

## A — Atividade do Tribunal Geral em 2011

*Pelo presidente Marc Jaeger*

Apesar de não ter sido um ano de renovação parcial do Tribunal Geral, o ano de 2011 não foi, do ponto de vista da composição do seu colégio, um ano de estabilidade total. Na verdade, se teve a oportunidade de acolher M. Kancheva, nomeada em substituição de T. Tchipev, que se demitiu em Junho de 2010, também teve de deplorar a partida de E. Moavero Milanesi. Estas alterações, que não fazem parte do calendário estabelecido de renovações trienais, tornaram-se elementos recorrentes na vida do Tribunal Geral, sendo necessário dar-lhes uma resposta adequada ao nível das medidas de organização e de administração da justiça.

Do ponto de vista estatístico, o ano de 2011 pode ser indubitavelmente qualificado de ano recorde. Assim, o total de 722 novos processos registados constitui um crescimento de cerca de 15% em relação a 2010 (636 processos entrados), ano que já tinha, a este respeito, conhecido um nível inédito até essa data. Do mesmo modo, o aumento significativo do número de processos decididos (+35%) levou a uma taxa de atividade sem precedentes no Tribunal Geral, com 714 processos decididos (527 em 2010), aos quais acresceram 52 processos de medidas provisórias. Este resultado deve ser entendido como a consequência das reformas profundas levadas a cabo pelo Tribunal Geral no que se refere tanto ao *case management*, em sentido lato, como ao desenvolvimento dos instrumentos informáticos e dos métodos de redação.

Embora o Tribunal Geral deva procurar manter, de forma duradoura, a cadência de 2011, a ocorrência de fatores conjunturais não permite garantir que isso se possa repetir ano após ano. Por conseguinte, há que prosseguir as reformas para que o Tribunal possa não apenas responder ao crescimento sistémico do contencioso, mas também reduzir o passivo processual. Assim, é de referir que, apesar dos resultados excecionais anteriormente descritos, o número de processos pendentes aumentou, atingindo os 1 308 processos, e a duração da instância seguiu uma tendência em alta, sendo em média de 26,7 meses (contra 24,7 meses em 2010).

Tendo as possibilidades de reformas a nível interno sido plenamente exploradas, a reflexão deve ser orientada no sentido de uma modernização das regras processuais do Tribunal Geral, com vista a assegurar uma maior eficiência e flexibilidade no tratamento processual dos diferentes tipos de processos no Tribunal, no respeito dos direitos processuais das partes. Além destas melhorias, que são, na verdade, necessárias, o balanço estatístico de 2011 demonstra-nos, sobretudo, que o Tribunal não pode encarar o futuro de forma eficaz sem uma evolução de ordem estrutural e um aumento dos recursos susceptíveis de assegurar o seu funcionamento, num contexto económico, financeiro e orçamental que não é, porém, favorável.

Quanto à sua natureza, é de destacar que o contencioso do Tribunal Geral se caracterizou, em 2011, pelo aumento dos litígios em matéria de auxílios de Estado (67 processos entrados), pela confirmação de uma forte proporção de processos da propriedade intelectual (219 processos, ou seja, 30% de todo o contencioso) e por um afluxo súbito e substancial de recursos relativos às medidas restritivas adotadas pela União Europeia relacionadas com a situação em determinados Estados terceiros (93 processos entrados), o que ilustra, de forma particularmente flagrante, a incidência direta da atividade legislativa e regulamentar da União na situação da jurisdição. Em termos gerais, o contencioso também foi marcado por um aumento da diversificação e da complexidade, o que é comprovado pelos desenvolvimentos que se seguem, nos diferentes domínios de atividade do Tribunal Geral, na qualidade de juiz da legalidade (I), da indemnização (II), dos recursos de decisões do Tribunal da Função Pública (III) e das medidas provisórias (IV).

## I. Contencioso da legalidade

### *Admissibilidade dos recursos interpostos nos termos do artigo 263.º TFUE*

#### 1. Prazo de recurso

A admissibilidade dos recursos de anulação está sujeita ao respeito do prazo previsto no sexto parágrafo do artigo 263.º TFUE, nos termos do qual os recursos de anulação devem ser interpostos no prazo de dois meses a contar, conforme o caso, da publicação do ato, da sua notificação ao recorrente ou, na falta desta, do dia em que o recorrente tenha tomado conhecimento do ato. Em conformidade com o artigo 102.º, n.º 1, do Regulamento de Processo do Tribunal Geral, quando um ato impugnado é objeto de publicação, o prazo começa a correr a partir do termo do décimo quarto dia subsequente à data da referida publicação.

No processo *PPG e SNF/ECHA* (despacho de 21 de setembro de 2011, T-268/10, ainda não publicado, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça, proferido em secção alargada), foi impugnada uma decisão da Agência Europeia dos Produtos Químicos que, em conformidade com a obrigação que lhe incumbe por força do Regulamento REACH <sup>1</sup>, foi publicada no seu sítio Internet. Salientando que o artigo 102.º, n.º 1, do Regulamento de Processo apenas abrange as decisões publicadas no *Jornal Oficial da União Europeia*, e que, no caso concreto, não existe qualquer disposição que obrigue à publicação da decisão impugnada no Jornal Oficial (ao contrário, por exemplo, das decisões relativas aos auxílios de Estado), o Tribunal considerou que não é aplicável a extensão do prazo de 14 dias. Por conseguinte, concluiu que o recurso devia ser julgado inadmissível.

Por outro lado, no despacho de 1 de abril de 2011, *Doherty/Comissão* (processo T-468/10, ainda não publicado), o Tribunal Geral decidiu que a hora a tomar em consideração para a apresentação por telecópia da petição era a hora registada na Secretaria do Tribunal Geral, atendendo ao disposto no artigo 43.º, n.º 3, do Regulamento de Processo (que prevê que, para efeitos de prazos processuais, apenas se tomará em conta a data da apresentação na Secretaria). Esta corresponde à hora do Luxemburgo, tendo presente o facto de que a sede do Tribunal de Justiça da União Europeia se encontra no Luxemburgo, em conformidade com o Protocolo n.º 6 do TFUE.

Por fim, no despacho de 22 de junho de 2011, *Evropaïki Dynamiki/Comissão* (processo T-409/09, ainda não publicado, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça), o Tribunal Geral declarou que o prazo de dilação em razão da distância de 10 dias, previsto no artigo 102.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, apenas se refere aos prazos processuais e não ao prazo de prescrição de cinco anos previsto no artigo 46.º do Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, cujo decurso conduz à extinção da ação em matéria de responsabilidade extracontratual. Assim, os prazos processuais, como os prazos de recurso e o prazo de cinco anos de prescrição da ação em matéria de responsabilidade extracontratual contra a União são prazos, por natureza, diferentes. Com efeito, os prazos de recurso são de ordem pública e não estão na disponibilidade das partes ou do Tribunal, tendo sido instituídos com o fim de garantir a clareza e a segurança das situações jurídicas. Por conseguinte, compete ao juiz da União apreciar, mesmo oficiosamente, se o recurso foi efetivamente interposto nos prazos

<sup>1</sup> Regulamento (CE) n.º 1907/2006 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 18 de dezembro de 2006, relativo ao registo, avaliação, autorização e restrição de substâncias químicas (REACH), que cria a Agência Europeia das Substâncias Químicas, que altera a Diretiva 1999/45/CE e revoga o Regulamento (CEE) n.º 793/93 do Conselho e o Regulamento (CE) n.º 1488/94 da Comissão, bem como a Diretiva 76/769/CEE do Conselho e as Diretivas 91/155/CEE, 93/67/CEE, 93/105/CE e 2000/21/CE da Comissão (JO L 396 de 30.12.2006, p. 1).

estabelecidos. Em contrapartida, o juiz não pode suscitar oficiosamente o fundamento relativo à prescrição da ação em matéria de responsabilidade extracontratual.

## 2. Artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE — Primeiros casos de aplicação

### a) Conceito de ato regulamentar

O artigo 230.º, quarto parágrafo, CE sujeita a admissibilidade dos recursos interpostos por um privado dos atos de que não sejam destinatários ao duplo requisito de que o ato impugnado diga direta e individualmente respeito aos recorrentes. Segundo a jurisprudência, as pessoas singulares e coletivas não destinatárias de uma decisão só podem alegar que a decisão lhes diz individualmente respeito se essa decisão os afetar em razão de determinadas qualidades que lhes são próprias ou de uma situação de facto que os caracteriza em relação a qualquer outra pessoa e, com isso, os individualizar de modo análogo ao destinatário <sup>2</sup>.

Com a entrada em vigor do Tratado de Lisboa em 1 de dezembro de 2009, os requisitos de admissibilidade do recurso de anulação foram alterados. Assim, nos termos do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE, qualquer pessoa singular ou coletiva pode interpor recursos dos atos que lhe digam direta e individualmente respeito, bem como dos atos regulamentares que lhe digam diretamente respeito e não necessitem de medidas de execução. Esta nova disposição, destinada a flexibilizar o acesso dos privados ao juiz da União, foi objeto de uma primeira interpretação por parte do Tribunal Geral.

Assim, no processo *Inuit Tapiriit Kanatami e o./Parlamento e Conselho* (despacho de 6 de setembro de 2011, T-18/10, ainda não publicado, proferido em secção alargada), o Tribunal definiu, pela primeira vez, o conceito de «ato regulamentar» na aceção do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE. Ao interpretar esta última disposição, salientou que, mesmo omitindo o termo «decisão», esta permite a interposição de um recurso, em primeiro lugar, de atos individuais, seguidamente, dos atos de âmbito geral que digam direta e individualmente respeito a uma pessoa singular ou coletiva, bem como, por fim, dos atos regulamentares que lhe digam diretamente respeito e não necessitem de medidas de execução. Segundo o Tribunal, resulta do sentido corrente do termo «regulamentar» que os atos abrangidos por esta terceira possibilidade também são de âmbito geral. Todavia, esta possibilidade não abrange todos os atos de âmbito geral, mas apenas os que não são de natureza legislativa, como resulta da economia do artigo 263.º e da génese do processo que esteve na base da adoção desta disposição, que tinha sido inicialmente proposta como artigo III-365.º, quarto parágrafo, do projeto de Tratado que estabelece uma Constituição para a Europa. O Tribunal Geral, procedendo, neste caso, a uma análise teleológica, acrescenta que é conforme com a finalidade desta disposição (a saber, permitir a um privado a interposição de um recurso dos atos de âmbito geral que não sejam atos legislativos, evitando, assim, os casos em que este deveria violar o direito para poder ter acesso à justiça) que os requisitos de admissibilidade de um recurso de um ato legislativo sejam mais restritivos do que os relativos a um recurso de um ato regulamentar.

No caso concreto, o Tribunal Geral salientou que o ato impugnado, a saber, o regulamento relativo ao comércio de produtos derivados da foca <sup>3</sup>, foi adotado segundo o procedimento da codecisão, ao abrigo do Tratado CE (artigo 251.º CE). Sublinhando que resulta do artigo 289.º TFUE que os

<sup>2</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de julho de 1963, *Plaumann/Comissão*, 25/62, Colect. 1962-1964, p. 281, 223.

<sup>3</sup> Regulamento (CE) n.º 1007/2009 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro de 2009, relativo ao comércio de produtos derivados da foca (JO L 286, p. 36).

atos adotados segundo o processo definido no artigo 294.º TFUE (processo legislativo ordinário) constituem atos legislativos e que este processo retoma, no essencial, o processo de codecisão, o Tribunal concluiu, à luz das diferentes categorias de atos jurídicos previstos no TFUE, que o regulamento impugnado deve ser qualificado de ato legislativo. Assim, a qualificação de ato legislativo ou de ato regulamentar nos termos do TFUE assenta no critério do processo, legislativo ou não, que esteve na base da sua adoção. A admissibilidade do recurso interposto pelos recorrentes estava sujeita, por conseguinte, no caso concreto, à demonstração por estes de que o regulamento lhes dizia direta e individualmente respeito, na aceção da segunda hipótese acima mencionada, prevista no artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE.

#### b) Afetação direta e conceito de ato que necessita de medidas de execução

Com fundamento neste conceito de ato regulamentar, o Tribunal Geral, no acórdão de 25 de outubro de 2011, *Microban International e Microban (Europe)/Comissão* (processo T-262/10, ainda não publicado), julgou admissível um recurso da decisão da Comissão relativa à não inscrição do triclosan, substância química produzida pelos recorrentes, na lista dos aditivos que podem entrar no fabrico dos materiais e objetos de matéria plástica destinados a entrar em contato com os géneros alimentícios.

O Tribunal Geral declarou, por um lado, que a decisão impugnada foi adotada pela Comissão no exercício de competências de execução e não no exercício de competências legislativas e, por outro, que esta decisão tem alcance geral, na medida em que se aplica a situações determinadas objetivamente e produz efeitos jurídicos em relação a uma categoria de pessoas prevista de modo geral e abstrato. Por conseguinte, concluiu que a decisão impugnada constitui um ato regulamentar na aceção do artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE.

Recordando que, ao permitir a uma pessoa singular ou coletiva a interposição de um recurso dos atos regulamentares que lhe dizem diretamente respeito e que não necessitam de medidas de execução, o artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE prossegue um objetivo de abertura dos requisitos de interposição de recursos diretos, o Tribunal Geral declarou que o conceito de afetação direta, nos termos previstos nesta disposição na versão actualmente em vigor, não pode ser objeto de uma interpretação mais restritiva do que a aplicável ao conceito de afetação direta nos termos previstos no artigo 230.º, quarto parágrafo, CE. Tendo demonstrado que a decisão impugnada dizia diretamente respeito às recorrentes na aceção do conceito de afetação direta tal como constava do artigo 230.º, quarto parágrafo, CE, o Tribunal deduziu que a decisão impugnada também lhes dizia respeito nos termos recentemente introduzidos no artigo 263.º, quarto parágrafo, TFUE.

No que respeita à questão de saber se a decisão impugnada necessita de medidas de execução, o Tribunal Geral declarou que, por força da Diretiva 2002/72/CE<sup>4</sup>, só os aditivos constantes da lista provisória podem continuar a ser utilizados depois de 1 de Janeiro de 2010. Além disso, nos termos desta diretiva, um aditivo é retirado da lista provisória quando a Comissão toma a decisão de não o incluir na lista positiva. Assim, a decisão de não inscrição teve como consequência imediata a retirada da lista provisória e a proibição da comercialização do triclosan, sem que os Estados-Membros tenham de adotar qualquer medida de execução. Além disso, a própria medida transitória, ao permitir prolongar a possibilidade de comercialização de triclosan até 1 de novembro de 2011, não necessita de medidas de execução pelos Estados-Membros, visto que a intervenção destes para anteciparem o termo previsto em 1 de novembro de 2011 é puramente facultativa. Por fim, o Tribunal sublinhou que se, nesta última hipótese, a medida transitória necessitasse de medidas

<sup>4</sup> Diretiva 2002/72/CE da Comissão, de 6 de agosto de 2002, relativa aos materiais e objetos de matéria plástica destinados a entrar em contacto com os géneros alimentícios (JO L 220, p. 18).

de execução por parte dos Estados-Membros, a referida medida transitória destinava-se apenas a facilitar a execução da decisão impugnada. Por conseguinte, trata-se de um elemento acessório em relação ao objeto principal da decisão impugnada que constitui a proibição da comercialização do triclosan.

Considerando que o ato impugnado constitui um ato regulamentar que diz diretamente respeito às recorrentes e que não necessita de medidas de execução, o Tribunal, com fundamento nas novas disposições do artigo 263.º TFUE, julgou, por conseguinte, o recurso admissível.

### 3. Competência do Tribunal Geral em matéria de anulação das decisões que dão execução às sanções pecuniárias compulsórias aplicadas pelo Tribunal de Justiça por falta de execução de um acórdão proferido no âmbito de uma ação por incumprimento

No processo *Portugal/Comissão* (acórdão de 29 de março de 2011, T-33/09, ainda não publicado, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça), foi interposto um recurso de anulação no Tribunal Geral de uma decisão da Comissão relativa ao pedido de pagamento da sanção pecuniária compulsória devida em execução do acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de janeiro de 2008, *Comissão/Portugal*<sup>5</sup>, proferido no seguimento de um primeiro acórdão<sup>6</sup> que declarava um incumprimento por parte deste Estado pelo facto de não ter revogado a sua legislação nacional que subordinava a indemnização das pessoas lesadas em consequência da violação do direito da União em matéria de contratos de direito público à prova da existência de culpa ou dolo.

A este respeito, o Tribunal Geral declarou que o Tratado não prevê uma disposição específica em matéria de resolução de litígios entre um Estado-Membro e a Comissão, aquando da recuperação da importância devida em execução de um acórdão do Tribunal de Justiça que declara um incumprimento e condena um Estado-Membro a pagar à Comissão uma sanção pecuniária compulsória em caso de não execução de um primeiro acórdão que declara um incumprimento. Daqui decorre que as vias de recurso previstas no Tratado são aplicáveis e que a decisão da Comissão que fixa o montante devido pelo Estado-Membro a título da sanção pecuniária compulsória a que foi condenado é suscetível de ser objeto de recurso de anulação, que é da competência do Tribunal Geral.

Contudo, no exercício desta competência, o Tribunal Geral não pode usurpar a competência exclusiva reservada ao Tribunal de Justiça em matéria de incumprimento. Assim, no âmbito de um recurso de anulação de uma decisão da Comissão relativa à execução de um tal acórdão do Tribunal de Justiça, o Tribunal Geral não se pode pronunciar sobre uma questão relativa ao incumprimento das obrigações que incumbem a um Estado-Membro por força do Tratado que o Tribunal de Justiça não tenha decidido previamente.

Por outro lado, o Tribunal Geral indicou que, no quadro da execução de um acórdão do Tribunal de Justiça que aplica uma sanção pecuniária compulsória a um Estado-Membro, a Comissão deve ter a possibilidade de apreciar as medidas adotadas pelo Estado-Membro par dar cumprimento ao acórdão do Tribunal de Justiça sem afetar os direitos dos Estados-Membros no âmbito da ação por incumprimento nem a competência exclusiva do Tribunal de Justiça para julgar sobre a conformidade

<sup>5</sup> Processo C-70/06, Colect., p. I-1. Um litígio da mesma natureza esteve na base do acórdão de 19 de outubro de 2011, França/Comissão (T-139/06, ainda não publicado).

