiança legítima, não excluindo o Regulamento n.º 40/94 a possibilidade de um processo de declaração de nulidade após o fracasso de um processo de oposição.

Em segundo lugar, no que respeita às consequências para o IHMI da anulação de uma decisão da Câmara de Recurso, o Tribunal indicou no acórdão de 25 de Março de 2009, *Kaul/IHMI — Bayer (ARCOL)* (T-402/07, ainda não publicado, objecto de recurso para o Tribunal de Justiça), que o IHMI devia agir de modo a que o recurso que voltou a ficar pendente na sequência da referida anulação fosse objecto de uma nova decisão, adoptada eventualmente pela mesma câmara. Precisa que, se, como no caso em apreço, o acórdão de anulação não tomou posição sobre o carácter semelhante, ou não, das marcas em conflito, a Câmara de Recurso devia reexaminar essa questão, independentemente da posição adoptada na decisão anterior anulada.

Em terceiro lugar, o Tribunal precisou o alcance do dever de fundamentação das decisões das Câmaras de Recurso quando uma marca abrange vários produtos ou serviços. No acórdão de 2 de Abril de 2009, *Zuffa/IHMI (ULTIMATE FIGHTING CHAMPIONSHIP)* (T-118/06, ainda não publicado), indicou que só é possível proceder a uma fundamentação global para uma série de produtos ou de serviços quando exista entre eles uma relação suficientemente directa e concreta para permitir que as considerações que constituem a fundamentação da decisão em causa, por um lado, explicitem suficientemente o raciocínio seguido pela Câmara de Recurso para cada um dos produtos e dos serviços dessa categoria e, por outro, possam ser aplicadas indiferentemente a cada um dos produtos e dos serviços em causa. No acórdão de 20 de Maio de 2009, *CFCMCEE/IHMI (P@YWEB CARD e PAYWEB CARD)* (T-405/07 e T-406/07, ainda não publicado, objecto de recurso para o Tribunal de Justiça), acrescentou também que uma fundamentação global deve, contudo, permitir ao juiz exercer a sua fiscalização. Por outro lado, quando uma decisão impugnada nem sequer contém um esboço de fundamentação sobre as razões pelas quais o IHMI entendeu que determinados serviços formam um grupo homogéneo não pode apresentar fundamentos complementares no decurso da instância.

Em quarto lugar, no acórdão de 3 de Junho de 2009, *Frosch Touristik/IHMI — DSR touristik (FLUGBÖRSE)* (T-189/07, ainda não publicado, objecto de recurso para o Tribunal de Justiça), o Tribunal Geral precisou que só da data de apresentação do pedido de registo, e não a do registo, era pertinente para o exame que o IHMI deve efectuar num processo de declaração de nulidade em que é alegado que uma marca comunitária não preenche os requisitos do artigo 7.º do Regulamento n.º 40/94. Com efeito, esta abordagem evita que a probabilidade de perda da registabilidade de uma marca aumente em função da duração do processo de registo.

Em quinto lugar, nos acórdãos de 7 de Maio de 2009, *Omnicare/IHMI — Astellas Pharma (OMNICARE)* (T-277/06), de 12 de Maio de 2009, *Jurado Hermanos/IHMI (JURADO)* (T-410/07), de 13 de Maio de 2009, *Aurelia Finance/IHMI (AURELIA)* (T-136/08), e de 23 de Setembro de 2009, *Evets/IHMI (DANELECTRO e QWIK TUNE)* (T-20/08 e T-21/08, objecto de recurso para o Tribunal de Justiça) (ainda não publicados), o Tribunal pronunciou-se sobre o âmbito de aplicação do artigo 78.º do Regulamento n.º 40/94, relativo à *restitutio in integrum* e segundo o qual o requerente ou o titular de uma marca ou ainda qualquer outra parte num processo perante o IHMI que não tenha respeitado um prazo pode, em certas condições, ser reinvestido nos seus direitos. Em particular, nos primeiro e quarto acórdãos referidos, o Tribunal precisou que essa disposição era aplicável ao prazo para

contestar uma decisão na Câmara de Recurso, mas não ao prazo para apresentar o próprio pedido de *restitutio in integrum*. Além disso, na segunda decisão, clarificou o conceito de parte no processo, e no terceiro, indicou que, se o titular de uma marca delega as tarefas administrativas relativas à sua renovação numa sociedade especializada na matéria, deve certificar-se de que esta última apresenta as garantias necessárias que permitam presumir uma boa execução dessas tarefas. Em especial, quando esta sociedade especializada instala um sistema informático de alerta de prazos, deve prever um mecanismo de detecção e de correcção de eventuais erros.

Por fim, no que respeita à decisão de revogação adoptada por uma instância do IHMI, a fim de corrigir um erro que afecta a parte relativa às despesas de uma decisão anteriormente adoptada por essa mesma instância, o Tribunal afirmou, no acórdão de 1 de Julho de 2009, *Okalux/IHMI — Messe Düsseldorf (OKATECH)* (T-419/07, ainda não publicado), que uma vez que essa revogação podia ser apenas parcial, o prazo de recurso devia ser calculado em relação à primeira decisão.

Ambiente — Sistema de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa

Nos acórdãos de 23 de Setembro de 2009, *Estónia/Comissão* (T-263/07, ainda não publicado, objecto de recurso para o Tribunal de Justiça) e *Polónia/Comissão* (T-183/07, ainda não publicado, objecto de recurso para o Tribunal de Justiça), o Tribunal Geral consagrou desenvolvimentos importantes quanto à repartição das competências entre os Estados-Membros e a Comissão no âmbito da elaboração dos planos nacionais de atribuição de licenças de emissão (a seguir «PNA») dos Estados-Membros e à verificação, pela Comissão, da conformidade desses PNA com os critérios previstos pela Directiva 2003/87/CE²³.

No caso em apreço, nas decisões impugnadas, a Comissão tinha declarado que os PNA da República da Polónia e da República da Estónia eram incompatíveis com determinados critérios previstos pela Directiva 2003/87 e tinha indicado que não levantaria objecções a estes PNA desde que fossem feitas certas alterações. Os Estados-Membros em causa defenderam no Tribunal que, ao fixar um limite de licenças de gases com efeito de estufa para além do qual os seus PNA seriam rejeitados e ao substituir, neste âmbito, o método de análise adoptado pelo Estado-Membro pelo seu próprio método, a Comissão tinha violado a repartição de competências prevista pela Directiva 2003/87. O Tribunal deu provimento a estes pedidos e anulou as decisões impugnadas.

