

A – Actividade do Tribunal de Primeira Instância em 2006

Pelo presidente Bo Vesterdorf

Em 2006, pelo segundo ano consecutivo, o número de processos decididos pelo Tribunal de Primeira Instância foi superior ao número de processos entrados (436 processos decididos contra 432 entrados). De um modo geral, o número de processos entrados diminuiu (432 contra 469 em 2005). No entanto, esta diminuição é apenas aparente, explicando-se pelo facto de, no ano de 2006, os processos da função pública não terem sido intentados no Tribunal de Primeira Instância, uma vez que passaram a ser da competência do Tribunal da Função Pública¹. Na verdade, com excepção do contencioso da função pública e dos processos especiais, o número de processos entrados sofreu um aumento muito sensível, uma vez que ascendeu a 33% (387 processos contra 291 em 2005). O número de processos entrados em matéria de marcas aumentou 46% (143 em 2006 contra 98 em 2005), e os processos relativos a matérias diferentes da propriedade intelectual e da função pública aumentaram 26% (244 contra 193). O número de processos decididos, por sua vez, diminuiu (436 contra 610), mas, mais uma vez, há que levar em conta o facto de, em 2005, 117 processos terem sido dados por findos através da remessa ao Tribunal da Função Pública. Se não se considerarem estes processos, a diminuição do número de processos decididos em 2006 mantém-se, mas é menos sensível (436 contra 493).

Definitivamente, o número de processos pendentes manteve-se estável em relação ao ano precedente, ou seja, ligeiramente acima dos mil (1 029 contra 1 033 em 2005). A este respeito, pode observar-se que, em 1 de Janeiro de 2007, os processos de propriedade intelectual representavam perto de 25% do número total de processos pendentes. Assim, embora, por um lado, estejam ainda pendentes no Tribunal de Primeira Instância 82 processos da função pública e, por outro, tenham sido interpostos neste Tribunal os primeiros recursos de decisões do Tribunal da Função Pública (10 recursos até 31 de Dezembro de 2006), o contencioso do Tribunal está, aos poucos, a mudar de feição, voltando a centrar-se no contencioso económico.

Quanto à duração média dos processos, aumentou ligeiramente este ano, uma vez que, com excepção do contencioso da função pública e da propriedade intelectual, passou de 25,6 meses em 2005 para 27,8 meses em 2006. Observe-se, no entanto, que, em 2006, o Tribunal de Primeira Instância deferiu 4 dos 10 processos em que foi requerida a tramitação acelerada prevista no artigo 76.º-A do seu Regulamento de Processo.

Além disso, Pernilla Lindh, nomeada juíza no Tribunal de Justiça, e Paolo Mengozzi e Verica Trstenjak, nomeados advogados-gerais no Tribunal de Justiça, deixaram o Tribunal de Primeira Instância no dia 6 de Outubro. No mesmo dia, foram substituídos, respectivamente, por Nils Wahl, Enzo Moavero Milanesi e Miro Prek.

É impossível, no âmbito do presente relatório, expor de modo exaustivo a riqueza da jurisprudência do Tribunal de Primeira Instância em 2006. Por conseguinte, apenas serão

¹ No entanto, em 2006, o Tribunal da Função Pública devolveu um processo ao Tribunal de Primeira Instância.

evocados os contributos mais marcantes deste ano, cuja selecção inclui necessariamente uma parcela de subjectividade². São relativos ao contencioso da legalidade (I), ao contencioso da indemnização (II) e à questão das medidas provisórias (III).

I. **Contencioso da legalidade**

A. **Admissibilidade dos recursos interpostos nos termos dos artigos 230.º CE e 232.º CE**

Em 2006, os desenvolvimentos mais notáveis relativos a esta questão dizem respeito ao conceito de acto impugnável e, em menor medida, ao conceito de legitimidade.

1. **Actos susceptíveis de recurso**

De acordo com jurisprudência assente, constituem actos ou decisões susceptíveis de recurso de anulação, na acepção do artigo 230.º CE, as medidas que produzem efeitos jurídicos obrigatórios susceptíveis de afectar os interesses do recorrente, alterando de forma caracterizada a sua situação jurídica³. Neste ano de 2006, a actualidade desta questão foi ilustrada por nada menos de sete processos.

Em primeiro lugar, três acórdãos clarificaram os limites dos recursos de anulação de actos adoptados pelo Organismo Europeu de Luta Antifraude (OLAF)⁴. Primeiro, no acórdão **Camós Grau/Comissão**, o Tribunal considerou que um relatório de inquérito do OLAF que afecte o recorrente não alterava de forma caracterizada a sua situação jurídica, uma vez que, designadamente, não impunha nenhuma obrigação, mesmo processual, às autoridades a que se destinava. Seguidamente, adoptando a mesma abordagem, o Tribunal esclareceu, no acórdão **Tillack/Comissão**, que a transmissão de informações pelo OLAF às autoridades judiciais nacionais também não era susceptível de ser objecto de recurso de anulação. Com efeito, a transmissão de informações pelo OLAF, embora deva ser encarada com seriedade pelas autoridades nacionais, não produz quaisquer efeitos jurídicos vinculativos para essas autoridades, que têm liberdade para decidir do seguimento a dar aos inquéritos do OLAF. Por último, no despacho **Strack/Comissão**, o Tribunal decidiu que um funcionário que informou o OLAF de comportamentos eventualmente

² Por exemplo, não é mencionado o direito antidumping, que, no entanto, teve desenvolvimentos interessantes, nomeadamente no acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 24 de Outubro de 2006, Ritek e Prodisc Technology/Conselho, T-274/02, ainda não publicado na Colectânea, nem o direito da função pública.

³ Acórdãos do Tribunal de Justiça de 11 de Novembro de 1981, IBM/Comissão, 60/81, Recueil, p. 2639, n.º 9, e de 14 de Fevereiro de 1989, Bossi/Comissão, 346/87, Colect., p. 303, n.º 23.

⁴ V., respectivamente, acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Abril de 2006, Camós Grau/Comissão, T-309/03; de 4 de Outubro de 2006, Tillack/Comissão, T-193/04; e despacho do Tribunal de Primeira Instância de 22 de Março de 2006, Strack/Comissão, T-4/05 (pendente de recurso, processo C-237/06 P), ainda não publicados na Colectânea.

repreensíveis não podia impugnar, através de um recurso de anulação, a decisão de arquivamento do inquérito aberto na sequência dessa comunicação.

Em segundo lugar, dois acórdãos proferidos em 2006, no âmbito do processo dito «Bancos austríacos – ‘Clube Lombard’», concluíram pela admissibilidade de recursos interpostos de decisões adoptadas pelo auditor da Comissão ⁵. Por um lado, no acórdão **Österreichische Postsparkasse e Bank für Arbeit und Wirtschaft/Comissão**, dois estabelecimentos bancários pediam a anulação de decisões de transmitir a um partido político as versões não confidenciais das comunicações de acusações relativas à fixação de taxas bancárias. No acórdão, o Tribunal considerou que a decisão da Comissão de comunicar a uma empresa arguida num processo de infracção que as informações por ela transmitidas não estavam abrangidas pelo tratamento confidencial garantido pelo direito comunitário (podendo, assim, ser comunicadas a um terceiro denunciante) produzia efeitos jurídicos para a empresa em causa, alterando de forma caracterizada a sua situação jurídica. Por essa razão, era um acto impugnável. Por outro lado, no processo **Bank Austria Creditanstalt/Comissão**, o Bank Austria Creditanstalt pedia a anulação de uma decisão do auditor que tinha indeferido a sua oposição à publicação no Jornal Oficial da versão não confidencial da decisão da Comissão. No acórdão, o Tribunal considerou que uma decisão adoptada pelo auditor ao abrigo do artigo 9.º, terceiro parágrafo, da Decisão 2001/462 ⁶ produzia efeitos jurídicos, uma vez que se pronunciava sobre a questão de saber se o texto a publicar continha não apenas segredos comerciais ou outras informações que gozassem de protecção semelhante mas também outras informações que não podiam ser divulgadas ao público, quer por serem especificamente protegidas por regras de direito comunitário quer por fazerem parte de informações que, pela sua natureza, estavam abrangidas pelo segredo profissional. Por conseguinte, tal decisão constitui igualmente um acto impugnável.

Em terceiro lugar, no acórdão **Deutsche Bahn/Comissão** ⁷, o Tribunal esclareceu o alcance do conceito de acto impugnável relativamente às decisões adoptadas pela Comissão no âmbito dos auxílios de Estado, com base no artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento n.º 659/1999 ⁸. No caso concreto, o membro da Comissão responsável pelos transportes tinha informado a recorrente por escrito de que não seria dado seguimento à denúncia que ela havia apresentado, destinada a obter a abertura do processo previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE. A carta continha uma fundamentação clara e precisa sobre as razões pelas quais a medida nacional não devia ser considerada um auxílio na acepção do artigo 87.º, n.º 1, CE. A Comissão sustentava, porém, que apenas se tratava de uma carta destinada a transmitir uma informação, e não de uma decisão na acepção do artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento

⁵ Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 30 de Maio de 2006, Bank Austria Creditanstalt/Comissão, T-198/03, e de 7 de Junho de 2006, Österreichische Postsparkasse e Bank für Arbeit und Wirtschaft/Comissão, T-213/01 e T-214/01, ainda não publicados na Colectânea. Decisão 2004/138/CE da Comissão, de 11 de Junho de 2002, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.º [CE] (Processo COMP/36.571/D-1, Bancos austríacos («Clube Lombard»)) (JO 2004, L 56, p. 1).

⁶ Decisão 2001/462/CE, CECA da Comissão, de 23 de Maio de 2001, relativa às funções do auditor em determinados processos de concorrência (JO L 162, p. 21).

⁷ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 5 de Abril de 2006, Deutsche Bahn/Comissão, T-351/02, ainda não publicado na Colectânea.

⁸ 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).

n.º 659/1999 e que, por conseguinte, não era um acto impugnável, na medida em que não produzia efeitos jurídicos.

No entanto, o Tribunal considerou que uma carta dirigida pela Comissão a uma empresa que fez uma denúncia está abrangida pelo âmbito de aplicação do artigo 230.º CE, quando a Comissão, tendo recebido informações relativas a um auxílio alegadamente ilegal e estando obrigada, por essa razão, a examiná-las imediatamente, nos termos do artigo 10.º, n.º 1, do Regulamento n.º 659/1999, não se limita, como lhe permite o artigo 20.º do referido regulamento, a informar a parte interessada de que não há motivos suficientes para analisar o caso, mas toma uma posição clara, fundamentada e definitiva, referindo que a medida em causa não constitui um auxílio. Com efeito, quando assim for, não se põe outra hipótese que não seja a de a Comissão ter adoptado uma decisão nos termos do artigo 4.º, n.º 2, do referido regulamento. Por conseguinte, a Comissão não pode subtrair essa decisão à fiscalização do juiz comunitário, declarando que a não tomou, declarando-a sem efeito ou decidindo não a enviar ao Estado-Membro em causa, em violação do artigo 25.º do Regulamento n.º 659/1999. A este respeito, é indiferente que a carta em causa não seja o resultado de uma decisão definitiva relativa à denúncia, adoptada pelo colégio dos membros da Comissão, ou que tal decisão não tenha sido publicada.

Por último, em quarto lugar, no despacho **Schneider Electric/Comissão**⁹, o Tribunal pronunciou-se, pela primeira vez, sobre a admissibilidade de um recurso de uma decisão da Comissão de abrir o processo de exame aprofundado de uma operação de concentração. No caso concreto, a Comissão tinha adoptado essa decisão no âmbito do processo reaberto posteriormente à prolação dos dois acórdãos que anularam a decisão que declarou a incompatibilidade da concentração entre a Schneider Electric e a Legrand, dois produtores de materiais eléctricos de baixa tensão, bem como a decisão de ordenar a separação dessas duas entidades¹⁰. A recorrente contestava as decisões da Comissão de, por um lado, abrir o processo de exame aprofundado e, por outro, arquivar formalmente o processo.

No seu despacho, o Tribunal deduziu das circunstâncias do processo que uma sociedade que, depois de ter obtido a anulação pelo Tribunal da decisão da Comissão que lhe proibia levar a cabo uma operação de concentração, cede a sociedade que tinha adquirido durante o prazo de que a Comissão dispunha para adoptar nova decisão não pode alegar que uma decisão da Comissão, posterior à decisão de realizar essa cessão, de proceder à reabertura do processo de exame aprofundado da operação, ou uma decisão da Comissão, posterior à cessão, de arquivar formalmente o referido processo, que ficou, assim, sem objecto, lhe causam prejuízo. Para ser exaustivo, o Tribunal considerou que a decisão de dar início ao processo formal de investigação era um simples acto preparatório. Com efeito, embora essa decisão envolvesse efectivamente a prorrogação da suspensão da operação, bem como a obrigação de cooperar com a Comissão durante o processo de exame aprofundado, essas consequências, que decorrem directamente do regulamento então aplicável às operações de concentração e resultam naturalmente do controlo prévio da compatibilidade da operação, não são mais do que um efeito próprio de um acto processual e, por

⁹ Despacho do Tribunal de Primeira Instância de 31 de Janeiro de 2006, *Schneider Electric/Comissão*, T-48/03 (pendente de recurso, processo C-188/06 P), ainda não publicado na Colectânea.

¹⁰ Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 22 de Outubro de 2002, *Schneider Electric/Comissão*, T-310/01, Colect., p. II-4071, e T-77/02, Colect., p. II-4201.

consequente, não afectam a posição jurídica da Schneider Electric. O Tribunal afastou, a este respeito, a analogia, proposta por essa sociedade, com o regime comunitário dos auxílios de Estado. Com efeito, diversamente de uma decisão ao abrigo do artigo 88.º, n.º 2, CE, que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, pode, em determinados casos, produzir efeitos jurídicos autónomos¹¹, a decisão de abrir um processo de exame aprofundado não envolve, por si só, uma obrigação que não resulte já da notificação da operação de concentração à Comissão, por iniciativa das sociedades em causa.

2. Legitimidade

a) *Afectação individual*

Segundo jurisprudência assente, as pessoas singulares e 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 a uma situação de facto que os caracteriza em relação a qualquer outra pessoa e assim os individualiza de maneira análoga à do destinatário de uma decisão¹².

Em 2006, o Tribunal aplicou estes princípios, nomeadamente, no processo em que foi proferido o acórdão **Boyle e o./Comissão**¹³. Este processo tinha por objecto uma decisão da Comissão dirigida à Irlanda e que recusava um pedido de aumento dos objectivos do programa de orientação plurianual da frota de pesca da Irlanda («POP IV»). O Tribunal decidiu que os recorrentes, proprietários de navios que faziam parte da frota de pesca irlandesa, apesar de não serem os destinatários da decisão, eram individualmente afectados por ela. Com efeito, o pedido de aumento apresentado pela Irlanda era composto, na realidade, por todos os pedidos individuais dos proprietários de navios, entre os quais os dos recorrentes. Embora a decisão tenha sido dirigida à Irlanda, a mesma diz respeito a uma série de navios designados, devendo, por conseguinte, ser considerada um conjunto de decisões individuais, cada uma delas afectando a esfera jurídica dos proprietários dos referidos navios. O número e a identidade dos proprietários dos navios em causa eram determinados e verificáveis antes da data da adopção da decisão impugnada e a Comissão estava em condições de saber que a sua decisão afectava exclusivamente os interesses e a posição dos referidos proprietários. A decisão impugnada dizia respeito, assim, a um círculo fechado de pessoas determinadas no momento da sua adopção, cujos direitos a Comissão pretendia regular. Consequentemente, a situação de facto assim criada caracterizava os recorrentes relativamente a qualquer outra pessoa e individualizava-os de uma forma análoga à do destinatário.

¹¹ Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de Junho de 1992, Espanha/Comissão, C-312/90, Colect., p. I-4117, n.ºs 21 a 23.

¹² Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de Julho de 1963, Plaumann/Comissão, 25/62, Colect. 1962-1964, pp. 279, 284.

¹³ Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 13 de Junho de 2006, Boyle e o./Comissão, T-218/03 a T-240/03 (pendente de recurso, processo C-373/06 P), ainda não publicado na Colectânea; v., também, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 13 de Junho de 2006, Atlantean/Comissão, T-192/03, não publicado na Colectânea.

b) *Legitimidade no contencioso dos auxílios de Estado*

No acórdão Comissão/Aktiongemeinschaft Recht und Eigentum, proferido em 2005, o Tribunal de Justiça decidiu, por um lado, que é admissível um recurso de anulação de uma decisão adoptada no fim da fase preliminar de investigação dos auxílios prevista no artigo 88.º, n.º 3, CE, quando interposto por um interessado, na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE, que pretende garantir os seus direitos processuais, e, por outro, que quando o recorrente põe em causa a correcção da decisão de apreciação do auxílio enquanto tal, ou uma decisão adoptada no termo do procedimento formal de investigação, um recurso de anulação dessa decisão só será admissível se o mesmo recorrente demonstrar que tem um estatuto particular na acepção da jurisprudência Plaumann/Comissão ¹⁴.

Dois acórdãos proferidos em 2006 permitiram ao Tribunal de Primeira Instância esclarecer a aplicação dessa distinção quando a Comissão profere uma decisão sem abrir o procedimento formal de investigação ¹⁵.

Por um lado, no processo em que foi proferido o acórdão **Air One/Comissão** ¹⁶, a demandante, uma companhia aérea italiana, denunciara à Comissão o facto de as autoridades italianas terem ilegalmente concedido auxílios à companhia aérea Ryanair, sob a forma de redução dos preços dos serviços aeroportuários e de assistência em escala. A demandante convidava igualmente a Comissão a ordenar à República Italiana que suspendesse o pagamento desses auxílios. Uma vez que se tratava de uma acção por omissão, que, juntamente com o recurso de anulação, constitui a expressão de um único e mesmo meio processual, o Tribunal devia determinar se a demandante tinha legitimidade para interpor recurso de anulação de, pelo menos, um dos actos que a Comissão poderia ter adoptado no termo da fase preliminar de investigação dos auxílios. Para este efeito, o Tribunal de Primeira Instância aplica a jurisprudência do Tribunal de Justiça e, nesse contexto, especifica o conceito de «relação de concorrência suficiente» para que uma sociedade possa ser considerada concorrente dos beneficiários do auxílio e, portanto, interessada na acepção do artigo 88, n.º 2, CE. No caso concreto, o Tribunal de Primeira Instância considerou suficiente, para julgar o recurso admissível, a declaração de que a demandante e a beneficiária do auxílio exploravam, directa ou indirectamente, uma linha aérea internacional em comum e que a demandante exercia a actividade de prestação de serviços regulares de transporte aéreo de passageiros a partir de, ou com destino a, aeroportos italianos, nomeadamente aeroportos regionais, onde podia entrar em concorrência com a beneficiária.