<sup>6</sup> Acórdão do Tribunal de Justiça de 14 de outubro de 2004, *Comissão/Portugal* (C-275/03, não publicado na Colectânea).

de uma legislação nacional com o direito da União. Por conseguinte, a Comissão é obrigada a verificar, antes de proceder à cobrança de uma sanção pecuniária compulsória, se os fundamentos julgados procedentes pelo Tribunal de Justiça no âmbito de um acórdão proferido no termo de uma ação por incumprimento ainda são válidos na data em que expira o prazo concedido ao Estado-Membro pelo Tribunal de Justiça para pôr termo ao incumprimento. Todavia, a Comissão não pode decidir, neste contexto, que as medidas tomadas por um Estado-Membro para dar cumprimento a um acórdão não são conformes com o direito da União para daí retirar consequências relativamente ao cálculo da sanção pecuniária compulsória proferida pelo Tribunal de Justiça. Caso considere que o novo regime jurídico introduzido por um Estado-Membro ainda não corresponde a uma transposição correta de uma diretiva, deve desencadear um processo por incumprimento.

No caso concreto, o Tribunal Geral recordou que resulta do acórdão do Tribunal de Justiça de 10 de Janeiro de 2008, *Comissão/Portugal* (processo C-70/06), que este Estado-Membro devia revogar a legislação nacional controvertida e que a sanção pecuniária compulsória era exigível até à data desta revogação. Ora, esta legislação foi revogada por uma lei que entrou em vigor em 30 de janeiro de 2008. No entanto, a Comissão recusou considerar que o incumprimento tivesse cessado nessa data, mas apenas em 18 de julho de 2008, data da entrada em vigor de uma nova legislação. Assim, o Tribunal declarou que a Comissão violou o dispositivo do referido acórdão e anulou a decisão impugnada.

### *Regras de concorrência aplicáveis às empresas*

#### 1. Generalidades

##### a) Conceito de empresa

Nos processos apensos *Gosselin/Comissão* e *Stichting Administratiekantor Portielje/Comissão* (acórdão de 16 de junho de 2011, T-208/08 e T-209/08, ainda não publicado, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça), o Tribunal Geral precisou as condições de aplicação da jurisprudência segundo a qual a intervenção, direta ou indireta, de uma entidade na atividade económica de uma empresa da qual possui participações de controlo, permite qualificar esta entidade como empresa na aceção do direito da concorrência. Na sua decisão, a Comissão considerou que a Portielje, uma fundação que detinha a título fiduciário ações da Gosselin, participava, de forma indireta, na atividade económica exercida por esta última. Contudo o Tribunal salientou que, na medida em que a jurisprudência não estabeleceu uma presunção de «ingerência» na gestão de uma empresa, o ónus da prova deste elemento incumbe à Comissão. Ora, no caso concreto, considerou que a Comissão apenas invocou argumentos estruturais (tendo-se limitado a referir que a Portielje detinha praticamente todo o capital da Gosselin e que os três principais membros da sua direção eram simultaneamente membros do conselho de administração da Gosselin) e não apresentou qualquer elemento de prova concreto suscetível de demonstrar que a Portielje se imiscuiu efetivamente na gestão da Gosselin. Por conseguinte, o Tribunal concluiu que a Comissão não demonstrou que a Portielje era uma empresa.

##### b) Restrição da concorrência — Concorrência potencial

No processo *Visa Europe e Visa International Service/Comissão* (acórdão de 14 de abril de 2011, T-461/07, ainda não publicado), as recorrentes acusam a Comissão de ter apreciado os efeitos sobre a concorrência do comportamento ilícito que lhes era imputado à luz de um critério económica e juridicamente errado, a saber, a possibilidade de intensificar a concorrência existente no mercado em causa. O Tribunal Geral rejeitou este argumento, indicando que a circunstância de a Comissão ter reconhecido que a concorrência no mercado em causa não é ineficaz não a impede de considerar que um comportamento que tem por efeito excluir um concorrente potencial deve ser objeto de sanções.



Com efeito, o exame das condições da concorrência num determinado mercado assenta não apenas na concorrência actual existente entre as empresas já presentes no mercado em causa, mas também na concorrência potencial. Por conseguinte, o Tribunal validou a abordagem da Comissão fundada na apreciação dos efeitos restritivos da concorrência potencial e na estrutura do mercado em causa.

Este acórdão deu igualmente a oportunidade ao Tribunal Geral de precisar os contornos do conceito de concorrente potencial. Assim, indicou que, embora a intenção de uma empresa de integrar um mercado seja eventualmente pertinente para averiguar se esta pode ser considerada um concorrente potencial, o elemento essencial no qual deve assentar essa qualificação é, no entanto, constituído pela sua capacidade para integrar o referido mercado.

### c) Prazo razoável

Nos acórdãos de 16 de junho de 2011, *Heineken Nerderland e Heineken/Comissão* e *Bavaria/Comissão* (processos T-240/07 e T-235/07, ainda não publicados, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça) proferidos no âmbito do cartel das cervejas neerlandesas, a Comissão tinha concedido uma redução de 100 000 euros do montante da coima aplicada a cada empresa em virtude da duração não razoável do procedimento administrativo, que foi de mais de sete anos após as inspeções. A este respeito, o Tribunal Geral considerou que a duração do procedimento administrativo provocou uma violação do princípio do prazo razoável e que a redução forfetária concedida pela Comissão não levou em conta o montante das coimas aplicadas a estas empresas (a saber 219,28 milhões de euros à Heineken NV e à sua filial e 22,85 milhões de euros à Bavaria NV), de modo que esta redução não é suscetível de sanar, de maneira adequada, essa violação. Consequentemente, o Tribunal decidiu que a redução em causa devia ser elevada a 5% do montante da coima.

## 2. Contributos no domínio do artigo 101.º TFUE

### a) Produção da prova

Os acórdãos proferidos no cartel dos mecanismos de comutação isolados a gás permitiram ao Tribunal Geral apresentar um determinado número de precisões quanto ao regime da prova em matéria de coligações entre empresas.

#### — Admissibilidade

No processo *Fuji Electric/Comissão* (acórdão de 12 de julho de 2011, T-132/07, ainda não publicado), a Comissão defendia que tanto as acusações não formuladas como os documentos não apresentados no decurso do procedimento administrativo durante este e apresentados pela primeira vez pela recorrente no Tribunal Geral eram inadmissíveis. O Tribunal rejeitou esta abordagem e sublinhou que as regras que enumeram os direitos e deveres das empresas no quadro do procedimento administrativo previsto no domínio do direito da concorrência não podem ser interpretadas no sentido de que obrigam uma pessoa a cooperar e, em resposta à comunicação de acusações que lhe é enviada pela Comissão, a formular, desde o estágio do procedimento administrativo, todas as alegações que pretenderia invocar em apoio de um recurso de anulação.

Do mesmo modo, a Comissão pedia que fossem declaradas inadmissíveis as alegações fundadas na contestação de elementos de facto ou de direito expressamente reconhecidos pela recorrente durante o procedimento administrativo. Contudo, o Tribunal salientou que, quando a pessoa interessada decide cooperar de forma voluntária e que, no âmbito do procedimento administrativo, reconhece expressa ou implicitamente os elementos que justificam que a infração lhe seja imputada, o exercício do direito de recurso de que dispõe em virtude do Tratado não lhe é limitado. Não havendo

fundamento legal expressamente previsto para esse efeito, tal limitação é contrária aos princípios fundamentais da legalidade e do respeito dos direitos de defesa.

### — Depoimentos

No acórdão de 12 de julho de 2011, *Hitachi e o./Comissão* (processo T-112/07, ainda não publicado), o Tribunal Geral recordou, em primeiro lugar, que a declaração de uma empresa acusada de ter participado numa coligação entre empresas, declaração cuja exactidão é contestada por diversas empresas interessadas, não pode ser considerada uma prova suficiente da existência de uma infração cometida por estas últimas sem ser corroborada por outros elementos de prova. Seguidamente, precisou que os depoimentos escritos dos trabalhadores de uma sociedade, elaborados sob o controlo desta e apresentados por ela para efeitos da sua defesa no âmbito do procedimento administrativo efectuado pela Comissão, não podem, em princípio, ser qualificados de elementos diferentes e independentes das declarações desta mesma sociedade. São antes elementos complementares das referidas declarações, cujo conteúdo podem precisar e concretizar. Portanto, devem igualmente ser corroborados por outros elementos de prova.

### — Elementos relativos ao contexto

Nos acórdãos de 12 de julho de 2011, *Hitachi e o./Comissão*, já referido, *Toshiba/Comissão* (processo T-113/07, ainda não publicado, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça), e *Mitsubishi Electric/Comissão* (processo T-133/07, ainda não publicado, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça), o Tribunal Geral recordou que, quando a Comissão se baseia apenas no comportamento das empresas em causa no mercado para concluir pela existência de uma infração, basta que estas últimas demonstrem que existem circunstâncias que dão uma perspectiva diferente dos factos apurados pela Comissão e permitem, assim, substituir a explicação dos factos dada pela Comissão por uma explicação mais plausível. Todavia, ainda que a falta de provas documentais possa ser pertinente no quadro da apreciação global do conjunto de indícios invocados pela Comissão, em si mesma, esta falta não tem por consequência permitir à empresa em questão pôr em causa as alegações da Comissão apresentando uma explicação alternativa dos factos. Isso só acontece quando as provas apresentadas pela Comissão não permitem demonstrar a existência da infração, sem equívocos e sem que seja necessária uma interpretação.

### — Fiscalização do Tribunal Geral

No processo *Mitsubishi Electric/Comissão*, já referido, a recorrente contestava a jurisprudência segundo a qual, à luz das dificuldades com que se depara a Comissão ao tentar provar uma infração, são admissíveis normas mais flexíveis em matéria de prova. Em apoio da sua argumentação, salientava que as coimas aplicadas nos processos relativos a coligações entre empresas tinham constantemente aumentado nos últimos anos, o que deveria ter uma influência na intensidade da fiscalização das decisões da Comissão. O Tribunal rejeitou este argumento, sublinhando que, embora o aumento dos montantes das coimas seja, na verdade, suscetível de ter consequências mais graves para as partes às quais estas coimas são aplicadas, este aumento tem por consequência, dado que a iniciativa da Comissão neste sentido é geralmente conhecida, que, se incorrerem numa infração, as empresas procuram, nessa medida, apresentar o menor número possível de provas úteis, tornando assim mais difícil a tarefa da Comissão.

Além disso, o Tribunal Geral também recordou, no acórdão de 25 de outubro de 2011, *Aragonesas Industrias y Energía/Comissão* (processo T-348/08, ainda não publicado), que, na medida em que lhe compete apreciar se as provas e os outros elementos invocados pela Comissão na sua decisão impugnada são suficientes para demonstrar a existência de uma infração, também lhe compete



identificar os elementos de prova tidos em conta pela Comissão para demonstrar a participação da recorrente na infração em causa. Para este efeito, o apuramento dos referidos elementos de prova só pode incidir sobre as partes dos fundamentos da decisão impugnada nas quais a Comissão descreve a fase contraditória do procedimento administrativo.

#### b) Participação numa infração única e continuada

No acórdão de 16 de junho de 2011, *Verhuizingen Coppens/Comissão* (processo T-210/08, ainda não publicado, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça), o Tribunal Geral recordou que, para considerar uma empresa responsável por uma infração única e continuada, é exigível o conhecimento dos comportamentos ilícitos dos outros participantes na infração. Ora, o Tribunal salientou, em primeiro lugar, que, no caso concreto, embora a recorrente, uma empresa de mudanças, tenha participado na elaboração de orçamentos fictícios, não tinha, em contrapartida, conhecimento das atividades anticoncorrenciais das outras empresas que consistiram na celebração de acordos de compensação financeira aplicáveis às propostas recusadas ou aos casos de abstenção de apresentação de propostas. Na medida em que (independentemente do seu dispositivo) resulta claramente dos fundamentos da decisão que a Comissão tinha considerado que estas práticas constituíam uma infração única e continuada, o Tribunal Geral anulou tanto a parte relativa à declaração da infração como a relativa à coima aplicada.

#### c) Cálculo do montante da coima

O ano de 2011 foi marcado por um número significativo de processos relativos a coligações entre empresas que suscitaram múltiplas questões relacionadas com o cálculo da coima aplicada e pelos primeiros casos de interpretação pelo Tribunal Geral das orientações de 2006<sup>7</sup>.

##### — Valor das vendas

No acórdão de 16 de junho de 2011, *Team Relocations e o./Comissão* (processos T-204/08 e T-212/08, ainda não publicados, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça), o Tribunal Geral precisou a interpretação do conceito de «venda» a levar em conta no âmbito da aplicação das orientações de 2006. Nessa ocasião, rejeitou a posição da recorrente que considerava que apenas devia ser tomado em consideração o valor das vendas resultantes do serviço realmente afetado pelas práticas anticoncorrenciais. Com efeito, concluiu que havia que tomar como valor das vendas, na aceção das Orientações, o valor das vendas realizadas no mercado relevante.

##### — Gravidade

No processo *Ziegler/Comissão* (acórdão de 16 de junho de 2011, T-199/08, ainda não publicado, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça), a recorrente invocava a falta de fundamentação no cálculo do montante de base da coima. A este respeito, o Tribunal Geral salientou que as orientações de 2006 implicaram «uma mudança fundamental na metodologia de cálculo das coimas». Em particular, a classificação das infrações em três categorias («pouco grave», «grave» e «muito grave») foi abolida, tendo sido introduzida uma escala de 0% a 30%, para permitir uma diferenciação mais subtil. Além disso, o montante de base da coima está agora «ligado a uma proporção do valor das vendas, determinado em função do grau de gravidade da infração, multiplicado pelo número de anos de infração». Regra geral, «a proporção do valor das vendas tomada em conta será fixada num nível que

<sup>7</sup> 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, adotadas em 1 de setembro de 2006 (JO 2006, C 210, p. 2).

pode ir até 30%». No caso dos acordos horizontais de fixação de preços, de repartição de mercado e de limitação de produção, que «são pela sua natureza considerados as restrições de concorrência mais graves», a proporção das vendas tidas em conta deve, geralmente, situar-se «num nível superior da escala». Nestas condições, e como corolário da margem de apreciação de que desfruta na matéria, a Comissão deve fundamentar a escolha da proporção das vendas tidas em conta, não podendo limitar-se a fundamentar a qualificação de uma infração de «muito grave». Em termos mais gerais, admitindo que, neste ponto, a decisão está suficientemente fundamentada, à luz da jurisprudência existente, o Tribunal salientou que a referida jurisprudência foi desenvolvida, designadamente, à luz das orientações anteriores e convidou, por conseguinte, a Comissão, no quadro da aplicação das orientações de 2006, a reforçar a sua fundamentação quanto ao cálculo das coimas, de modo, nomeadamente, a permitir que as empresas conheçam de forma pormenorizada o modo de cálculo do montante da coima que lhes é aplicada.

No acórdão *Team Relocations e o./Comissão*, já referido, considerando que as orientações de 2006 eliminaram tanto a classificação das infrações em categorias como os montantes forfetários e criaram um sistema que permite estabelecer uma diferenciação mais apurada em função da gravidade das infrações, o Tribunal Geral concluiu que a Comissão tem a liberdade de individualizar a gravidade do papel de cada empresa na determinação da percentagem do valor das vendas consideradas ou na apreciação das circunstâncias atenuantes e agravantes. Contudo, neste último caso, a apreciação das referidas circunstâncias deve permitir uma tomada em consideração adequada da gravidade relativa da participação numa infração única e uma variação desta gravidade no tempo.

#### — Duração

Nos processos apensos *Team Relocations e o./Comissão*, já referidos, foi contestada a multiplicação sistemática do montante determinado em função do valor das vendas pelo número de anos de participação na infração por uma empresa, nos termos previstos nas orientações de 2006, na medida em que este sistema confere à pretensa duração da infração um peso desproporcionado por comparação com os restantes factores pertinentes, nomeadamente a gravidade da infração. Embora o Tribunal, como indicado a propósito da gravidade da infração, tenha destacado que a nova abordagem da Comissão representa, também a este respeito, uma alteração fundamental de metodologia, na medida em que a multiplicação pelo número de anos de participação na infração equivale a aumentar o montante de 100% por ano, sublinhou, contudo, que o artigo 23.º, n.º 3, do Regulamento (CE) n.º 1/2003<sup>8</sup> não se opõe a essa evolução.

Em contrapartida, no acórdão do mesmo dia *Gosselin Group e Stichting Administratiekantoor Portielje/Comissão*, já referido, o Tribunal refere-se às implicações desta modificação no trabalho da Comissão. Assim, precisou que, se é de jurisprudência assente que incumbe à Comissão o ónus da prova relativo às infrações ao artigo [101.º], n.º 1, [TFUE] e que esta deve apresentar provas precisas e concordantes para fundar a convicção firme de que a infração alegada foi cometida, tal é particularmente o caso no que respeita às provas relativas à duração da infração, critério cujo peso foi consideravelmente reforçado nas orientações de 2006.

#### — Igualdade de tratamento — Volume de negócios levado em consideração

Nos acórdãos *Toshiba/Comissão* e *Mitsubishi Electric/Comissão*, já referidos, o Tribunal Geral salientou que a Comissão considerou o ano de 2001 como ano de referência para a determinação do valor

<sup>8</sup> Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho, de 16 de dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (JO L 1, p. 1).

das vendas mundiais e para o cálculo do montante de partida das coimas da Toshiba e da Mitsubishi Electric, cujas atividades em matéria de mecanismos de comutação isolados a gás tinham sido retomadas pela empresa comum destas T M T & D em 2002, ao passo que considerou o ano de 2003, último ano completo da infração, no que se refere aos produtores europeus. Segundo a Comissão, esta diferenciação reflectia a vontade de levar em consideração o facto de que, durante a maior parte do período da infração, a Toshiba detinha uma quota do mercado mundial deste produto consideravelmente mais baixa do que a Mitsubishi. Embora o Tribunal considere esse objetivo legítimo, entende, no entanto, que poderiam ter sido utilizados outros métodos não discriminatórios para o alcançar, como a divisão do montante de partida da coima, calculado a partir do volume de negócios realizado em 2003, segundo a proporção das vendas do produto em causa durante o último ano que precedeu a criação da empresa comum. Tendo a Comissão violado o princípio da igualdade de tratamento e na falta de elementos que lhe permitisse calcular um novo montante da coima, o Tribunal anulou, por conseguinte, as coimas aplicadas a estas duas empresas.