O Tribunal observa que a redução das emissões de gases com efeito de estufa é de uma importância primordial no quadro do combate ao aquecimento climático, fenómeno que representa uma das maiores ameaças sociais, económicas e ambientais com que o mundo se confronta actualmente. A prossecução deste objectivo não pode, contudo, justificar a manutenção em vigor da decisão de rejeição do PNA no caso de este acto ter sido adoptado com violação das competências atribuídas pela Directiva 2003/87, respectivamente, aos Estados-Membros e à Comissão.

O Tribunal recorda que, por força do artigo 249.º, terceiro parágrafo, CE, a referida directiva vincula os Estados destinatários quanto ao resultado a alcançar, mas deixa-lhes liberdade de acção quanto à escolha das formas e dos meios adequados para esse fim. Incumbe à Comissão, no âmbito do exercício do seu poder de controlo, fazer prova de que os instrumentos utilizados pelo Estado-Membro para esse efeito são contrários ao direito comunitário. Uma aplicação rigorosa destes princípios é primordial para garantir a observância do princípio da subsidiariedade, que

²³ Directiva 2003/87/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de Outubro de 2003, relativa à criação de um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na Comunidade e que altera a Directiva 96/61/CE do Conselho (JO L 275, p. 32).

implica que a Comunidade intervenha, nos domínios que não sejam da sua competência exclusiva, apenas se e na medida em que os objectivos prosseguidos não possam ser suficientemente realizados pelos Estados-Membros.

Por outro lado, o Tribunal indica que resulta claramente das disposições da Directiva 2003/87 que, por um lado, apenas o Estado-Membro é competente para elaborar o PNA e para tomar as decisões finais que fixam a quantidade total de licenças que atribuirá para cada período de cinco anos assim como a repartição dessa quantidade entre os operadores económicos e, por outro, que é conferido à Comissão, por seu turno, um poder de controlo do referido PNA à luz dos critérios fixados pela referida directiva, só podendo o Estado-Membro atribuir as licenças se as alterações do plano propostas na sequência da rejeição inicial da Comissão tiverem sido aceites por ela. Além disso, o Tribunal precisa que a Comissão pode emitir críticas quanto às incompatibilidades constatadas e formular propostas destinadas a permitir ao Estado-Membro modificar o seu PNA de modo a torná-lo compatível com os referidos critérios.

Todavia, o Tribunal considera que, ao precisar uma quantidade específica de licenças e ao rejeitar os PNA dos Estados-Membros em causa na medida em que a quantidade total de licenças proposta neste ultrapassa o referido limiar, a Comissão tinha excedido os limites do poder de controlo que lhe confere a Directiva 2003/87, uma vez que só o Estado-Membro tem competência para fixar essa quantidade.

Do mesmo modo, embora a Comissão possa elaborar o seu próprio modelo ecológico e económico para verificar se os PNA dos diversos Estados-Membros são compatíveis com os critérios fixados pela Directiva 2003/87, exercício no âmbito do qual dispõe de um amplo poder de apreciação, não pode, em contrapartida, pretender afastar os dados inscritos num PNA para os substituir pelos dados obtidos a partir do seu próprio método de avaliação, sob pena de se lhe reconhecer um verdadeiro poder de uniformização que a referida directiva não lhe confere. O Tribunal observa também que, no quadro da elaboração do seu PNA, o Estado-Membro era obrigado a fazer escolhas relativamente às políticas a adoptar, ao método a utilizar e aos dados a ter em conta para antecipar a evolução previsível das emissões, limitando-se o controlo da Comissão sobre essas escolhas à verificação do carácter credível e suficiente dos dados e parâmetros em que se baseiam.

O Tribunal considera, portanto, que, ao substituir o método de análise utilizado pelos Estados-Membros em causa pelo seu próprio método, em vez de se limitar a fiscalizar a compatibilidade do PNA com os critérios fixados pela Directiva 2003/87 tendo em conta, sendo caso disso, os dados resultantes do seu próprio método, a Comissão excedeu os poderes que lhe foram conferidos por essa directiva.

Política Externa e de Segurança Comum

1. Luta contra o terrorismo

No acórdão de 30 de Setembro de 2009, *Sison/Conselho* (T-341/07, ainda não publicado), o Tribunal Geral, em primeiro lugar, lembrou os princípios resultantes dos acórdãos *Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran/Conselho*²⁴ e *Sison/Conselho*²⁵, relativos ao dever de fundamentação das decisões de congelamento de fundos de pessoas ligadas a actividades terroristas. Tanto a fundamentação de uma decisão inicial de congelamento de fundos como a fundamentação

²⁴ Acórdão de 12 de Dezembro de 2006, T-228/02, Colect., p. II-4665.

²⁵ Acórdão de 11 de Julho de 2007, T-47/03, não publicado.

das decisões subsequentes devem abranger não apenas as condições legais de aplicação do Regulamento n.º 2580/2001²⁶, em particular a existência de uma decisão nacional adoptada por uma autoridade competente, como também as razões específicas e concretas pelas quais o Conselho considera que o interessado deve ser objecto de uma medida de congelamento de fundos. Por outro lado, o amplo poder de apreciação de que dispõe o Conselho, quanto aos elementos de prova a ter em consideração com vista à adopção ou à manutenção de uma medida de congelamento de fundos, abrange a avaliação da ameaça que pode continuar a representar uma pessoa ou uma entidade que tenha cometido no passado actos terroristas, não obstante a suspensão das suas actividades terroristas durante um período de tempo mais ou menos longo. Nestas condições, não se pode exigir ao Conselho que indique de forma mais específica de que modo o congelamento dos fundos do interessado contribui, concretamente, para o combate ao terrorismo ou que ofereça provas para demonstrar que o interessado poderia utilizar os seus fundos para cometer ou facilitar actos terroristas no futuro.