¹⁴ Acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Dezembro de 2005, Comissão/Aktiongemeinschaft Recht und Eigentum, C-78/03 P, Colect., p. I-10737.

¹⁵ No que diz respeito à legitimidade no domínio dos auxílios de Estado, v., também, acórdão de 27 de Setembro de 2006, Werkgroep Commerciële Jachthavens Zuidelijke Randmeren e o./Comissão, T-117/04, ainda não publicado na Colectânea, em que o Tribunal de Primeira Instância considerou que nem uma associação nem os seus membros tinham legitimidade para impugnar uma decisão adoptada no termo do procedimento formal de investigação previsto no artigo 88.º, n.º 2, CE.

¹⁶ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Maio de 2006, Air One/Comissão, T-395/04, ainda não publicado na Colectânea.

Por outro lado, no processo em que foi proferido o acórdão **British Aggregates/Comissão**¹⁷, a Comissão, sem dar início ao procedimento formal de investigação, tinha decidido não levantar objecções ao imposto em análise. O Tribunal recordou que se o recorrente põe em causa o bem-fundado da decisão de apreciação do auxílio enquanto tal, o simples facto de poder ser considerado interessado, na acepção do artigo 88.º, n.º 2, CE, não basta para a admissibilidade do recurso. O recorrente deve então demonstrar que tem um estatuto especial na acepção da jurisprudência Plaumann/Comissão, já referida. Seria esse o caso, nomeadamente, se a posição do recorrente no mercado fosse substancialmente afectada pelo auxílio objecto da decisão em causa. Ora, no caso concreto, o Tribunal verificou que a recorrente, uma associação de empresas, não se tinha limitado a contestar a recusa da Comissão de dar início ao procedimento formal de investigação, mas tinha igualmente posto em causa o bem-fundado da decisão impugnada. Assim, ao analisar se tinha indicado de modo pertinente as razões pelas quais a medida em análise era susceptível de afectar substancialmente a posição de, pelo menos, um dos seus membros no mercado em causa, o Tribunal verificou que essa medida se destinava, de um modo geral, a alterar a repartição do mercado entre os granulados virgens, que estavam sujeitos ao imposto, e os produtos de substituição, que estavam isentos. Por outro lado, essa medida era susceptível de alterar efectivamente a situação concorrencial de alguns membros da recorrente, uma vez que estavam em concorrência directa com produtores de materiais isentos que se tornaram competitivos devido à criação do imposto ecológico em causa. Esta medida era susceptível de afectar substancialmente a situação concorrencial de determinados membros da recorrente, pelo que o recurso foi julgado admissível.

c) *Afectação directa*

Para que se possa considerar que um recorrente é directamente afectado, na acepção do artigo 230.º, quarto parágrafo, CE, devem estar preenchidos dois requisitos. Em primeiro lugar, o acto em causa deve produzir directamente efeitos na situação jurídica do particular. Em segundo lugar, o referido acto não deve deixar qualquer poder de apreciação aos seus destinatários encarregados da sua eventual aplicação, tendo esta um carácter puramente automático e decorrendo somente da regulamentação comunitária, sem aplicação de outras regras intermédias¹⁸. Este segundo requisito está preenchido quando a possibilidade de o Estado-Membro não dar seguimento ao acto em causa for puramente teórica, não existindo quaisquer dúvidas quanto à sua intenção de retirar consequências conformes ao referido acto¹⁹.

Aplicando estes princípios ao acórdão **Boyle e o./Comissão**, já mencionado, o Tribunal considerou que uma decisão que recusava deferir determinados pedidos de aumento dos objectivos do programa de orientação plurianual para a frota de pesca da Irlanda («POP IV»)

¹⁷ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 13 de Setembro de 2006, *British Aggregates/Comissão*, T-210/02 (pendente de recurso, processo C-487/06 P), ainda não publicado na Colectânea.

¹⁸ Acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Maio de 1998, *Dreyfus/Comissão*, C-386/96 P, Colect., p. I-2309, n.º 43, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 13 de Dezembro de 2000, *DSTV/Comissão*, T-69/99, Colect., p. II-4039, n.º 24.

¹⁹ Acórdão *Dreyfus/Comissão*, já referido, n.º 44.

afectava directamente os proprietários dos navios em causa. Com efeito, na decisão impugnada, a Comissão, na qualidade de única autoridade competente na matéria, pronunciou-se de forma definitiva sobre a elegibilidade de determinados navios para um aumento de capacidade, por referência aos requisitos de aplicação da excepção prevista na regulamentação aplicável. Ao verificar assim a não elegibilidade dos navios que pertenciam aos recorrentes, a decisão impugnada teve o efeito directo e definitivo de os afastar da possibilidade de beneficiarem de uma medida de direito comunitário. As autoridades nacionais não dispunham de qualquer poder de apreciação quanto à obrigação de executar esta decisão. A este respeito, o Tribunal afastou o argumento segundo o qual a Irlanda podia teoricamente decidir conceder capacidade suplementar aos navios dos recorrentes até aos limites fixados no âmbito do POP IV. Com efeito, segundo o Tribunal, uma decisão nacional desta ordem não priva a decisão impugnada da sua aplicabilidade automática, uma vez que é juridicamente estranha à aplicação, em direito comunitário, da decisão impugnada. Essa decisão nacional teria por efeito alterar de novo a situação dos recorrentes, decorrendo esta segunda alteração da sua situação jurídica apenas da nova decisão nacional, e não da execução da decisão impugnada.

B. Regras da concorrência aplicáveis às empresas

Este ano, o Tribunal proferiu 26 acórdãos sobre as normas substanciais que proíbem os acordos anticoncorrenciais, sendo que nada menos de 18 acórdãos se pronunciaram em matéria de cartéis²⁰. Exceptuando os cartéis, o Tribunal proferiu quatro acórdãos sobre a aplicação dos artigos 81.º CE e 82.º CE²¹ e quatro acórdãos sobre questões substanciais respeitantes ao controlo das concentrações²².

²⁰ Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Março de 2006, Daiichi Pharmaceutical/Comissão, T-26/02, e BASF/Comissão, T-15/02, ainda não publicados na Colectânea; de 5 de Abril de 2006, Degussa/Comissão, T-279/02 (pendente de recurso, processo C-266/06 P), ainda não publicado na Colectânea; de 30 de Maio de 2006, Bank Austria Creditanstalt/Comissão, T-198/03, ainda não publicado na Colectânea; de 7 de Junho de 2006, Österreichische Postsparkasse e Bank für Arbeit und Wirtschaft/Comissão, T-213/01 e T-214/01, ainda não publicado na Colectânea; de 4 de Julho de 2006, Hoek Loos/Comissão, T-304/02, ainda não publicado na Colectânea; de 27 de Setembro de 2006, Ferriere Nord/Comissão, T-153/04, Archer Daniels Midland/Comissão (ácido cítrico), T-59/02, e Archer Daniels Midland/Comissão (gluconato de sódio), T-329/01, Dresdner Bank e o./Comissão, T-44/02 OP, T-54/02 OP, T-56/02 OP, T-60/02 OP e T-61/02 OP, Jungbunzlauer/Comissão, T-43/02, Akzo Nobel/Comissão, T-330/01, Roquette Frères/Comissão, T-322/01, e Avebe/Comissão, T-314/01, ainda não publicados na Colectânea; de 16 de Novembro de 2006, Peróxidos Orgânicos/Comissão, T-120/04, ainda não publicado na Colectânea; de 5 de Dezembro de 2006, Westfalen Gassen Nederland/Comissão, T-303/02, ainda não publicado na Colectânea; de 13 de Dezembro de 2006, FNCBV e o./Comissão, T-217/03 e T-245/03, ainda não publicado na Colectânea; de 14 de Dezembro de 2006, Raiffeisen Zentralbank Österreich e o./Comissão, T-259/02 a T-264/02 e T-271/02, ainda não publicado na Colectânea.

²¹ Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 2 de Maio de 2006, O2 (Germany)/Comissão, T-328/03, ainda não publicado na Colectânea; de 27 de Setembro de 2006, GlaxoSmithKline Services/Comissão, T-168/01, e Haladjian Frères/Comissão, T-204/03, ainda não publicados na Colectânea, bem como de 12 de Dezembro de 2006, SELEX Sistemi Integrati/Comissão, T-155/04, ainda não publicado na Colectânea.

²² Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 23 de Fevereiro de 2006, Cementbouw Handel & Industrie/Comissão, T-282/02 (pendente de recurso, processo C-202/06 P); de 4 de Julho de 2006, easyJet/Comissão, T-177/04, de 13 de Julho de 2006, Impala/Comissão, T-464/04 (pendente de recurso, processo C-413/06 P), e de 14 de Julho de 2006, Endesa/Comissão, T-417/05, ainda não publicados na Colectânea.

1. Conceito de empresa na acepção das regras da concorrência

No acórdão **SELEX Sistemi Integrati/Comissão**, já referido, o Tribunal pronunciou-se sobre um recurso através do qual se contestava a rejeição pela Comissão de uma denúncia da SELEX Sistemi Integrati SpA, uma sociedade que exercia a sua actividade no sector dos sistemas de gestão de tráfego aéreo. Essa denúncia era relativa a alegados incumprimentos das regras da concorrência, por parte da Eurocontrol, no exercício da sua missão de padronização relativa aos equipamentos e sistemas de gestão da circulação aérea (designados «ATM»). A referida denúncia tinha sido rejeitada pelo facto de as actividades da Eurocontrol em causa não terem natureza económica.

Nesse acórdão, o Tribunal recordou, num primeiro momento, a jurisprudência assente do Tribunal de Justiça, segundo a qual o conceito de empresa abrange qualquer entidade que exerça uma actividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento. Constitui uma actividade económica qualquer actividade que consista na oferta de bens ou serviços num determinado mercado²³. Aplicando estes princípios, num segundo momento, o Tribunal considerou que a actividade de normalização da Eurocontrol, tanto no que dizia respeito à elaboração como à adopção das normas, bem como a aquisição de protótipos de sistemas ATM e a gestão dos direitos de propriedade intelectual por ela efectuada nesse domínio não podiam ser qualificadas como actividades económicas. Ao invés, o Tribunal considerou que as actividades de aconselhamento da Eurocontrol às administrações nacionais, que consistiam na prestação de assistência na redacção dos cadernos de encargos de concursos públicos ou no processo de selecção das empresas que neles participavam, constituíam uma prestação de serviços num mercado em que podiam também actuar empresas privadas especializadas na matéria. Ora, o facto de uma actividade poder ser exercida por uma empresa privada constitui um indício suplementar que permite qualificar a actividade em causa como actividade de empresa. Além disso, embora o facto de essa actividade de assistência não ser remunerada e ser exercida com uma finalidade de interesse geral seja um indício da existência de uma actividade não económica, isto não invalida a existência de uma actividade económica em todos os casos. Consequentemente, o Tribunal concluiu que a Comissão cometeu um erro ao considerar que as actividades em causa não podiam ser qualificadas como actividades económicas.

2. Aplicação do direito da concorrência ao sector agrícola

Por decisão de 2 de Abril de 2003²⁴, a Comissão aplicou coimas no montante total de 16,68 milhões de euros às principais federações francesas do sector da carne de bovino. Estas federações, que representam agricultores e proprietários de matadouros, foram objecto de uma sanção por terem participado num acordo contrário ao direito comunitário. Este acordo manteve-se, verbalmente, para lá de Novembro de 2001, data em que deveria supostamente cessar, não obstante um aviso da Comissão que alertou as federações para

²³ Acórdãos do Tribunal de Justiça de 23 de Abril de 1991, Höfner e Elser, C-41/90, Colect., p. I-1979, n.º 21, e de 12 de Setembro de 2000, Pavlov e o., C-180/98 a C-184/98, Colect., p. I-6451, n.º 74.

²⁴ Decisão 2003/600/CE da Comissão, de 2 de Abril de 2003, relativa a um procedimento de aplicação do artigo [81.º CE] (Processo COMP/C.38.279/F3 – Carnes de bovino francesas) (JO L 209, p. 12).

o seu carácter ilegal. O acordo tinha sido celebrado num contexto económico marcado pela grave crise do sector bovino a partir de 2000, na sequência da detecção de novos casos de encefalopatia espongiforme bovina, dita «doença das vacas loucas».

No acórdão **FNCBV e o./Comissão**, já referido, o Tribunal, pronunciando-se sobre o recurso interposto dessa decisão, depois de ter afastado, nomeadamente, os argumentos dos recorrentes segundo os quais a Comissão tinha violado a sua liberdade sindical, considerou que o acordo objecto de sanção não podia beneficiar da isenção prevista no Regulamento n.º 26 para certas actividades ligadas à produção e à comercialização de produtos agrícolas²⁵. Com efeito, essa isenção só é aplicável no caso de um acordo, por um lado, contribuir para a prossecução de todos os objectivos do artigo 33.º e, por outro, ser necessário para a realização desses objectivos, o que não acontecia no caso concreto: embora o acordo pudesse efectivamente ser considerado necessário à prossecução do objectivo de garantir um nível de vida equitativo à população agrícola, em contrapartida, podia prejudicar a fixação de preços razoáveis nos fornecimentos aos consumidores e não era relativo à estabilização dos mercados.

3. Contributos no domínio do artigo 81.º CE

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

O artigo 81.º, n.º 1, CE dispõe que todos os acordos entre empresas, todas as decisões de associações de empresas e todas as práticas concertadas que sejam susceptíveis de afectar o comércio entre os Estados-Membros e que tenham por objectivo ou efeito impedir, restringir ou falsear a concorrência no mercado comum são incompatíveis com o mercado comum e proibidos.

— Objecto ou efeito anticoncorrencial dos acordos

O acórdão **GlaxoSmithKline Services/Comissão**, que tem por objecto a relação entre a limitação do comércio paralelo e a protecção da concorrência, contém considerações importantes sobre o conceito de acordo que tem por objectivo restringir a concorrência no sector farmacêutico europeu. A Glaxo Wellcome, filial espanhola do grupo GlaxoSmithKline, um dos principais produtores mundiais de produtos farmacêuticos, tinha adoptado novas condições gerais de venda para os grossistas de produtos farmacêuticos, ao abrigo das quais os seus medicamentos deviam ser vendidos aos grossistas espanhóis a preços diferenciados em função do sistema nacional de seguro de doença que os comparticipasse e da comercialização dos referidos medicamentos, consoante se fizesse em Espanha ou noutro Estado-Membro. Na prática, os medicamentos destinados a serem comparticipados noutros Estados-Membros da Comunidade deviam ser vendidos a um preço superior ao dos destinados a serem comparticipados em Espanha, onde a Administração fixa preços máximos. A GlaxoSmithKline notificou essas condições gerais de venda à Comissão e, na sequência da apresentação de várias denúncias, esta

²⁵ Regulamento n.º 26 do Conselho, de 4 de Abril de 1962, relativo à aplicação de determinadas regras de concorrência à produção e ao comércio de produtos agrícolas (JO 1962, 30, p. 993; EE 08 F1 p. 29).

última considerou que as condições de venda em causa tinham por objecto e por efeito restringir a concorrência.

No seu acórdão, o Tribunal entende, porém, que não se deve considerar que um acordo destinado a limitar o comércio paralelo tem, por natureza, isto é, independentemente de uma análise concorrencial, o objectivo de restringir a concorrência. Com efeito, embora seja indiscutível que o comércio paralelo beneficia de uma certa protecção, não beneficia dessa protecção enquanto tal, mas apenas na medida em que favorece, por um lado, o desenvolvimento das trocas e, por outro, o reforço da concorrência, ou seja, quanto a este segundo aspecto, na medida em que proporciona aos consumidores finais as vantagens de uma concorrência eficaz em termos de fornecimento e de preços. Por conseguinte, embora seja indiscutível que se deve considerar que um acordo destinado a limitar o comércio paralelo tem, em princípio, o objectivo de restringir a concorrência, é apenas na medida em que se possa presumir que priva os consumidores finais dessas vantagens. Ora, no caso concreto, tendo em conta o contexto jurídico e económico das condições gerais de venda da GlaxoSmithKline, não se podia presumir que estas privavam os consumidores finais de medicamentos dessas vantagens. Por um lado, com efeito, os grossistas, cuja função é garantir ao comércio a retalho condições de abastecimento que beneficiem da concorrência entre produtores, são agentes económicos que operam numa fase intermédia da cadeia de valor e podem conservar a vantagem que o comércio paralelo pode proporcionar em termos de preços, caso em que não se repercutirá nos consumidores finais. Por outro lado, estando os preços dos medicamentos em causa, em grande medida, subtraídos ao livre jogo da oferta e da procura, devido à regulamentação aplicável, e sendo fixados ou controlados pelos poderes públicos, não pode, desde logo, considerar-se facto adquirido que o comércio paralelo se destina a fazer baixar os preços e a aumentar assim o bem-estar dos consumidores finais. Nestas condições, o Tribunal decidiu que o carácter restritivo da concorrência do acordo não se podia deduzir da mera leitura dos seus termos, ainda que efectuada no seu contexto, e que os seus efeitos deviam necessariamente ser levados em conta.

Consequentemente, ao analisar os efeitos do acordo na concorrência, o Tribunal afastou algumas das apreciações efectuadas pela Comissão sobre este ponto na sua decisão, mas declarou, no entanto, que o acordo criava um obstáculo à pressão que haveria, se ele não existisse, sobre o preço unitário dos medicamentos em causa, em detrimento do consumidor final, incluindo tanto o paciente como o sistema nacional de segurança social, actuando por conta dos seus sucessores.

— Prova exigida

No acórdão **Dresdner Bank e o./Comissão**, já referido, o Tribunal recordou que, tendo em conta o princípio geral da presunção de inocência, a existência de uma dúvida no espírito do julgador deve beneficiar a empresa destinatária da decisão que declara a existência de uma infracção. Assim, é necessário que a Comissão apresente provas precisas e concordantes para demonstrar a existência da infracção. No entanto, cada uma das provas apresentadas pela Comissão não tem necessariamente de satisfazer esses critérios relativamente a cada elemento da infracção: basta que o conjunto de indícios invocado pela instituição, apreciado globalmente, satisfaça essa exigência. No caso concreto, os cinco bancos recorrentes sustentavam que não tinham celebrado nenhum acordo entre si

no decurso de uma reunião, realizada em 15 de Outubro de 1997, sobre o nível e a estrutura das comissões de câmbio de moedas que constituíam subdivisões do euro, na fase de transição entre a introdução do euro escritural e a do euro fiduciário. O Tribunal analisou tanto as provas relativas ao contexto da reunião de 15 de Outubro de 1997 como as provas directas decorrentes dessa reunião e decidiu que a sua força não era suficiente para permitir considerar, sem margem para qualquer dúvida razoável, que os bancos presentes nessa reunião tinham celebrado o acordo objecto de sanção.