### — Dissuasão

No processo *Arkema France e o./Comissão* (acórdão de 7 de junho de 2011, T-217/06, ainda não publicado), a Comissão tinha aplicado uma majoração de 200%, a fim de garantir um efeito dissuasivo suficiente à sanção pecuniária, tendo em conta a dimensão e o poder económico da empresa em questão. Esta majoração teve por base o volume de negócios mundial da Total, sociedade-mãe da recorrente. Contudo, o Tribunal Geral salientou que, alguns dias antes da adoção da decisão pela Comissão, a recorrente deixou de ser controlada pela Total, e, por conseguinte, considerou que a majoração da coima aplicada com objetivos de dissuasão não se justificava. Com efeito, o Tribunal recordou que a necessidade de assegurar um efeito dissuasivo suficiente da coima exige, nomeadamente, que o seu montante seja modulado de forma a levar em conta o impacto pretendido na empresa à qual é aplicada, e isto para que a coima não se torne irrisória, ou pelo contrário excessiva, face, nomeadamente, à sua capacidade financeira. Por conseguinte, este objetivo de dissuasão só pode ser validamente alcançado se se considerar a situação da empresa no dia em que a coima é aplicada. Uma vez que a unidade económica que ligava a Arkema à Total foi dissolvida antes da data da adoção da decisão, os recursos desta última sociedade não podiam ser tomados em conta para a determinação da majoração da coima aplicada à Arkema e às suas filiais. O Tribunal decidiu, por conseguinte, que a majoração de 200% era excessiva no que se refere a estas empresas, sendo uma majoração de 25% adequada para assegurar um efeito suficientemente dissuasivo da coima que lhes foi aplicada. Por esta razão, o Tribunal decidiu reduzir o montante da coima aplicada à Arkema de 219,1 para 113,3 milhões de euros.

### — Cooperação

No acórdão *Fuji Electric/Comissão*, já referido, o Tribunal Geral precisou que, embora seja verdade que a data em que são apresentados os elementos de prova à Comissão tem influência sobre a qualificação destes como revestindo um valor acrescentado significativo, na medida em que esta qualificação depende dos elementos de prova que já figuram no processo da Comissão na data da sua apresentação, o simples facto de estes elementos terem sido apresentados depois da notificação da comunicação de acusações não exclui que estes ainda possam apresentar, não obstante o estágio avançado do procedimento administrativo, um valor acrescentado significativo. Em particular, num pedido destinado a obter o benefício de uma comunicação relativa à cooperação apresentado após o envio da comunicação de acusações, uma empresa pode concentrar-se nos factos cuja prova não foi, na sua opinião, suficientemente feita, de forma a apresentar um valor acrescentado significativo em relação aos elementos de prova que se encontravam já na posse da Comissão.

No processo *Deltafina/Comissão* (acórdão de 9 de setembro de 2011, T-12/06, ainda não publicado, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça), a Comissão decidiu, pela primeira vez, conceder imunidade condicional à recorrente no âmbito de uma comunicação sobre a cooperação. O Tribunal Geral indicou que, tendo em conta que a atribuição da imunidade total de coima constitui uma exceção ao princípio da responsabilidade pessoal da empresa pela violação das regras de concorrência, é lógico que, em contrapartida, a Comissão possa exigir da empresa que esta não omita a transmissão de factos relevantes de que tenha conhecimento e que sejam susceptíveis de afetar o desenrolar do procedimento administrativo e a eficácia da instrução. Ora, o Tribunal salientou que, durante uma reunião com os concorrentes, a recorrente divulgou, voluntariamente e sem informar a Comissão do facto, que tinha apresentado um pedido de imunidade aos seus serviços, antes de a Comissão ter tido a oportunidade de levar a cabo inspeções em relação à coligação em causa. Dado este comportamento demonstrou não existir um verdadeiro espírito de cooperação, o Tribunal decidiu que a Comissão não cometeu um erro ao ter decidido não atribuir à Deltafina a imunidade definitiva.

### — Circunstâncias agravantes

No acórdão de 17 de maio de 2011, *Arkema France/Comissão* (processo T-343/08, ainda não publicado), o Tribunal Geral salientou que, embora nenhum prazo de prescrição obste a que a Comissão declare uma situação de reincidência, não é menos verdade que, em conformidade com o princípio da proporcionalidade, a Comissão não pode levar em consideração, sem limite temporal, uma ou várias decisões anteriores que sancionam uma empresa. No caso concreto, o Tribunal declarou que a recorrente violou as regras da concorrência ao participar em coligações entre empresas, de forma contínua, desde 1961 até maio de 1984, pelas quais foi sancionada, em primeiro lugar, em 1984, seguidamente, em 1986 e, por fim, em 1994, e que, apesar desta série de decisões, a empresa reiterou o seu comportamento ilegal ao participar numa nova coligação, sancionada na decisão impugnada, de 17 de maio de 1995 até 9 de fevereiro de 2000. Consequentemente, a Comissão aplicou uma majoração de 90% do montante de base da coima aplicada à recorrente. O Tribunal confirmou a abordagem da Comissão, indicando que, uma vez que esta série de decisões, adotadas num curto período de tempo, tendo a última sido adotada um ano antes da sua participação na infração sancionada pela decisão impugnada, confirma a propensão da recorrente a violar as regras da concorrência, a Comissão não violou o princípio da proporcionalidade ao levar em conta a referida série de decisões no âmbito da apreciação do comportamento recorrente da recorrente.

Na decisão impugnada no âmbito dos processos *ENI/Comissão* e *Polimeri Europa/Comissão* (acórdãos de 13 de julho de 2011, T-39/07 e T-59/07, ainda não publicados, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça), a Comissão, constatando que já tinham sido aplicadas sanções à empresa EniChem pela sua participação em duas coligações anteriores, tinha considerado que o montante de base da coima aplicada às recorrentes, Eni e a sua filial Polimeri, devia ser aumentada de 50% a título da circunstância agravante relativa à reincidência. A Comissão tinha considerado que, apesar de as pessoas coletivas implicadas nas infrações em causa não serem idênticas, a mesma empresa tinha, no entanto, repetido o comportamento ilegal em causa. O Tribunal teve a preocupação de salientar, todavia, que, sendo a evolução da estrutura e do controlo das sociedades em causa complexa, incumbia à Comissão a obrigação de ser particularmente precisa e de apresentar todos os elementos pertinentes necessários para demonstrar que as sociedades referidas na decisão impugnada e as sociedades referidas nas decisões anteriores formavam uma mesma «empresa» na aceção do artigo [101.º TFUE]. O Tribunal considerou que tal não acontecia no caso concreto e, portanto, que não tinha sido feita prova da reincidência. Por conseguinte, reduziu o montante da coima de 272,25 para 181,5 milhões de euros.

Nos processos apensos, proferidos no mesmo dia, *ThyssenKrupp Liften Ascenseurs e o./Comissão* (T-144/07, T-147/07 a T-150/07 e T-154/07, ainda não publicados, objeto de recurso), o Tribunal Geral recordou que a Comissão aplicou uma majoração de 50% do montante das coimas aplicadas à sociedade-mãe ThyssenKrupp AG, à sua filial, ThyssenKrupp Elevator AG, e a determinadas filiais nacionais a título da reincidência, na medida em que determinadas sociedades pertencentes ao grupo ThyssenKrupp tinham já sido sancionadas em 1998 pela sua participação numa coligação no mercado da sobretaxa de liga metálica. A este respeito, o Tribunal salientou que a Comissão tinha declarado nesta decisão uma infração cometida apenas pelas sociedades deste grupo, com exceção das sociedades-mãe respetivas na altura dos factos, das quais a ThyssenKrupp AG era o sucessor económico e jurídico. Além disso, a Comissão não tinha considerado, nessa altura, que as filiais e as sociedades-mãe respetivas formavam uma entidade económica. Por outro lado, o Tribunal declarou que as filiais às quais foram aplicadas coimas no âmbito da coligação relativa ao sector da sobretaxa de liga metálica não faziam parte das empresas sancionadas na decisão impugnada. Assim, as infrações declaradas não poderiam ser consideradas uma situação de reincidência cometida pela mesma empresa.

#### — Circunstâncias atenuantes

No processo que deu lugar ao acórdão *Ziegler/Comissão*, já referido, a recorrente invocou, a título de circunstâncias atenuantes, a cessação da prática ilegal. O Tribunal Geral salientou que, embora as orientações de 2006 prevejam que o montante de base da coima pode ser reduzido a este título, tal «não [é aplicável] aos acordos ou às práticas secretas (em particular aos cartéis)». Além disso, o benefício desta circunstância atenuante limita-se aos casos em que a infração cessa na sequência das primeiras intervenções da Comissão. Ora, constatando que a recorrente participou na infração até 8 de setembro de 2003, enquanto as inspeções foram levadas a cabo após essa data, isto é, em 16 de setembro de 2003, o Tribunal rejeitou a alegação apresentada pela recorrente.

No mesmo processo, a recorrente alegou que o facto de a Comissão ter tido conhecimento da prática infratora e de a ter tolerado durante anos criou nela a crença legítima, ainda que errada, na licitude dessa prática. A este respeito, o Tribunal salientou que o mero conhecimento de um comportamento anticoncorrencial não implica que este comportamento tenha sido implicitamente «autorizado ou encorajado» pela Comissão, na aceção das orientações de 2006. Com efeito, uma pretensão inação não pode ser equiparada a um ato positivo, como uma autorização ou um encorajamento, que conduza a reconhecer a existência de uma circunstância atenuante.

No processo que deu lugar ao acórdão *Arkema France/Comissão*, já referido, a recorrente defendia que a Comissão tinha recusado, erradamente, atribuir-lhe uma redução do montante da coima em virtude da sua cooperação prestada fora do âmbito de aplicação de uma comunicação sobre a cooperação. O Tribunal precisou que, de modo a preservar o efeito útil deste tipo de comunicação, só em situações excecionais a Comissão pode ser obrigada a atribuir uma redução da coima a uma empresa com um fundamento diferente. Considerou que isso acontece, nomeadamente, quando a cooperação prestada por uma empresa, que vá além da sua obrigação legal de cooperar sem, contudo, lhe dar o direito a uma redução do montante da coima ao abrigo da referida comunicação, é objetivamente útil para a Comissão. Esta utilidade deve ser declarada quando a Comissão funda a sua decisão final em elementos de prova na falta dos quais a Comissão não poderia ter sancionado total ou parcialmente a infração em causa.

#### — Circunstâncias excecionais

No acórdão *Ziegler/Comissão*, já referido, o Tribunal Geral examinou a aplicação das orientações de 2006 relativamente à tomada em consideração da capacidade contributiva da empresa em causa.

A este respeito, salientou que, de modo a beneficiar de uma redução excecional da coima devido a dificuldades económicas em virtude das orientações, para além da apresentação de um pedido nesse sentido, devem ser preenchidas duas condições cumulativas, a saber, em primeiro lugar, a dificuldade intransponível em pagar a coima e, em segundo lugar, a presença de um «dado contexto social e económico». Ora, no que diz respeito à primeira condição, o Tribunal declarou que a Comissão se limitou a observar que a coima apenas representava 3,76% do volume de negócios mundial da empresa em 2006 para concluir que a sanção não era suscetível de pôr irremediavelmente em perigo a sua viabilidade económica. O Tribunal considerou, por um lado, que esta apreciação é abstracta e não leva de modo algum em consideração a situação concreta da recorrente e, por outro lado, um simples cálculo da percentagem que a coima representa em relação ao volume de negócios mundial da empresa não pode, por si só, fundar a conclusão de que esta coima não é suscetível de pôr irremediavelmente em perigo a viabilidade económica desta última. Contudo, não se encontrando preenchida a segunda condição, concluiu que a Comissão podia legitimamente rejeitar os argumentos da recorrente.

#### — Limite máximo de 10% do volume de negócios

No acórdão de 16 de Junho de 2011, *Putters International/Comissão* (processo T-211/08, ainda não publicado), o Tribunal Geral indicou que o simples facto de a coima aplicada corresponder a 10% do volume de negócios da recorrente, enquanto esta percentagem é mais baixa para outros participantes na coligação, não pode constituir uma violação do princípio da igualdade de tratamento ou da proporcionalidade. Com efeito, esta consequência é inerente à interpretação do limite máximo de 10% como simples limite de nivelamento, que é aplicado após uma eventual redução da coima devido a circunstâncias atenuantes ou ao princípio da proporcionalidade. Observou, contudo, que a multiplicação do montante determinado em função do valor das vendas pelo número de anos de participação na infração pode implicar que, no âmbito das orientações de 2006, a aplicação do limite máximo de 10% seja, doravante, a regra, em vez da exceção para qualquer empresa que opere principalmente num único mercado e que participou durante mais de um ano numa coligação. Neste caso, qualquer diferenciação em função da gravidade ou de circunstâncias atenuantes já não é, em geral, suscetível de se repercutir numa coima que tenha sido nivelada, de modo a não exceder os 10%. Ao fazê-lo, o Tribunal pôs a tónica no facto de a não diferenciação que daqui resulta no que diz respeito à coima final representar uma dificuldade, tendo em conta o princípio da individualidade das penas e das sanções, inerente à nova metodologia.

#### d) Imputabilidade do comportamento ilícito e condenação solidária

##### — Requisitos de aplicação da presunção de responsabilidade de uma sociedade-mãe pelo comportamento da sua filial

No acórdão de 15 de setembro de 2011, *Koninklijke Grolsch/Comissão* (processo T-234/07, ainda não publicado), o Tribunal Geral salientou que a Comissão não apresentou a prova da participação direta da recorrente na coligação. Ora, a recorrente foi equiparada à sua filial (detida a 100%) sem que a Comissão tenha distinguido entre as pessoas coletivas, nem tenha apresentado as razões pelas quais a infração lhe deveria ser imputada. O Tribunal considerou que, ignorando as relações económicas, organizacionais ou jurídicas existentes entre a recorrente e a sua filial, a Comissão privou a recorrente da possibilidade de contestar eventualmente a bondade desta imputação no Tribunal, ilidindo a presunção do exercício efectivo de uma influência determinante sobre a referida filial e não permitiu que o Tribunal exerça a sua fiscalização a este respeito, o que justificava a anulação da decisão.



### — Afastamento da presunção

Nos acórdãos de 16 de junho de 2011, *L’Air liquide/Comissão* e *Edison/Comissão* (processo T-185/06, ainda não publicado, e processo T-196/06, ainda não publicado, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça), o Tribunal Geral declarou, em primeiro lugar, que a Comissão podia legitimamente presumir que as recorrentes exerceram efetivamente uma influência determinante sobre as filiais respetivas, tendo em conta a relação não contestada de controlo a 100% que as une. Em seguida, observou, que as recorrentes apresentaram uma argumentação específica com o objetivo de ilidir a referida presunção, tentando demonstrar a autonomia da sua filial respetiva. Ora, em resposta a estes argumentos, a Comissão limitou-se a remeter para determinados indícios complementares do exercício por parte das recorrentes de uma influência determinante sobre as filiais respetivas. O Tribunal considerou que, ao agir nestes termos, a Comissão não apresentou na decisão impugnada as razões pelas quais os elementos apresentados pelas recorrentes não eram suficientes para ilidir a presunção em causa. Ora, o dever da Comissão de fundamentar a sua decisão neste ponto resulta claramente do carácter ilidível da presunção em causa, cuja inversão supunha, por parte das recorrentes, a apresentação de prova relativa ao conjunto das relações de natureza económica, organizacional e jurídica existentes entre elas e a filial respetiva. Não tendo a Comissão tomado uma posição específica a este respeito, o Tribunal anulou a decisão impugnada por violação do dever de fundamentação.

Nos processos apensos *Gosselin/Comissão* e *Stichting Administratiekantoor Portielje/Comissão*, já referidos, a Comissão tinha aplicado a presunção do exercício efectivo de uma influência determinante da Portielje sobre a Gosselin, na medida em que a sociedade-mãe detinha praticamente a totalidade do capital da sua filial. Contudo, o Tribunal Geral salientou que os elementos apresentados pela Portielje permitiam ilidir a referida presunção. De entre estes, sublinhou, mais especificamente, o facto de que a única possibilidade de a sociedade-mãe poder ter influenciado a sua filial teria sido a utilização do direito de voto, associado às ações que possuía, na assembleia geral desta última. Ora, declarou que, durante o período infracional, não foi realizada nenhuma assembleia de acionistas. Por conseguinte, o Tribunal decidiu anular a decisão da Comissão na parte aplicável à Portielje.

### — Âmbito da responsabilidade

No processo *Tomkins/Comissão* (acórdão de 24 de março de 2011, T-382/06, ainda não publicado, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça), foi imputada à recorrente a responsabilidade pelo comportamento infracional da sua filial, Pegler, pelo facto de deter 100% do capital desta última. Entre os fundamentos invocados, contestava a participação da sua filial na coligação durante uma parte do período infracional. Por acórdão do mesmo dia, *Pegler/Comissão* (processo T-386/06, ainda não publicado), o Tribunal anulou a decisão da Comissão relativa à participação da Pegler no cartel das ligações em cobre durante uma parte do período infracional superior à referida no fundamento invocado pela sociedade-mãe, a empresa Tomkins. A este respeito, o Tribunal recordou que, não podendo o juiz da União pronunciar-se ultra petita, a anulação proferida não podia exceder a pedida pela recorrente. Todavia, do ponto de vista do direito da concorrência, a recorrente e a sua filial constituíam uma entidade única, a cujo recurso de anulação no processo, já referido, *Pegler/Comissão*, foi dado parcialmente provimento. Por conseguinte, os elementos que a Comissão imputa à recorrente beneficiam da anulação parcial da decisão impugnada decretada no referido processo. Com efeito, a recorrente tinha invocado um fundamento único para contestar a duração da participação da Pegler na infração e pediu que fosse anulada a decisão impugnada com base nesse fundamento. O Tribunal, chamado a apreciar recursos de anulação interpostos em separado por uma sociedade-mãe e pela sua filial, considerou, assim, que não se pronuncia ultra petita quando tem em conta o resultado do recurso interposto pela filial, desde que o pedido apresentado no recurso da sociedade-mãe tenha o mesmo objeto.

Em contrapartida, no processo que deu lugar a este mesmo acórdão, a Tomkins renunciou expressamente à alegação relativa a um erro de apreciação da majoração do montante da coima para efeitos da dissuasão. Deste facto, o Tribunal Geral deduziu que não se podia pronunciar sobre este ponto sem extravasar o âmbito do litígio nos termos definidos pelas partes no presente processo, enquanto no processo que deu lugar ao acórdão *Pegler/Comissão*, já referido, considerou que a Comissão tinha cometido um erro ao aplicar este coeficiente multiplicador.