Em segundo lugar, após ter recordado as condições de aplicação de uma decisão de congelamento de fundos, as regras relativas ao ónus da prova que neste contexto incumbe ao Conselho e o alcance da fiscalização jurisdicional na matéria, o Tribunal observa que, à luz tanto dos termos, do contexto e dos objectivos das disposições em causa, como do papel preponderante desempenhado pelas autoridades nacionais no processo de congelamento de fundos previsto, uma decisão de «abertura de inquéritos ou de processos» deve, para poder ser validamente invocada pelo Conselho, inscrever-se no âmbito de um processo nacional destinado directa e principalmente à imposição de uma medida preventiva ou repressiva contra o interessado, a título do combate ao terrorismo e devido ao seu envolvimento neste. Não satisfaz esta exigência a decisão de uma autoridade judiciária nacional que só se pronuncie a título acessório e incidental sobre o possível envolvimento do interessado numa actividade como esta, no âmbito de um litígio relativo, por exemplo, aos direitos e obrigações de carácter civil.

Além disso, o Tribunal precisa que, quando o Conselho encara a possibilidade de adoptar ou de manter, após revisão, uma medida de congelamento de fundos ao abrigo do Regulamento n.º 2580/2001, com base numa decisão nacional de «abertura de inquéritos ou de processos» relativamente a um acto terrorista, não pode deixar de ter em conta os desenvolvimentos posteriores desses inquéritos ou desses processos. Assim, pode acontecer que um inquérito de polícia ou de segurança seja encerrado sem dar origem a um processo judicial, por não ter sido possível obter provas suficientes, ou que a instrução judicial seja objecto de um despacho de não pronúncia pelas mesmas razões. De igual modo, o início de um processo pode dar lugar ao arquivamento do processo ou a uma absolvição no processo penal. Seria inadmissível que o Conselho não tivesse em conta esses elementos, que constituem a totalidade dos dados pertinentes que devem ser tomados em consideração para apreciar a situação. Decidir de outro modo corresponderia a conferir ao Conselho e aos Estados-Membros o poder excessivo de congelar indefinidamente os fundos de uma pessoa, fora do âmbito de qualquer fiscalização jurisdicional e independentemente do resultado dos processos judiciais eventualmente iniciados.

2. Luta contra a proliferação nuclear

Nos processos *Melli Bank/Conselho* (acórdão de 9 de Julho de 2009, T-246/08 e T-332/08, ainda não publicado, objecto de recurso para o Tribunal de Justiça) e *Bank Melli Iran/Conselho* (acórdão de 14 de Outubro de 2009, T-390/08, ainda não publicado, objecto de recurso para o Tribunal de

²⁶ Regulamento (CE) n.º 2580/2001 do Conselho, de 27 de Dezembro de 2001, relativo a medidas restritivas específicas de combate ao terrorismo dirigidas contra determinadas pessoas e entidades (JO L 344, p. 70).

Justiça), decididos nos termos da tramitação acelerada, o Tribunal, pela primeira vez, apreciou recursos contra medidas de congelamento de fundos adoptadas no quadro do regime de medidas restritivas instaurado com vista a fazer pressão sobre a República Islâmica do Irão para pôr termo às actividades nucleares sensíveis do ponto de vista da proliferação e ao desenvolvimento de sistemas de lançamento de armas nucleares.

O regime em causa tem origem numa resolução do Conselho de Segurança das Nações Unidas implementada pelo Regulamento (CE) n.º 423/2007²⁷, que prevê o congelamento dos fundos das pessoas, entidades ou organismos designados pelo Conselho de Segurança, e dos fundos das entidades detidas ou controladas por entidades que tenham sido consideradas participantes, directamente associadas ou apoiantes da proliferação nuclear. Quanto ao fundamento desse regulamento, um banco iraniano e a sua filial no Reino Unido, detido a 100% pela sociedade-mãe, foram objecto de decisões de congelamento de fundos, tendo em conta o seu papel de suposto facilitador das actividades sensíveis da República Islâmica do Irão, por ocasião de inúmeras aquisições de materiais sensíveis para o programa nuclear e para o programa de mísseis do Irão e de fornecimento de serviços financeiros.

Embora, nesses acórdãos, o Tribunal se tenha baseado nos princípios já aplicáveis no quadro da jurisprudência relativa ao congelamento de fundos em matéria de luta contra o terrorismo, também introduziu certos desenvolvimentos específicos.

Por um lado, em resposta à excepção de ilegalidade suscitada pela Melli bank plc face ao Regulamento n.º 423/2007 por este alegadamente violar o princípio da proporcionalidade, o Tribunal recordou que a legalidade da proibição do exercício de uma actividade económica estava subordinada à condição de as medidas de proibição serem adequadas e necessárias à realização dos objectivos legitimamente prosseguidos pela regulamentação em causa, entendendo-se que, quando exista a possibilidade de optar entre várias medidas adequadas, se deve recorrer à menos restritiva e que os inconvenientes causados não devem ser desproporcionados relativamente aos objectivos prosseguidos²⁸. Precisa que o Regulamento n.º 423/2007 tem por objectivo impedir a proliferação nuclear e o seu financiamento, exercendo assim pressão sobre a República Islâmica do Irão para pôr termo às actividades em causa. Este objectivo inscreve-se no quadro mais geral dos esforços ligados à manutenção da paz e da segurança internacionais, sendo, por conseguinte, legítimo. Além disso, o congelamento de fundos das entidades detidas ou controladas por uma entidade que se considera que participa na proliferação nuclear está ligado a este objectivo, uma vez que existe um risco não negligenciável de essa entidade exercer pressão sobre as entidades que detém ou controla para contornar o efeito das medidas que a visam, incitando-as quer a transferir-lhe directa ou indirectamente os seus fundos, quer a efectuar transacções que a entidade não pode efectuar ela própria pelo facto de os seus fundos terem sido congelados. Por fim, resulta da jurisprudência que o direito de propriedade e o direito de exercer uma actividade económica não são prerrogativas absolutas e que o seu exercício pode ser objecto de restrições justificadas pelos objectivos de interesse geral prosseguidos pela Comunidade. A importância dos objectivos prosseguidos pela regulamentação controvertida é susceptível de justificar consequências negativas, mesmo consideráveis, para certos operadores²⁹. O Tribunal observa que a liberdade de exercer uma actividade económica e o direito de propriedade dos estabelecimentos

²⁷ Regulamento (CE) n.º 423/2007 do Conselho, de 19 de Abril de 2007, que impõe medidas restritivas contra o Irão (JO L 103, p. 1).

²⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Novembro de 1990, *Fedesa e o.*, C-331/88, Colect., p. I-4023, n.º 13.