— **Obrigações da Comissão na apreciação de um acordo**

No acórdão **O2 (Germany)/Comissão**, já referido, o Tribunal recordou que, para apreciar a compatibilidade de um acordo com o mercado comum à luz da proibição estabelecida no artigo 81.º, n.º 1, CE, há que analisar o contexto económico e jurídico em que o acordo se integra, o seu objecto, os seus efeitos e as suas repercussões nas trocas intracomunitárias, tendo em conta, em especial, o contexto económico em que operam as empresas, os produtos ou serviços abrangidos por esse acordo e a estrutura e as condições reais de funcionamento do mercado em causa. Além disso, num caso com as características do caso concreto, em que se admite que o acordo não tem um objectivo anticoncorrencial, há que apreciar os efeitos do acordo e, para que o mesmo possa ser objecto de proibição, exigir a reunião dos factores que determinam que o jogo da concorrência foi, de facto, impedido, restringido ou falseado de forma apreciável. O jogo da concorrência deve, neste caso, ser entendido no quadro real em que se produziria se não existisse o acordo controvertido, podendo a alteração da concorrência ser posta em dúvida, designadamente, se o acordo se revelar necessário à penetração de uma empresa numa zona em que não operava.

Tal entendimento não equivale, segundo o Tribunal, a aplicar uma «regra da razoabilidade» ao artigo 81.º, n.º 1, CE, que consiste em efectuar uma ponderação dos efeitos pró e anticoncorrenciais do acordo, mas a ter em consideração o impacto do acordo na concorrência efectiva e potencial e a situação da concorrência no caso de não haver acordo, estando os dois aspectos intrinsecamente correlacionados. O Tribunal acrescenta que essa apreciação se revela particularmente necessária nos mercados em via de liberalização ou nos mercados novos, como no caso das comunicações móveis de terceira geração aqui em causa, em que a efectividade da concorrência pode ser problemática devido, por exemplo, à presença de um operador dominante, ao carácter concentrado da estrutura do mercado ou à existência de obstáculos relevantes para nele se entrar.

No caso concreto, o Tribunal considerou que a decisão impugnada estava viciada por vários erros de apreciação. Por um lado, não continha uma discussão objectiva da situação da concorrência na falta de acordo, o que falseava a apreciação dos efeitos reais e potenciais do acordo na concorrência. Para poder apreciar validamente em que medida o acordo era necessário para a O2 (Germany) penetrar no mercado das comunicações móveis de terceira geração, a Comissão deveria ter aprofundado a questão de saber se, não houvesse acordo, a recorrente estaria presente nesse mercado. Por outro lado, a decisão não demonstrava *in concreto*, no contexto do mercado novo em causa, que as disposições do acordo relativas à itinerância tinham efeitos restritivos para a concorrência, limitando-se, a esse respeito, a uma petição de princípio e a afirmações gerais.

b) *Aplicação do artigo 81.º, n.º 3, CE*

O artigo 81.º, n.º 3, CE prevê que as disposições do artigo 81.º, n.º 1, CE podem ser declaradas inaplicáveis, nomeadamente, a qualquer acordo entre empresas que contribua para melhorar a produção ou a distribuição dos produtos ou para promover o progresso técnico ou económico, contanto que aos utilizadores se reserve uma parte equitativa do lucro daí resultante, e que não imponham às empresas em causa quaisquer restrições que não sejam indispensáveis à consecução desses objectivos nem dêem a essas empresas a possibilidade de eliminar a concorrência relativamente a uma parte substancial dos produtos em causa.

No acórdão **GlaxoSmithKline Services/Comissão**, já referido, a recorrente invocava, nomeadamente, elementos probatórios destinados a demonstrar que o comércio paralelo gerava uma perda de eficácia, uma vez que reduzia a sua capacidade de inovação. Sustentava, assim, que o acordo em causa, ao afectar o comércio paralelo e ao aumentar a sua margem de lucro, lhe permitia incrementar a sua capacidade de inovação. Ora, a apreciação da Comissão sobre determinados elementos pertinentes invocados pela recorrente não podia ser considerada suficiente para alicerçar as conclusões a que a Administração tinha chegado. A Comissão não podia, com efeito, abster-se de analisar se o acordo em causa podia permitir restaurar a capacidade de inovação da recorrente e originar, assim, um ganho de eficácia para a concorrência intramarcas, na medida em que, no sector dos medicamentos, os efeitos do comércio paralelo na concorrência são ambíguos. Com efeito, o ganho de eficácia que é susceptível de originar na concorrência intramarcas, cujo papel é limitado pelo quadro regulamentar farmacêutico, aplicável ao caso concreto, deve ser relacionado com a perda de eficácia que é susceptível de gerar para a concorrência entre marcas. Consequentemente, o Tribunal anulou a decisão da Comissão neste ponto.

4. Contributos no domínio do artigo 82.º CE

Este ano, o Tribunal apenas se pronunciou sobre os requisitos do artigo 82.º CE em dois acórdãos, ambos relativos a um arquivamento de uma denúncia apresentada.

Por um lado, no acórdão **SELEX Sistemi Integrati/Comissão**, já mencionado a propósito do conceito de empresa, o Tribunal declarou que a recorrente não tinha demonstrado, na denúncia apresentada, um comportamento da Eurocontrol, no âmbito da sua actividade de consultadoria às Administrações nacionais, que correspondesse aos requisitos de aplicação do artigo 82.º CE, não existindo aparentemente nenhuma relação de concorrência entre a Eurocontrol e a recorrente ou qualquer outra empresa que exercesse a sua actividade no sector em causa.

Por outro lado, no processo em que foi proferido o acórdão **Haladjian Frères/Comissão**, já referido, a sociedade Haladjian Frères tinha apresentado uma denúncia na Comissão, em que invocava, nomeadamente, várias violações do artigo 82.º CE, alegadamente, resultantes da implantação do sistema de comercialização de peças sobressalentes pela sociedade americana Caterpillar. O Tribunal decidiu que os argumentos suscitados pela recorrente não punham em causa a apreciação da matéria de facto e de direito efectuada

pela Comissão e que esta última tinha tido motivos justificados para arquivar a denúncia da recorrente. Com efeito, foram afastados os fundamentos relativos à alegada imposição de preços não equitativos, à limitação da distribuição e à aplicação de condições desiguais a prestações equivalentes, tendo em conta, nomeadamente, a circunstância de o sistema em causa não isolar o mercado comunitário, uma vez que não proíbe de facto ou de direito a concorrência de peças importadas a preços inferiores aos preços europeus.

5. Procedimento de repressão das práticas anticoncorrenciais

- a) *Interesse legítimo de terceiros e desenrolar dos processos de aplicação das regras da concorrência*

Nos acórdãos **Österreichische Postsparkasse, Bank für Arbeit und Wirtschaft/Comissão e Raiffeisen Zentralbank Österreich e o./Comissão**, já referidos, o Tribunal considerou que um cliente final adquirente de bens ou serviços, como um partido político cliente de serviços bancários austríacos, tinha um interesse legítimo que lhe dava um direito de acesso à comunicação de acusações. Um cliente final que demonstre que os seus interesses económicos foram ou podem vir a ser lesados devido a uma restrição da concorrência tem efectivamente um interesse legítimo em apresentar um requerimento ou uma denúncia destinados a que a Comissão declare a existência de uma infracção aos artigos 81.º CE e 82.º CE. As normas que se destinam a garantir que a concorrência não seja falseada no mercado interno têm por finalidade última aumentar o bem-estar do consumidor, pelo que o reconhecimento de que esses clientes têm um interesse legítimo em que a Comissão declare a existência de uma infracção aos artigos 81.º CE e 82.º CE contribui para a realização dos objectivos do direito da concorrência. No acórdão **Raiffeisen Zentralbank Österreich e o./Comissão**, já referido, o Tribunal esclareceu, além disso, que, por um lado, a admissão de uma parte interessada como denunciante e a transmissão à mesma da comunicação de acusações podem ocorrer em qualquer fase do procedimento administrativo e que, por outro, o direito à transmissão da comunicação de acusações não pode ser restringido com base em meras suspeitas relativas a uma eventual utilização abusiva desse documento.

- b) *Direito de não contribuir para a sua própria incriminação*

O acórdão **Archer Daniels Midland/Comissão (ácido cítrico)**, já referido, permitiu ao Tribunal esclarecer as condições em que a Comissão pode utilizar, contra uma empresa, uma confissão feita a uma autoridade de um país terceiro, sem violar, dessa forma, o direito de não contribuir para a sua própria incriminação, tal como é reconhecido pelo direito comunitário²⁶. A Bayer, um dos membros do acordo objecto de sanção, tinha, com efeito, comunicado à Comissão um relatório do Federal Bureau of Investigation (FBI) americano, relativo à audição de um representante da recorrente pelas autoridades americanas, posteriormente utilizado como base para a comunicação de acusações, e depois da decisão que aplicou uma sanção à empresa. No recurso que interpôs dessa decisão, a

²⁶ Relativamente ao direito de não contribuir para a sua própria incriminação, v. acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Outubro de 1989, Orkem/Comissão, 374/87, Colect., p. 3283.

recorrente sustentava que não tinha tido oportunidade de fazer valer o seu direito de não contribuir para a sua própria incriminação, tal como é reconhecido pelo direito comunitário. No acórdão, o Tribunal considerou, no entanto, que nenhuma disposição impede a Comissão de se basear, a título de elemento probatório, num documento apresentado no âmbito de um procedimento diferente do conduzido pela própria Comissão. Declarou, no entanto, que quando a Comissão se baseia numa declaração feita num contexto diferente do do procedimento por si instaurado, e quando esta declaração comporta potencialmente informações que a empresa em causa tinha o direito de recusar fornecer, a Comissão é obrigada a garantir à empresa em causa direitos processuais equivalentes aos conferidos pelo direito comunitário. Assim, a Comissão é obrigada a examinar oficiosamente se, à primeira vista, há dúvidas sérias quanto ao respeito dos direitos processuais das partes em causa no âmbito do processo em que estas prestaram essas declarações. Se não houver dúvidas sérias, os direitos processuais das partes em causa devem ser considerados suficientemente garantidos se, na comunicação de acusações, a Comissão referir claramente, eventualmente juntando os documentos em causa a essa comunicação, que pretende basear-se nas declarações em causa. No caso concreto, nenhum desses princípios tinha sido violado pela Comissão, nomeadamente porque tinha anexado o relatório em causa à comunicação de acusações e a Archer Daniels Midland não tinha apresentado objecções à utilização desse documento.

c) *Publicidade dos actos e definição do segredo profissional*

No processo em que foi proferido o acórdão **Bank Austria Creditanstalt/Comissão**, já referido, a recorrente invocava, no essencial, a ilegalidade da publicação de uma decisão que tinha aplicado coimas, não sendo a publicação dessa decisão, no caso concreto, obrigatória. No seu acórdão, o Tribunal não acolheu, no entanto, esse fundamento, considerando que a faculdade de as instituições tornarem públicos os actos que adoptam é a regra. Há, no entanto, excepções a esse princípio, na medida em que o direito comunitário, designadamente, através de disposições que garantem o respeito do segredo profissional, se oponha à divulgação destes actos ou de determinadas informações que os mesmos contêm. O Tribunal define, em seguida, o conceito de segredo profissional, considerando que, para que as informações caiam, pela sua natureza, no âmbito dessa protecção, é necessário, antes de mais, que só sejam conhecidas por um número restrito de pessoas. Em seguida, deve tratar-se de informações cuja divulgação possa causar um prejuízo sério à pessoa que as forneceu, ou a terceiros. Por último, é necessário que os interesses que possam ser lesados pela divulgação da informação sejam objectivamente dignos de protecção. A apreciação do carácter confidencial de uma informação necessita, assim, de uma ponderação entre os interesses legítimos que se opõem à sua divulgação e o interesse geral que exige que as actividades das instituições comunitárias decorram de uma forma tão aberta quanto possível. Ora, refere o Tribunal, uma ponderação do interesse geral na transparência da acção comunitária e dos interesses susceptíveis de a ela se oporem foi efectuada pelo legislador comunitário em diferentes actos de direito derivado, designadamente, através dos Regulamentos n.º 45/2001

e n.º 1049/2001²⁷. Por conseguinte, o Tribunal estabeleceu uma relação de correspondência entre o conceito de segredo profissional e esses dois regulamentos. Na medida em que tais disposições de direito derivado proibam a divulgação de informações ao público ou excluam o acesso do público a documentos que as contenham, deve-se considerar que estas informações estão abrangidas pelo segredo profissional. Em contrapartida, na medida em que o público tenha direito de acesso a documentos que contenham determinadas informações, não se pode considerar que essas informações estejam abrangidas, pela sua natureza, pelo segredo profissional.

6. Coimas

Em 2006, o Tribunal proferiu ainda numerosos acórdãos relacionados com a legalidade ou o carácter adequado de coimas aplicadas por violação do artigo 81.º CE. Os desenvolvimentos mais marcantes, este ano, dizem respeito ao princípio da legalidade das penas, à aplicação das orientações para o cálculo das coimas, ao limite de 10% do volume de negócios e à competência de plena jurisdição do Tribunal em matéria de coimas.

a) *Princípio da legalidade das penas*

Nos acórdãos **Jungbunzlauer/Comissão** e **Degussa/Comissão**, já referidos, o Tribunal julgou improcedente uma excepção de ilegalidade que tinha por objecto o artigo 15.º, n.º 2, do Regulamento n.º 17²⁸, através da qual era invocada a contradição entre essa disposição e o princípio da legalidade das penas. Segundo os recorrentes, que tinham participado em cartéis que abrangiam os mercados do ácido cítrico e da metionina, essa disposição atribuía à Comissão o poder discricionário de decidir da oportunidade e do montante da coima, o que era ilegal.

Todavia, o Tribunal considerou que o princípio da legalidade das penas, tal como interpretado pela jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, admitindo que o artigo 7.º, n.º 1, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem seja aplicável às coimas que punem infracções às regras da concorrência, não exige que os termos das disposições por força das quais essas sanções são aplicadas sejam de tal forma precisos que as consequências que podem decorrer da infracção a essas disposições sejam previsíveis com uma certeza absoluta. Além disso, a margem de apreciação da Comissão na aplicação das sanções, embora ampla, não é absoluta, uma vez que está limitada a 10% do volume de negócios, bem como pela avaliação da gravidade e da duração das infracções, pelos princípios da igualdade de tratamento e da proporcionalidade, pela sua prática administrativa anterior à luz do princípio da igualdade de tratamento e, por fim, pela

²⁷ 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), e 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).

²⁸ Regulamento n.º 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro Regulamento de execução dos artigos [81.º CE] e [82.º CE] (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22).

limitação que a Comissão impôs a si própria ao adoptar a comunicação relativa à cooperação e as orientações para o cálculo das coimas. Consequentemente, o Tribunal julgou improcedente a invocada excepção de ilegalidade.

b) *Orientações*

Apesar de a Comissão ter adoptado, em 1 de Setembro de 2006, novas orientações para o cálculo das coimas, os acórdãos proferidos, como aliás os processos entrados são, este ano, apenas relativos às orientações adoptadas em 1998 ²⁹.

De um modo geral, é hoje totalmente pacífico que as orientações vinculam a Comissão. No entanto, o Tribunal esclareceu no acórdão **Raiffeisen Zentralbank Österreich e o./Comissão**, já referido, que tal autolimitação não era incompatível com a manutenção de uma margem de apreciação substancial por parte da Comissão. A adopção das orientações não retirou assim pertinência à jurisprudência anterior segundo a qual a Comissão dispõe de um poder de apreciação que lhe permite levar ou não em consideração determinados elementos quando fixa o montante das coimas que pretende aplicar, nomeadamente em função das circunstâncias do caso concreto. Na hipótese de a Comissão se afastar do método preconizado pelas orientações, compete ao Tribunal verificar se esse afastamento encontra justificação legal e está suficientemente fundamentado. No entanto, como também esclareceu o Tribunal, a margem de apreciação da Comissão e os limites que ela própria se impôs não afectam o exercício, pelo juiz comunitário, da sua competência de plena jurisdição.

Estendendo, no essencial, os mesmos princípios de interpretação ao caso específico das circunstâncias atenuantes, o Tribunal esclareceu que, não havendo uma indicação no sentido da natureza imperativa das orientações no que diz respeito às circunstâncias atenuantes que podem ser levadas em conta, há que considerar que a Comissão manteve uma certa margem para apreciar de modo global a importância de uma eventual redução do montante das coimas por força da existência de circunstâncias atenuantes.

No ano de 2006, o Tribunal continuou igualmente a fazer precisões sobre determinadas disposições das orientações, por exemplo, sobre o conceito de impacto concreto, nos processos **Archer Daniels Midland «Gluconato de Sódio»** e **Archer Daniels Midland «Ácido cítrico»**, sobre a circunstância agravante relativa ao papel de líder, nos acórdãos **BASF/Comissão** e **Archer Daniels Midland/Comissão (ácido cítrico)**, já referidos, bem como sobre a circunstância atenuante relativa à cessação da infracção a partir das primeiras intervenções da Comissão, nos acórdãos **Archer Daniels Midlands/Comissão (ácido cítrico)** e **Archer Daniels Midland/Comissão (gluconato de sódio)**, já referidos.

²⁹ 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). Estas orientações foram substituídas pelas Orientações para o cálculo das coimas aplicadas por força do n.º 2, alínea a), do artigo 23.º do Regulamento (CE) n.º 1/2003 (JO 2006, C 210, p. 2). As novas orientações aplicam-se aos processos nos quais a comunicação de acusações tenha sido notificada depois de 1 de Setembro de 2006.

c) *Limite de 10%*

O Regulamento n.º 17 previa, como passou a prever o artigo 23.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1/2003, que a coima aplicada a cada uma das empresas ou associações de empresas que tenha participado numa infracção aos artigos 81.º CE e 82.º CE não deve exceder 10% do respectivo volume de negócios total realizado durante o exercício precedente.