### — Pagamento solidário

No acórdão de 12 de outubro de 2011, *Alliance One International/Comissão* (processo T-41/05, ainda não publicado, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça), o Tribunal Geral considerou que a recorrente não podia ser considerada responsável pela infração cometida pela Agroexpansión relativamente ao período anterior a 18 de novembro de 1997, pois foi só a partir desta data que passou a formar com esta uma unidade económica e, portanto, uma empresa na aceção do artigo [101.º TFUE]. Como a solidariedade pelo pagamento da coima só pode abranger o período da infração durante o qual a sociedade-mãe e a sua filial constituíam uma tal empresa, a Comissão não podia impor à recorrente o pagamento solidário, com a Agroexpansión, da totalidade do montante aplicado a esta última, de 2 592 000 euros, ou seja, um montante que corresponde a todo o período de duração da infração. Consequentemente, o Tribunal reduziu a majoração aplicada a título da duração de 50% para 35%.

### e) Plena jurisdição

Nos termos do artigo 261.º TFUE e do artigo 31.º do Regulamento n.º 1/2003, o Tribunal Geral dispõe de uma competência de plena jurisdição que o habilita, para além da simples fiscalização da legalidade da sanção, que apenas permite negar provimento ao recurso de anulação ou anular o ato, a reformar o ato impugnado, mesmo não o anulando, tendo em conta todas as circunstâncias de facto, alterando, por exemplo, a coima aplicada<sup>9</sup>.

No acórdão *Arkema France e o./Comissão*, já referido, o Tribunal Geral salientou que a Comissão não contestou a exactidão das afirmações das recorrentes, segundo as quais, a partir de 18 de maio de 2006, deixaram de ser controladas pela Total e pela Elf Aquitaine, elemento de facto que constava já da petição. Convidado pelas recorrentes a exercer a sua competência de plena jurisdição para reduzir o montante da coima tendo em conta este elemento de facto, o Tribunal reduziu, com efeito, de 200 para 25% a majoração aplicada para garantir um efeito suficientemente dissuasivo à coima, majoração considerada excessiva, dado ter sido calculada com base no volume de negócios mundial da sociedade-mãe. Em consequência, o montante da coima aplicada à recorrente foi fixado em 8 milhões de euros.

Nos acórdãos *Ziegler/Comissão* e *Team Relocations e o./Comissão*, já referidos, o Tribunal Geral precisou que a fundamentação reforçada relativamente ao cálculo do montante da coima, necessária devido à alteração metodológica fundamental provocada pela aplicação das orientações de 2006, tem também o objetivo de facilitar o exercício pelo Tribunal da sua competência de plena jurisdição, a qual lhe deve permitir apreciar, para além da legalidade da decisão impugnada, o carácter adequado da coima aplicada.

<sup>9</sup> V., nomeadamente, o acórdão do Tribunal de Justiça de 15 de outubro de 2002, *Limburgse Vinyl Maatschappij e o./Comissão*, processos C-238/99 P, C-244/99 P, C-245/99 P, C-247/99 P, C-250/99 P a C-252/99 P e C-254/99 P, Colect., p. I-8375, n.º 692.

No acórdão *Putters International/Comissão*, já referido, decidiu que, na falta de diferenciação da coima final, resultante, por vezes, da metodologia prevista nas orientações de 2006, pode ter de exercer plenamente a sua competência de plena jurisdição nos casos concretos em que a aplicação exclusiva das referidas orientações não permitiria uma diferenciação adequada.

No acórdão de 5 de outubro de 2011, *Romana Tabacchi/Comissão* (processo T-11/06, ainda não publicado), tendo declarado que a Comissão tinha, por um lado, cometido erros de apreciação dos factos relativos à duração da participação da recorrente na coligação e, por outro, violado o princípio da igualdade de tratamento ao apreciar o peso específico desta participação, o Tribunal Geral remediou tal facto exercendo a sua competência de plena jurisdição. Assim, considerou que, tendo em conta, nomeadamente, o efeito cumulativo das ilegalidades anteriormente declaradas e a capacidade financeira limitada da recorrente, seria efectuada uma apreciação justa de todas as circunstâncias do caso concreto, fixando o montante final da coima aplicada à recorrente em 1 milhão de euros em vez de 2,05 milhões de euros. A este respeito, precisou, por um lado, que uma coima desse montante permite reprimir de modo eficaz o comportamento ilegal da recorrente, de modo não negligenciável e de forma suficientemente dissuasiva e, por outro, que qualquer coima superior a este montante seria desproporcionada tendo em conta a infração imputada à recorrente, apreciada no seu conjunto.

### 3. Contribuições no domínio das operações de concentração

No seu acórdão de 12 de outubro de 2011, *Association belge des consommateurs test-achats/Comissão* (processo T-224/10, ainda não publicado), o Tribunal Geral clarificou os requisitos de admissibilidade de um recurso interposto por um terceiro, por um lado, de uma decisão da Comissão que declarou uma operação de concentração (no caso concreto, entre a EDF e a Segebel) compatível com o mercado comum e, por outro, do indeferimento do pedido apresentado pelas autoridades nacionais de reenvio parcial do exame da concentração às referidas autoridades (decisão de recusa de reenvio).

#### a) Legitimidade processual de terceiros

A este respeito, o Tribunal Geral recordou que resulta da jurisprudência que, relativamente às decisões da Comissão respeitantes à compatibilidade de uma concentração com o mercado comum, a legitimidade processual dos terceiros interessados numa concentração deve ser apreciada de forma diferente consoante estes, por um lado, invoquem vícios que afetam a substância dessas decisões (terceiros interessados de «primeira categoria») ou, por outro, aleguem que a Comissão violou direitos processuais que lhes são conferidos pelos atos do direito da União que regem o controlo das concentrações (terceiros interessados de «segunda categoria»).

Quanto à primeira categoria, é necessário que os terceiros sejam afetados pela decisão impugnada em função de determinadas qualidades que lhes são próprias ou de uma situação de facto que os caracteriza relativamente a qualquer outra pessoa e os individualiza de modo análogo ao de um destinatário. Ora, no caso concreto, a recorrente não pertence à primeira categoria, dado que a decisão da Comissão não lhe diz individualmente respeito. Quanto à questão de saber se a recorrente pertence à segunda categoria, o Tribunal precisou que as associações de consumidores gozam de um direito processual (direito de ser ouvido) no âmbito do procedimento administrativo de exame de uma concentração, sem prejuízo do respeito de dois requisitos: em primeiro lugar, a concentração deve ter por objeto produtos ou serviços utilizados pelos consumidores finais e, em segundo lugar, a associação deve ter efetivamente apresentado um pedido escrito com vista a ser ouvida pela Comissão durante o procedimento de exame.

O Tribunal declarou que o recorrente preenchia o primeiro requisito (a concentração em causa era suscetível de ter efeitos, pelo menos de natureza secundária, nos consumidores), mas não o segundo. A este respeito, o Tribunal sublinhou que as iniciativas que qualquer terceiro deve efectuar para ser implicado num procedimento de controlo de uma operação de concentração devem ter lugar a partir da data da notificação formal da concentração. Tal permite, no interesse de terceiros, evitar que apresentem pedidos antes de ser estabelecido o objeto do procedimento de controlo levado a cabo pela Comissão, com a notificação da operação económica em causa. Além disso, este facto evita que a Comissão deva filtrar sistematicamente, entre os pedidos que recebe, os que se referem a operações económicas que mais não são do que hipóteses abstractas, ou mesmo meros boatos, e os que dizem respeito a operações que conduzem a uma notificação. No caso concreto, o recorrente tinha pedido à Comissão para ser ouvido no âmbito do exame da concentração dois meses antes da sua notificação. Ora, segundo o Tribunal, este facto não é suscetível de colmatar a falta de renovação deste pedido ou a inércia do recorrente quando a operação económica pretendida pela EDF e pela Segebel tenha efetivamente assumido a forma de uma concentração devidamente notificada.

#### b) Caráter impugnável de uma decisão de recusa de reenvio

Segundo jurisprudência assente, um terceiro interessado por uma concentração pode impugnar no Tribunal Geral a decisão pela qual a Comissão defere o pedido de reenvio apresentado por uma autoridade nacional de concorrência. Em contrapartida, o Tribunal Geral considera que os terceiros interessados não têm o direito de impugnar uma decisão de recusa de reenvio pela qual a Comissão indefere o pedido de reenvio apresentado por uma autoridade nacional. Com efeito, os direitos processuais e a protecção jurisdicional que o direito da União reconhece a estes terceiros não são de modo algum ameaçados pela decisão de recusa de reenvio. Pelo contrário, esta decisão garante aos terceiros interessados por uma concentração de dimensão comunitária, por um lado, que esta será examinada pela Comissão à luz do direito da União e, por outro, que o Tribunal Geral será o juiz competente para conhecer de um eventual recurso da decisão da Comissão que põe termo ao procedimento.

### Auxílios de Estado

#### 1. Admissibilidade

A jurisprudência deste ano contém precisões no que diz respeito, em particular, aos conceitos de ato que produz efeitos jurídicos vinculativos e de interesse em agir.

No seu acórdão de 8 de dezembro de 2011, *Deutsche Post/Comissão* (processo T-421/07, ainda não publicado), o Tribunal Geral julgou inadmissível o recurso interposto pela Deutsche Post da decisão da Comissão de dar início ao procedimento formal de investigação relativo ao auxílio que lhe tinha sido concedido pela República Federal da Alemanha. O Tribunal declarou que a decisão impugnada, que tinha sido precedida por uma primeira decisão de início do procedimento formal de investigação em 1999, não constituía um ato impugnável.

Segundo o Tribunal, uma decisão da Comissão de início do procedimento formal, ato de natureza preparatória da decisão final, produz efeitos jurídicos autónomos e, por conseguinte, constitui um ato impugnável não apenas na hipótese em que o recorrente contesta a classificação do auxílio como auxílio novo, mas também quando contesta a própria qualificação da medida controvertida de auxílio de Estado na aceção do artigo 87.º, n.º 1, CE.

Todavia, no caso concreto, o Tribunal declarou que o ato impugnado, que consistia numa segunda decisão de início do procedimento formal, não constituía um ato impugnável na medida em que não

produzia efeitos jurídicos autónomos relativamente à primeira decisão de início do procedimento. O ato impugnado tinha por objeto as mesmas medidas que já tinham sido objeto da decisão anterior de início do procedimento. Além disso, a Comissão já tinha mencionado o facto de que as medidas controvertidas podiam ser abrangidas pelo âmbito de aplicação da proibição do artigo 87.º, n.º 1, CE e que os efeitos jurídicos autónomos decorrentes do ato impugnado já tinham, por conseguinte, sido provocados pela referida decisão de início do procedimento. O Tribunal salientou igualmente que, aquando da adoção do ato impugnado, o procedimento formal de investigação de 1999 relativo às medidas controvertidas ainda não tinha sido encerrado e que, assim, o ato impugnado não tinha alterado o alcance jurídico das medidas controvertidas nem a situação jurídica da recorrente.

Nos processos apensos *Freistaat Sachsen e Land Sachsen-Anhalt e Mitteldeutsche Flughafen e Flughafen Leipzig-Halle/Comissão* (acórdão de 24 de Março de 2011, processos apensos T-443/08 e T-455/08, ainda não publicado, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça), a qualificação de uma entrada de capital de auxílio de Estado foi impugnada no Tribunal Geral em dois recursos da decisão da Comissão que declarava o auxílio concedido pela República Federal da Alemanha ao aeroporto de Leipzig-Halle compatível com o mercado comum, o primeiro interposto pelos acionistas públicos das empresas gestoras do aeroporto (processo T-443/08) e o segundo interposto pelas duas empresas gestoras do aeroporto (processo T-455/08).

O Tribunal Geral julgou inadmissível, por falta de interesse em agir, o recurso dos acionistas públicos no processo T-443/08. A título preliminar, o Tribunal Geral recordou que um recurso de anulação interposto por uma pessoa singular ou coletiva só é admissível na medida em que o recorrente tenha interesse em que o ato impugnado seja anulado. Esse interesse deve ser efectivo e actual e aprecia-se no dia da interposição do recurso. O Tribunal salientou igualmente que o simples facto de uma decisão da Comissão declarar um auxílio compatível com o mercado comum e não causar, portanto, em princípio, um prejuízo às empresas beneficiárias do auxílio não dispensa o juiz da União de examinar se a apreciação da Comissão produz efeitos jurídicos vinculativos que possam afetar os interesses das referidas empresas.

Em primeiro lugar, o Tribunal Geral considerou que o facto de a decisão não corresponder à posição defendida pelas recorrentes no procedimento administrativo não produz, só por si, qualquer efeito jurídico vinculativo que possa afetar os seus interesses e não pode, só por si, portanto, justificar o seu interesse em agir. Com efeito, o procedimento de controlo dos auxílios de Estado é, dada a sua economia geral, um procedimento instaurado relativamente ao Estado-Membro responsável pela concessão do auxílio. As empresas beneficiárias dos auxílios e as entidades territoriais infra-estatais que concedem os auxílios, como os concorrentes dos beneficiários dos auxílios, apenas são considerados «interessados» nesse procedimento. O Tribunal acrescentou que esses recorrentes não são, de modo algum, privados de uma protecção jurisdicional efectiva contra a decisão da Comissão que qualifica uma entrada de capital de auxílio de Estado. Com efeito, mesmo que o recurso de anulação fosse julgado inadmissível, nada obstará a que os referidos recorrentes propusessem ao juiz nacional, no âmbito de um processo instaurado num órgão jurisdicional nacional, no qual seriam eventualmente postos em causa no sentido de assumirem as consequências da pretensa nulidade da entrada de capital que evocaram, que procedesse a um reenvio prejudicial nos termos do 234.º CE, para impugnar a validade da decisão da Comissão na medida em que declara que a medida em causa constitui um auxílio.

Em segundo lugar, no que se refere às pretensas consequências negativas decorrentes da qualificação da entrada de capital de auxílio de Estado, o Tribunal Geral considera que um recorrente não pode invocar situações futuras e incertas para justificar o seu interesse no pedido de anulação do ato impugnado. O facto de um recorrente se referir a consequências «possíveis» da pretensa nulidade de uma entrada de capital em matéria de direito das sociedades e de insolvência, e não a consequências

incertas, é, por conseguinte, insuficiente para reconhecer esse interesse. Além disso, o Tribunal salienta que os recorrentes, acionistas públicos do beneficiário do auxílio, não demonstraram dispor de um interesse próprio, distinto do interesse do beneficiário, de pedir a anulação da decisão. Ora, a não ser que uma pessoa possa alegar um interesse em agir diferente do de uma empresa cujo ato da União lhe diz respeito e da qual detém uma parte do capital, aquela só poderá defender os seus interesses em relação a este ato através do exercício dos seus direitos de associado dessa empresa.

No acórdão de 20 de setembro de 2011, *Regione autonoma della Sardegna e o./Comissão* (processos apensos T-394/08, T-408/08, T-453/08 e T-454/08, ainda não publicado, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça), o Tribunal Geral julgou improcedente a exceção de inadmissibilidade invocada pela Comissão e considerou o facto de as recorrentes e as intervenientes não terem interposto no prazo exigível recurso da decisão de retificação, que tinha o mesmo objeto e a mesma finalidade de uma decisão de início do procedimento formal de investigação, não as impediria de invocar os fundamentos relativos à ilegalidade desta última contra a decisão final da Comissão.

Com efeito, uma decisão que põe termo à fase formal de investigação produz efeitos jurídicos vinculativos susceptíveis de afetar os interesses das partes interessadas, uma vez que põe fim ao procedimento em causa e se pronuncia definitivamente sobre a compatibilidade da medida examinada com as regras aplicáveis aos auxílios de Estado. Portanto, as partes interessadas dispõem sempre da possibilidade de impugnar essa decisão e, nesse quadro, devem poder pôr em causa os diferentes elementos que fundamentam a posição definitiva adotada pela Comissão. O Tribunal acrescenta que essa possibilidade é independente da questão de saber se a decisão de dar início ao procedimento formal de investigação pode ser objeto de um recurso de anulação. É verdade que é possível interpor recurso da referida decisão de início quando este produz efeitos jurídicos definitivos, o que acontece quando a Comissão dá início a um procedimento formal de investigação em relação a uma medida que qualifica, a título provisório, de auxílio novo. Todavia, esta possibilidade de impugnar uma decisão de abertura de um procedimento não pode ter a consequência de reduzir os direitos processuais das partes interessadas, impedindo-as de impugnar a decisão final e de invocar, em apoio do seu pedido, vícios relativos a todas as etapas do procedimento que levou a essa decisão.

## 2. Regras materiais

### a) Conceito de auxílio de Estado

No acórdão de 12 de maio de 2011, *Région Nord - Pas-de-Calais e Communauté d'Agglomération du Douaisis/Comissão* (processos apensos T-267/08 e T-279/08, ainda não publicado, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça), o Tribunal Geral fez algumas considerações sobre o conceito de recursos estatais, nomeadamente no que se refere ao requisito da imputabilidade das medidas em causa ao Estado.

A este respeito, o Tribunal Geral recordou que o facto de os adiantamentos terem sido concedidos pela Région Nord - Pas-de-Calais e pela Communauté d'agglomération du Douaisis, portanto por entidades públicas territoriais e não pelo poder central, não era, só por si, suscetível de subtrair essas medidas ao âmbito de aplicação do artigo 107.º, n.º 1, TFUE. Além disso, o Tribunal precisou que o facto de o financiamento das medidas controvertidas por recursos próprios da Région Nord - Pas-de-Calais e da Communauté d'agglomération du Douaisis não serem de natureza fiscal ou para-fiscal também não pode subtrair essas medidas à qualificação de auxílio de Estado. Com efeito, o critério determinante em matéria de recursos do Estado é o controlo público, e o artigo 107.º, n.º 1, TFUE engloba todos os meios pecuniários, resultem ou não de contribuições obrigatórias, que o sector público possa efetivamente utilizar para apoiar as empresas.



No seu acórdão de 20 de setembro de 2011, *Regione autonoma della Sardegna e o./Comissão*, já referido, a Comissão era acusada de ter qualificado de forma errada as medidas controvertidas de auxílios novos ilegais, pelo facto de não terem sido notificadas, em vez de auxílios existentes aplicados de forma abusiva.