²⁹ V., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de Julho de 1996, *Bosphorus*, C-84/95, Colect., p. I-3953, n.ºs 21 a 23.

bancários em causa são substancialmente limitados pelo congelamento dos seus fundos, uma vez que não podem dispor dos seus fundos situados no território da Comunidade ou detidos por cidadãos comunitários, salvo através de autorizações especiais, e que as suas sucursais domiciliadas no referido território não podem efectuar novas transacções com os seus clientes. Todavia, considera que, dada a importância primordial da manutenção da paz e da segurança internacionais, os inconvenientes causados não são desproporcionados relativamente aos objectivos prosseguidos, dada a importância primordial da manutenção da paz e da segurança internacionais.

Por outro lado, no segundo acórdão referido, o Tribunal introduziu precisões importantes quanto ao dever de comunicar às pessoas em causa os fundamentos de medidas que, ainda que gerais, lhes dizem, contudo, directa e individualmente respeito e são susceptíveis de restringir o exercício dos seus direitos fundamentais. Considera que o Conselho está obrigado, na medida do possível, a levar ao conhecimento das entidades por elas afectadas as medidas de congelamento de fundos, mediante uma notificação individual. Com efeito, a regra segundo a qual a ignorância da lei não aproveita a ninguém não pode ser invocada na hipótese de o acto em causa ter, relativamente à pessoa em causa, o carácter de um acto individual. Ora, no caso em apreço, o Conselho não procedeu a uma notificação individual, apesar de conhecer o endereço da sede da recorrente. O Tribunal considera, portanto, que o Conselho não respeitou o dever de dar a conhecer os fundamentos da decisão impugnada ao recorrente. Todavia, resulta dos autos que a Comissão bancária francesa informou a sucursal da recorrente em Paris da adopção da decisão impugnada e da sua publicação no Jornal Oficial, que ocorreram no mesmo dia. Assim, a recorrente foi informada, em tempo útil e por uma fonte oficial, quer da adopção da decisão impugnada, quer da possibilidade de consultar a fundamentação da referida decisão no Jornal Oficial, de modo que, nestas circunstâncias excepcionais, a irregularidade constatada não justifica a anulação da decisão impugnada.

Autorização de introdução no mercado de produtos fitofarmacêuticos

No decurso do ano de 2009, o Tribunal Geral proferiu vários acórdãos relativos a decisões da Comissão adoptadas com base na Directiva 91/414, que estabelece o regime comunitário aplicável à autorização e à retirada da autorização de introdução no mercado (a seguir «AIM») de produtos fitofarmacêuticos. Apesar do carácter particularmente técnico deste contencioso, há que mencionar dois acórdãos nos quais o Tribunal baseou o seu raciocínio nas consequências a extrair do princípio da precaução.

No acórdão de 3 de Setembro de 2009, *Cheminova e o./Comissão* (T-326/07, ainda não publicado), o Tribunal lembrou que o artigo 5.º, n.º 1, alínea b), da Directiva 91/414 previa que, para que uma substância activa pudesse ser autorizada, devia ser possível presumir, à luz dos conhecimentos científicos e técnicos existentes, que a utilização dos produtos fitofarmacêuticos que contêm a substância activa em causa, resultante da aplicação conforme com uma boa prática fitossanitária, não tem efeitos nocivos para a saúde humana ou animal nem uma influência inaceitável no ambiente. Interpretando esta disposição à luz do princípio da precaução, o Tribunal precisa que, tratando-se da saúde humana, a existência de indícios sérios que, sem afastar a incerteza científica, permitam razoavelmente duvidar da inocuidade de uma substância opõe-se, em princípio, a que esta substância seja autorizada. Assim, não se pode inferir da referência feita pela Directiva 91/414 aos «conhecimentos científicos e técnicos existentes» que empresas que notificaram uma substância activa e que são confrontadas com a probabilidade de uma decisão de não inclusão dessa substância entre as substâncias autorizadas devam beneficiar da possibilidade de apresentar novos estudos e dados enquanto subsistirem dúvidas sobre a inocuidade da referida substância activa. Tal interpretação seria contrária ao objectivo de um elevado nível de protecção da saúde

humana e animal e do ambiente, na medida em que equivaleria a conceder à parte que notificou a substância activa, que tem, por um lado, o ónus da prova da sua inocuidade e, por outro, o melhor conhecimento da substância em causa, um direito de veto sobre uma eventual decisão de não autorização da substância em causa.

Do mesmo modo, no acórdão de 19 de Novembro de 2009, *Denka International/Comissão* (T-334/07, ainda não publicado), o Tribunal recordou que, de acordo com o princípio da precaução, quando subsistam incertezas quanto à existência ou ao alcance de riscos para a saúde das pessoas, as instituições comunitárias podem adoptar medidas de protecção sem terem de esperar que a realidade e a gravidade de tais riscos sejam plenamente demonstradas³⁰. Além disso, num contexto de incerteza científica, não se pode exigir que uma avaliação dos riscos forneça obrigatoriamente às instituições comunitárias provas científicas concludentes da realidade do risco e da gravidade dos efeitos adversos potenciais em caso de efectivação deste risco. Salientando que o dossier entregue pela recorrente continha lacunas, pelo que não podia ser retirada qualquer conclusão fiável quanto às propriedades genotóxicas e cancerígenas do diclorvos, o Tribunal conclui que, atendendo aos dados toxicológicos disponíveis, às incertezas relacionadas com a inocuidade desta substância e às lacunas do dossier, a Comissão não cometeu um erro manifesto de apreciação ao adoptar a decisão recorrida.

Acesso aos documentos das instituições

Os processos *Borax Europe/Comissão* (acórdãos de 11 de Março de 2009, T-121/05 e T-166/05, não publicados) conduziram o Tribunal Geral a fazer precisões no que respeita às excepções ao direito de acesso aos documentos detidos pelas instituições, relativas, por um lado, à protecção da vida privada e da integridade do indivíduo e, por outro, à protecção do *processus* decisório.