No processo em que foi proferido o acórdão **FNCBV e o./Comissão**, já evocado a propósito da aplicação das regras da concorrência ao sector agrícola, a decisão impugnada enfermava de falta de fundamentação, uma vez que a Comissão não tinha consagrado nenhuma passagem da decisão à observância do limite de 10% e ao volume de negócios a levar em conta para o cálculo desse limite. No entanto, o Tribunal considerou que a possibilidade de a Comissão se basear não no volume de negócios próprio das federações mas no dos seus membros não é limitada pela situação, já identificada pela jurisprudência, em que uma associação pode obrigar os seus membros. Com efeito, é necessário que o poder económico real de uma associação possa ser apreendido. Outras circunstâncias específicas podem, assim, justificar que o volume de negócios dos membros de uma associação seja levado em conta, como, por exemplo, o facto de a infracção cometida por uma associação ser relativa às actividades dos seus membros e de as práticas serem levadas a cabo pela associação, directamente, em proveito destes últimos e em colaboração com eles, não tendo a associação interesses objectivos que se revistam de autonomia relativamente aos dos seus membros. Ora, era efectivamente o que acontecia no caso concreto. Com efeito, as federações às quais foram aplicadas sanções tinham essencialmente por missão defender os seus membros e representar os seus interesses. O acordo em causa, além disso, era relativo às actividades desses membros e tinha sido celebrado directamente em proveito dos mesmos. Por último, tinha sido implementado, nomeadamente, pela celebração de acordos locais entre federações departamentais e sindicatos locais agrícolas, membros das federações nacionais objecto de sanção.

d) *Exercício da competência de plena jurisdição*

Nos termos do artigo 17.º do Regulamento n.º 17, bem como do artigo 31.º do Regulamento n.º 1/2003, o Tribunal, chamado a pronunciar-se sobre um recurso de uma decisão que aplica uma coima, dispõe de competência de plena jurisdição, na acepção do artigo 229.º CE, o que lhe permite reduzir ou aumentar as coimas aplicadas pela Comissão. Em 2006, o Tribunal exerceu essa competência em numerosas ocasiões e segundo modalidades diversas.

Assim, nos processos relativos aos cartéis das vitaminas, o Tribunal exerceu o seu poder de plena jurisdição apenas para extrair as consequências de vícios que afectavam a legalidade da decisão. No acórdão **BASF/Comissão**, já referido, o Tribunal considerou que a declaração da ilegalidade da apreciação da Comissão quanto às circunstâncias agravantes que levaram a uma majoração da coima em relação ao respectivo montante de base abria o caminho ao exercício pelo juiz comunitário do poder de plena jurisdição, de modo a confirmar, suprimir ou alterar a referida majoração da coima à luz de todas as circunstâncias pertinentes do caso concreto. Mais genericamente, tendo sido convidado

pela BASF a exercer a sua competência de plena jurisdição independentemente da declaração de uma ilegalidade, o Tribunal considerou que a fiscalização por si exercida sobre uma decisão através da qual a Comissão considerou existir uma violação das regras da concorrência e aplicou coimas se limita à legalidade dessa decisão, só podendo a competência de plena jurisdição de que dispõe ser exercida, sendo caso disso, na sequência da declaração de uma ilegalidade que afecte a decisão e que a empresa em causa tenha invocado no recurso, e para sanar os efeitos dessa ilegalidade na determinação do montante da coima aplicada, se necessário, através da supressão ou da reforma desta última.

Em contrapartida, no processo em que foi proferido o acórdão **Hoek Loos/Comissão**, já referido, que tem por objecto o cartel dos gases industriais, o Tribunal analisou a argumentação da recorrente na perspectiva do pedido de supressão ou de redução da coima. Neste contexto, referiu que a apreciação da natureza proporcionada da coima aplicada relativamente à gravidade e à duração da infracção era abrangida pelo controlo de plena jurisdição atribuído ao Tribunal³⁰. Tendo acabado por rejeitar todas estas acusações, o Tribunal concluiu que o montante final da coima aplicada à recorrente era «inteiramente adequado, uma vez que nenhuma das circunstâncias invocadas por esta justifica[va] que o referido montante [fosse] reduzido». Do mesmo modo, no acórdão **Raiffeisen Zentralbank Österreich e o./Comissão**, já referido, o Tribunal decidiu que, para além da fiscalização da legalidade de uma decisão, lhe compete apreciar se deve exercer a sua competência de plena jurisdição em relação à coima aplicada aos diferentes membros do cartel. Assim, em várias ocasiões, depois de ter julgado improcedente um fundamento invocado pelas recorrentes, o Tribunal exerceu o seu poder de plena jurisdição para confirmar o carácter adequado da coima aplicada.

Por último, no acórdão **FNCBV e o./Comissão**, já referido, o Tribunal considerou que a Comissão tinha tomado em conta, a título de circunstâncias atenuantes, por um lado, o facto de ser a primeira vez que sancionava que um acordo celebrado exclusivamente entre federações sindicais, acordo esse relativo a um produto agrícola de base e que envolvia dois elos da cadeia de produção, e, por outro, o contexto económico específico do processo, caracterizado, nomeadamente, pela grave crise do sector bovino a partir de 2000, na sequência da detecção de novos casos da doença das vacas loucas. Por essa razão, a Comissão tinha aplicado uma redução de 60% ao montante das coimas aplicadas aos recorrentes. Exercendo a sua competência de plena jurisdição, o Tribunal considerou que essa redução, embora significativa, não tinha levado suficientemente em conta o carácter excepcional das circunstâncias do caso concreto. Por conseguinte, considerou ser adequado fixar em 70% a percentagem de redução das coimas a conceder aos recorrentes e, conseqüentemente, aplicar uma percentagem adicional de redução de 10% ao montante da coima.

Observe-se igualmente que o Tribunal analisou em dois processos a possibilidade de aumentar a coima aplicada pela Comissão.

³⁰ V., igualmente, acórdãos *Westfalen Gassen Nederland/Comissão*, já referido, e *Archer Daniels Midland/Comissão*, T-329/01, já referido, n.º 380.

Assim, no acórdão **Raiffeisen Zentralbank Österreich e o./Comissão**, já referido, a Comissão pediu ao Tribunal que aumentasse o montante da coima aplicada, pelo facto de esse banco ter contestado pela primeira vez no Tribunal a existência de uma parte dos acordos objecto de sanção. O Tribunal considerou que importava, a esse respeito, saber se o comportamento da recorrente tinha obrigado a Comissão, contra todas as expectativas que podia razoavelmente ter em relação à cooperação da recorrente ao longo do procedimento administrativo, a elaborar e a apresentar uma defesa no Tribunal centrada na contestação de factos constitutivos de infracção que tinha legitimamente considerado que a recorrente não mais poria em causa. O Tribunal concluiu, no caso concreto, que uma majoração da sanção não era adequada, tendo em conta a importância reduzida dos aspectos contestados, tanto para a economia da decisão impugnada como para a elaboração da defesa da Comissão, que a actuação da recorrente não dificultou.

Ao invés, no processo **Roquette Frères/Comissão**, já referido, o Tribunal aumentou a coima contestada depois de a ter reduzido. O Tribunal considerou, num primeiro momento, que a coima aplicada à recorrente não correspondia à sua posição no mercado do gluconato de sódio. Embora não pudesse ser feita qualquer crítica à Comissão, uma vez que esta tinha calculado o montante da coima com base em informações pouco claras e equívocas prestadas pela recorrente, o Tribunal decidiu, porém, corrigir esse vício da decisão e, conseqüentemente, reduzir a coima. Num segundo momento, o Tribunal aumentou a coima em 5 000 euros, de modo a levar em conta o facto de a recorrente, consciente da possibilidade de um risco de confusão por parte da Comissão, ter comunicado erradamente o seu volume de negócios na sequência de um pedido de informações. Com efeito, uma vez que o Regulamento n.º 17 prevê a possibilidade de a Comissão aplicar uma coima de 100 a 5 000 euros se a empresa prestar informações inexatas em resposta a um pedido de informações, o Tribunal decidiu ter em conta a negligência grave da recorrente para aumentar a coima até ao limite máximo previsto por essa disposição.

Por último, nesse mesmo acórdão, o Tribunal pronunciou-se sobre as modalidades de exercício da sua competência de plena jurisdição: ao abrigo desse poder, o Tribunal pode tomar em consideração elementos complementares de informação que não tenham sido mencionados na decisão recorrida no momento da apreciação do montante da coima à luz dos fundamentos invocados pela recorrente, apreciação confirmada no acórdão **Raiffeisen Zentralbank Österreich e o./Comissão**, já referido. Contudo, esclareceu o Tribunal no acórdão **Roquette Frères/Comissão**, à luz do princípio da segurança jurídica, esta possibilidade deve, em princípio, limitar-se à tomada em conta de elementos de informação anteriores à decisão recorrida, de que a Comissão podia ter tido conhecimento no momento da adopção da sua decisão. Com efeito, uma abordagem diferente levaria o Tribunal a substituir-se à Administração para apreciar uma questão que esta ainda não foi chamada a examinar, o que violaria o sistema de repartição de competências e o equilíbrio institucional entre os poderes judicial e administrativo.

7. Contributos no domínio do controlo das concentrações

Três acórdãos relativos à aplicação do Regulamento n.º 4064/89, que foi substituído pelo Regulamento n.º 139/2004, foram proferidos em 2006, bem como um quarto acórdão, relativo à aplicação deste último regulamento ³¹.

a) *Competência da Comissão em matéria de controlo das concentrações*

Os Regulamentos n.º 4064/89 e n.º 139/2004 são aplicáveis apenas às operações de concentração de dimensão comunitária, que é definida, nomeadamente, em função de vários patamares do volume de negócios das empresas, partes na operação. Dois acórdãos proferidos em 2006 precisam a competência da Comissão nesta matéria.

Em primeiro lugar, o acórdão **Endesa/Comissão**, já referido, especificou os critérios com base nos quais o volume de negócios de duas empresas, partes numa operação de concentração, deve ser calculado para que se possa concluir pela sua dimensão comunitária. No caso concreto, a Gas Natural, uma sociedade espanhola que exerce a sua actividade no sector da energia, tinha notificado a autoridade espanhola da concorrência da sua intenção de lançar uma oferta pública de aquisição sobre a totalidade do capital da Endesa, uma sociedade espanhola que exerce essencialmente a sua actividade no sector da electricidade. Considerando que, de acordo com o Regulamento n.º 139/2004, a operação tinha dimensão comunitária e, por conseguinte, deveria ter sido notificada à Comissão, a Endesa apresentou uma denúncia à Comissão, que, no entanto, foi arquivada. A Endesa contestou essa decisão no Tribunal, sustentando, nomeadamente, que a Comissão tinha avaliado incorrectamente o seu volume de negócios.

No seu acórdão, o Tribunal concluiu, nomeadamente, que o regulamento relativo ao controlo das concentrações não prevê expressamente a obrigação de a Comissão verificar oficiosamente que as operações de concentração que não lhe são notificadas não têm dimensão comunitária. Todavia, sendo-lhe apresentada uma denúncia por uma empresa que considera que uma concentração não notificada à Comissão tem essa dimensão, a Comissão está obrigada a tomar uma decisão sobre a sua competência. Por conseguinte, em princípio, é ao denunciante que cabe demonstrar a procedência da sua denúncia, entendendo-se que compete à Comissão proceder a uma análise diligente e imparcial das denúncias que lhe são apresentadas e responder de modo fundamentado aos argumentos invocados pelo denunciante. Além disso, a Comissão não poderia estar obrigada a verificar oficiosamente, em cada caso, que as contas verificadas que lhe foram apresentadas reflectem fielmente a realidade e a proceder à análise de todas as possíveis correcções. A Comissão só deve analisar problemas específicos quando for alertada para eles.

No caso concreto, a Endesa sustentava, nomeadamente, que a análise do seu volume de negócios pela Comissão deveria ter-se baseado nas normas contabilísticas internacionais,

³¹ Regulamento (CEE) n.º 4064/89 do Conselho, de 21 de Dezembro de 1989, relativo ao controlo das operações de concentração de empresas (JO L 395, p. 1; rectificações publicadas no JO 1990, L 257, p. 13), revogado pelo Regulamento (CE) n.º 139/2004 do Conselho, de 20 de Janeiro de 2004, relativo ao controlo das concentrações de empresas (JO L 24, p. 1).

e não nas normas espanholas que estavam então em vigor. O Tribunal interpretou, no entanto, o Regulamento n.º 139/2004 no sentido de que impõe à Comissão a referência às contas das empresas relativas ao exercício precedente, estabelecidas e verificadas em conformidade com a legislação aplicável. Ora, no caso concreto, as regras aplicáveis em Espanha às contas do exercício de 2004 eram os princípios nacionais contabilísticos geralmente aceites, e não os princípios contabilísticos internacionais que, em conformidade com o regulamento relativo à aplicação das normas contabilísticas internacionais, só se tornaram aplicáveis a partir do exercício de 2005.

O Tribunal afastou igualmente os argumentos da Endesa segundo os quais a Comissão deveria ter procedido a duas correcções, uma relativa às operações de distribuição da Endesa e a outra relativa às trocas de gás. Neste contexto, o Tribunal esclareceu, nomeadamente, que, por razões de segurança jurídica, o volume de negócios a levar em conta para efeitos de determinação da autoridade competente para apreciar uma operação de concentração deve, em princípio, ser definido com base nas contas anuais publicadas. Só a título excepcional, portanto, quando circunstâncias específicas o justificarem, haverá que proceder a determinadas correcções destinadas a reflectir da melhor maneira a realidade económica das empresas em causa. Por conseguinte, o Tribunal negou provimento ao recurso da Endesa.

Em segundo lugar, o acórdão **Cementbouw Handel & Industrie/Comissão**, já referido, forneceu numerosos esclarecimentos sobre a apreciação pela Comissão do carácter unitário de uma operação de concentração realizada através de várias transacções jurídicas. O recurso era dirigido contra uma decisão através da qual a Comissão tinha autorizado, retroactivamente, a aquisição da empresa comum neerlandesa CVK pelo grupo alemão Haniel e pela Cementbouw Handel & Industrie (ambas operando no sector dos materiais de construção), depois do compromisso assumido por essas duas empresas no sentido de porem termo ao acordo preexistente de empresa comum. O processo implicava uma operação complexa, baseada, no essencial, em dois conjuntos de transacções jurídicas distintas, tendo uma delas sido notificada à autoridade neerlandesa da concorrência e por esta aprovada. No recurso, a Cementbouw Handel & Industrie contestava, nomeadamente, a possibilidade de a Comissão qualificar como operação única várias transacções distintas.

No entanto, o Tribunal adoptou uma interpretação finalista do conceito de concentração, que deve corresponder à lógica económica prosseguida pelas partes. Considerou, assim, que uma operação de concentração, na acepção Regulamento n.º 4064/89, pode ser realizada mesmo perante uma pluralidade de transacções jurídicas, formalmente distintas, quando essas transacções – cujo resultado consiste em atribuir a uma ou a várias empresas o controlo económico, directo ou indirecto, da actividade de uma ou de várias outras empresas – sejam interdependentes, no sentido de que não seriam realizadas umas sem as outras. No caso concreto, a Comissão não tinha errado ao considerar que as transacções em causa eram efectivamente interdependentes.

Por outro lado, a Comissão não viola a repartição de competências entre as autoridades nacionais e a autoridade comunitária da concorrência, operada pelo Regulamento n.º 4064/89, quando analisa globalmente, juntamente com uma transacção posterior de que é indissociável, outra transacção que, considerada isoladamente, não preenche os pressupostos da dimensão comunitária e foi aprovada por uma autoridade nacional da

concorrência. Com efeito, neste caso, seria artificial considerar que a transacção aprovada é autónoma do ponto de vista económico.

b) *Compromissos assumidos no sentido de alterar o projecto inicial de concentração*

O artigo 8, n.º 2, do Regulamento n.º 4064/89 dispõe, no essencial, que a Comissão deve aprovar os projectos de concentração, eventualmente depois de serem introduzidas alterações ao projecto inicial pelas empresas em causa, quando a operação for compatível com o mercado comum. A Comissão pode, assim, fazer constar da sua decisão condições destinadas a garantir que as empresas respeitem os compromissos assumidos perante ela de modo a garantir a compatibilidade da concentração.

No processo em que foi proferido o acórdão **Cementbouw/Comissão**, que acaba de ser referido, o Tribunal retoma a questão da delicada articulação entre o princípio da proporcionalidade e a liberdade de as partes se proporem assumir compromissos para resolver integralmente os problemas de concorrência identificados pela Comissão. No processo de apreciação da concentração em causa, as partes, designadamente a recorrente, tinham proposto sucessivamente um projecto de compromissos a assumir, recusado pela Comissão, e, posteriormente, compromissos definitivos, que foram aceites.

O Tribunal concluiu, num primeiro momento, que o projecto de compromissos a assumir não permitia resolver integralmente o problema de concorrência identificado pela Comissão. Quanto aos compromissos definitivos, uma vez que iam além do objectivo de restabelecimento da situação concorrencial anterior à operação, o Tribunal considerou que a Comissão estava obrigada a levá-los em conta e a declarar a operação compatível com o mercado comum. Assim, não tinha a possibilidade de declarar a concentração incompatível com o mercado comum nem de adoptar uma decisão que declarasse a concentração compatível com o mercado comum, impondo condições destinadas ao restabelecimento estrito da situação concorrencial anterior à operação de concentração, diferentes das propostas pelas partes. Em particular, o Regulamento n.º 4064/89 não prevê que a Comissão possa sujeitar a sua declaração de compatibilidade de uma operação de concentração a condições que ela impôs unilateralmente, independentemente dos compromissos assumidos pelas partes que tenham procedido a uma notificação. A recorrente não podia, por conseguinte, invocar utilmente a violação pela Comissão do princípio da proporcionalidade, nem sequer afirmar, no caso concreto, que tinha proposto esses compromissos sob a pressão arbitrária da Comissão.

c) *Apreciação da criação de uma posição dominante colectiva*

Segundo a jurisprudência³², são necessárias três condições para que, na sequência de uma operação de concentração, possa ser criada uma situação de posição dominante colectiva que entrave significativamente a concorrência efectiva no mercado comum ou

³² Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Junho de 2002, *Airtours/Comissão*, T-342/99, Colect., p. II-2585, n.º 62.

numa parte substancial deste. Em primeiro lugar, o mercado deve ser suficientemente transparente para que as empresas que coordenam a sua actuação possam vigiar em medida suficiente se as modalidades da coordenação são respeitadas. Em segundo lugar, é necessário que exista um mecanismo de dissuasão em caso de desvio de comportamento. Em terceiro lugar, as reacções das empresas que não participam na estratégia de coordenação, como os concorrentes actuais ou potenciais, bem como as reacções dos clientes, não devem ser susceptíveis de pôr em causa os resultados que se esperam da estratégia de coordenação.

O acórdão **Impala/Comissão**, já referido, especifica as obrigações que incumbem à Comissão, quanto ao risco de criação de uma posição dominante colectiva, quando declara uma concentração compatível com o mercado comum. Neste processo, a Bertelsman e a Sony, duas sociedades que exercem a sua actividade no sector da comunicação, notificaram à Comissão um projecto de concentração destinado a agrupar, sob o nome Sony BMG, as suas actividades mundiais em matéria de música gravada. Num primeiro momento, a Comissão tinha informado as partes de que concluíra provisoriamente pela incompatibilidade da concentração com o mercado comum, uma vez que, designadamente, esta reforçaria uma posição dominante colectiva no mercado da música gravada. No entanto, depois de ter ouvido as partes, a Comissão autorizou a operação. A Impala, uma associação internacional que agrupa sociedades independentes de produção musical, pediu ao Tribunal a anulação dessa decisão.