O Tribunal Geral recordou que, quando a alteração afeta o regime inicial na sua essência, esse regime transforma-se num regime de auxílios novo. Pelo contrário, quando a alteração não é essencial, só a própria alteração, enquanto tal, poderá ser qualificada como um auxílio novo. No caso concreto, a decisão de autorização referia-se expressamente à condição da anterioridade do pedido de auxílio em relação ao início da execução dos projetos de investimento. Observando que, com fundamento na medida não notificada, a Região da Sardenha podia conceder auxílios a projetos cuja execução tinha começado antes da apresentação dos pedidos de auxílio, o Tribunal considerou que o regime aplicado foi alterado em relação ao regime aprovado. Ora, segundo o Tribunal, esta alteração não pode ser qualificada de pouco significativa ou anódina. Com efeito, na medida em que, como resulta das orientações de 1998<sup>10</sup>, a Comissão sujeita regularmente a sua aprovação dos regimes de auxílios com finalidade regional à condição da anterioridade do pedido de auxílio em relação ao início da execução dos projetos, sendo a eliminação desta condição suscetível de ter efeitos sobre a avaliação da compatibilidade da medida de auxílio com o mercado comum. O Tribunal concluiu que os auxílios controvertidos eram auxílios novos e não auxílios existentes. Estes auxílios novos eram ilegais porque a alteração do regime aprovado não tinha sido notificada à Comissão.

Por fim, o Tribunal precisou que os auxílios controvertidos não podiam ser qualificados de auxílios aplicados de forma abusiva, visando esta qualificação a hipótese em que o beneficiário utiliza o auxílio em violação da decisão que o aprovou. Ora, no caso concreto, a violação da decisão de aprovação não era imputável aos beneficiários dos auxílios, mas à Região da Sardenha.

#### b) Poder de apreciação da Comissão: Investigação de um regime de auxílio — Regulamento de isenção

No acórdão de 14 de julho de 2011, *Freistaat Sachsen/Comissão* (T-357/02 RENV, ainda não publicado), o Tribunal Geral rejeitou o fundamento do recorrente de que a Comissão não exerceu o seu poder de apreciação aquando da investigação do regime de auxílio em causa, tendo-se limitado a aplicar os critérios previstos no regulamento de isenção PME<sup>11</sup>.

O Tribunal considera que o objeto do regulamento de isenção PME é, simultaneamente, declarar compatíveis com o mercado comum determinados auxílios concedidos às pequenas e médias empresas (PME) e isentar os Estados da obrigação de notificação destes auxílios. Todavia, isto não significa que nenhum outro auxílio a favor das PME possa ser declarado compatível com o mercado comum no final de um exame realizado pela Comissão à luz dos critérios definidos no artigo 87.º, n.º 3, CE, na sequência de uma notificação efectuada por um Estado-Membro. O Tribunal precisou igualmente que, se a Comissão pode estabelecer regras gerais de execução que estruturam o exercício do poder de apreciação que lhe é conferido pelo artigo 87.º, n.º 3.º CE, não se pode abster totalmente, quando aprecia um caso específico, do referido poder de apreciação, em especial relativamente aos casos que não previu expressamente, ou mesmo não regulamentou, das referidas regras gerais de execução. Por conseguinte, este poder de apreciação não se esgota com a adoção dessas regras gerais e nada obsta, em princípio, a uma eventual apreciação individual fora do âmbito das referidas regras,

<sup>10</sup> Orientações de 10 de março de 1998 relativas aos auxílios estatais com finalidade regional (JO, C 74, p. 9).

<sup>11</sup> Regulamento (CE) n.º 70/2001 da Comissão, de 12 de janeiro de 2001, relativo à aplicação dos artigos 87.º e 88.º do Tratado CE aos auxílios estatais a favor das pequenas e médias empresas (JO L 10, p. 33).

desde que, todavia, a Comissão respeite as regras superiores de direito, como as regras do Tratado e os princípios gerais de direito da União. No caso concreto, o Tribunal concluiu que a Comissão tinha exercido esse poder de apreciação corretamente ao examinar a compatibilidade da medida não apenas tendo em conta os critérios definidos no regulamento de isenção PME, mas também com fundamento no artigo 87.º, n.º 3, CE.

### c) Conceito de dificuldades sérias

No seu acórdão de 27 de setembro de 2011, *3F/Comissão* (T-30/03 RENV, ainda não publicado, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça), o recorrente pedia a anulação da decisão da Comissão de não suscitar objeções ao regime fiscal dinamarquês em causa. O Tribunal Geral negou provimento ao recurso com o fundamento de que o recorrente não demonstrou que a Comissão se tivesse confrontado com dificuldades sérias e tenha sido obrigada a dar início a um procedimento formal de investigação.

Segundo o Tribunal, o procedimento formal de investigação reveste caráter indispensável sempre que a Comissão se depare com dificuldades sérias para apreciar se um auxílio é compatível com o mercado comum. O conceito de dificuldades sérias reveste um caráter objetivo, devendo a existência de tais dificuldades ser apreciada tanto em função das circunstâncias da adoção do ato impugnado como do seu conteúdo, de modo objetivo, relacionando as razões da decisão com os elementos de que a Comissão dispunha quando se pronunciou sobre a compatibilidade dos auxílios controvertidos com o mercado comum. Daqui decorre que a fiscalização da legalidade efectuada pelo Tribunal sobre a existência de dificuldades sérias extravasa, por natureza, da apreciação do erro manifesto de apreciação. O ónus da prova da existência de dificuldades sérias incumbe ao recorrente, o qual deve fazer essa prova a partir de um conjunto de indícios concordantes, relativos, por um lado, às circunstâncias e à duração do procedimento de investigação preliminar e, por outro, ao conteúdo da decisão impugnada.

Com vista a estabelecer a existência de dificuldades sérias, era invocada, em particular, a duração do procedimento de investigação preliminar. A este respeito, o Tribunal precisou que, embora a Comissão não seja obrigada a proceder a uma investigação preliminar num prazo determinado quando as medidas estatais não foram notificadas, como no caso concreto, é, todavia, obrigada a proceder a uma investigação diligente e imparcial das denúncias recebidas em relação às medidas estatais não notificadas e não pode prolongar indefinidamente a investigação preliminar. O caráter razoável da duração do procedimento deve ser apreciado em função das circunstâncias específicas a cada processo.

No caso concreto, o Tribunal Geral considerou que, embora uma investigação preliminar que durou mais de quatro anos possa ser considerada, no seu conjunto, como uma investigação que excedeu o que uma primeira investigação poderia normalmente durar, esta duração justificou-se pelas circunstâncias e pelo contexto do procedimento. Foi, nomeadamente, levado em conta o facto de o regime fiscal em causa ter sido objeto de uma alteração legislativa que deu lugar a diversas discussões e trocas de correspondência entre o Estado-Membro e a Comissão. Além disso, se a duração do investigação preliminar pode constituir um indício da existência de dificuldades sérias, a mesma não é suficiente, em si, para demonstrar a existência dessas dificuldades. Só se for corroborado por outros elementos além do decurso do prazo, mesmo que este tenha excedido de forma significativa o que uma primeira investigação preliminar pode normalmente durar, é que se pode reconhecer que a Comissão encontrou dificuldades sérias de apreciação que exigiam a abertura de um procedimento formal de investigação.

#### d) Conceito de atividade económica

Nos processos *Freistaat Sachsen e Land Sachsen-Anhalt e Mitteldeutsche Flughafen e Flughafen Leipzig-Halle/Comissão*, já referidos, o Tribunal Geral foi chamado a pronunciar-se sobre a questão de saber se a construção de infraestruturas portuárias, quando são colocadas à disposição dos gestores de infraestruturas, constituía uma atividade económica.

No contexto do direito da concorrência, o conceito de empresa abrange qualquer entidade que exerça uma atividade económica, independentemente do seu estatuto jurídico e do seu modo de financiamento. Constitui uma atividade económica qualquer atividade consistente na oferta de bens ou serviços num determinado mercado. A este respeito, o Tribunal declarou, em primeiro lugar, que a gestão de infraestruturas aeroportuárias constitui uma atividade económica, nomeadamente quando a empresa oferece serviços aeroportuários contra uma remuneração resultante das taxas aeroportuárias, devendo estas últimas ser analisadas como correspondendo à contrapartida de serviços prestados pelo concessionário do aeroporto. Também precisou que o facto de uma empresa gerir um aeroporto regional e não um aeroporto internacional não põe em causa o carácter económico da sua atividade, na medida em que esta consiste na oferta de serviços contra uma remuneração no mercado dos serviços aeroportuários regionais. A exploração de uma pista faz parte da atividade económica da empresa gestora, nomeadamente quando é explorada para fins comerciais. Em segundo lugar, o Tribunal declarou que, para efeitos da apreciação do carácter económico da atividade da empresa no contexto do financiamento público da extensão de uma pista, não se deve dissociar a atividade que consiste em construir ou ampliar uma infraestrutura da utilização posterior que é feita da mesma, na medida em que o carácter económico ou não da utilização posterior da infraestrutura construída determina necessariamente o carácter da atividade de extensão. Com efeito, as pistas de aterragem e de descolagem são elementos essenciais das atividades económicas realizadas por uma entidade que explora um aeroporto. A construção de pistas de aterragem e de descolagem permite assim a um aeroporto exercer a sua atividade económica principal, ou, quando se trata da construção de uma pista suplementar ou da extensão de uma pista existente, desenvolvê-la.

#### e) Critério do investidor privado numa economia de mercado

No seu acórdão *Région Nord - Pas-de-Calais e Communauté d'Agglomération du Douaisis/Comissão*, já referido, o Tribunal Geral declarou que a Comissão efectuou, como a tal era obrigada, uma análise com o objetivo de se assegurar que o beneficiário do auxílio não poderia ter obtido um empréstimo em condições semelhantes no mercado do crédito. Recorda que, para apreciar se uma medida estatal constitui um auxílio, há que determinar se a empresa beneficiária recebeu uma vantagem económica que não teria obtido em condições normais de mercado. Para o efeito, há que aplicar o critério baseado nas possibilidades de a empresa beneficiária obter as quantias em causa em condições semelhantes no mercado de capitais. Em particular, deve colocar a questão de saber se um investidor privado teria realizado a operação em causa nas mesmas condições. No caso concreto, o Tribunal declarou que a Comissão se baseou no facto de a sociedade Arbel Fauvet Rail, tendo em conta a sua situação financeira, não poder obter no mercado do crédito esses fundos em condições tão vantajosas como as obtidas junto das recorrentes, uma vez que os adiantamentos controvertidos foram concedidos sem qualquer garantia associada ao seu reembolso, apesar de as taxas de juro aplicadas corresponderem a empréstimos «acompanhados de garantias normais». Além disso, o Tribunal sublinhou que o facto de um devedor poder obter um crédito a curto prazo não permite avaliar as suas possibilidades de obter um empréstimo com um prazo de vencimento mais longo, cujo reembolso dependerá da sua capacidade de sobrevivência.

No seu acórdão de 17 de maio de 2011, *Buczek Automotive/Comissão* (processo T-1/08, ainda não publicado, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça), o Tribunal Geral declarou que a aplicação

feita pela Comissão do critério do hipotético credor privado violava o artigo 87.º, n.º 1, CE e que, portanto, a Comissão não tinha demonstrado de modo válido a existência de um auxílio de Estado.

Com efeito, o Tribunal salientou que, quando uma empresa confrontada com uma importante deterioração da sua situação financeira propõe aos seus credores um acordo ou uma série de acordos de reestruturação da sua dívida com vista a recuperar a sua situação e a evitar a liquidação, cada credor terá de fazer uma opção relativamente ao montante que lhe é oferecido no quadro do acordo proposto, por um lado, e ao montante que considera poder recuperar na sequência da eventual liquidação da empresa, por outro. A sua escolha é influenciada por uma série de factores, como a sua qualidade de credor hipotecário, privilegiado ou ordinário, a natureza e a amplitude das garantias que eventualmente detém, a sua apreciação sobre as hipóteses de recuperação da empresa e o benefício que teria em caso de liquidação. Daqui decorre que incumbe à Comissão determinar, quanto a cada organismo público em causa e tendo em conta os factores acima referidos, se a remissão de dívidas concedida era manifestamente mais importante do que a que teria concedido um hipotético credor privado que se encontrasse, relativamente à empresa, numa situação comparável à do organismo público em causa e que procurasse recuperar as quantias que lhe eram devidas.

No caso concreto, a Comissão tinha, por conseguinte, a obrigação de determinar se, tendo em conta esses factores, um credor privado teria, da mesma forma que os organismos públicos, preferido o procedimento legal de cobrança de dívidas ao processo de insolvência. Ora, o Tribunal considerou que a Comissão não dispunha, na altura da adoção da decisão impugnada, de elementos materiais que lhe permitissem afirmar que um credor privado teria optado pelo processo de insolvência e não teria prosseguido o procedimento legal de cobrança de dívidas. Salientou que, no que diz respeito ao benefício que um hipotético credor privado poderia ter esperado obter no quadro de um processo de insolvência, a Comissão se limitou a afirmar que a «consideração cuidadosa da vantagem derivada do reescalamento da dívida teria mostrado que a recuperação potencial não teria excedido o retorno seguro inerente à liquidação da empresa», sem, todavia, apresentar na decisão impugnada os elementos materiais nos quais se baseava esta afirmação. Em particular, a Comissão não indicou, na decisão impugnada, se dispunha, em apoio desta afirmação, de análises que comparassem o benefício que obteria o hipotético credor privado na sequência de um processo de insolvência (tendo em conta, nomeadamente, as despesas incorridas com esse processo) em relação ao benefício decorrente do procedimento legal de cobrança de dívidas. Do mesmo modo, a decisão impugnada não especificava se a Comissão tinha tido acesso a estudos ou análises que estabelecessem uma comparação entre a duração do processo de insolvência e a do procedimento legal de cobrança de dívidas.

### 3. Regras processuais

#### a) Dever de fundamentação

No acórdão *Buczek Automotive/Comissão*, já referido, o Tribunal Geral declarou que a Comissão não fundamentou suficientemente a sua decisão no que diz respeito aos requisitos relativos à afetação das trocas comerciais entre os Estados-Membros e a distorção ou a ameaça de distorção da concorrência.

O Tribunal recordou que não compete à Comissão proceder a uma análise económica da situação real dos sectores em causa, da quota de mercado da recorrente, da posição das empresas concorrentes e dos fluxos de trocas comerciais dos produtos e dos serviços em causa entre os Estados-Membros, uma vez que expõe de que forma os auxílios controvertidos falseiam a concorrência e afetam as trocas comerciais entre os Estados-Membros. Todavia, mesmo nos casos em que resulte das circunstâncias em que o auxílio foi concedido que o mesmo pode afetar as trocas comerciais entre

Estados-Membros e falsear ou ameaçar falsear a concorrência, compete à Comissão, pelo menos, evocar essas circunstâncias na fundamentação da sua decisão.

No caso concreto, o Tribunal considerou que a Comissão, na decisão impugnada, se limitou a repetir os termos do artigo 87.º, n.º 1, CE, não contendo nenhuma exposição, ainda que sucinta, dos factos e considerações jurídicas tidos em conta na apreciação desses requisitos. Além disso, a decisão impugnada não continha o mínimo elemento suscetível de demonstrar que o auxílio em causa pode afetar as trocas comerciais entre Estados-Membros e falsear ou ameaçar falsear a concorrência, nem sequer no âmbito da descrição das circunstâncias em que esse auxílio foi concedido.

No acórdão *Freistaat Sachsen e Land Sachsen-Anhalt e Mitteldeutsche Flughafen e Flughafen Leipzig-Halle/Comissão*, já referido, o Tribunal Geral anulou, por violação do dever de fundamentação, o artigo 1.º da decisão da Comissão, na medida em que fixava em 350 milhões de euros o montante do auxílio de Estado que a República Federal da Alemanha pretendia conceder ao aeroporto de Leipzig-Halle.

O Tribunal declarou que, mesmo admitindo que determinadas despesas decorrentes da entrada de capital resultem do exercício de missões públicas e não possam, por conseguinte, ser qualificadas de auxílio de Estado, a Comissão considerou, todavia, no artigo 1.º da decisão em causa, que a totalidade da entrada de capital constituía um auxílio de Estado.

Apesar de nenhuma disposição do direito da União lhe exigir que fixe o montante exato do auxílio a restituir, quando a Comissão decide indicar o montante de um auxílio de Estado, mesmo nos casos em que o auxílio é declarado compatível com o mercado comum, o Tribunal Geral sublinhou que a Comissão deve indicar o montante exato deste. Ora, no caso concreto, salientou que o montante do auxílio de Estado referido no artigo 1.º da decisão em causa é errado, dado que os montantes relativos às missões de serviço público não constituíam um auxílio de Estado e deviam, assim, ser deduzidos do montante total da entrada de capital.

## b) Direitos de defesa

No acórdão *Région Nord - Pas-de-Calais e Communauté d'Agglomération du Douaisis/Comissão*, já referido, o Tribunal Geral recordou a jurisprudência assente segundo a qual os interessados não podem invocar os direitos de defesa enquanto tais, dispondo apenas do direito de serem ouvidos e associados ao procedimento numa medida adequada às circunstâncias do caso concreto. Embora não se possa excluir que uma entidade infraestatal disponha de um estatuto que lhe conceda uma autonomia suficiente em relação ao governo central de um Estado-Membro para desempenhar um papel fundamental na definição do contexto político e económico no qual operam as empresas, o Tribunal sublinhou que o papel dos interessados, com exceção do Estado-Membro em causa, se limita ao papel de fonte de informação da Comissão no procedimento de controlo dos auxílios de Estado. Por conseguinte, estes não podem pretender participar, eles próprios, num debate contraditório com a Comissão.

## c) Protecção da confiança legítima

No acórdão *Regione autonoma della Sardegna e o./Comissão*, já referido, o Tribunal Geral julgou improcedente a alegação relativa à violação do princípio da protecção da confiança legítima, tendo recordado que a protecção da confiança legítima não pode ser invocada por uma pessoa condenada em razão de uma violação manifesta da regulamentação em vigor. Tal acontecia no caso concreto, na medida em que a Região da Sardenha tinha estabelecido um regime de auxílios ilegal, visto que não foi notificado à Comissão. Esta violação foi considerada manifesta, na medida em que tanto as

orientações de 1998 como a decisão de autorização<sup>12</sup> mencionavam expressamente o requisito do pedido prévio ao início das obras.