No caso em análise, foi recusada à recorrente a comunicação de documentos e de registos sonoros de reuniões relativos, nomeadamente, a comentários e a relatórios de peritos e de representantes da indústria emitidos no quadro de um processo de classificação do ácido bórico e dos boratos que conduziu à publicação, pela Comissão, das conclusões finais dos referidos peritos recomendando a classificação desses produtos entre as substâncias tóxicas. A fim de justificar essa recusa, a Comissão tinha nomeadamente alegado que a divulgação desses documentos constituía uma violação do direito à protecção dos dados pessoais resultante do Regulamento (CE) n.º 45/2001³¹ e permitia identificar os peritos, que se arriscavam a sofrer pressões externas devidos aos interesses económicos em causa. O Tribunal anulou as decisões impugnadas nomeadamente porque a Comissão não forneceu explicações quanto à questão de saber de que modo o acesso aos documentos em causa podia prejudicar concreta e efectivamente os interesses protegidos pela excepção em causa.

Anteriormente, o Tribunal tinha precisado que a Comissão não podia basear a sua recusa na garantia que afirma ter dado aos peritos de que se podiam exprimir a título pessoal e de que a sua identidade e opinião não seriam divulgadas. Com efeito, o compromisso de confidencialidade que a Comissão alega uni-la aos peritos, celebrado entre eles e esta instituição, não é oponível à Borax,

³⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Maio de 1998, *Reino Unido/Comissão*, C-180/96, Colect., p. I-2265, n.º 99, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 11 de Setembro de 2002, *Pfizer Animal Health/Conselho*, T-13/99, Colect., p. II-3305, n.º 139.

³¹ Regulamento (CE) n.º 45/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de Dezembro de 2000, relativo à protecção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais pelas instituições e pelos órgãos comunitários e à livre circulação desses dados (JO 2001, L 8, p. 1).

cujos direitos de acesso aos documentos são garantidos nas condições e nos limites fixados pelo Regulamento n.º 1049/2001. Além disso, uma decisão que recusa o acesso a documentos detidos por uma instituição só pode basear-se nas excepções previstas no artigo 4.º do Regulamento n.º 1049/2001, de modo que a instituição em causa não pode opor essa recusa alegando um compromisso com os participantes na reunião quando esse compromisso não puder ser justificado por uma dessas excepções. Ora, a Comissão não explica as razões pelas quais a identificação dos peritos prejudica a sua vida privada ou viola o Regulamento n.º 45/2001, e não demonstrou, do ponto de vista jurídico, um risco suficientemente previsível de que a revelação da sua opinião os exporia a pressões externas injustificadas susceptíveis de prejudicar a sua integridade, e ainda menos que a omissão dos nomes dos peritos e da sua origem era, em qualquer caso, susceptível de fazer desaparecer qualquer eventual risco a esse respeito.

Por outro lado, o Tribunal salienta que, embora o legislador tenha previsto uma excepção específica ao direito de acesso do público aos documentos das instituições no que respeita aos pareceres jurídicos, não fez a mesma escolha para os outros pareceres, nomeadamente os pareceres de natureza científica, como os expressos nas gravações controvertidas. Uma vez que, segundo a jurisprudência, não se pode considerar que exista uma necessidade geral de confidencialidade dos pareceres do Serviço Jurídico do Conselho relativos a questões legislativas³², o mesmo princípio deve ser aplicado aos pareceres controvertidos, para os quais o legislador comunitário não previu uma excepção específica e que continuam sujeitos às regras gerais no que respeita ao direito de acesso do público aos documentos. De onde resulta que os pareceres de natureza científica recolhidos por uma instituição com vista à elaboração de um texto legislativo devem, em princípio, ser divulgados, ainda que possam ser susceptíveis de suscitar polémicas ou de dissuadir as pessoas que os formularam de darem a sua contribuição ao *processus* decisório desta instituição. O risco, invocado pela Comissão, de que um debate público nascido da divulgação da sua opinião incite os peritos a não voltarem a participar no seu *processus* decisório é inerente à regra que reconhece o princípio do acesso aos documentos que contenham pareceres para uso interno no quadro de consultas e de deliberações preliminares.

II. Contencioso da indemnização

1. Admissibilidade

Segundo a jurisprudência, a acção de indemnização prevista no artigo 235.º CE é uma via processual autónoma, pelo que não se pode deduzir a sua inadmissibilidade, quando se destine a pôr em causa um acto, da inadmissibilidade de um recurso de anulação do mesmo acto. Assim, particulares, a quem um acto normativo não diga directa e individualmente respeito, não estão, apenas por esse facto, impossibilitados de suscitar a responsabilidade da Comunidade pela ilegalidade desse acto³³.

No despacho de 30 de Setembro de 2009, *Ivanov/Comissão* (T-166/08, ainda não publicado, objecto de recurso para o Tribunal de Justiça), o Tribunal Geral precisou os limites da autonomia entre o recurso de anulação e a acção de indemnização, indicando que a independência dessas

³² Acórdão do Tribunal de Justiça de 1 de Julho de 2008, *Suécia e Turco/Conselho*, C-39/05 P e C-52/05 P, Colect., p. I-4723, n.º 57.

³³ V., neste sentido, acórdão do Tribunal de Justiça de 2 de Dezembro de 1971, *Zuckerfabrik Schöppenstedt/Conselho*, 5/71, Colect., p. 375, e acórdão do Tribunal Geral de 24 de Outubro de 2000, *Fresh Marine/Comissão*, T-178/98, Colect., p. II-3331.

vias de recurso não pode ter por consequência permitir a um particular que deixou expirar o prazo de recurso previsto no artigo 230.º, quinto parágrafo, CE, escapar à preclusão procurando obter, através de uma acção de indemnização, o benefício que poderia ter obtido se tivesse interposto um recurso de anulação dentro dos prazos. Por conseguinte, a preclusão de um pedido de anulação, que é de ordem pública, implica a preclusão de um pedido de indemnização estreitamente ligado ao pedido de anulação. Assim, uma acção de indemnização deve ser declarada inadmissível quando, na realidade, se destine a obter a revogação de uma decisão individual que se tornou definitiva e que, caso fosse aceite, teria por consequência a eliminação dos efeitos jurídicos dessa decisão. Contudo, o Tribunal salienta que o recorrente continua a poder contestar, através de uma acção de indemnização, as irregularidades resultantes do comportamento de uma instituição quando este seja posterior a decisões cuja legalidade o recorrente não contestou no prazo de recurso.