No seu acórdão, o Tribunal recordou, apoiando-se na jurisprudência iniciada no acórdão **Airtours/Comissão**, já referido, que, no âmbito do Regulamento n.º 4064/89, perante um risco de criação de uma posição dominante colectiva, a Comissão deve basear a sua apreciação numa análise prospectiva do mercado de referência, que exige um prognóstico delicado quanto ao provável desenvolvimento do mercado e das condições de concorrência. Em contrapartida, a verificação da existência, não de um risco de posição dominante colectiva mas da existência da própria posição dominante, assenta numa análise concreta da situação existente no momento da tomada de decisão. Assim, embora o preenchimento dos três requisitos identificados pelo Tribunal no acórdão **Airtours/Comissão** seja também efectivamente necessário para a apreciação da existência de uma posição dominante colectiva, esses requisitos podem ser indirectamente demonstrados com base num conjunto de indícios e de elementos de prova relativos aos sinais, manifestações e fenómenos inerentes à existência de uma posição dominante colectiva. Em particular, um estrito alinhamento dos preços durante um longo período, sobretudo se forem superiores aos preços normalmente praticados numa situação concorrencial normal, juntamente com outros factores típicos de uma posição dominante colectiva, poderia, na falta de outra explicação razoável, ser suficiente para demonstrar a existência dessa posição, mesmo que não houvesse provas directas sólidas de uma transparência forte do mercado, podendo esta, nessas circunstâncias, presumir-se. No entanto, uma vez que a recorrente se tinha limitado, no caso concreto, a invocar uma violação dos requisitos definidos no acórdão **Airtours/Comissão**, o Tribunal limitou-se a verificar o preenchimento desses requisitos.

No caso concreto, no que diz respeito ao reforço de uma posição dominante colectiva preexistente no mercado da música gravada, o Tribunal assinala que, segundo a decisão, a inexistência de uma posição dominante colectiva nesse mercado podia deduzir-se da heterogeneidade do produto em causa, da falta de transparência do mercado e da

inexistência de medidas de retaliação entre as cinco maiores sociedades que operavam no mercado. O Tribunal considerou, porém, que a tese segundo a qual os mercados da música gravada não eram suficientemente transparentes para permitirem a existência de uma posição dominante colectiva, por um lado, não estava devidamente fundamentada do ponto de vista jurídico e, por outro, estava viciada por um erro manifesto de apreciação na medida em que os elementos em que se baseava eram incompletos, não incluíam todos os dados pertinentes que deveriam ter sido levados em conta pela Comissão e não eram susceptíveis de alicerçar as conclusões que deles tinham sido extraídas. O Tribunal referiu, além disso, que a Comissão se baseou na falta de provas da prática de medidas de retaliação no passado, ao passo que, segundo a jurisprudência, é suficiente a mera existência de mecanismos de dissuasão eficazes. Com efeito, se as sociedades se conformarem com a política comum, não há que recorrer à aplicação de sanções. Neste contexto, o Tribunal esclareceu que existiam, no caso concreto, meios de dissuasão credíveis e eficazes, em particular, a possibilidade de aplicar uma sanção à editora discográfica que se afasta da política comum, excluindo-a das compilações. Além disso, mesmo admitindo que o teste adequado nesta matéria consistisse em verificar se esses meios de retaliação tinham sido exercidos no passado, a análise efectuada pela Comissão seria insuficiente.

Por outro lado, no que diz respeito à possível criação de uma posição dominante colectiva depois da fusão nos mercados da música gravada, o Tribunal censurou à Comissão o facto de ter procedido a uma análise extremamente sucinta e de apenas ter apresentado, na decisão, algumas observações superficiais e formais sobre essa questão. O Tribunal considerou, além disso, que a Comissão não podia, sob pena de cometer um erro, basear-se na falta de transparência do mercado ou na falta de prova do exercício de medidas de retaliação no passado, para concluir que a concentração não era susceptível de originar a criação de uma posição dominante colectiva. Com efeito, a análise da criação de uma posição dominante colectiva assenta numa apreciação prospectiva que deveria levar a Comissão a não se basear unicamente na situação existente. Consequentemente, o Tribunal anulou a decisão impugnada.

C. Auxílios de Estado

1. Regras substantivas

O artigo 87.º, n.º 1, CE dispõe que, salvo disposição em contrário do Tratado, são incompatíveis com o mercado comum, na medida em que afectem as trocas comerciais entre os Estados-Membros, os auxílios concedidos pelos Estados ou provenientes de recursos estatais, independentemente da forma que assumam, que falseiem ou ameacem falsear a concorrência, favorecendo certas empresas ou certas produções.

Como o Tribunal confirmou no acórdão **Le Levant 001 e o./Comissão**³³, a qualificação como auxílio exige que estejam preenchidos todos os requisitos previstos nessa disposição e que o dever de fundamentação da Comissão seja cumprido em relação a cada um desses

³³ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 22 de Fevereiro de 2006, *Le Levant 001 e o./Comissão*, T-34/02, ainda não publicado na Colectânea.

requisitos. O auxílio em causa neste processo inscrevia-se no âmbito das medidas de redução de impostos para determinados investimentos em territórios ultramarinos, instituídas originariamente pela Lei francesa de 11 de Julho de 1986, relativamente à qual a Comissão não tinha levantado objecções nos termos do artigo 87.º CE. A operação consistia em assegurar, no âmbito dessa lei, o financiamento e a exploração do navio de cruzeiro *Le Levant* durante um período de cerca de sete anos, por investidores, pessoas singulares, através de sociedades unipessoais por quotas (SUQ), constituídas exclusivamente para esse efeito e reunidas num regime de compropriedade marítima.

No seu acórdão, o Tribunal referiu que a decisão impugnada não permitia compreender em que medida o auxílio em causa preenchia três dos quatro requisitos previstos no artigo 87.º, n.º 1, CE. Com efeito, em primeiro lugar, quanto ao requisito de as trocas entre os Estados-Membros serem afectadas, o Tribunal observou que a Comissão não especificou de que modo o auxílio em causa era susceptível de afectar as referidas trocas, quando o navio devia ser explorado em *Saint-Pierre-et-Miquelon*, que não faz parte do território comunitário. Em segundo lugar, no que diz respeito à vantagem concedida ao beneficiário do auxílio e ao carácter selectivo da referida vantagem, o Tribunal considerou que a decisão impugnada não permitia compreender por que razão os investidores privados eram beneficiados pelo auxílio em causa. Em terceiro lugar, quanto aos efeitos do referido auxílio na concorrência, o Tribunal observou que a decisão impugnada não continha indicações que permitissem determinar de que modo e em que mercado a concorrência era afectada ou era susceptível de ser afectada pelo auxílio. Designadamente, por esta falta de fundamentação, o Tribunal anulou a decisão da Comissão.

A este respeito, pode observar-se que o Tribunal também concluiu por uma insuficiência ou por uma falta de fundamentação que conduziram à anulação parcial ou total da decisão impugnada nos acórdãos **Ufex e o./Comissão, Lucchini/Comissão e Itália e Wam/Comissão**³⁴.

Apesar de este ano o Tribunal se ter pronunciado sobre várias outras questões relativas ao regime dos auxílios de Estado, limitar-nos-emos a mencionar, por último, o processo em que foi proferido o acórdão **British Aggregates/Comissão**, em que o Tribunal se debruçou sobre a susceptibilidade de a medida nacional conferir uma vantagem selectiva em benefício exclusivo de certas empresas ou de certos sectores de actividade³⁵.

No caso concreto, o Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte tinha instituído um imposto ecológico que incidia, em princípio, sobre a comercialização dos granulados virgens – isto é, dos materiais granulados de primeira extracção utilizados na construção civil e nas obras públicas –, destinado a maximizar o recurso a granulados reciclados ou

³⁴ Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 7 de Junho de 2006, *Ufex e o./Comissão*, T-613/97, ainda não publicado na Colectânea; de 19 de Setembro de 2006, *Lucchini/Comissão*, T-166/01, ainda não publicado na Colectânea; e de 6 de Setembro de 2006, *Itália e Wam/Comissão*, T-304/04 e T-316/04 (pendente de recurso), não publicado na Colectânea.

³⁵ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 13 de Setembro de 2006, *British Aggregates/Comissão*, T-210/02 (pendente de recurso, processo C-487/06 P). Diz igualmente respeito à questão da selectividade dos auxílios o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 26 de Janeiro de 2006, *Stadtwerke Schwäbisch Hall e o./Comissão*, T-92/02 (pendente de recurso, processo C-176/06 P), não publicado na Colectânea.

outros materiais de substituição dos granulados virgens, a promover a sua utilização racional e a garantir a internalização dos custos ambientais da extracção dos granulados objecto do imposto de acordo com o princípio do poluidor-pagador. Face a essa medida fiscal, o Tribunal foi levado a verificar se tinha assistido razão à Comissão ao considerar que a diferenciação instituída pela medida em causa se incluía na natureza ou na estrutura do sistema geral aplicável. Com efeito, se uma diferenciação se basear em objectivos diferentes dos prosseguidos pelo sistema geral, em princípio, considera-se que a medida em causa preenche o requisito de selectividade previsto no artigo 87.º, n.º 1, CE.

Segundo o Tribunal, um imposto ecológico é, assim, uma medida fiscal autónoma caracterizada pela sua finalidade ambiental e a sua base tributável específica. Prevê a tributação de determinados bens ou serviços, para incluir os custos ambientais no respectivo preço e/ou tornar os produtos reciclados mais competitivos e orientar os produtores e os consumidores para actividades mais respeitadoras do ambiente. Ora, os Estados-Membros, competentes em matéria de política ambiental, podem criar impostos ecológicos sectoriais, destinados à prossecução de determinados objectivos ambientais. Na ponderação dos diversos interesses em causa, os Estados-Membros são, nomeadamente, livres de definir as suas prioridades em matéria de protecção do ambiente e de determinar, conseqüentemente, os bens e serviços que decidem sujeitar a um imposto ecológico. Por conseguinte, em princípio, o mero facto de um imposto ecológico constituir uma medida pontual que tem por objecto determinados bens e serviços específicos e não ser susceptível de recondução a um sistema geral de tributação aplicável a todas as actividades semelhantes com um impacto comparável no ambiente não legitima a conclusão de que as actividades semelhantes não sujeitas a esse imposto ecológico beneficiam de uma vantagem selectiva. No caso concreto, a Comissão não ultrapassou os limites do seu poder de apreciação ao considerar que a delimitação do âmbito de aplicação do imposto em causa podia justificar-se pela prossecução dos objectivos ambientais invocados e, conseqüentemente, que o referido imposto não era um auxílio de Estado.

2. Questões processuais

a) *Direito de os interessados apresentarem observações*

Em dois acórdãos proferidos em 2006, o Tribunal insistiu sobre a precisão de que se deve revestir uma decisão de proceder à abertura de um processo para permitir aos terceiros apresentarem as suas observações.

Em primeiro lugar, no acórdão **Le Levant 001 e o./Comissão**, já referido, o Tribunal especificou as obrigações da Comissão decorrentes do artigo 88.º, n.º 2, CE, no que diz respeito à observância das garantias processuais das pessoas interessadas numa decisão que declara uma medida nacional incompatível com o artigo 87.º, n.º 1, CE. O Tribunal considerou que a identificação do beneficiário do auxílio constitui necessariamente um elemento pertinente de facto e de direito que deve constar da decisão de dar início ao procedimento, se isso for possível nessa fase do procedimento, uma vez que é com base nessa identificação que a Comissão poderá adoptar a decisão de recuperação. Ora, como o Tribunal verificou no caso concreto, a decisão de dar início ao procedimento não fazia alusão

aos investidores enquanto eventuais beneficiários do alegado auxílio, antes levando a crer que o referido beneficiário era o gestor da propriedade, que era designado como a entidade responsável pela exploração e o futuro proprietário do navio. O Tribunal concluiu que, não tendo dado aos investidores privados a oportunidade de apresentarem utilmente as suas observações, a Comissão violou o artigo 88.º, n.º 2, CE e o princípio geral de direito comunitário que exige que a todas as pessoas contra as quais possa ser tomada uma decisão desfavorável seja dada a oportunidade de exprimir o seu ponto de vista a respeito dos elementos que a Comissão lhes imputa para fundamentar a decisão controvertida.

Em segundo lugar, no acórdão **Kuwait Petroleum (Nederland)/Comissão**³⁶, o Tribunal esclareceu que a Comissão não pode ser obrigada a apresentar uma análise cabal do auxílio em causa na sua comunicação relativa à abertura do procedimento. Em contrapartida, é necessário que a Comissão defina suficientemente o âmbito da sua investigação, para não esvaziar de sentido o direito dos interessados a apresentarem as suas observações. No caso concreto, o conceito fundamental que permitia a identificação das beneficiárias constava da comunicação, de modo que a Comissão tinha cumprido correctamente, dentro das suas possibilidades, a incumbência de dar aos interessados a oportunidade de apresentarem utilmente as respectivas observações no procedimento formal de investigação do auxílio.

b) *Invocação no Tribunal de elementos de facto não mencionados durante a fase administrativa na Comissão*

Em dois acórdãos proferidos este ano, o Tribunal completou a sua jurisprudência que limita o direito de os recorrentes invocarem perante si elementos de que a Comissão não dispunha na fase administrativa³⁷.

Assim, no acórdão **Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke/Comissão**³⁸, o Tribunal decidiu que um recorrente que não tinha participado no procedimento administrativo não podia invocar elementos de que a Comissão não tinha tido conhecimento nessa fase, apesar de ter sido nominalmente designado como o beneficiário do auxílio em causa e de a Comissão ter convidado as autoridades alemãs e os eventuais interessados a carream a prova de determinados elementos. Com efeito, tendo a Comissão proporcionado aos interessados condições para apresentarem utilmente as suas observações, não lhe podia ser censurado o não ter tido em conta eventuais elementos de facto que lhe poderiam ter sido apresentados durante o procedimento administrativo, mas que não o foram, não estando a Comissão obrigada a examinar oficiosamente e por dedução quais eram os elementos que lhe poderiam ter sido submetidos.

³⁶ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 31 de Maio de 2006, Kuwait Petroleum (Nederland)/Comissão, T-354/99, ainda não publicado na Colectânea.

³⁷ Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Janeiro de 2004, Fleuren Compost/Comissão, T-109/01, Colect., p. II-127, n.ºs 50 e 51, e de 11 de Maio de 2005, Saxonia Edelmetalle e Zemag/Comissão, T-111/01 e T-133/01, n.ºs 67 a 70, ainda não publicado na Colectânea.

³⁸ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Abril de 2006, Schmitz-Gotha Fahrzeugwerke/Comissão, T-17/03, ainda não publicado na Colectânea.

No mesmo sentido, o Tribunal assinalou, no acórdão **Ter Lembeek/Comissão**³⁹, que, apesar de a recorrente ter perfeito conhecimento da abertura de um procedimento formal de investigação assim como da necessidade e da importância que para ela tinha a prestação de determinadas informações, decidiu não participar nesse procedimento e nem sequer alegou que a decisão de abertura estava insuficientemente fundamentada para lhe permitir exercer utilmente os seus direitos. Nessas condições, a recorrente não podia invocar no Tribunal de Primeira Instância, pela primeira vez, elementos de informação que a Comissão desconhecia à data em que adoptou a decisão recorrida nem invocar, sob pena de ser julgado inadmissível, um fundamento assente unicamente em informações que não eram conhecidas da Comissão à data em que adoptou a decisão recorrida.

c) *Prazo razoável*

No processo em que foi proferido o acórdão **Asociación de Estaciones de Servicio de Madrid e Federación Catalana de Estaciones de Servicio/Comissão**⁴⁰, a fase de exame preliminar, prevista no artigo 88.º, n.º 3, CE, durou quase 28 meses. O Tribunal considerou que, devendo o carácter razoável da duração desse procedimento de exame preliminar, na aceção do artigo 88.º, n.º 3, CE, ser apreciado em função das circunstâncias específicas de cada processo, no caso concreto, nem o volume dos documentos apresentados pelos recorrentes à Comissão nem as restantes circunstâncias do processo justificavam a duração do exame preliminar levado a cabo pela Comissão. Todavia, na falta de outras circunstâncias cuja existência não foi demonstrada pelos recorrentes, o simples facto de ter adoptado uma decisão que ultrapassou um prazo razoável não foi considerado suficiente pelo Tribunal para julgar ilegal a decisão adoptada pela Comissão. Consequentemente, o Tribunal negou provimento ao recurso de anulação.

D. Marca comunitária

Ainda este ano, foram muitos os processos que aplicaram o Regulamento (CE) n.º 40/94⁴¹. O número de processos de marcas decididos (90) representa assim 20% dos processos findos em 2006.

³⁹ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 23 de Novembro de 2006, Ter Lembeek/Comissão, T-217/02, ainda não publicado na Colectânea.

⁴⁰ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Dezembro de 2006, Asociación de Estaciones de Servicio de Madrid e Federación Catalana de Estaciones de Servicio/Comissão, T-95/03, ainda não publicado na Colectânea.

⁴¹ Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho, de 20 de Dezembro de 1993, sobre a marca comunitária (JO 1994, L 11, p. 1).

1. Motivos absolutos de recusa de registo

Num total de oito acórdãos que proferiram uma decisão no âmbito de processos relativos a motivos absolutos de recusa de registo, o Tribunal proferiu duas anulações⁴². A jurisprudência do ano de 2006 respeita essencialmente aos motivos absolutos de recusa referentes à falta de carácter distintivo ou descritivo [artigo 7.º, n.º 1, alíneas b) e c), do Regulamento n.º 40/94]. Por exemplo, foram considerados descritivos ou desprovidos de carácter distintivo a forma de uma garrafa de plástico para bebidas, condimentos e alimentos líquidos; o sinal WEISSE SEITEN, nomeadamente, para determinados suportes de registo e artigos de papel, bem como uma forma oblonga evocando uma meada ou uma simples trança para determinados produtos alimentares⁴³.

2. Motivos relativos de recusa de registo

A jurisprudência deste ano revelou-se, uma vez mais, muito rica a este respeito. Mencione-se, por exemplo, as precisões efectuadas quanto às relações entre carácter distintivo e renome, no acórdão **Vitakraft-Werke Wührmann/IHMI – Johnson’s Veterinary Products (VITACOAT)**, ou ainda quanto a apreciação *ratione temporis* do conflito entre duas marcas, no acórdão **MIP Metro/IHMI – Tesco Stores (METRO)**⁴⁴. Só nos referiremos, porém, às novidades relativas, por um lado, ao conceito de «família de marcas» e, por outro, ao alcance da protecção conferida pela utilização séria de uma marca.

a) Conceito de «família de marcas»

No acórdão **Ponte Finanziaria/IHMI – Marine Enterprise Projects (BAINBRIDGE)**, o Tribunal esclareceu a pertinência do conceito de «família de marcas», para a apreciação do risco de confusão⁴⁵. Nesse processo, a recorrente sustentava que as marcas anteriores, todas caracterizadas pela presença da mesma componente nominativa («bridge»), constituíam uma «família de marcas» ou «marcas de série». Segundo afirmava, essa circunstância era susceptível de criar um risco objectivo de confusão. Para o Tribunal, embora o conceito de «marcas de série» não seja objecto do Regulamento n.º 40/94, o

⁴² Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 4 de Outubro de 2006, Freixenet/IHMI (Forma de uma garrafa esmerilada negra mate), T-188/04, e Freixenet/IHMI (Forma de uma garrafa esmerilada branca), T-190/04, não publicados na Colectânea.