No que respeita à confiança legítima dos beneficiários decorrente da existência de uma decisão de autorização anterior, o Tribunal salientou que, em princípio, salvo circunstâncias excepcionais, só se pode invocar a confiança legítima na regularidade de um auxílio de Estado se este auxílio tiver sido concedido no respeito do procedimento previsto no artigo 88.º CE, o que um operador económico diligente deve, em regra, poder assegurar. No caso concreto, o Tribunal salientou que a decisão de autorização indicava claramente que a autorização da Comissão apenas dizia respeito aos auxílios a projetos levados a cabo após a apresentação do pedido de auxílio. Os beneficiários do auxílio controvertido, que não respeitavam este requisito, não podiam, por conseguinte, em princípio, invocar a confiança legítima na sua regularidade. Embora a jurisprudência não exclua a possibilidade de os beneficiários de um auxílio ilegal invocarem, no âmbito do processo de reembolso, circunstâncias excepcionais para se oporem ao reembolso do auxílio, só se pode agir neste sentido, com base nas disposições pertinentes do direito nacional, no âmbito do processo de reembolso perante os órgãos jurisdicionais nacionais, únicos competentes para apreciar, eventualmente após ter submetido ao Tribunal de Justiça questões prejudiciais de interpretação, as circunstâncias da causa.

### *Marca comunitária*

As decisões relativas à aplicação do Regulamento (CE) n.º 40/94, substituído pelo Regulamento (CE) n.º 207/2009<sup>13</sup>, representam, ainda em 2011, uma parte importante do contencioso do Tribunal Geral (240 processos decididos, 219 processos entrados). Por conseguinte, só poderá ser apresentado uma breve resenha destas decisões.

#### **1. Motivos absolutos de recusa**

O ano de 2011 foi, nomeadamente, marcado pelos dois primeiros processos de aplicação do artigo 7.º, n.º 1, alínea f), do Regulamento n.º 207/2009. Com efeito, o Tribunal Geral negou provimento a dois recursos de recusas de registo de marcas comunitárias contrárias à ordem pública e aos bons costumes. Em primeiro lugar, no acórdão de 20 de setembro de 2011, *Couture Tech/IHMI (representação do emblema soviético)* (processo T-232/10, ainda não publicado), o Tribunal Geral indicou que os sinais susceptíveis de serem apreendidos pelo público relevante como contrários à ordem pública ou aos bons costumes não são os mesmos em todos os Estados-Membros, nomeadamente por razões linguísticas, históricas, sociais ou culturais. Daqui concluiu que há que levar em consideração não apenas as circunstâncias comuns a todos os Estados-Membros da União, mas igualmente as circunstâncias particulares de cada Estado-Membro, individualmente considerado, susceptíveis de influenciar a percepção do público relevante situado no território destes Estados. O Tribunal observou que os elementos de direito nacional, húngaro no caso concreto, não são aplicáveis devido ao seu valor normativo e, por conseguinte, não são regras que vinculam o Instituto de Harmonização no Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos) (IHMI). Contudo, estes elementos são indícios factuais que permitem apreciar a percepção de certas categorias de sinais pelo público relevante situado no Estado-Membro em causa.

<sup>12</sup> Decisão SG(98) D/9547 da Comissão, de 12 de novembro de 1998, que autoriza o regime de auxílios «N 272/98 — Itália: Auxílio a favor da indústria hoteleira».

<sup>13</sup> Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho, de 20 de dezembro de 1993, sobre a marca comunitária (JO 1994, L 11, p. 1), substituído pelo Regulamento (CE) n.º 207/2009 do Conselho, de 26 de fevereiro de 2009, sobre a marca comunitária (JO L 78, p. 1).



Após ter constatado que o Código Penal húngaro proibia certas utilizações de «símbolos de despotismo», entre os quais a foice e o martelo e a estrela vermelha de cinco pontas, visando esta proibição igualmente a utilização dos sinais em causa enquanto marcas, o Tribunal afirmou nomeadamente que o conteúdo semântico do emblema da antiga União das Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) não foi diluído ou transformado ao ponto de já não ser apreendido como símbolo político. Por conseguinte, considerou que a Câmara de Recurso decidiu corretamente ao declarar que a utilização, enquanto marca, da marca pedida seria apreendida por uma parte substancial do público relevante situado na Hungria como contrária à ordem pública ou aos bons costumes na aceção do artigo 7.º, n.º 1, alínea f), do Regulamento n.º 207/2009.

Seguidamente, no processo *PAKI Logistics/IHMI (PAKI)* (acórdão de 5 de outubro de 2011, T-526/09, não publicado), estava em causa o sinal PAKI, cujo registo tinha sido recusado pela Câmara de Recurso com fundamento no facto de ser apreendido pelo público anglófono da União Europeia como um termo racista, que correspondia à denominação degradante e insultuosa de um paquistanês ou, em termos mais gerais, de uma pessoa originária do subcontinente indiano, residente, nomeadamente, no Reino Unido. Neste contexto, o Tribunal Geral sublinhou que, embora o artigo 7.º, n.º 1, alínea f), do Regulamento n.º 207/2009 abrangesse, em primeiro lugar, qualquer sinal cuja utilização seja proibida por uma disposição do direito da União ou do direito nacional, mesmo não existindo tal proibição, o seu registo como marca comunitária não será possível com fundamento no motivo absoluto de recusa previsto nesta disposição, caso seja profundamente ofensivo. A apreciação da existência deste motivo absoluto de recusa deve ser efectuada tendo por base os critérios de uma pessoa razoável, com um nível médio de sensibilidade e de tolerância. Além disso, não se pode limitar o público relevante ao público ao qual se destinam diretamente os produtos e os serviços para a protecção dos quais o registo é requerido. Com efeito, deve ser levado em conta o facto de que os sinais abrangidos por este motivo de recusa causarão indignação não apenas ao público ao qual os produtos e serviços designados pelo sinal se destinam, mas também a outras pessoas que, apesar de não estarem interessadas nos referidos produtos e serviços, se depararão incidentalmente com este sinal na sua vida quotidiana. Tendo rejeitado os diferentes argumentos da recorrente tendentes a demonstrar que o termo «paki» não é, de modo algum, unívoco e discriminatório, o Tribunal concluiu que a Câmara de Recurso considerou legitimamente que este termo é apreendido como um insulto racista pelo público anglófono da União e que, por conseguinte, o seu registo viola a ordem pública e os bons costumes.

Além disso, no acórdão de 6 de julho de 2011, *i-content /IHMI (BETWIN)* (processo T-258/09, ainda não publicado), o Tribunal Geral anulou a decisão impugnada pelo facto de a Câmara de Recurso não ter fundamentado suficientemente o carácter descritivo e a falta de carácter distintivo da marca requerida em relação a determinados serviços previstos no pedido de registo. A este respeito, recordou que a faculdade de a Câmara de Recurso proceder a uma fundamentação geral para uma série de produtos ou de serviços só se pode estender a produtos e serviços que apresentem entre si uma relação suficientemente direta e concreta, formando uma categoria com homogeneidade suficiente para permitir que o conjunto das considerações de facto e de direito que fazem parte da fundamentação da decisão em causa, por um lado, explicita suficientemente o raciocínio seguido pela Câmara de Recurso para cada um dos produtos e dos serviços dessa categoria e, por outro, possa ser aplicado indiferentemente a cada um dos produtos e dos serviços em causa. Ora, no caso concreto, a decisão impugnada apresenta poucas indicações para associar os diferentes fundamentos de recusa aos numerosos serviços protegidos pela marca requerida. Do mesmo modo, o Tribunal salientou que a fundamentação relativa à falta de carácter distintivo da marca requerida se limita a indicar que a marca requerida, enquanto indicação descritiva «cujo significado podia ser compreendido por qualquer um, sem conhecimentos especializados e sem esforço de análise», e também desprovida de carácter distintivo, seria excluída do registo por força do artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 207/2009. O Tribunal também salientou que a Câmara de Recurso apenas indicou

que o termo «betwin» veiculava unicamente uma incitação geral a participar em certas apostas ou jogos, ou a obter vantagens económicas sob a forma de ganho, sem precisar o nexos possível com um determinado prestatário e que, por esta razão, o sinal em causa não permitia ao consumidor em questão concebê-lo como uma referência a uma origem comercial determinada dos serviços em relação com as possibilidades de apostas e de ganhos e de o perceber como o sinal individual de um prestatário determinado deste sector. Nestas circunstâncias, o Tribunal considerou que, no que se refere aos serviços que não se encontrem diretamente relacionados com o sector das apostas e dos jogos, a falta de fundamentação deve ser suscitada a título oficioso. Com efeito, não é possível compreender de que forma esta fundamentação geral se poderia aplicar a todos os outros serviços heterogéneos que são objeto do pedido de marca e dos quais alguns não têm nenhuma relação com as apostas e a procura de ganhos.

No que respeita ao sinal TDI, o Tribunal Geral também negou provimento, no acórdão de 6 de julho de 2011, *Audi e Volkswagen/IHMI (TDI)* (processo T-318/09, ainda não publicado, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça), ao recurso da decisão da Câmara de Recurso segundo a qual o sinal TDI, composto pelas iniciais dos termos previstos nas expressões «turbo direct injection» ou «turbo diesel injection», era descritivo em toda a União.

Em primeiro lugar, o Tribunal Geral indicou que o sinal nominativo TDI (objeto de um pedido de registo como marca comunitária para «Veículos e respetivas partes») pode servir para designar as características essenciais dos produtos e serviços previstos no pedido de marca. Relativamente aos veículos, este sinal nominativo designava a sua qualidade, uma vez que a característica essencial de um veículo é ser dotado de um motor «turbo diesel injection» ou «turbo direct injection». Quanto aos elementos de construção dos automóveis, o sinal nominativo TDI designa o seu tipo. Por conseguinte, o Tribunal considera que o sinal TDI é descritivo dos produtos em causa em toda a União. Em segundo lugar, o Tribunal rejeitou o argumento de que, para demonstrar a aquisição de um caráter distintivo pelo uso, por um lado, a implantação da marca não deve ser provada em todos os Estados-Membros e, por outro, os princípios aplicáveis ao prestígio de uma marca devem ser transpostos, de modo que é suficiente a demonstração da implantação da marca em relação a uma parte substancial do território da União. Com efeito, o Tribunal considerou que a marca deve ter adquirido caráter distintivo pelo uso em todos os Estados-Membros da União onde a marca pedida não dispunha ab initio de caráter distintivo. A este respeito, o Tribunal precisou nomeadamente que, tendo em conta o objeto do artigo 9.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento n.º 207/2009 (que tem por objetivo proteger os interesses legítimos dos titulares cuja marca adquiriu prestígio, devido aos seus esforços comerciais e publicitários), o método escolhido para determinar o território relevante no âmbito da aplicação desta disposição não pode ser aplicado à aquisição do caráter distintivo pelo uso.

Por outro lado, no acórdão de 17 de maio de 2011, *Consejo Regulador de la Denominación de Origen Txakoli de Álava e o./IHMI (TXAKOLI)* (processo T-341/09, ainda não publicado), o Tribunal Geral foi chamado a interpretar o artigo 66.º, n.º 2, do Regulamento n.º 207/2009, relativo às marcas comunitárias coletivas, que enuncia uma exceção ao artigo 7.º, n.º 1, alínea c), do Regulamento n.º 207/2009. Com efeito, nos termos da primeira destas disposições, podem constituir marcas comunitárias coletivas, os sinais ou indicações que (apesar de serem descritivos) possam servir para designar a proveniência geográfica dos produtos ou serviços. No caso concreto, os recorrentes alegavam que o termo «txakoli» constituía uma indicação que podia servir para designar a proveniência geográfica do produto e dos serviços para os quais o registo foi requerido, na medida em que se tratava de uma menção tradicional complementar protegida pela regulamentação vitícola reservada aos vinhos das denominações de origem dos quais eram os conselhos reguladores.

A este respeito, o Tribunal considerou que este termo era considerado pela regulamentação aplicável apenas como a indicação de uma característica dos vinhos, e não como uma indicação da sua

proveniência geográfica, apesar da relação pretensamente existente entre o termo «txakoli» e o País Basco. Ora, o artigo 66.º do Regulamento n.º 207/2009 não deve ser interpretado de forma extensiva. Com efeito, tal equivaleria a usurpar a competência das autoridades que intervêm em matéria de denominações de origem ou indicações geográficas. Além disso, a exclusividade conferida por outras disposições do direito da União à utilização do termo «txakoli» não pode implicar automaticamente o registo do sinal em causa enquanto marca comunitária. Tal registo confere direitos específicos ao seu titular que não decorrem de outras normas como as da política agrícola.

O Tribunal indicou, por fim, que a recusa de registo da marca requerida não tem influência no direito exclusivo de que dispõem actualmente os recorrentes para utilizar os termos em causa em virtude da regulamentação em matéria vitícola e não tem por consequência autorizar a utilização desse termo a outros operadores para além dos que beneficiam desse direito em virtude dessa regulamentação, nem impedir os recorrentes de exigir o respeito da referida regulamentação.

Por fim, no acórdão de 6 de outubro de 2011, *Bang & Olufsen/IHMI (forma de um altifalante)* (processo T-508/08, ainda não publicado), o Tribunal Geral negou provimento ao recurso da decisão da Câmara de Recurso (da qual foi interposto recurso na sequência da anulação pelo Tribunal de uma decisão anterior)<sup>14</sup>, que recusou o registo de uma marca comunitária que consistia num sinal tridimensional constituído pela forma de um altifalante, uma vez que o sinal era exclusivamente constituído pela forma que conferia um valor substancial ao produto, na aceção do artigo 7.º, n.º 1, alínea e), iii), do Regulamento n.º 40/94.

No caso concreto, o Tribunal era confrontado com a questão de saber se a Câmara de Recurso tinha cometido um erro de direito ao proceder, após ter considerado que, no caso concreto, era aplicável um novo motivo absoluto de recusa — dado que o primeiro exame, que esteve na base do acórdão de anulação do Tribunal Geral, teve apenas por objeto o artigo 7.º, n.º 1, alínea b), do Regulamento n.º 40/94, isto é, a exigência de carácter distintivo —, ao exame do sinal à luz do motivo absoluto de recusa decorrente do artigo 7.º, n.º 1, alínea e), iii), do mesmo regulamento.

O Tribunal respondeu a esta questão pela negativa, sublinhando que, admitindo que possa considerar, contrariamente ao que decidiu o IHMI, que um sinal, objeto de um pedido de marca comunitária, não é abrangido pelo âmbito de um dos motivos absolutos de recusa de registo referidos no artigo 7.º, n.º 1, do Regulamento n.º 40/94, a anulação pelo Tribunal da decisão do IHMI que recusou o registo da referida marca conduziria necessariamente o IHMI, ao qual competia tirar as consequências do dispositivo e da fundamentação do acórdão do Tribunal, a dar novamente início ao procedimento de exame do pedido da marca em causa e a rejeitar este pedido, quando considerar que o sinal em causa é abrangido por outro motivo absoluto de recusa referido na mesma disposição. Com efeito, nos termos do artigo 74.º, n.º 1, do Regulamento n.º 40/94, quando do exame dos motivos absolutos de recusa, o IHMI é obrigado a examinar oficiosamente os factos pertinentes que o poderiam conduzir a aplicar um motivo absoluto de recusa. Por outro lado, um sinal que seja abrangido pelo âmbito de aplicação do artigo 7.º, n.º 1, alínea e), do Regulamento n.º 40/94 nunca pode adquirir um carácter distintivo na aceção do artigo 7.º, n.º 3, do mesmo regulamento, pela utilização que dele foi feita, enquanto esta possibilidade existe, nos termos desta última disposição, no que se refere aos sinais abrangidos pelos motivos de recusa previstos no artigo 7.º, n.º 1, alíneas b) a d), do Regulamento n.º 40/94.

<sup>14</sup> Acórdão de 10 de outubro de 2007, *Bang & Olufsen/IHMI (Forma de um altifalante)*, processo T-460/05, Colect., p. II-4207.

Consequentemente, se o exame de um sinal à luz do artigo 7.º, n.º 1, alínea e), do Regulamento n.º 40/94, levar à conclusão de que está preenchido um dos critérios mencionados nesta disposição, isso dispensará o exame do mesmo sinal à luz do artigo 7.º, n.º 3, do mesmo regulamento, uma vez que, nesta hipótese, a impossibilidade de registo deste sinal é caracterizada. Esta dispensa explica o interesse em proceder a um exame prévio do sinal à luz do artigo 7.º, n.º 1, alínea e), do Regulamento n.º 40/94 na hipótese em que seja possível aplicar vários dos motivos absolutos de recusa previstos ao referido n.º 1, sem que, contudo, tal dispensa possa ser interpretada no sentido de que implica a obrigação de um exame prévio do mesmo sinal à luz do artigo 7.º, n.º 1, alínea e), do Regulamento n.º 40/94.

## 2. Motivos relativos de recusa

No acórdão de 17 de fevereiro de 2011, *Formula One Licensing/IHMI — Global Sports Media (F1-LIVE)* (processo T-10/09, ainda não publicado, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça), o Tribunal Geral considerou que não existia um risco de confusão entre a marca F1-LIVE que designa produtos e serviços relativos ao domínio da Fórmula 1 (a saber, revistas, livros e publicações, reserva de lugares e organização de concursos pela Internet) e as marcas F1 e F1 Formula 1 da sociedade Formula One Licensing BV, devido ao caráter descritivo atribuído pelo público ao elemento «f1» e da semelhança mínima entre os sinais.

Com efeito, o público relevante entenderá a combinação da letra «f» e do número «1» como sendo a abreviatura da expressão «formule 1», que designa, em geral, uma categoria de automóveis de corrida e, por extensão, de corridas que envolvem esses automóveis. Além disso, o público relevante era suscetível de apreender o elemento «f1» da marca figurativa comunitária anterior F1 Formula 1 como sendo a marca utilizada pelo titular desta marca em relação com as suas atividades comerciais no domínio das corridas de automóveis de fórmula 1. Assim, o público relevante não apreenderá o elemento «f1» na marca requerida como um elemento distintivo, mas como um elemento utilizado para fins descritivos. Assim, o elemento «f1», numa tipografia comum, só possui um caráter distintivo mínimo relativamente aos produtos e serviços referidos e o eventual prestígio da marca figurativa comunitária utilizada na União estava essencialmente ligado ao logótipo F1 da marca F1 Formula 1.

No que respeita, mais especificamente, às marcas nominativas F1, os consumidores não ligarão o elemento «f1», contido na marca pedida, ao titular das marcas anteriores pelo facto de o único sinal que se habituaram a associar ao referido titular ser o logótipo da marca F1 Formula 1, e não o que figura numa tipografia standard. Os consumidores considerarão o sinal F1 numa tipografia comum como a abreviatura da expressão «fórmula 1», isto é, uma indicação descritiva.