Por outro lado, no acórdão de 18 de Dezembro de 2009, *Arizmendi e o./Conselho e Comissão* (T-440/03, ainda não publicado), o Tribunal consagrou desenvolvimentos inovadores no que respeita à questão da admissibilidade de uma acção destinada à reparação de danos alegadamente sofridos devido ao envio, pela Comissão a um Estado-Membro, de um parecer fundamentado declarando que este não cumpria as obrigações que lhe incumbiam por força da regulamentação comunitária aplicável. No caso em apreço, na sequência deste parecer fundamentado, a República Francesa tinha, com efeito, revogado o monopólio legal detido pelos «courtiers interprètes» e «conducteurs de navires», que constituíam uma profissão que gozava de um estatuto híbrido, conjugando o estatuto de funcionário público, que detinha o monopólio de determinadas operações, com o estatuto de comerciante.

Segundo jurisprudência constante, é inadmissível uma acção de indemnização que se baseie no facto de a Comissão não ter dado início a um processo por incumprimento nos termos do artigo 226.º CE. Com efeito, não estando a Comissão obrigada a dar início a um processo por incumprimento nos termos do artigo 226.º CE, a sua decisão de não dar início a esse processo de modo nenhum constitui uma ilegalidade, pelo que não existe responsabilidade extracontratual da Comunidade³⁴. A Comissão considerava que esta solução era aplicável por analogia às hipóteses em que não se absteve de dar início a um processo por incumprimento, mas, pelo contrário, emitiu um parecer fundamentado, que constitui uma etapa preliminar de um processo por incumprimento no Tribunal de Justiça.

O Tribunal rejeita esta argumentação, recordando que a acção de indemnização é a via de recurso autónoma, com uma função particular no quadro do sistema das vias de recurso, uma vez que tem por objecto a reparação de um prejuízo decorrente de um acto ou de um comportamento ilícito imputável a uma instituição. Por conseguinte, independentemente da questão de saber se constitui um acto impugnável susceptível de um recurso de anulação, qualquer acto de uma instituição, ainda que adoptado por esta no exercício de um poder discricionário, é, em princípio, susceptível de ser objecto de uma acção de indemnização, não tendo este poder discricionário por consequência exonerá-la da sua obrigação de agir em conformidade com as normas superiores de direito, entre as quais o Tratado e os princípios gerais de direito comunitário, e com o direito derivado pertinente. Por conseguinte, embora, no âmbito das competências que lhe são conferidas pelo artigo 226.º CE, a Comissão aprecie livremente a oportunidade de enviar

³⁴ Despacho do Tribunal de Justiça de 23 de Maio de 1990, *Asia Motor France/Comissão*, C-72/90, Colect., p. I-2181, n.ºs 13 a 15, e despachos do Tribunal Geral de 3 de Julho de 1997, *Smanor e o./Comissão*, T-201/96, Colect., p. II-1081, n.ºs 30 e 31 e de 14 de Janeiro de 2004, *Makedoniko Metro e Michaniki/Comissão*, T-202/02, Colect., p. II-181, n.ºs 43 e 44.

um parecer fundamentado a um Estado-Membro, não se pode excluir que, em circunstâncias totalmente excepcionais, uma pessoa possa demonstrar que esse parecer fundamentado padece de uma ilegalidade que constitui uma violação suficientemente caracterizada de uma norma de direito susceptível de lhe causar um prejuízo. O Tribunal conclui, assim, que a acção é admissível.

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

Para responsabilizar extracontratualmente a Comunidade, exige-se que a demandante demonstre uma violação suficientemente caracterizada de uma norma de direito que tenha por objecto conferir direitos aos particulares³⁵.

No quadro de um pedido de indemnização destinado a reparar os danos alegadamente causados à recorrente pela decisão da Comissão de retirar a autorização de importação de animais de aquicultura provenientes da Costa Rica, o Tribunal Geral, no processo *Ristic e o./Comissão* (acórdão de 9 de Julho de 2009, T-238/07, não publicado), precisou que, para garantir o efeito útil da condição relativa à violação de uma regra que confere direitos aos particulares, era necessário que a protecção dada pela regra invocada fosse efectiva face à pessoa que a invoca e, portanto, que essa pessoa estivesse entre as pessoas a quem a regra em questão confere direitos. Não se pode admitir como fonte de indemnização uma regra que não protege o particular da ilegalidade que ele alega, protegendo antes outro particular. No caso em discussão, a recorrente não podia, portanto, invocar, no âmbito da sua acção de indemnização, ilegalidades resultantes da alegada violação do direito da Costa Rica de ser ouvida e do direito da República Federal da Alemanha de participar no processo.

Por outro lado, no acórdão *Arizmendi e o./Conselho e Comissão*, já referido, o Tribunal observou que, no decurso de um processo por incumprimento, a Comissão só podia formular um parecer sobre a violação por parte de um Estado-Membro do direito comunitário, uma vez que só o Tribunal de Justiça é, em definitivo, competente para declarar que um Estado-Membro não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força do direito comunitário. Limitando-se a Comissão, no referido parecer, a tomar uma posição sobre a existência de um incumprimento de um Estado-Membro das respectivas obrigações de direito comunitário, a adopção desse parecer não pode constituir uma violação suficientemente caracterizada de uma norma de direito que tem por objecto conferir direitos aos particulares. Por conseguinte, mesmo uma tomada de posição errada da Comissão, num parecer fundamentado, sobre o âmbito do direito comunitário, não pode constituir uma violação suficientemente caracterizada susceptível de desencadear a responsabilidade da Comunidade. Pelo contrário, se as apreciações formuladas num parecer fundamentado excederem a determinação da existência do incumprimento de um Estado-Membro ou se outros actos da Comissão por ocasião de um processo por incumprimento excederem as competências que lhe são atribuídas, como, por exemplo, a divulgação culposa de segredos de negócios ou de informações que prejudiquem a reputação de uma pessoa, essas apreciações ou esses actos podem constituir uma violação susceptível de responsabilizar a Comunidade.

³⁵ Acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Julho de 2000, *Bergaderm e Goupil/Comissão*, C-352/98 P, Colect., p. I-5291, n.ºs 42 e 43.

III. Recursos de decisões do Tribunal da Função Pública

Em 2009, foram interpostos 31 recursos de decisões do Tribunal da Função Pública e 31 processos foram decididos pelo Tribunal Geral (Secção dos recursos de decisões do Tribunal da Função Pública). De entre eles, dois merecem uma atenção particular.