⁴³ Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Março de 2006, Develey/IHMI (Forma de uma garrafa de plástico), T-129/04 (pendente de recurso, processo C-238/06 P), de 16 de Março de 2006, Telefon & Buch/IHMI – Herold Business Data (Weisse Seiten), T-322/03, ainda não publicados na Colectânea; e de 31 de Maio de 2006, De Waele/IHMI (Forma de uma salsicha), T-15/05, ainda não publicado na Colectânea.

⁴⁴ V., respectivamente, acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Julho de 2006, Vitakraft-Werke Wührmann/IHMI – Johnson’s Veterinary Products (VITACOAT), T-277/04, e de 13 de Setembro de 2006, MIP Metro/IHMI – Tesco Stores (METRO), T-191/04 (pendente de recurso, processo C-493/06 P), ainda não publicados na Colectânea.

⁴⁵ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 23 de Fevereiro de 2006, Ponte Finanziaria/IHMI – Marine Enterprise Projects (BAINBRIDGE), T-194/03 (pendente de recurso, processo C-234/06 P), ainda não publicado na Colectânea.

risco de confusão devia, contudo, ser apreciado globalmente, levando em conta todos os factores pertinentes do caso concreto. Ora, acrescentou, para efeitos da apreciação da existência de um risco de confusão, o facto de uma oposição a um pedido de marca comunitária se basear em várias marcas anteriores e de essas marcas apresentarem características que permitem considerar que fazem parte da mesma «série» ou «família» são factores pertinentes. Isso pode suceder, nomeadamente, quando reproduzam integralmente o mesmo elemento distintivo, acrescido de um elemento, gráfico ou nominativo, que as diferencie entre si ou quando se caracterizam pela repetição do mesmo prefixo ou sufixo tirado de uma marca originária. Nestes casos, com efeito, um risco de confusão pode ser suscitado pela possibilidade de associação entre a marca requerida e as marcas anteriores que fazem parte da série, quando a marca requerida apresente com estas últimas semelhanças susceptíveis de induzir o consumidor a crer que ela faz parte desta mesma série e, portanto, que os produtos que designa têm a mesma origem comercial que os cobertos pelas marcas anteriores, ou uma origem aparentada.

No entanto, o Tribunal limitou essa solução aos casos em que estejam cumulativamente preenchidos dois requisitos. Em primeiro lugar, o titular de uma série de registos anteriores deve fazer prova da utilização de todas as marcas que pertencem à série ou, pelo menos, de um número de marcas susceptível de constituir uma «série». Em segundo lugar, a marca requerida deve não apenas ser semelhante às marcas que pertencem à série mas ainda apresentar características susceptíveis de a ligar à série. O Tribunal esclarece que pode não ser esse o caso quando, por exemplo, o elemento comum às marcas anteriores pertencentes à série é utilizado na marca requerida numa posição diferente daquela em que figura habitualmente nas marcas que pertencem à série, ou com um conteúdo semântico distinto. No caso concreto, o Tribunal concluiu que, pelo menos, o primeiro desses dois requisitos não se encontrava preenchido, uma vez que a recorrente só tinha provado a existência no mercado de duas marcas anteriores da série invocada.

b) *Alcance da protecção conferida por uma utilização séria da marca*

O artigo 15.º, n.º 1, do Regulamento n.º 40/94 dispõe que se, num prazo de cinco anos a contar do registo, o titular não tiver utilizado seriamente a marca comunitária na Comunidade, para os produtos ou serviços para que foi registada, ou se essa utilização tiver sido suspensa por um período ininterrupto de cinco anos, a marca comunitária será sujeita às sanções previstas no regulamento, excepto se houver motivos que justifiquem a sua não utilização. O n.º 2 dessa disposição estabelece que é igualmente considerado como utilização séria o emprego da marca comunitária sob uma forma que difira em elementos que não alterem o carácter distintivo da marca na forma sob a qual foi registada.

Além disso, nos termos do artigo 43.º, n.º 2, do Regulamento n.º 40/94, a pedido do requerente, o titular de uma marca comunitária anterior que tenha deduzido oposição deverá provar que, nos cinco anos anteriores à publicação do pedido de marca comunitária, a marca comunitária anterior foi objecto de uma utilização séria na Comunidade em relação aos produtos ou serviços para que foi registada e em que se baseia a oposição, ou que existem motivos justificados para a sua não utilização, desde que, nessa data, a marca anterior esteja registada há, pelo menos, cinco anos. Ainda nos termos dessa disposição, se a marca comunitária anterior tiver sido utilizada apenas para uma parte dos produtos ou serviços

para que foi registada, só se considera registada, para efeitos de análise da oposição, em relação a essa parte dos produtos ou serviços. O n.º 3 do artigo 43.º do Regulamento n.º 40/94 estende a aplicação destes princípios ao caso das marcas nacionais anteriores.

Ora, no acórdão **Ponte Finanziaria/IHMI**, já referido, o Tribunal pronunciou-se sobre um argumento da recorrente baseado no conceito de «marca defensiva». Este conceito permite, no direito italiano, prever uma excepção à regra da extinção da marca por falta de utilização, no caso de o titular da marca não utilizada ser simultaneamente titular de outra ou de várias outras marcas semelhantes ainda em vigor, quando pelo menos uma delas seja utilizada para designar os mesmos produtos ou serviços.

Todavia, o Tribunal observou que o conceito de «marca defensiva» era desconhecido do regime de protecção da marca comunitária, que impõe, como condição essencial para reconhecer ao seu titular os direitos inerentes às marcas, a utilização efectiva, no comércio, de um sinal para os produtos ou serviços em causa. O Tribunal esclareceu, a este respeito, que os registos defensivos não constituem «motivos justificados» para a não utilização, na acepção do artigo 43.º, n.º 2, do Regulamento n.º 40/94. Com efeito, esse conceito refere-se a razões que assentam na existência de obstáculos à utilização da marca ou a situações em que a exploração comercial desta se revelaria excessivamente onerosa, tendo em conta todas as circunstâncias pertinentes do caso. Podia ser o caso, por exemplo, de uma regulamentação nacional que impusesse restrições à comercialização dos produtos designados pela marca. Inversamente, não é o caso de uma disposição nacional que permita o depósito como marca de sinais destinados a não serem utilizados no comércio em razão da sua função puramente defensiva de outro sinal que é objecto de exploração comercial.

Também não é aplicável ao conceito de «marca defensiva» a possibilidade de o titular de uma marca demonstrar uma utilização séria fazendo prova de um uso no comércio sob uma forma ligeiramente diferente da forma sob a qual foi feito o registo. Com efeito, segundo o Tribunal, o objectivo do artigo 15.º, n.º 2, alínea a), do Regulamento n.º 40/94 é permitir ao titular de uma marca acrescentar ao sinal, na fase da sua exploração comercial, as variações que, sem lhe alterarem o carácter distintivo, permitam adaptá-lo melhor às exigências de comercialização e de promoção dos produtos ou dos serviços em causa. Deve considerar-se que o âmbito de aplicação material desta disposição está limitado às situações em que o sinal concretamente utilizado pelo titular de uma marca constitui a forma sob a qual esta mesma marca é comercialmente explorada. Em contrapartida, essa disposição não permite ao titular de uma marca registada subtrair-se à obrigação que lhe incumbe de fazer uso dessa marca invocando em seu benefício a utilização de uma marca semelhante que seja objecto de um registo distinto.

3. Questões de forma e questões processuais

Decorre da continuidade funcional entre as instâncias do Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) (IHMI) que, no âmbito da aplicação do artigo 74.º, n.º 1, do Regulamento n.º 40/94 (que impõe, num processo respeitante a motivos relativos de recusa do registo, a limitação do exame às alegações de facto e aos pedidos apresentados pelas partes), a Câmara de Recurso tem de fundamentar a sua decisão sobre todos os elementos de facto e de direito que a parte interessada tenha

apresentado quer no âmbito do processo na unidade que decidiu em primeira instância quer no próprio processo de recurso, unicamente com a ressalva prevista no artigo 74.º, n.º 2, do Regulamento n.º 40/94 (a saber, a impossibilidade de o IHMI tomar em consideração os factos que as partes não tenham alegado ou as provas que não tenham sido produzidas em tempo útil)⁴⁶.

Este ano, o Tribunal continuou a definir o alcance da sua jurisprudência, esclarecendo o que deve ser objecto da apreciação pela Câmara de Recurso, tanto do ponto de vista factual como do ponto de vista jurídico.

Por um lado, quanto à apreciação da matéria de facto pela Câmara de Recurso, nos acórdãos **La Baronia de Turis/IHMI – Baron Philippe de Rothschild (LA BARONNIE)** e **Caviar Anzali/IHMI – Novomarket (Asetra)**, o Tribunal decidiu que a Câmara de Recurso tem as mesmas competências que a instância que adoptou a decisão impugnada e que a sua apreciação abrange todo o litígio no estado em que se encontrar no dia em que profere a sua decisão⁴⁷. Assim, a fiscalização exercida pelas Câmaras de Recurso não se limita ao controlo da legalidade da decisão impugnada, antes implicando, devido ao efeito meramente devolutivo do recurso, uma nova apreciação do litígio na íntegra, devendo as Câmaras de Recurso reexaminar inteiramente a petição inicial e levar em conta as provas que lhes foram apresentadas em tempo útil. O Tribunal decidiu então que, embora o n.º 2 do artigo 74.º do Regulamento n.º 40/94 atribua ao IHMI, a título facultativo, o poder de não tomar em consideração as provas que não tenham sido produzidas «em tempo útil», este conceito deve ser interpretado, no âmbito de um processo numa Câmara de Recurso, no sentido de que se refere ao prazo aplicável à interposição do recurso bem como aos prazos fixados ao longo do processo em causa. Uma vez que esse conceito se aplica em todos os processos pendentes no IHMI, o esgotamento dos prazos fixados, pelo organismo que decide em primeira instância, para apresentar elementos de prova, não tem influência na questão de saber se estes foram apresentados «em tempo útil» perante a Câmara de Recurso. Assim, a Câmara de Recurso está obrigada a levar em consideração os elementos de prova que lhe forem submetidos, independentemente do facto de terem ou não sido apresentados na Divisão de Oposição. No caso concreto, uma vez que os documentos em causa tinham sido juntos ao articulado entregue na Câmara de Recurso no prazo de quatro meses fixado pelo artigo 59.º do Regulamento n.º 40/94, a sua apresentação não podia ser considerada extemporânea na acepção do artigo 74.º, n.º 2, do Regulamento n.º 40/94.

O Tribunal decidiu, porém, que havia que analisar as consequências que deviam ser extraídas desse erro de direito, uma vez que uma irregularidade processual só origina a anulação total ou parcial de uma decisão se for demonstrado que se essa irregularidade não se tivesse verificado, a decisão impugnada poderia ter tido um conteúdo diferente. No caso concreto, recordando que não lhe compete substituir-se ao IHMI na apreciação dos elementos em causa, o Tribunal considerou que não se podia excluir que as provas que a Câmara de Recurso

⁴⁶ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 23 de Setembro de 2003, Henkel/IHMI – LHS (UK) (KLEENCARE), T-308/01, Colect., p. II-3253, n.º 32.

⁴⁷ Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Julho de 2006, La Baronia de Turis/IHMI – Baron Philippe de Rothschild (LA BARONNIE), T-323/03, e de 11 de Julho de 2006, Caviar Anzali/IHMI – Novomarket (Asetra), T-252/04, ainda não publicados na Colectânea.

se recusou indevidamente a levar em consideração pudessem ser susceptíveis de modificar o conteúdo da decisão impugnada. Consequentemente, anulou-a ⁴⁸.

Por outro lado, relativamente à análise jurídica que deve ser efectuada pela Câmara de Recurso, o Tribunal esclareceu, no acórdão **DEF-TEC Defense Technology/IHMI – Defense Technology (FIRST DEFENSE AEROSOL PEPPER PROJECTOR)**, que, em princípio, ela não é determinada apenas pelos fundamentos invocados pela parte que interpôs o recurso ⁴⁹. Por conseguinte, mesmo que a parte que interpôs o recurso não tenha arguido um determinado fundamento específico, a Câmara de Recurso está ainda assim obrigada a examinar, à luz de todos os elementos de direito e de facto relevantes, se a decisão objecto de recurso podia ou não ser legalmente tomada. No caso concreto, a recorrente invocou perante o Tribunal a nulidade da decisão da Divisão de Oposição, por falta de assinatura. O Tribunal decidiu que, muito embora este fundamento não tivesse sido invocado na Câmara de Recurso, e admitindo que estivesse provada uma violação das regras formais aplicáveis, a Câmara de Recurso deveria ter suscitado oficiosamente a questão.

Ainda do ponto de vista processual, o Tribunal abordou este ano a questão dos elementos que podem ser invocados no próprio Tribunal contra uma decisão da Câmara de Recurso.

No acórdão **Vitakraft-Werke Wührmann/IHMI**, já referido, o Tribunal apoiou-se, assim, na sua jurisprudência anterior para considerar que os factos que são invocados no Tribunal sem terem sido previamente alegados nas instâncias do IHMI só podem afectar a legalidade de uma decisão da Câmara de Recurso se o IHMI os devesse ter tomado em consideração oficiosamente. Uma vez que o artigo 74.º, n.º 1, do Regulamento n.º 40/94 dispõe que, num processo respeitante a motivos relativos de recusa de registo, o exame do IHMI se limita às alegações de facto e aos pedidos apresentados pelas partes, este não está obrigado a tomar em consideração, oficiosamente, os factos que não foram alegados pelas partes. Portanto, tais factos não são susceptíveis de pôr em causa a legalidade da decisão da Câmara de Recurso.

Em contrapartida, no acórdão **Armacell/IHMI – nmc (ARMAFOAM)**, o Tribunal decidiu que a circunstância de a recorrente ter admitido, perante a Divisão de Oposição, que produtos objecto das marcas em causa podiam ser potencialmente idênticos e, em seguida, ter declarado, perante a Câmara de Recurso, que a questão da semelhança dos produtos podia não ser decidida tendo em conta a alegada diferença que separava as marcas em conflito não teve, de forma alguma, o efeito de retirar ao IHMI a competência para se pronunciar sobre a questão de saber se os produtos visados pelas referidas marcas eram semelhantes ou idênticos ⁵⁰. Por conseguinte, esta circunstância também não teve por efeito privar a recorrente do direito de contestar perante o Tribunal, nos limites do quadro jurídico e factual do litígio submetido à Câmara de Recurso, as apreciações efectuadas por esta última instância a esse respeito.

⁴⁸ V., para uma análise, no essencial, idêntica, acórdão Torre Muga, já referido.

⁴⁹ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Setembro de 2006, DEF-TEC Defense Technology/IHMI – Defense Technology (FIRST DEFENSE AEROSOL PEPPER PROJECTOR), T-6/05, ainda não publicado na Colectânea.

⁵⁰ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Outubro de 2006, Armacell/IHMI – nmc (ARMAFOAM), T-172/05, ainda não publicado na Colectânea.

E. Acesso aos documentos

Foram proferidos apenas dois acórdãos este ano, relativos à recusa de acesso aos documentos na acepção do Regulamento n.º 1049/2001⁵¹. Esses acórdãos permitiram ao Tribunal, no entanto, esclarecer o alcance das excepções baseadas, respectivamente, na protecção dos objectivos das actividades de inspecção e de inquérito, bem como na protecção dos processos judiciais.

Por um lado, no acórdão **Technische Glaswerke Ilmenau/Comissão**, que tinha por objecto a rejeição do pedido de acesso a documentos no âmbito de um processo relativo a auxílios de Estado, o Tribunal considerou que o simples facto de a Comissão alegar que o acesso a esses documentos poderia comprometer o diálogo necessário entre a Comissão, o Estado-Membro e as empresas em causa, no âmbito de inquéritos em curso, não demonstrava a existência de circunstâncias específicas que justificassem que não se procedesse a um exame concreto e individual dos documentos cuja consulta tinha sido pedida.

Por outro lado, no acórdão **Franchet et Byk/Comissão**, o Tribunal debruçou-se sobre uma recusa de acesso a diversos documentos do OLAF e do serviço de auditoria interna da Comissão. Esses documentos tinham sido comunicados às autoridades judiciais francesas e luxemburguesas no âmbito de um inquérito que tinha por objecto irregularidades que teriam sido cometidas no Eurostat. A responsabilidade dos recorrentes tinha sido posta em causa nesse processo.

O Tribunal, depois de ter recordado que as excepções ao princípio do direito de acesso aos documentos das instituições devem ser interpretadas e aplicadas restritivamente, analisou a aplicação que a Comissão fez das referidas excepções, particularmente das relativas à protecção dos processos judiciais e dos objectivos das actividades de inspecção, de inquérito e de auditoria.

Relativamente à primeira excepção, o Tribunal considerou que, nas circunstâncias do caso concreto, a Comissão não podia concluir que os diversos documentos comunicados pelo OLAF tinham sido redigidos apenas para efeitos de um processo judicial. Efectivamente, o seguimento que as autoridades nacionais competentes ou as instituições dão aos relatórios e informações transmitidos pelo OLAF é da exclusiva e inteira responsabilidade dessas autoridades, e é possível que uma comunicação do OLAF às autoridades nacionais ou a uma instituição não dê origem à abertura de um processo judicial a nível nacional ou de um processo disciplinar ou administrativo a nível comunitário. A observância das normas processuais nacionais fica suficientemente garantida se a instituição se certificar de que a divulgação desses documentos não constitui uma infracção ao direito nacional. Assim, em caso de dúvida, o OLAF deveria ter consultado o órgão jurisdicional nacional e só deveria ter recusado o acesso se este último se tivesse oposto à divulgação dos referidos documentos.

⁵¹ 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). Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Julho de 2006, *Franchet e Byk*, T-391/03 e T-70/04, e de 14 de Dezembro de 2006, *Technische Glaswerke Ilmenau/Comissão* T-237/02, ainda não publicados na Colectânea.