Quanto à marca figurativa F1 Formula 1, tendo em conta a ausência de semelhança visual e o facto de a semelhança do ponto de vista fonético e conceptual ser limitada, o público relevante não confundirá a marca requerida com esta. A este respeito, o sentido genérico atribuído pelo público ao sinal F1 garante que este público compreenderá que a marca pedida respeita à fórmula 1, mas, devido à apresentação completamente diferente, não estabelecerá uma ligação com as atividades do titular da marca anterior.

## 3. Questões processuais

No acórdão de 9 de fevereiro de 2011, *Ineos Healthcare/IHMI — Teva Pharmaceutical Industries (Alpharen)* (processo T-222/09, ainda não publicado), o Tribunal Geral clarificou a sua jurisprudência relativa ao exame de factos notórios pela Câmara de Recurso do IHMI quando lhe é submetido um litígio.

Nos termos do artigo 74.º do Regulamento n.º 40/94, num processo respeitante a motivos relativos de recusa do registo, o exame do IHMI limita-se aos fundamentos invocados e aos pedidos apresentados pelas partes. Segundo o Tribunal Geral, esta disposição visa, designadamente, a base factual das decisões do IHMI, a saber, os factos e as provas em que estas se podem validamente basear. Assim, a Câmara de Recurso, ao pronunciar-se sobre um recurso de uma decisão que põe termo a um procedimento de oposição, só pode fundamentar a sua decisão nos factos e nas provas apresentados pelas partes. Contudo, a limitação da base factual da apreciação feita pela Câmara de Recurso não exclui que esta tenha em consideração, para além dos factos apresentados expressamente pelas partes no procedimento de oposição, factos notórios, quer dizer, factos que podem ser conhecidos por qualquer pessoa ou que podem ser conhecidos através de fontes geralmente acessíveis.

No caso concreto, o Tribunal sublinhou que, apesar de a descrição dos produtos farmacêuticos e das respetivas indicações terapêuticas com base nas quais a Câmara de Recurso baseou a sua apreciação da semelhança de determinados produtos provirem dos resultados das pesquisas efectuadas pela Câmara de Recurso em sítios Internet, estas não podem, de modo nenhum, atendendo ao grau de tecnicidade dos referidos produtos, ser consideradas informações que constituem factos notórios. Considerando que, se a informação em causa não tivesse sido utilizada, a decisão impugnada teria sido sensivelmente diferente, o Tribunal anulou parcialmente a referida decisão.

No acórdão de 16 de maio de 2011, *Atlas Transport/IHMI — Atlas Air (ATLAS)* (processo T-145/08, ainda não publicado, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça), o Tribunal Geral teve a oportunidade de precisar, por um lado, os requisitos aplicáveis à obrigação de expor os fundamentos de um recurso interposto na Câmara de Recurso e, por outro, a fiscalização jurisdicional da decisão da Câmara de Recurso relativa à suspensão de um processo de declaração de nulidade.

Em primeiro lugar, o Tribunal recordou que o recurso de uma decisão deve ser interposto, por escrito, no IHMI no prazo de dois meses a contar da data de notificação da decisão, devendo as alegações com os fundamentos do recurso ser apresentadas por escrito num prazo de quatro meses a contar da data de notificação da decisão. O Tribunal concluiu que um recorrente que pretenda interpor recurso na Câmara de Recurso tem o dever de, sob pena de o seu recurso ser julgado inadmissível, apresentar, no prazo previsto, as alegações com os fundamentos do recurso no IHMI e que estes fundamentos são mais do que a simples indicação da decisão que se pretende impugnar e da pretensão do recorrente de obter a respetiva reforma ou anulação pela decisão da Câmara de Recurso. Além disso, resulta de uma interpretação literal do termo «fundamentos» que o recorrente na Câmara de Recurso deve apresentar por escrito as razões que determinam o seu recurso. Não compete à Câmara de Recurso determinar, por dedução, os fundamentos em que assenta o recurso que deve apreciar. Portanto, quando o recorrente apresenta um articulado, deve indicar, por escrito e de forma suficientemente clara, os elementos de facto e/ou de direito que justificam o seu pedido. No caso concreto, não sendo apresentados fundamentos claros e compreensíveis na correspondência do recorrente e dado que a exposição dos fundamentos na Câmara de Recurso deve, nomeadamente, permitir a uma parte interveniente potencial, sem a assistência de um advogado, apreciar a oportunidade de responder aos argumentos contidos no recurso, o Tribunal considerou que o recurso para a Câmara de Recurso não cumpriu os requisitos do artigo 59.º do Regulamento n.º 40/94.

Em segundo lugar, o Tribunal recordou que a possibilidade de suspender o processo na Câmara de Recurso num processo de oposição constitui a expressão do princípio geralmente aceite nos Estados-Membros relativo à possibilidade de uma instância decisória suspender um processo nela pendente quando as circunstâncias do caso o justificarem. A aplicação por analogia desta possibilidade no contexto de um processo de declaração de nulidade justifica-se quando o processo de oposição e o processo por nulidade relativa têm por objeto apreciar o risco de confusão entre duas marcas e a possibilidade de suspender a instância contribui para a eficácia dos referidos processos.



Por conseguinte, a Câmara de Recurso tem o poder de suspender a instância num processo de declaração de nulidade quando as circunstâncias o justificam. Além disso, o Tribunal considerou que o poder de apreciação da Câmara de Recurso para suspender ou não a instância é amplo. Todavia, este poder não subtrai a apreciação da Câmara de Recurso à fiscalização do juiz, a qual se limita ao exame da inexistência de erro manifesto de apreciação ou de desvio de poder. Em particular, o Tribunal esclareceu, neste contexto, que a Câmara de Recurso deve respeitar os princípios gerais que regem um processo equitativo numa comunidade de direito, levando em conta não apenas o interesse da parte cuja marca comunitária é contestada mas também o das outras partes.

Além disso, no acórdão de 9 de Setembro de 2011, *dm-droguerie markt /IHMI — Distribuciones Mylar (dm)* (processo T-36/09, ainda não publicado)<sup>15</sup>, o Tribunal Geral declarou que, quando o IHMI constatava um erro linguístico, de transcrição ou um erro manifesto numa decisão, só poderia corrigir os erros ortográficos ou gramaticais, os erros de transcrição ou os erros de tal forma evidentes que a sua correcção só fosse possível através do texto resultante da retificação. Além disso, a competência das Divisões de Oposição para proferir uma nova decisão num processo em que já adotaram e notificaram uma decisão que põe termo a este processo não pode exceder os casos previstos no artigo 42.º do Regulamento n.º 207/2009 (processos de revogação, de retificação de erros materiais e de revisão). No caso concreto, tendo as alterações às quais procedeu consistido não apenas em completar uma frase inacabada cujo sentido era incompreensível, mas também na resolução de uma contradição interna em sede de fundamentos e de uma contradição entre os fundamentos e o dispositivo, o Tribunal concluiu que a retificação da versão inicial da decisão da Divisão de Oposição abrangia a própria substância dessa decisão e que não se tratou, portanto, da reparação de um erro material. Tendo em conta a gravidade e o carácter flagrante desta irregularidade, o Tribunal anulou a decisão da Câmara de Recurso na medida em que não declarou a inexistência da versão alterada da decisão da Divisão de Oposição e, por conseguinte, não declarou esse ato nulo e de nenhum efeito.

Por fim, no acórdão de 14 de dezembro de 2011, *Vökl/IHMI — Marker Vökl (VÖLKL)* (processo T-504/09, ainda não publicado), o Tribunal Geral declarou que, quando o recurso para a Câmara de Recurso apenas diga respeito a uma parte dos produtos ou dos serviços visados pelo pedido de registo ou pela oposição, esse recurso autoriza a Câmara de Recurso a proceder a uma nova apreciação do mérito da oposição, mas unicamente face aos referidos produtos ou serviços, uma vez que o pedido de registo e a oposição não lhe tinham sido submetidos no que respeita aos demais produtos ou serviços visados. Consequentemente, quando anulou o ponto 2 do dispositivo da decisão da

<sup>15</sup> Ver, igualmente, no que respeita aos desenhos e modelos comunitários, o acórdão de 18 de outubro de 2011, *Reisenthal/IHMI — Dynamic Promotion (Canastras e cestos)* (T-53/10, ainda não publicado), no âmbito do qual foi declarado que uma violação dos direitos de defesa resultante do facto de uma decisão ter sido adoptada antes do termo do prazo concedido ao recorrente para apresentar as suas observações não constitui um erro manifesto na aceção do artigo 39.º do Regulamento (CE) n.º 2245/2002 da Comissão, de 21 de outubro de 2002, de execução do Regulamento (CE) n.º 6/2002 do Conselho relativo aos desenhos ou modelos comunitários (JO L 341, p. 28). Com efeito, essa violação constituiu um erro que afectou o procedimento que levou à adopção da decisão sendo, portanto, susceptível de viciar a substância desta.



Divisão de Oposição, relativo aos outros produtos, a Câmara de Recurso excedeu os limites da sua competência, nos termos definidos no artigo 64.º, n.º 1, do Regulamento n.º 207/2009 <sup>16</sup>.

#### 4. Prova da utilização séria da marca

No processo *Zino Davidoff/IHMI — Kleinakis kai SIA (GOOD LIFE)* (acórdão de 15 de julho de 2011, T-108/08, ainda não publicado), a oponente tinha baseado a prova da utilização séria da marca anterior nomeadamente na decisão do comité administrativo das marcas grego. Neste contexto, o Tribunal precisou que, embora, em princípio, o IHMI pudesse basear-se, enquanto elemento de prova, numa decisão nacional, devia, contudo, examinar com todo o cuidado exigido e de forma diligente se esse elemento de prova era suscetível de demonstrar a utilização séria de uma marca anterior. Ora, no caso concreto, um exame diligente da decisão grega teria revelado que esta se referia laconicamente aos documentos apresentados e aos argumentos aduzidos pelas partes no procedimento que levou à sua adoção. Além disso, esses documentos não foram juntos aos autos do procedimento no IHMI, pelo que não estavam à disposição da Câmara de Recurso. Nestas circunstâncias, a Câmara de Recurso não estava em condições de compreender o raciocínio, incluindo a apreciação das provas, nem de identificar as provas em que a decisão grega que declarou a existência de uma utilização séria da marca anterior se baseou. Por conseguinte, ao subscrever a conclusão das autoridades gregas, sem examinar com maior atenção se a decisão grega assentava em elementos de prova concludentes, a Câmara de Recurso violou o artigo 74.º, n.º 1, do Regulamento n.º 40/94 e o dever de diligência.

#### 5. Desenhos e modelos comunitários

No acórdão de 14 de junho de 2011, *Sphere Time/IHMI — Punch (Relógio fixado a uma correia)* (processo T-68/10, ainda não publicado), o Tribunal Geral sujeitou a aplicação, no âmbito de um processo de declaração de nulidade, do artigo 7.º, n.º 2, do Regulamento n.º 6/2002, que permite não levar em consideração a divulgação se o desenho ou modelo para o qual é requerida protecção tiver sido divulgado ao público pelo criador, pelo seu sucessor ou por um terceiro com base em informações prestadas ou em atos levados a cabo pelo criador ou pelo seu sucessor durante o período de 12 meses que antecede a data da apresentação do pedido de registo ou da data de prioridade, à condição de que o titular do desenho ou do modelo visado pelo pedido de declaração de nulidade demonstre que é o criador do desenho ou do modelo invocado para fundar o referido pedido ou o seu sucessor.

Neste mesmo acórdão, o Tribunal explicitou o conceito de «utilizador informado», tendo precisado a sua jurisprudência anterior <sup>17</sup> e sublinhado que, no que respeita aos artigos promocionais, este conceito inclui, por um lado, o profissional que os adquire para distribuição aos utilizadores finais e, por outro, estes utilizadores. Daqui conclui que o facto de um dos dois grupos de utilizadores informados apreender os desenhos ou modelos em causa como produzindo a mesma impressão

<sup>16</sup> É de referir que, neste acórdão, o Tribunal Geral também precisou que, para determinar se o recurso de um recorrente de uma decisão de uma Câmara de Recurso é admissível, se deveria considerar que uma decisão de uma Câmara de Recurso do IHMI não dá provimento, na acepção do artigo 65.º, n.º 4, do Regulamento n.º 207/2009, às pretensões de uma parte, quando, após ter indeferido um pedido que, a ser deferido, teria posto termo ao processo no IHMI em sentido favorável à parte que o tinha apresentado, remete o processo à instância inferior para reapreciação, e isso não obstante a eventualidade de essa reapreciação poder culminar numa decisão favorável a essa parte. Esta eventualidade não é suficiente para equiparar esta situação à situação em que a Câmara de Recurso dá provimento a um pedido com base em determinados fundamentos ou argumentos apresentados para o sustentar, e recusa, ou não analisa, os restantes fundamentos ou argumentos constantes do pedido.

<sup>17</sup> Acórdão de 22 de junho de 2010, *Shenzhen Taiden/IHMI Bosch Security Systems* (Equipamentos de comunicação), processo T-153/08, Colect., p. II-2517.

global é suficiente para constatar que o desenho ou modelo contestado não possui caráter singular. Por fim, o Tribunal precisou que, no âmbito da apreciação concreta da impressão global, não há que examinar, de forma isolada e exclusiva, a representação gráfica dos desenhos ou modelos anteriores, mas sim apreciar globalmente todos os elementos apresentados que permitem determinar, de forma suficientemente precisa e certa, a impressão global produzida pelo desenho ou modelo em causa. No que diz respeito, especificamente, aos desenhos e modelos que tenham sido utilizados sem terem sido registados, não se pode excluir que não exista nenhuma representação gráfica que mostre todos os seus pormenores pertinentes, comparável com a que figura no pedido de registo. Segundo o Tribunal, seria, por conseguinte, excessivo exigir do requerente da declaração de nulidade que essa representação fosse apresentada em todos os casos.

### *Acesso aos documentos das instituições*

A jurisprudência em matéria de acesso aos documentos é particularmente rica em 2011, com 23 processos concluídos, que abordaram diversos aspetos desta matéria.

#### 1. Interesse em agir

No acórdão de 22 de março de 2011, *Access Info Europe/Conseil* (processo T-233/09, ainda não publicado, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça), o Tribunal Geral declarou que a divulgação da versão integral de um documento no sítio Internet de um terceiro (que não tinha respeitado a regulamentação aplicável ao acesso do público aos documentos do Conselho) não permitia considerar que o recorrente não tinha ou já não tinha interesse em pedir a anulação da decisão do Conselho que lhe recusou o acesso integral ao referido documento. Um recorrente pode conservar, nomeadamente, um interesse em pedir a anulação de um ato de uma instituição, a fim de evitar que a ilegalidade de que o mesmo está pretensamente viciado se reproduza no futuro. Esse interesse só existe, porém, se a ilegalidade alegada for suscetível de se reproduzir no futuro, independentemente das circunstâncias do processo que deu lugar ao recurso interposto pelo recorrente. É o que acontece no caso de um recurso de anulação de uma decisão do Conselho que recusa o acesso integral a um documento, na medida em que, por um lado, a ilegalidade alegada pelo recorrente assenta na interpretação de uma das exceções previstas no Regulamento (CE) n.º 1049/2001<sup>18</sup>, que o Conselho muito provavelmente voltará a invocar face a um novo pedido e que, por outro, o recorrente, enquanto associação que tem por objetivo promover a transparência no seio da União, pode apresentar, no futuro, pedidos de acesso análogos que incidam sobre o mesmo tipo de documentos.

#### 2. Definição de documentos

No acórdão de 26 de outubro de 2011, *Dufour/BCE* (processo T-436/09, ainda não publicado), o Tribunal Geral precisou a definição de documento prevista no artigo 3.º, alínea a), da Decisão 2004/258/CE<sup>19</sup> do Banco Central Europeu (BCE) relativa ao acesso do público aos seus documentos, no contexto de um pedido de acesso a uma base de dados.

A este respeito, o Tribunal deduziu dos termos do artigo 3.º, alínea a), da Decisão 2004/258 que se depreende do conceito de documento um conteúdo que se conserva, suscetível de reprodução ou de consulta após a sua elaboração, e que a natureza do suporte de armazenamento de um conteúdo

<sup>18</sup> 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).

<sup>19</sup> Decisão 2004/258/CE do Banco Central Europeu, de 4 de março de 2004, relativa ao acesso do público aos documentos do Banco Central Europeu (JO L 80, p. 42).

é indiferente. Além disso, o Tribunal precisou que uma base de dados se caracteriza pela existência de um conteúdo de qualquer natureza e de um suporte fixo no qual este conteúdo é armazenado. Daqui deduziu que a totalidade dos dados contidos na base constituía um documento na aceção do artigo 3.º, alínea a), da Decisão 2004/258. Acrescentou que, sendo os dados independentes uns dos outros, o BCE era obrigado a proceder a um exame concreto e individual e a autorizar o acesso parcial aos dados cuja individualização pudesse ser efectuada graças aos mecanismos de pesquisa de que dispõe para esta base de dados, sob reserva de estes dados não serem abrangidos pelas excepções previstas no artigo 4.º da Decisão 2004/258.

### 3. Exceção relativa à protecção do processo decisório

No acórdão *Access Info Europe/Conselho*, já referido, o Tribunal Geral anulou a decisão do Conselho declarando que este último não tinha demonstrado que a divulgação da identidade dos autores das propostas apresentadas num documento que tinha por objeto uma proposta de regulamento relativo ao acesso do público aos documentos prejudicaria seriamente o processo decisório em curso. Após ter precisado que o público dispunha de um direito de acesso a todos os documentos cuja divulgação solicitasse, o Tribunal recordou que deveria ser concedido um acesso ainda mais amplo quando o Conselho age na qualidade de legislador, de modo a permitir um controlo por parte dos cidadãos de todas as informações que constituíram o fundamento de um ato legislativo. A possibilidade de conhecer os fundamentos dos atos legislativos é uma condição do exercício efectivo, pelos cidadãos, dos seus direitos democráticos. No caso concreto, o Tribunal declarou que o risco de a divulgação da identidade dos autores das propostas constantes do documento em causa poder reduzir a margem de manobra das delegações dos Estados-Membros no decurso de um processo legislativo para alterar a sua posição e comprometer gravemente as hipóteses de alcançar um compromisso não constitui um risco suficientemente grave e razoavelmente previsível.