Por um lado, no acórdão de 8 de Setembro de 2009, *ETF/Landgren* (T-404/06 P, ainda não publicado), o Tribunal Geral confirmou a posição inovadora do Tribunal da Função Pública segundo a qual qualquer decisão que ponha fim a um contrato por tempo indeterminado deve ser fundamentada, como conclusão de um raciocínio baseado nas exigências do Estatuto dos Funcionários e no nexo indissociável entre o dever de fundamentação e o exercício, pelo juiz da legalidade, do seu poder de fiscalização.

Por outro lado, no acórdão de 5 de Outubro de 2009, *Comissão/Roodhuijzen* (T-58/08 P, ainda não publicado), o Tribunal considerou que os requisitos exigidos para a extensão do Regime comum de seguro de doença ao cônjuge de um funcionário pelo artigo 72.º, n.º 1, do Estatuto dos Funcionários das Comunidades Europeias não exigem que a «parceria não matrimonial» que liga o funcionário e o seu parceiro seja equiparável ao casamento. Com efeito, a existência de tal «parceria não matrimonial» exige apenas uma união entre duas pessoas e que estas apresentem um documento reconhecido por um Estado-Membro que certifique o seu estatuto de parceiros não casados, sem que haja que verificar se as consequências que decorrem da parceria celebrada pelo funcionário em causa são semelhantes às que decorrem de um casamento.

IV. Pedidos de medidas provisórias

No decurso do ano de 2009, foram submetidos à apreciação do Tribunal Geral 24 pedidos de medidas provisórias, o que representa uma redução sensível em relação ao número de pedidos entrados (58) no ano passado. Em 2009, o juiz das medidas provisórias decidiu 20 processos, contra 57 em 2008. Deferiu um único pedido de suspensão da execução, por despacho do presidente do Tribunal Geral de 28 de Abril de 2009, *United Phosphorus/Comissão* (T-95/09 R, não publicado).

O processo na origem deste despacho fazia parte de uma série de processos em que o presidente tinha, em 2007 e em 2008, indeferido seis pedidos de suspensão de decisões que proibiram a comercialização de determinadas substâncias, por falta de urgência, uma vez que o prejuízo alegado nem tinha um carácter irreparável, nem era suficientemente grave, já que representava menos de 1% do volume de negócios mundial do grupo a que pertenciam as sociedades recorrentes. Embora no sétimo despacho, proferido no processo *United Phosphorus*, o juiz das medidas provisórias tenha reconhecido a iminência de um prejuízo grave e irreparável, fê-lo devido às circunstâncias próprias do caso em apreço, ou seja, a crise profunda que a economia mundial atravessava desde há meses e que afectava o valor de numerosas empresas e a sua capacidade de obter liquidez. Ora, o grupo a que pertencia a recorrente tinha perdido muito do seu valor, o que demonstrava a gravidade do prejuízo alegado. Ainda que se admita que a mera possibilidade de intentar uma acção de indemnização é bastante para comprovar o carácter, em princípio, reparável de um prejuízo financeiro, o juiz das medidas provisórias acrescenta que não está obrigado a «fazer uma aplicação mecânica e rígida» das condições relevantes, incumbindo-lhe determinar, perante as circunstâncias do caso em apreço, de que maneira a urgência deve ser verificada.

No caso em discussão, o juiz das medidas provisórias teve, nomeadamente, em conta o facto de, paralelamente ao procedimento administrativo que conduziu à decisão de proibição dos produtos em causa, a recorrente ter reintroduzido o seu pedido de autorização dos referidos produtos, em

aplicação de uma tramitação acelerada recentemente criada, susceptível de ser encerrada apenas alguns meses após a data imposta para a retirada do mercado desses produtos e no âmbito da qual podia apresentar todos os dados científicos que teriam sido ilegalmente negligenciados no âmbito do procedimento que levou à decisão de proibição. Segundo o juiz das medidas provisórias, não seria razoável deixar proibir a comercialização de um produto cuja colocação no mercado, apenas alguns meses mais tarde, não era improvável. Por outro lado, vários elementos indicavam que um retorno da recorrente ao mercado em causa parecia difícil por, no momento crucial, não dispor provavelmente de fonte de abastecimento desse produto disponível. Esta conclusão era corroborada, ao nível da ponderação dos interesses, pela constatação de uma certa lentidão do procedimento administrativo que demonstrava que a Comissão não via, ela própria, nenhuma razão particular para que o produto em causa devesse ser retirado do mercado tão rapidamente quanto possível, e pela circunstância de a decisão impugnada prever, ela própria, um prazo de treze meses para o escoamento dos *stocks* existentes, o que indicava que a utilização do produto não era muito susceptível de implicar riscos sérios para a saúde pública. A existência de um *fumus boni juris* foi admitida, uma vez que o recurso no processo principal suscitava *prima facie* questões complexas, delicadas e caracterizadas por um elevado tecnicismo, que mereciam um exame aprofundado, que não podia ser efectuado no âmbito do processo de medidas provisórias, devendo ser objecto do processo principal.

No que respeita à condição relativa à urgência, nos despachos de 25 de Maio de 2009, *Biofrescos/Comissão* (T-159/09 R, não publicada), de 10 de Julho de 2009, *TerreStar Europe/Comissão* (T-196/09 R, não publicada), e de 13 de Julho de 2009, *Sniace/Comissão*, (T-238/09 R, não publicada), o presidente do Tribunal indeferiu os pedidos de medidas provisórias uma vez que os recorrentes se tinham limitado a alegar simples suposições, sob a forma de «cenários menos favoráveis» que se verificariam em caso de indeferimento do seu pedido, em vez de fornecerem indicações concretas e precisas, baseadas em documentos pormenorizados e certificados demonstrando a situação em que seriam colocados, com toda a probabilidade, se as medidas provisórias pedidas não fossem concedidas.