Quanto à segunda excepção, relativa à protecção dos objectivos das actividades de inspecção, de inquérito e de auditoria, o Tribunal considerou que essa disposição só é aplicável se a divulgação dos documentos em questão puder pôr em perigo a conclusão das actividades de inspecção, de inquérito ou de auditoria em causa. Isto exige que se verifique se, no momento da adopção das decisões impugnadas, estavam ainda em curso actividades de inspecção e de inquérito, que poderiam ter sido postas em causa pela divulgação dos documentos pedidos, e se a prossecução dessas actividades ocorreu num prazo razoável. A Comissão não cometeu, no caso concreto, erro de direito nem de apreciação ao considerar que, no momento da adopção da primeira decisão impugnada, o acesso aos documentos transmitidos às autoridades francesas e luxemburguesas devia ser recusado pelo facto de a sua divulgação prejudicar a protecção dos objectivos das actividades de inspecção, de inquérito e de auditoria. Todavia, verificou-se que, relativamente a certas comunicações do OLAF à Comissão, o OLAF se tinha pronunciado *in abstracto*, sem demonstrar suficientemente, do ponto de vista jurídico, que a divulgação desses documentos prejudicaria concretamente a protecção dos objectivos das actividades de inspecção, de inquérito e de auditoria e que a excepção em causa era efectivamente aplicável a todas as informações contidas nos referidos documentos. A decisão de recusa de acesso foi conseqüentemente anulada no que diz respeito a estes últimos documentos.

Mencione-se, por último, a aplicação, no acórdão **Kallianos/Comissão**, dos princípios consagrados no Regulamento n.º 1049/2001, para apreciar, no âmbito de um recurso interposto por um funcionário de uma decisão que fez uma retenção na sua remuneração, um fundamento relativo, nomeadamente, à falta de transparência⁵². Nesse processo, o recorrente tinha pedido acesso aos pareceres do Serviço Jurídico da Comissão, relativos à sua situação pessoal. Ora, apesar de o recorrente não ter apresentado o pedido com fundamento no Regulamento n.º 1049/2001, foi à luz da jurisprudência relativa a essa regulamentação que foi decidido que a Comissão tinha violado parcialmente o direito do recorrente a consultar o processo. O Tribunal, no entanto, não anulou a decisão da Comissão, uma vez que a recusa de divulgar os pareceres jurídicos em causa não tinha prejudicado a defesa do recorrente.

F. Política Externa e de Segurança Comum (PESC) – Combate ao terrorismo

Este ano, o Tribunal proferiu três acórdãos em matéria de combate ao terrorismo⁵³. Os dois primeiros completam os princípios consagrados no acórdão **Yusuf e Al Barakaat**

⁵² Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 17 de Maio de 2006, Kallianos/Comissão, T-93/04 (pendente de recurso, processo C-323/06 P), ainda não publicado na Colectânea.

⁵³ Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Julho de 2006, Ayadi/Conselho, T-253/02 (pendente de recurso, processo C-403/06 P), ainda não publicado na Colectânea; Hassan/Conselho e Comissão, T-49/04 (pendente de recurso, processo C-399/06 P), não publicado na Colectânea; e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Dezembro de 2006, Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran/Conselho, T-228/02, ainda não publicado na Colectânea.

International Foundation/Conselho e Comissão, bem como no acórdão **Kadi/Conselho e Comissão**⁵⁴, ao passo que o terceiro interveio num contexto jurídico inédito.

Na sequência dos atentados terroristas de 11 de Setembro de 2001, o Conselho de Segurança das Nações Unidas adoptou várias resoluções através das quais foi pedido a todos os Estados-Membros da Organização das Nações Unidas (ONU) que congelassem os fundos de pessoas e entidades associadas aos talibãs, a Oussama ben Laden e à rede Al-Qaida. Um comité de sanções foi encarregado pelo Conselho de Segurança de identificar os sujeitos em causa e de manter a lista actualizada. Essas resoluções foram aplicadas na Comunidade através de regulamentos do Conselho, que ordenam o congelamento dos fundos das pessoas e entidades em causa. Estas últimas estão inscritas numa lista que é regularmente revista pela Comissão, com base em actualizações efectuadas pelo comité de sanções. Podem ser concedidas pelos Estados derrogações ao congelamento de fundos, por razões humanitárias, com o acordo do comité de sanções. De acordo com um procedimento específico, pode ser apresentado ao comité de sanções um pedido de exclusão da lista, por intermédio do Estado onde a pessoa em causa reside ou do qual seja nacional.

Chafiq Ayadi, nacional tunisino residente em Dublin (Irlanda), e Faraj Hassan, nacional líbio, detido na prisão de Brixton (Reino Unido), foram inscritos na lista comunitária em questão. Estas duas pessoas pediram ao Tribunal a anulação dessa medida e, nos dois acórdãos a que esses pedidos deram origem, o Tribunal esclareceu várias questões relativas ao procedimento de congelamento de fundos.

No acórdão **Ayadi/Conselho**, já referido, depois de ter recordado que o congelamento de fundos previsto no regulamento impugnado não violava os direitos fundamentais da pessoa humana reconhecidos no plano universal (*jus cogens*), o Tribunal reconheceu que essa medida era particularmente drástica. Acrescentou, no entanto, que a importância dos objectivos prosseguidos pela regulamentação em causa era susceptível de justificar essas consequências negativas e que o congelamento de fundos não impedia os indivíduos em causa de ter uma vida pessoal, familiar e social satisfatória, dadas as circunstâncias. Em particular, não os impedia de exercer uma actividade profissional, sendo certo, no entanto, que a percepção dos rendimentos dessa actividade é regulamentada.

Em seguida, relativamente ao processo de exclusão da lista, o Tribunal assinalou que as directrizes do comité de sanções e o regulamento do Conselho impugnado prevêem o direito de um particular submeter um pedido de reexame do seu caso ao comité de sanções, por intermédio do governo do país onde reside ou de que é nacional. Por conseguinte, este direito também é garantido pelo ordenamento jurídico comunitário. No âmbito da apreciação de tal pedido, os Estados-Membros são obrigados a respeitar os direitos fundamentais dos interessados, dado que não se afigura que o respeito desses direitos fundamentais seja susceptível de constituir um obstáculo à boa execução das suas obrigações decorrentes da Carta das Nações Unidas. Os Estados-Membros devem, designadamente, zelar por que, na medida do possível, os interessados possam manifestar

⁵⁴ Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 21 de Setembro de 2005, Yusuf e Al Barakaat International Foundation/Conselho e Comissão, T-306/01 (pendente de recurso, processo C-45/05 P), Colect., p. II-3533, e de 21 de Setembro de 2005, Kadi/Conselho e Comissão, T-315/01 (pendente de recurso, processo C-402/05 P), Colect., p. II-3649.

utilmente o seu ponto de vista perante as autoridades nacionais competentes. Os Estados-Membros não podem recusar dar início ao procedimento de reexame unicamente com o fundamento de que o indivíduo em causa não consegue fornecer informações precisas e relevantes, por não ter podido ter conhecimento, em razão do seu carácter confidencial, dos motivos precisos que justificaram a sua inclusão na lista. Também estão obrigados a diligenciar no sentido de o caso dos interessados ser apresentado sem demora e de forma leal e imparcial ao comité de sanções, se tal for objectivamente justificado à luz das informações pertinentes fornecidas.

Por último, os interessados têm a possibilidade de interpor recurso, nos órgãos jurisdicionais nacionais, de uma eventual recusa abusiva, por parte da autoridade nacional competente, de submeter o seu caso ao comité de sanções para reexame. A necessidade de assegurar a plena eficácia do direito comunitário pode conduzir o juiz nacional a afastar, se necessário, uma norma nacional que impeça o exercício desse direito, como uma regra susceptível de excluir da fiscalização judicial a recusa das autoridades nacionais de agir com vista a assegurar a protecção diplomática dos seus cidadãos. No caso concreto, o Tribunal considerou que C. Ayadi et F. Hassan deviam usar das possibilidades de recurso judicial com base no direito nacional se pretendessem pôr em causa a alegada falta de cooperação leal das autoridades irlandesas e britânicas em relação a eles.

O acórdão **Organisation des Modjahedines du peuple d'Iran/Conselho**, já referido, também diz respeito ao combate ao terrorismo, mas intervém noutra contexto jurídico, na origem da consagração de princípios diferentes. Com efeito, em 28 de Setembro de 2001, o Conselho de Segurança das Nações Unidas adoptou uma resolução apelando a todos os Estados-Membros da ONU a combater por todos os meios o terrorismo e o seu financiamento, nomeadamente, congelando os fundos das pessoas e entidades que cometessem ou tentassem cometer actos de terrorismo. Esta resolução distingue-se das que estavam em causa nos acórdãos **Yusuf e Al Barakaat International Foundation/Conselho e Comissão**, **Kadi/Conselho e Comissão**, **Ayadi/Conselho e Hassan/Conselho e Comissão**, já referidos, na medida em que a identificação das pessoas cujos fundos devem ser congelados é deixada ao poder discricionário dos Estados. Esta resolução foi executada na Comunidade, nomeadamente, por duas posições comuns e por um regulamento do Conselho, adoptados em 27 de Dezembro de 2001, que ordenam o congelamento de fundos das pessoas e das entidades inscritas numa lista elaborada e regularmente actualizada pelo Conselho⁵⁵. Através de uma posição comum e de uma decisão de 2 de Maio de 2002, o Conselho actualizou a lista das pessoas e entidades em causa, nela incluindo, nomeadamente, a Organização dos Modjahedines do Povo do Irão (OMPI)⁵⁶. Posteriormente, o Conselho adoptou diversas posições comuns e decisões que actualizaram a lista em causa, mantendo a OMPI nessa lista. Esta organização interpôs no

⁵⁵ Posição Comum 2001/930/PESC, sobre o combate ao terrorismo (JO L 344, p. 90), Posição Comum 2001/931/PESC, relativa à aplicação de medidas específicas de combate ao terrorismo (JO L 344, p. 93), e Regulamento (CE) n.º 2580/2001, relativo a medidas restritivas específicas de combate ao terrorismo dirigidas contra determinadas pessoas e entidades (JO L 344, p. 70).

⁵⁶ Posição Comum 2002/340/PESC, que actualiza a Posição Comum 2001/931 (JO L 116, p. 75), e Decisão 2002/334/CE, que dá execução ao disposto no n.º 3 do artigo 2.º do Regulamento (CE) n.º 2580/2001 e revoga a Decisão 2001/927/CE (JO L 116, p. 33).

Tribunal um recurso de anulação dessas posições comuns e dessas decisões, na medida em que esses actos lhe dizem respeito.

No seu acórdão, o Tribunal assinalou que determinados direitos e garantias fundamentais, nomeadamente os direitos de defesa, o dever de fundamentação e o direito à tutela jurisdicional efectiva, são, em princípio, plenamente aplicáveis no contexto da adopção de uma decisão comunitária de congelamento de fundos com base no regulamento em causa. No que diz respeito aos direitos de defesa, o Tribunal estabeleceu uma distinção entre o presente processo e os processos em que foi proferido o acórdão Yusuf e Al Barakaat International Foundation/Conselho e Comissão assim como o acórdão Kadi/Conselho e Comissão. Uma vez que, no âmbito do sistema em causa no presente processo, a identificação concreta das pessoas e entidades cujos fundos devem ser congelados foi deixada à apreciação dos membros da ONU, essa identificação insere-se no quadro do exercício de um poder próprio, implicando, por parte da Comunidade, uma apreciação discricionária do ponto de vista do direito da ONU. Nestas condições, o respeito pelos direitos de defesa dos interessados, em princípio, impõe-se plenamente ao Conselho.

Determinando, em seguida, o alcance desses direitos e garantias, bem como as restrições de que podem ser objecto no contexto da adopção de uma medida comunitária de congelamento de fundos, o Tribunal considerou, em primeiro lugar, que o princípio geral do respeito dos direitos de defesa não exige que os interessados sejam ouvidos pelo Conselho quando da adopção de uma decisão inicial de congelamento dos seus fundos, dado que esta decisão deve beneficiar de um efeito de surpresa. Em contrapartida, esse princípio exige, a menos que considerações imperiosas relacionadas com a segurança da Comunidade ou dos seus Estados-Membros ou com a gestão das suas relações internacionais a isso se oponham, que os elementos que estão na base da decisão de congelamento de fundos sejam comunicados, na medida do possível, quer concomitantemente à adopção da decisão quer, logo que possível, a seguir a essa adopção. Com as mesmas reservas, deve ser dada oportunidade aos interessados de apresentarem as suas observações antes de qualquer decisão subsequente de manutenção do congelamento dos fundos.

Do mesmo modo, e ainda com as mesmas reservas, a fundamentação de uma decisão inicial de congelamento de fundos deve, no mínimo, referir-se, de forma específica e concreta, a cada um dos elementos que estão na base desse congelamento, nomeadamente às informações precisas ou aos elementos do processo que demonstrem que a decisão em relação aos interessados foi tomada por uma autoridade competente de um Estado-Membro. A fundamentação deve igualmente indicar as razões pelas quais o Conselho considera, no exercício do seu poder de apreciação, que os interessados devem ser objecto dessa medida.

Por último, o direito à tutela jurisdicional efectiva é garantido pelo direito de os interessados interpirem, no Tribunal, recurso de qualquer decisão que ordene o congelamento dos seus fundos ou a sua manutenção. Todavia, tendo em conta o amplo poder de apreciação de que dispõe o Conselho neste domínio, a fiscalização pelo Tribunal da legalidade dessas decisões deve limitar-se à verificação do respeito pelas regras processuais e de fundamentação, da exactidão material dos factos, bem como da inexistência de erro manifesto na apreciação dos factos e de desvio de poder.

Ao aplicar estes princípios ao caso concreto, o Tribunal sublinhou que a regulamentação pertinente não prevê expressamente um processo de comunicação dos elementos da acusação aos interessados e de audição destes, previamente ou simultaneamente à adopção de uma decisão inicial de congelamento dos seus fundos, ou, no contexto da adopção das decisões subsequentes, com vista a obter a supressão dos seus nomes da lista. O Tribunal assinalou em seguida que, em momento algum anterior à interposição do recurso, os elementos na origem do congelamento de fundos foram comunicados à OMPI. Nem a decisão inicial de congelamento de fundos nem as decisões subsequentes de manutenção desse congelamento mencionavam sequer as informações precisas ou os elementos do processo que demonstravam que uma decisão justificando a sua inclusão na lista em causa tinha sido tomada por uma autoridade nacional competente. O Tribunal concluiu, assim, pela violação do dever de fundamentação do Conselho. Consequentemente, anulou a decisão impugnada na parte em que dizia respeito à OMPI.

II. *Contencioso de indemnização*

A. **Requisitos de admissibilidade de uma acção de indemnização**

A acção de indemnização baseada no artigo 288.º, segundo parágrafo, CE é um meio processual autónomo, que se diferencia do recurso de anulação na medida em que não se destina à supressão de uma medida determinada, mas à reparação do prejuízo causado por uma instituição. A singularidade da acção de indemnização tem por consequência que a mesma deve ser julgada inadmissível quando vise, na realidade, a revogação de um acto que se tornou definitivo e se destine, se julgada procedente, a anular os efeitos jurídicos do acto em questão. A jurisprudência considerou que é o que sucede quando, na acção de indemnização, se pede o pagamento de uma quantia cujo montante corresponde exactamente ao montante dos direitos que foram pagos pelo demandante em execução do acto que se tornou definitivo ⁵⁷.

No processo em que foi proferido o acórdão **Danzer/Conselho** ⁵⁸, os demandantes intentaram uma acção destinada a obter a reparação do prejuízo alegadamente sofrido devido às sanções pecuniárias compulsórias que lhes foram aplicadas pelas autoridades austríacas competentes, com fundamento no direito nacional que procedeu à transposição de duas directivas de coordenação da legislação relativa às sociedades ⁵⁹. Os demandantes não invocaram nenhum prejuízo que pudesse ser considerado distinto dos meros efeitos

⁵⁷ Acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Fevereiro de 1986, Krohn/Comissão, 175/84, Recueil, p. 753, n.ºs 30, 32 e 33.

⁵⁸ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 21 de Junho de 2006, Danzer/Conselho, T-47/02, ainda não publicado na Colectânea.

⁵⁹ Primeira Directiva 68/151/CEE do Conselho, de 9 de Março de 1968, tendente a coordenar as garantias que, para protecção dos interesses dos sócios e de terceiros, são exigidas nos Estados-Membros às sociedades, na acepção do [artigo 48.º, segundo parágrafo, CE], a fim de tornar equivalentes essas garantias em toda a Comunidade (JO L 65, p. 8; EE 17 F1 p. 3); Quarta Directiva 78/660/CEE do Conselho, de 25 de Julho de 1978, baseada no artigo [44.º, n.º 2, alínea g), CE] e relativa às contas anuais de certas formas de sociedades (JO L 222, p. 11; EE 17 F1 p. 55).

que resultam imediata e exclusivamente da execução das decisões de aplicação de sanções pecuniárias compulsórias. O Tribunal concluiu que os demandantes pretendiam obter, através da acção de indemnização, os efeitos que resultariam da anulação das referidas decisões tomadas pelas autoridades nacionais competentes e que, conseqüentemente, a acção era inadmissível.

O Tribunal acompanhou esta conclusão com várias considerações relativas à sistemática das vias de recurso comunitárias. Com efeito, decidiu que, mesmo supondo que se pudesse considerar que as directivas em causa estavam directamente na origem das referidas decisões nacionais de aplicação de sanções pecuniárias compulsórias, e que, assim, os demandantes tinham interesse na declaração da respectiva ilegalidade, a acção de indemnização não constituía o quadro adequado para esse efeito. Efectivamente, no sistema de vias de recurso judicial previsto no Tratado, o meio judicial mais adequado consistia em solicitar ao juiz nacional, chamado a conhecer de um recurso dessas decisões, um reenvio prejudicial para o Tribunal de Justiça, com vista à apreciação da validade das disposições controvertidas. A este respeito, o Tribunal negou qualquer relevância ao facto de os tribunais nacionais aos quais a questão foi submetida terem indeferido os seus pedidos nesse sentido. Com efeito, esclareceu o Tribunal, sem prejuízo da eventual responsabilidade do Estado-Membro em causa ⁶⁰, a jurisprudência do Tribunal de Justiça não reconhece a existência de uma obrigação absoluta de reenvio prejudicial ⁶¹. O Tribunal decidiu então que não lhe competia apreciar, no âmbito de uma acção de indemnização, a oportunidade da recusa de os tribunais austríacos procederem a um reenvio prejudicial para apreciação da validade das disposições em causa das referidas directivas. Com efeito, para o Tribunal, a admissibilidade da acção de indemnização permitiria que os demandantes contornassem tanto a improcedência, declarada pelo tribunais nacionais, que são os únicos com competência para o fazer, dos seus pedidos de anulação das decisões nacionais de aplicação de sanções pecuniárias compulsórias como a recusa de esses mesmos tribunais remeterem o processo ao Tribunal de Justiça, o que constituiria uma violação ao próprio princípio da cooperação judicial que é pressuposto dos processos prejudiciais.