No processo que deu lugar ao despacho do presidente do Tribunal de 24 de Abril de 2009, *Nycomed Danmark/EMEA* (T-52/09 R, não publicado), uma empresa — que pretendia requerer à Comissão uma AIM para um medicamento — estava obrigada, por força da regulamentação aplicável, a dirigir-se previamente à Agência Europeia dos Medicamentos (EMEA) para obter a validação do seu pedido de autorização. Uma vez que esta validação lhe foi recusada pela EMEA, a empresa pediu a concessão de medidas provisórias destinadas a evitar que outra empresa farmacêutica se antecipasse e obtivesse uma AIM para um produto concorrente. O juiz das medidas provisórias indeferiu este pedido considerando que o prejuízo causado por um atraso na colocação no mercado do medicamento em causa tinha um carácter puramente hipotético na medida em que implicava a verificação de acontecimentos futuros e incertos: tal colocação no mercado não podia, de modo nenhum, ser tida por adquirida, dependendo da concessão, pela Comissão, de uma AIM, já que a recorrente apenas tinha a intenção de pedir essa AIM após concluir, com sucesso, o procedimento de validação pendente na EMEA, e que se absteve de precisar a probabilidade do risco concreto de que empresas concorrentes se antecipassem, na corrida para a colocação no mercado, sem identificar as empresas que já teriam iniciado o procedimento de obtenção da AIM para um produto de substituição. A situação era semelhante no processo que deu lugar ao despacho do presidente do Tribunal de 27 de Janeiro de 2009, *Intel/Comissão* (T-457/08 R, não publicado), relativo a determinadas medidas adoptadas no âmbito de um procedimento de aplicação do artigo 82.º CE. A recorrente pretendia, antes do encerramento do procedimento administrativo na Comissão, evitar as consequências de uma decisão final que seria adoptada no termo do referido procedimento em violação dos seus direitos de defesa. Segundo o juiz das medidas provisórias, a ocorrência do prejuízo alegado dependia de um acontecimento futuro

e hipotético, ou seja, a adopção pela Comissão de uma decisão final desfavorável à recorrente: não só a adopção dessa decisão não tinha um carácter certo, como os efeitos prejudiciais que dela eventualmente resultariam não eram irreparáveis, dispondo a recorrente da possibilidade de pedir quer a sua anulação quer a sua suspensão.

No despacho de 23 de Janeiro de 2009, *Pannon Hőerőmű/Comissão* (T-352/08 R, não publicado), que dizia respeito a uma decisão da Comissão que ordenava a autoridades nacionais a recuperação de auxílios de Estado qualificados de ilegais, o juiz das medidas provisórias pronunciou-se sobre a data relevante para verificar a condição de admissibilidade ligada à existência da urgência e salientou que as circunstâncias susceptíveis de justificar a urgência devem, em princípio, ser demonstradas em função dos elementos de facto e de direito preponderantes no momento da apresentação do pedido de medidas provisórias, como nele descritos. No caso em apreço, a decisão da Comissão previa que o cálculo, pelas referidas autoridades, do montante a recuperar devia respeitar uma metodologia específica a determinar pelo legislador. Ora, na data da apresentação, pelo beneficiário dos auxílios em causa, de um pedido de suspensão da execução da referida decisão, os trabalhos legislativos estavam apenas na fase de projecto de lei, susceptível de ser alterado no decurso do debate parlamentar, pelo que não existia ainda um quadro jurídico definitivo que regesse o procedimento de recuperação. O pedido de medidas provisórias foi, portanto, considerado prematuro.

O juiz das medidas provisórias foi várias vezes confrontado com prejuízos de carácter financeiro alegadamente graves e irreparáveis. No despacho *United Phosphorus/Comissão*, já referido, qualificou de puramente financeiro o prejuízo causado à recorrente, ou seja, a perda de quotas de mercado e de clientela, precisando que o risco de uma alteração irremediável das quotas de mercado da referida recorrente só podia ser colocada em pé de igualdade com o risco de um desaparecimento total do mercado e justificar a adopção da medida provisória requerida se a quota de mercado susceptível de ser irremediavelmente perdida fosse suficientemente importante perante, nomeadamente, características do grupo a que pertence a empresa em causa. Quanto ao conceito de grupo, tomou em consideração, no despacho de 15 de Janeiro de 2009, *Ziegler/Comissão* (T-199/08 R, não publicado, objecto de recurso para o Tribunal de Justiça), a ligação económica entre as sociedades de uma rede de uma centena de sociedades estreitamente unidas e possuindo interesses comuns.

Em matéria de concursos públicos e de selecção, os despachos de 23 de Janeiro de 2009, *Unity OSG FZE/Conselho e EUPOL Afghanistan* (T-511/08 R, não publicado), e *TerreStar Europe/Comissão*, já referido, permitiram ao presidente confirmar uma recente evolução jurisprudencial³⁶, ao estabelecer que pode ser atribuído um valor económico ao prejuízo sofrido devido à «perda da hipótese de ser escolhida», sendo este valor económico susceptível de satisfazer o dever de reparação integral do prejuízo sofrido. Rejeitou, portanto, o argumento segundo o qual esse prejuízo era irreparável, porque impossível de quantificar.

Por fim, o processo *Sniace/Comissão*, já referido, respeitava a um pedido de suspensão da execução da decisão pela qual a Comissão tinha ordenado às autoridades nacionais a proceder à recuperação, junto da empresa beneficiária, de um auxílio de Estado considerado ilegal. O juiz das medidas provisórias confirmou a jurisprudência segundo a qual compete ao requerente, no pedido de medidas provisórias, demonstrar que as vias de recurso que o direito nacional aplicável lhe proporciona para se opor à recuperação imediata do auxílio de Estado controvertido não lhe permite, ao invocar nomeadamente a sua situação financeira, evitar um prejuízo grave

³⁶ Despacho do presidente do Tribunal Geral de 25 de Abril de 2008, *Vakakis/Comissão*, T-41/08 R, não publicado.

e irreparável. Esta jurisprudência foi transposta nos despachos do presidente do Tribunal de 8 de Junho de 2009, *Dover/Parlamento* (T-149/09 R, não publicado), e *Biofrescos/Comissão*, já referido, devido ao paralelismo evidente entre as respectivas situações. Com efeito, nos processos que deram lugar a estes dois últimos despachos, os pedidos de medidas provisórias respeitavam, por um lado, à recuperação, pelo Parlamento Europeu, de indemnizações parlamentares indevidamente pagas a um deputado, devendo o Parlamento dar início a um procedimento de recuperação no tribunal nacional e, por outro, à decisão da Comissão que ordenava às autoridades nacionais que procedessem à recuperação dos direitos de importação devidos por uma empresa. O juiz das medidas provisórias, portanto, concluiu pela falta de urgência, uma vez que nada indicava que as vias de direito internas oferecidas aos recorrentes não permitiam evitar o prejuízo que recebavam sofrer.