B. Admissibilidade de pedidos destinados a obter uma intimação

No acórdão **Galileo/Comissão** ⁶², o Tribunal pronunciou-se sobre a admissibilidade de pedidos destinados a obter a cessação de comportamentos da Comissão, alegadamente irregulares, no âmbito de uma acção de indemnização. Nesse processo, uma vez que as demandantes eram titulares de diversas marcas comunitárias que continham o sinal Galileo, contestavam a utilização desse termo pela Comissão, em relação ao projecto europeu de sistema global de radionavegação por satélite, e pediam ao Tribunal, nomeadamente, que proibisse a Comissão de utilizar esse termo. A Comissão arguiu uma excepção de

⁶⁰ Acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de Setembro de 2003, Köbler, C-224/01, Colect., p. I-10239.

⁶¹ Acórdãos do Tribunal de Justiça de 6 de Outubro de 1982, CILFIT, 283/81, Recueil, p. 3415, n.º 21, e de 22 de Outubro de 1987, Foto-Frost, 314/85, Colect., p. 4199, n.º 14.

⁶² Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Maio de 2006, Galileo International Technology e o./Comissão, T-279/03 (pendente de recurso, processo C-325/06 P), ainda não publicado na Colectânea.

inadmissibilidade desse pedido, sustentando que o Tratado CE não atribui essa competência ao juiz comunitário, mesmo no âmbito do contencioso de indemnização.

No entanto, o Tribunal considerou que o juiz comunitário tinha competência, nos termos do artigo 288.º, segundo parágrafo, CE e do artigo 235.º CE, para impor à Comunidade qualquer forma de reparação conforme aos princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros em matéria de responsabilidade extracontratual, incluindo, se fosse conforme com estes princípios, uma reparação em espécie, eventualmente sob a forma de uma injunção para agir ou não agir. Ora, em matéria de marcas, a Directiva 89/104⁶³ procedeu a uma harmonização que habilita o titular de uma marca «a proibir que um terceiro» faça uso dela. O Tribunal concluiu que a protecção uniforme do titular de uma marca faz parte dos princípios gerais comuns aos direitos dos Estados-Membros, de modo que a Comunidade não se pode subtrair, por princípio, a uma medida processual ordenada pelo juiz comunitário em conformidade, uma vez que as instituições comunitárias têm a obrigação de dar cumprimento a todo o direito comunitário, incluindo o direito derivado.

C. Nexo de causalidade

A responsabilidade extracontratual da Comunidade, tanto por comportamento lícito como no caso de não existir tal comportamento, pressupõe a existência de um nexo de causalidade entre o facto gerador e o prejuízo causado⁶⁴. Nos acórdãos **Abad Pérez e o./Conselho e Comissão e É. R. e o./Conselho e Comissão**⁶⁵, o Tribunal especificou o conceito de nexo de causalidade no âmbito de acções intentadas, respectivamente, por criadores de gado espanhóis, por vítimas indirectas e por herdeiros de cinco pessoas falecidas em França, que pretendiam obter o ressarcimento dos danos alegadamente sofridos devido a actos e omissões do Conselho e da Comissão relativamente à propagação na Europa da doença das vacas loucas e de uma nova variante da doença de Creutzfeldt-Jakob.

Nesse contexto, o Tribunal esclareceu, nomeadamente, que, num domínio como o da saúde animal e humana, a existência de um nexo de causalidade entre um comportamento e um dano deve ser determinada a partir da análise das condutas exigíveis às instituições em função do estado dos conhecimentos científicos no momento em causa. Além disso, em casos em que a actuação que alegadamente provocou o dano invocado consiste numa omissão, é especialmente necessário ter a certeza de que o referido dano foi efectivamente causado pelas omissões imputadas e que não pôde ter sido provocado por comportamentos diferentes dos imputados às instituições demandadas. Apoiando-se, designadamente, nesses

⁶³ Primeira Directiva 89/104/CEE do Conselho, de 21 de Dezembro de 1988, que harmoniza as legislações dos Estados-Membros em matéria de marcas (JO 1989, L 40, p. 1).

⁶⁴ V., nomeadamente, no que diz respeito à responsabilidade por comportamento ilícito, acórdão do Tribunal de Justiça de 5 de Março de 1996, *Brasserie du pêcheur e Factortame*, C-46/93 e C-48/93, Colect., p. I-1029, n.º 51; e, no que diz respeito à responsabilidade no caso de não existir tal comportamento, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Dezembro de 2005, *FIAMM e FIAMM Technologies/Conselho e Comissão*, T-69/00 (pendente de recurso, processo C-120/06 P), n.º 160, ainda não publicado na Colectânea.

⁶⁵ Acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 13 de Dezembro de 2006, *Abad Pérez e o./Conselho e Comissão*, T-304/01, e *É. R. e o./Conselho e Comissão*, T-138/03, ainda não publicados na Colectânea.

princípios, o Tribunal decidiu que não tinha sido demonstrado que as acções e omissões alegadamente ilegais do Conselho e da Comissão podiam ser consideradas uma causa certa e directa dos danos invocados. Com efeito, não foi demonstrado que se as instituições demandadas tivessem adoptado – ou tivessem adoptado mais cedo – as medidas que os demandantes as acusavam de não ter adoptado, os danos em causa não teriam ocorrido.

D. Responsabilidade por comportamento ilícito

Segundo jurisprudência assente, em matéria de responsabilidade da Comunidade por danos causados a particulares por violação do direito comunitário imputável a uma instituição ou a um órgão comunitário, o direito à reparação é reconhecido quando estiverem preenchidos três requisitos, a saber, que a norma de direito violada tenha por objectivo conferir direitos aos particulares, que a violação seja suficientemente caracterizada e que exista um nexo de causalidade directo entre a violação da obrigação que incumbe ao autor do acto e o dano sofrido pelas pessoas lesadas ⁶⁶. Em dois processos, o Tribunal esclareceu o que se devia entender por norma jurídica que tem por objectivo conferir direitos aos particulares.

Em primeiro lugar, no acórdão **Camós Grau/Comissão**, já referido, o Tribunal considerou que a regra da imparcialidade, que se impõe às instituições no cumprimento das missões de inquérito da natureza daquelas que são confiadas ao OLAF, visa, para além do interesse geral, a protecção das pessoas em causa e confere-lhes um direito subjectivo ao respeito das garantias correspondentes ⁶⁷. Por conseguinte, devia considerar-se que tem por objectivo conferir direitos aos particulares. No caso concreto, a violação dessa regra pelo OLAF revestia-se de carácter grave e manifesto. Além disso, existia um nexo de causalidade directo entre essa violação e o dano sofrido pelo demandante, que consistia numa ofensa à sua honra e à sua reputação profissional, bem como em perturbações nas suas condições de vida. Consequentemente, o Tribunal atribuiu a M. Camós Grau uma indemnização de 10 000 euros.

Em segundo lugar, no acórdão **Tillack/Comissão**, o Tribunal recordou que já tinha declarado que o princípio da boa administração não confere, por si próprio, direitos aos particulares ⁶⁸. O Tribunal esclareceu, porém, que não é assim quando esse princípio constitui a expressão de direitos específicos como o de ver os seus processos tratados de forma imparcial, equitativa e dentro de um prazo razoável, o direito ser ouvido, o direito de acesso aos autos ou o direito à fundamentação das decisões, na acepção do artigo 41.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia ⁶⁹.

⁶⁶ V., nomeadamente, acórdão *Brasserie du pêcheur e Factortame*, já referido, n.º 51.

⁶⁷ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Abril de 2006, *Camós Grau/Comissão*, T-309/03, ainda não publicado na *Colectânea*.

⁶⁸ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 4 de Outubro de 2006, *Tillack/Comissão*, T-193/04, que cita o acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Dezembro de 2001, *Area Cova e o./Conselho e Comissão*, T-196/99, *Colect.*, p. II-3597, n.º 43.

⁶⁹ Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia, proclamada em 7 de Dezembro de 2000 em Nice (JO 2000, C 364, p. 1).

E. Responsabilidade no caso de não existir comportamento ilícito

Como o Tribunal decidiu em Grande Secção em 2005, o artigo 288.º, segundo parágrafo, CE permite que os particulares, preenchidos determinados requisitos, obtenham uma indemnização nos tribunais comunitários, mesmo que não haja comportamento ilícito ⁷⁰. Em 2006, o Tribunal teve ocasião de se pronunciar, em várias ocasiões, sobre esse regime de responsabilidade. Dois exemplos para o ilustrar.

Por um lado, no acórdão **Galileo/Comissão**, já referido, o Tribunal recordou que, não havendo um comportamento ilícito, só pode haver responsabilidade da Comunidade se o dano for anormal e especial. Um dano é considerado anormal quando ultrapassa os limites dos riscos económicos inerentes às actividades do sector em causa. Ora, no caso concreto, o Tribunal concluiu que não se podia considerar que o dano decorrente da utilização, por uma instituição comunitária, de um termo para designar um projecto ultrapassava os limites dos riscos inerentes à exploração do mesmo termo como marca, uma vez que, pelas características do termo em causa, inspirado no nome do ilustre matemático, físico e astrónomo italiano, o titular da marca se expôs voluntariamente ao risco de que outrem pudesse legalmente, isto é, sem causar prejuízo aos seus direitos de marca, intitular um dos seus projectos com o mesmo nome.

Por outro lado, no acórdão **Masdar/Comissão** ⁷¹, o Tribunal reconheceu a possibilidade de um demandante invocar o enriquecimento sem causa e a gestão de negócios para responsabilizar extracontratualmente as instituições, mesmo não havendo comportamento ilícito por parte deste. Esse processo teve origem numa subcontratação entre a demandante e uma sociedade que tinha celebrado o contrato principal com a Comissão. Não tendo esta sociedade pago à demandante, esta reclamou o pagamento à Comissão, que recusou proceder directamente ao pagamento. A demandante intentou então uma acção de indemnização em que invocava que a Comissão tinha violado determinados princípios da responsabilidade extracontratual reconhecidos num grande número de Estados-Membros.

Invocava, nomeadamente, as acções cíveis baseadas no enriquecimento sem causa (princípio *in rem verso*) e a gestão de negócios (princípio *negotiorum gestio*).

Depois de ter recordado que pode existir responsabilidade da Comunidade mesmo não havendo comportamento ilícito, o Tribunal referiu que as acções baseadas no enriquecimento sem causa ou na gestão de negócios são concebidas para constituir, em circunstâncias particulares do direito civil, uma fonte de obrigações extracontratuais para aquele que se encontra na posição de enriquecido ou de dono do negócio, que, regra geral, consiste, respectivamente, em restituir o que recebeu indevidamente ou em indemnizar o gestor. Assim, os fundamentos baseados no enriquecimento sem causa e na gestão de negócios não podiam ser rejeitados unicamente pelo facto de o pressuposto relativo à ilegalidade do comportamento da instituição não estar preenchido. Tendo igualmente observado que o juiz comunitário já tinha tido a ocasião de aplicar alguns

⁷⁰ Acórdão FIAMM e FIAMM Technologies/Conselho e Comissão, já referido, n.ºs 158 a 160.

⁷¹ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 16 de Novembro de 2006, Masdar/Comissão, T-333/03, ainda não publicado na Colectânea.

princípios da repetição do indevido, designadamente em matéria de enriquecimento sem causa, cuja proibição constitui um princípio geral do direito comunitário, o Tribunal concluiu que importava examinar se os pressupostos da acção por enriquecimento sem causa ou os pressupostos da acção baseada na gestão de negócios estavam preenchidos no caso concreto.

A este respeito, o Tribunal recordou as modalidades de exercício dessas acções segundo os princípios gerais comuns ao direito dos Estados-Membros, concretamente, por um lado, que não podem ser exercidas quando o benefício do enriquecido ou do dono do negócio assenta num contrato ou numa obrigação legal e, por outro, que geralmente essas acções só podem ser utilizadas a título subsidiário, isto é, no caso de a pessoa lesada não dispor, para obter o que lhe é devido, de nenhuma outra acção. O Tribunal concluiu que, no caso concreto, os fundamentos invocados pela demandante eram improcedentes.

III. *Pedidos de medidas provisórias*

Este ano, foram submetidos 25 pedidos de medidas provisórias ao presidente do Tribunal, o que representa um ligeiro aumento em relação ao número de pedidos apresentados (21) no ano precedente. Em 2006, o juiz das medidas provisórias proferiu decisão em 24 processos e deferiu 2 pedidos de medidas provisórias, nos despachos **Globe/Comissão** e **Romana Tabacchi/Comissão**⁷².

O despacho **Globe/Comissão** insere-se no prolongamento do despacho proferido em 2005 no processo Deloitte/Comissão⁷³, mas, ao contrário do que aconteceu com a decisão proferida neste último processo, decretou medidas provisórias. A requerente pedia, no caso concreto, a suspensão da execução da decisão através da qual a Comissão tinha recusado a sua proposta apresentada no âmbito de um concurso público de fornecimentos destinados a determinados países da Ásia Central.

Em primeiro lugar, quanto ao requisito relativo à existência de *fumus boni juris*, o juiz das medidas provisórias decidiu que um dos fundamentos invocados pela requerente suscitava dúvidas muito sérias quanto à legalidade do concurso público. Analisando, portanto, em seguida, se era urgente ordenar a suspensão da execução pedida, o juiz das medidas provisórias reconheceu que não lhe competia formular um juízo antecipado sobre as medidas que a Comissão poderia adoptar em execução de um eventual acórdão de anulação. No entanto, acrescentou que o princípio geral do direito a uma protecção jurisdicional completa e efectiva implica que possa ser assegurada a protecção provisória das partes, se ela for necessária à plena eficácia da futura decisão definitiva, a fim de evitar uma lacuna na protecção jurídica assegurada pelos órgãos jurisdicionais comunitários. Por conseguinte, considerou que devia examinar-se se, após um eventual acórdão de anulação, a possibilidade de a Comissão organizar um novo procedimento de concurso

⁷² Despachos do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Julho de 2006, **Globe/Comissão**, T-114/06 R, e de 13 de Julho de 2006, **Romana Tabacchi/Comissão**, T-11/06 R, ainda não publicados na Colectânea.

⁷³ Despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Setembro de 2005, **Deloitte Business Advisory/Comissão**, T-195/05 R, Colect., p. II-3485.

permitiria reparar o prejuízo invocado pela requerente e, em caso de resposta negativa, apreciar se a requerente poderia ser indemnizada.

Ora, no caso concreto, era muito pouco provável que, depois de um eventual acórdão de anulação que seria provavelmente proferido após o termo da execução do contrato, a Comissão organizasse um novo concurso. O juiz das medidas provisórias, conseqüentemente, verificou se a Globe podia ser indemnizada pela perda da oportunidade de obter a adjudicação do contrato objecto do concurso público comunitário. Apesar de essa possibilidade ter sido muito séria, era difícil, ou mesmo impossível, quantificá-la e, por conseguinte, avaliar com o devido rigor o dano resultante dessa perda. Não podendo o dano ser quantificado com o rigor exigível, devia considerar-se muito dificilmente ressarcível. O presidente do Tribunal considerou igualmente que o referido dano era grave, tendo em conta as circunstâncias específicas do caso concreto e as características do mercado em que a recorrente e a empresa adjudicatária do concurso operavam.

Por último, ao proceder à ponderação dos interesses em causa, o juiz das medidas provisórias recordou que havia razões sérias para pensar que a Comissão tinha actuado ilegalmente. Tendo em conta, por outro lado, a indemnização que a adjudicatária do concurso podia reclamar à Comissão nos órgãos jurisdicionais competentes, o juízo resultante da ponderação de interesses não podia pender a favor da adjudicatária do contrato, isto em detrimento da requerente. A Comissão não podia, de resto, invocar nenhum interesse susceptível de modificar essa apreciação, razão pela qual o juiz das medidas provisórias ordenou a suspensão da execução da adjudicação do concurso.

No despacho **Romana Tabacchi/Comissão**, o presidente do Tribunal pronunciou-se sobre um pedido feito por uma empresa que pretendia obter a dispensa da obrigação de constituir uma garantia bancária como condição da não cobrança imediata da coima que lhe tinha sido aplicada. O juiz das medidas provisórias verificou que havia, no caso concreto, circunstâncias excepcionais que justificavam uma suspensão parcial da obrigação de a requerente constituir uma garantia bancária. A requerente tinha demonstrado, com efeito, para além da existência de *fumus boni juris*, que a sua situação económica precária, bem como a dos seus accionistas, era a razão pela qual determinados bancos se tinham recusado a conceder-lhe a garantia pedida. Ao ponderar os interesses em causa, o juiz das medidas provisórias considerou igualmente que os interesses financeiros da Comissão não ficariam melhor protegidos se procedesse imediatamente à execução forçada da decisão, uma vez que era improvável que pudesse obter o montante correspondente à coima. Também neste caso foram ordenadas medidas provisórias.

Mencione-se por último o facto de, no processo em que foi proferido o acórdão **Endesa/Comissão**⁷⁴, já referido a propósito do controlo das concentrações, a recorrente ter apresentado um pedido de medidas provisórias destinado, nomeadamente, a obter a suspensão da execução da decisão da Comissão que tinha arquivado a denúncia da Endesa⁷⁵. No despacho, o juiz das medidas provisórias recordou que o carácter urgente

⁷⁴ Acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Julho de 2006, Endesa/Comissão, T-417/05, não publicado na Colectânea.

⁷⁵ Despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 1 de Fevereiro de 2006, Endesa/Comissão, T-417/05 R, não publicado na Colectânea.

de um pedido de medidas provisórias deve ser apreciado em relação à necessidade de proferir uma decisão provisória para impedir que um dano grave e irreversível se produza na esfera jurídica do requerente da medida provisória. Esse dano deve, em particular, ser susceptível de lesar os interesses do requerente das medidas provisórias. A este respeito, a Endesa tinha invocado, nomeadamente, o risco de que, não sendo decretada uma medida provisória, a Gas Natural assumisse o seu controlo e procedesse ao seu desmantelamento, dano que, segundo a recorrente, afectaria igualmente os seus accionistas. Ora, segundo o juiz das medidas provisórias, a Endesa não pode invocar utilmente, para justificar a urgência, um dano que seria causado aos seus accionistas, uma vez que estes têm personalidade jurídica distinta da sua. Quanto ao dano alegado pela Endesa a título pessoal, o presidente do Tribunal declarou que era hipotético, uma vez que dependia do lançamento e da concretização da oferta pública de aquisição, cujo sucesso ainda não estava demonstrado nessa fase. Por último, o juiz das medidas provisórias considerou que, de qualquer forma, não tinha sido demonstrado que as vias de recurso judicial previstas no direito espanhol não permitiriam à Endesa evitar o dano grave e irreparável por ela alegado. O presidente do Tribunal, por conseguinte, indeferiu o pedido de medidas provisórias.