No acórdão de 7 de junho de 2011, *Toland/Parlamento* (processo T-471/08, ainda não publicado), o Tribunal Geral anulou a decisão do Parlamento Europeu pela qual este recusou o acesso a um relatório de auditoria sobre o subsídio de assistência parlamentar elaborado pelo seu serviço de auditoria interna com o fundamento de, nomeadamente, a sua divulgação afetar gravemente o seu processo decisório. Apesar de admitir que o relatório de auditoria em causa correspondia efetivamente a um documento elaborado pela instituição para uso interno e relacionado com uma matéria sobre a qual a instituição ainda não tinha tomado posição, o Tribunal declarou que a instituição não fez prova bastante de que a divulgação deste documento prejudicaria, de forma concreta e efectiva, o seu processo decisório e teria um impacto substancial neste. Com efeito, a decisão impugnada não contém nenhum elemento tangível que permita concluir que esse risco de prejuízo do processo decisório era, à data da sua adoção, razoavelmente previsível e não puramente hipotético. A este respeito, o Tribunal acrescentou que nem a circunstância de a utilização pelos membros do Parlamento dos meios financeiros colocados à sua disposição ser um assunto sensível que suscita um grande interesse nos meios de comunicação social nem a alegada complexidade do processo decisório constituem, em si mesmos, uma razão objetiva suficiente para recluir um prejuízo grave ao processo decisório.

### 4. Exceção relativa à protecção dos objetivos de atividades de inspecção, inquérito e auditoria

No acórdão de 9 de setembro de 2011, *LPN/Comissão* (processo T-29/08, ainda não publicado, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça), o Tribunal Geral recordou que, embora a instituição deva, em princípio, proceder a um exame concreto e individual do conteúdo de cada documento solicitado de forma a determinar em que medida é aplicável uma exceção ao direito de acesso e se pode ser concedido um acesso parcial, esta obrigação pode ser derrogada se for manifesto que, devido às

circunstâncias específicas do caso concreto, o acesso deve ser recusado ou concedido. Nesse caso, a instituição pode, em princípio, fundar a sua decisão de recusa nas presunções gerais aplicáveis a determinadas categorias de documentos.

A este respeito, o Tribunal declarou que, não tendo o recorrente o direito de consultar os documentos do processo administrativo da Comissão no âmbito de uma ação por incumprimento, há que reconhecer, por analogia com a situação dos interessados no âmbito do procedimento de controlo dos auxílios de Estado, a existência de uma presunção geral segundo a qual a divulgação dos documentos do processo administrativo prejudica, em princípio, a protecção dos objetivos das atividades de inquérito. Assim, é suficiente que a Comissão verifique se essa presunção geral se deve aplicar a todos os documentos em causa, sem que deva necessariamente proceder a um exame concreto e individual prévio do conteúdo de cada um desses documentos. Ora, estando em curso uma ação por incumprimento, a Comissão deve necessariamente partir do princípio de que esta presunção geral é aplicável a todos os documentos em causa. Esta presunção não exclui, contudo, o direito de os interessados demonstrarem que um determinado documento cuja divulgação é solicitada não é abrangido pela referida presunção ou que existe um interesse público superior que justifica a divulgação do documento referido no artigo 4.º, n.º 2, do Regulamento n.º 1049/2001.

Além disso, no processo que deu lugar ao acórdão de 15 de dezembro de 2011, *CDC Hydrogene Peroxide/Comissão* (T-437/08, ainda não publicado), o recorrente contestou a decisão da Comissão que lhe recusou o acesso ao índice do processo relativo a um procedimento de participação de nove empresas numa coligação entre empresas no mercado do peróxido de hidrogénio. A Comissão justificou a sua recusa invocando, nomeadamente, a necessidade de proteger a eficácia da sua política em matéria de coligação entre empresas e, em particular, o seu programa de clemência. O Tribunal anulou a decisão da Comissão, uma vez que esta última não demonstrou que a divulgação do documento em causa poderia afetar, de forma concreta e efectiva, os interesses protegidos.

No que respeita à exceção relativa à protecção dos interesses comerciais, o Tribunal declarou que o interesse de uma sociedade que participou numa coligação entre empresas de evitar ações de indemnização não pode ser qualificado de interesse comercial e, de qualquer modo, não constitui um interesse digno de protecção, designadamente perante o direito que assiste a qualquer pessoa de pedir reparação do prejuízo que lhe tenha causado um comportamento suscetível de restringir ou falsear o jogo da concorrência.

No que respeita à exceção relativa à protecção dos objetivos das atividades de inquérito da Comissão, o Tribunal declarou que as atividades de inquérito num processo concreto foram concluídas com a adoção da decisão final, independentemente de uma eventual anulação ulterior desta decisão pelos tribunais, pois foi nesse momento que a própria instituição em causa deu o processo por concluído. Além disso, o Tribunal rejeitou o argumento da Comissão segundo o qual a exceção assente no conceito de objetivos das atividades de inquérito é independente de qualquer processo concreto e pode ser invocada, de um modo geral, para recusar a divulgação de todo e qualquer documento suscetível de prejudicar a política da Comissão em matéria de coligação entre empresas, em especial o seu programa de clemência. Com efeito, uma interpretação de tal modo ampla do conceito de atividades de inquérito é inconciliável com o princípio segundo o qual as excepções visadas no artigo 4.º do Regulamento n.º 1049/2001 devem ser interpretadas e aplicadas de forma estrita. O Tribunal sublinhou que o Regulamento n.º 1049/2001 não permite pressupor que a política de concorrência da União deveria beneficiar, no quadro da aplicação deste regulamento, de um tratamento diferente relativamente a outras políticas da União, de modo que não existe qualquer razão para interpretar o conceito de objetivos das atividades de inquérito de um modo diferente no quadro da política da concorrência. Por fim, o Tribunal recordou que os programas de clemência e de cooperação não são os únicos meios para garantir o respeito das regras de concorrência da União. Com efeito, as ações de

indemnização intentadas nos órgãos jurisdicionais nacionais também são susceptíveis de contribuir substancialmente para a manutenção de uma concorrência efectiva na União.

## 5. Excepções invocadas pelo Estado-Membro, autor do ato

O acórdão de 13 de janeiro de 2011, *IFAW Internationaler Tierschutz-Fonds/Comissão* (processo T-362/08, ainda não publicado, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça), aborda a questão da fiscalização jurisdicional efectuada pelo juiz da União relativamente à aplicação da exceção material invocada por um Estado-Membro no âmbito do artigo 4.º, n.º 5, do Regulamento n.º 1049/2001. Esta disposição autoriza o Estado-Membro a solicitar à instituição à qual foi apresentado um pedido de acesso a um documento proveniente deste Estado que não divulgue este documento sem o seu acordo prévio<sup>20</sup>.

O Tribunal Geral precisou que, em caso de correspondência entre a decisão de uma instituição que recusou o acesso a um documento proveniente de um Estado-Membro, por um lado, e o pedido que este último apresentou ao abrigo do artigo 4.º, n.º 5, do Regulamento n.º 1049/2001, por outro, é da competência do juiz da União fiscalizar, a pedido do requerente a quem foi recusado o acesso pela instituição solicitada, se essa recusa se pode validamente fundamentar nas excepções previstas nos n.ºs 1 a 3 do artigo 4.º do Regulamento n.º 1049/2001, e se esta recusa resulta da apreciação das mesmas pela própria instituição ou pelo Estado-Membro em causa. Daqui decorre que, por força da aplicação do n.º 5 do artigo 4.º do Regulamento n.º 1049/2001, a fiscalização a efectuar pelo juiz da União não se limita a uma fiscalização *prima facie*. A aplicação desta disposição não o impede de proceder a uma fiscalização integral da decisão de recusa da instituição, que deve, designadamente, respeitar o dever de fundamentação e que assenta na apreciação material, pelo Estado-Membro em causa, da aplicabilidade das excepções previstas nos n.ºs 1 a 3 do artigo 4.º do Regulamento n.º 1049/2001. No quadro da aplicação do artigo 4.º, n.º 5, do Regulamento n.º 1049/2001, o Estado-Membro dispõe, todavia, de uma margem de apreciação bastante ampla para determinar se a divulgação de documentos nos domínios abrangidos pelo artigo 4.º, n.º 1, alínea a), deste mesmo regulamento é suscetível de prejudicar o interesse público. Com efeito, a apreciação da questão de saber se a divulgação de um documento prejudica os interesses protegidos por estas excepções materiais pode integrar as responsabilidades políticas deste Estado-Membro. Nesse caso, o Estado-Membro deve dispor, como a instituição, de uma ampla margem de apreciação. A fiscalização do juiz da União deve, por isso, limitar-se à verificação da observância das regras processuais e de fundamentação, bem como da exactidão material dos factos e da inexistência de erros manifestos de apreciação e de desvio de poder.

### *Política Externa e de Segurança Comum — Medidas restritivas*

O contencioso das medidas restritivas assumiu, em 2011, uma dimensão sem precedentes, representando mais de 90 processos entrados. Os acórdãos do Tribunal Geral foram marcados pela celeridade com que foram proferidos e pela afirmação de exigências relativas ao dever de fundamentação das decisões que impõem essas medidas.

<sup>20</sup> No acórdão de 24 de maio de 2011, *Batchelor/Comissão* (T-250/08, ainda não publicado), foi abordada uma problemática bastante semelhante. Nesse acórdão, o Tribunal Geral recordou que a excepção prevista no artigo 4.º, n.º 3, segundo período, do Regulamento n.º 1049/2001 tinha por objecto proteger determinados tipos de documentos elaborados no âmbito de um procedimento, cuja divulgação, mesmo após o termo deste procedimento, prejudicaria o processo decisório da instituição em causa. Estes documentos devem conter «pareceres para uso interno, como parte de deliberações e de consultas preliminares na instituição em causa». Não são abrangidos por esta categoria os documentos enviados a uma instituição por uma pessoa ou uma entidade externa a fim de ser objecto de uma troca de pontos de vista com a instituição.



Assim, no processo *Bamba/Conselho* (acórdão de 8 de junho de 2011, T-86/11, ainda não publicado, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça) — decidido em tramitação acelerada, em secção alargada e num prazo inferior a quatro meses após a interposição do recurso —, foi submetido ao Tribunal Geral um litígio relativamente à legalidade das medidas restritivas tomadas contra Nadiany Bamba, segunda esposa de Laurent Gbagbo, antigo presidente da Costa do Marfim. Estas medidas integravam-se no contexto das eleições presidenciais que tiveram lugar na Costa do Marfim no Outono de 2010, no termo das quais a Organização das Nações Unidas confirmou a vitória de Alassane Ouattara. A União também reconheceu a vitória de A. Ouattara e apelou aos responsáveis civis e militares da Costa do Marfim para aceitarem a autoridade do presidente democraticamente eleito, confirmando ao mesmo tempo a sua determinação de aplicar sanções contra quem criasse obstáculos ao respeito da vontade expressa de forma soberana pelo povo da Costa do Marfim.

A este respeito, o Tribunal recordou que a eficácia da fiscalização jurisdicional implica que a autoridade da União em causa deve comunicar os fundamentos das medidas restritivas aplicadas, na medida do possível, no momento da sua adoção ou, pelo menos, logo que possível após ter sido tomada, a fim de permitir aos seus destinatários exercerem, nos prazos previstos para o efeito, o seu direito de recurso. No caso de a parte em causa não dispor de um direito de audição antes da adoção de uma medida inicial que impõe essas medidas, o respeito do dever de fundamentação ainda é mais importante, uma vez que constitui a única garantia que permite ao interessado recorrer utilmente aos meios processuais colocados à sua disposição para impugnar a legalidade da referida medida. Em princípio, a fundamentação de um ato do Conselho que impõe essas medidas deve ter por objeto não só as condições legais de aplicação desse ato, mas igualmente as razões específicas e concretas pelas quais o Conselho considera, no exercício do seu poder de apreciação discricionário, que o interessado deve ser objeto dessas medidas. Dispondo o Conselho desse poder de apreciação relativamente aos elementos a tomar em conta com vista à adoção ou à manutenção de uma medida de congelamento de fundos, não se pode exigir que este indique de forma mais específica em que termos o congelamento dos fundos de uma pessoa pode contribuir, de forma concreta, na luta contra a obstrução do processo de paz e de reconciliação nacional ou que apresente provas que demonstrassem que o interessado poderia utilizar os seus fundos para proceder a essa obstrução no futuro.

No caso concreto, o Tribunal declarou que o Conselho se limitou a apresentar considerações vagas e gerais para fundamentar a inscrição de N. Bamba na lista impugnada. Em particular, a indicação de que é diretora do Grupo Cyclone, editor do jornal *Le temps*, não constitui uma circunstância suscetível de fundamentar de forma específica e concreta, na parte que lhe diz respeito, os atos impugnados. Com efeito, na falta de um qualquer elemento concreto, não é possível entender de que modo N. Bamba obstruiu o processo de paz e de reconciliação pela incitação pública ao ódio e à violência e pela participação em campanhas de desinformação relacionadas com as eleições presidenciais de 2010.

Nestas circunstâncias, o Tribunal declarou que a fundamentação dos atos impugnados não permitiu a N. Bamba impugnar a sua validade neste Tribunal. Precisou que isto não permitiu ao Tribunal exercer a sua fiscalização sobre a justificação destes e, por conseguinte, anulou os atos impugnados, mantendo, contudo, os seus efeitos até ao termo do prazo de interposição de recurso no Tribunal de Justiça, isto é, dois meses e dez dias a contar da notificação do acórdão ou, caso fosse interposto recurso, após lhe ser negado provimento, em aplicação do artigo 280.º TFUE e do artigo 264.º, segundo período, TFUE.

No quadro da luta contra a proliferação nuclear, é também de referir que, no acórdão de 7 de dezembro de 2011, *HTTS/Conselho* (processo T-562/10, ainda não publicado, decidido à revelia), o Tribunal Geral anulou o regulamento que impunha medidas restritivas à recorrente, declarando



que os elementos apresentados pelo Conselho eram contraditórios à primeira vista e não permitiam esclarecer se a inscrição do nome da recorrente na lista se devia à manutenção das circunstâncias levadas em conta no regulamento anterior, a saber, as relações entre a recorrente e a sociedade HD SL, ou a novas circunstâncias, a saber, as relações diretas entre a recorrente e a sociedade IRISL. Seja como for, nem o regulamento nem a resposta do Conselho ao pedido de reexame apresentado pela recorrente permitiam apreciar as razões pelas quais o Conselho tinha considerado que os elementos apresentados pela recorrente relativos à natureza das suas atividades e à sua autonomia em relação à HSL e à IRISL não eram susceptíveis de alterar a sua posição quanto à manutenção das medidas restritivas a seu respeito. Do mesmo modo, o Conselho não precisou a natureza do controlo alegadamente exercido pela IRISL sobre a recorrente ou as atividades desta última exercidas por conta daquela. O Tribunal anulou o regulamento impugnado, na parte aplicável à recorrente, por violação do dever de fundamentação. A fim de não prejudicar seriamente e de forma irreversível a eficácia das medidas restritivas impostas pelo regulamento impugnado e de evitar que a recorrente possa adotar comportamentos com vista a contornar o efeito das medidas restritivas posteriores, o Tribunal decidiu, contudo, manter os efeitos do referido regulamento durante um período máximo de dois meses a contar da data da prolação do acórdão.

#### *Ambiente — Regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa*

No processo *Letónia/Comissão* (acórdão de 22 de março de 2011, processo T-369/07, ainda não publicado, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça), estava em causa a decisão da Comissão que declarou incompatível com o regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa, criado pela Diretiva 2003/87/CE<sup>21</sup>, um aspeto da alteração proposta do plano nacional de atribuição (a seguir «PNA») de licenças de emissão para a República da Letónia para o período de 2008 a 2012. Este PNA revisto, notificado pela República da Letónia, foi apresentado na sequência de uma primeira decisão da Comissão pela qual esta declarou incompatível com a Diretiva 2003/87 um aspeto do PNA inicial e considerou que não seriam levantadas objeções em relação ao PNA, sob reserva de lhe serem introduzidas alterações com vista a reduzir a quantidade total de licenças a atribuir. Todavia, a decisão relativa ao PNA revisto foi adotada após ter expirado o prazo previsto no artigo 9.º, n.º 3, da Diretiva 2003/87, que dispõe que a Comissão pode rejeitar um PNA ou qualquer aspeto deste no prazo de três meses a contar da data da sua notificação por um Estado-Membro, em caso de incompatibilidade com os critérios enunciados no anexo III da referida diretiva.

Para determinar se a Comissão podia adotar validamente a decisão impugnada após o termo deste prazo, o Tribunal salientou que, se a Comissão renunciar, no prazo de três meses a contar da notificação do seu PNA pelo Estado-Membro, a fazer uso deste poder, o Estado-Membro pode, em princípio, aplicar o referido PNA, sem que para tal necessite da aprovação da Comissão. Assim, o procedimento de exame do PNA não tem de ser necessariamente encerrado por uma decisão formal. Em contrapartida, o Tribunal sublinhou que a Comissão pode ser levada a fazer uso do seu poder decisório quando o Estado-Membro se abstém de alterar o seu PNA, ou se recusa fazê-lo, antes do termo do prazo de três meses, apesar das objeções suscitadas. Com efeito, na falta dessa decisão de rejeição da Comissão, o PNA notificado torna-se definitivo e beneficia de uma presunção de legalidade que permite ao Estado-Membro pô-lo em execução.

<sup>21</sup> Diretiva 2003/87/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 13 de outubro de 2003, relativa à criação de um regime de comércio de licenças de emissão de gases com efeito de estufa na Comunidade e que altera a Diretiva 96/61/CE do Conselho (JO L 275, p. 32), conforme alterada pela Diretiva 2004/101/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 27 de outubro de 2004 (JO L 338, p. 18).

No que respeita às alterações que, como no caso concreto, ocorreram numa fase posterior do procedimento de exame, o Tribunal Geral salientou que estas tinham precisamente por objetivo afastar as objeções inicialmente expressas pela Comissão. Consequentemente, a aceitação das alterações pela Comissão mais não é do que o corolário das objeções por ela inicialmente formuladas e não a expressão de um poder geral de autorização. Além disso, a aceitação pela Comissão das alterações propostas ao PNA não deve ser objeto de uma decisão formal da sua parte.

Além disso, o Tribunal salientou que o procedimento aberto nos termos do artigo 9.º, n.º 3, da Diretiva 2003/87 tem em vista garantir aos Estados-Membros uma segurança jurídica e, em especial, permitir-lhes estarem informados rapidamente, dentro de prazos curtos, sobre a forma como podem atribuir as suas licenças de emissão e gerir o regime de comércio com base nos seus PNA durante o período em causa. Com efeito, existe um interesse legítimo em que este PNA não esteja exposto, durante todo o seu período de validade, a um risco de contestação por parte da Comissão. Estas considerações aplicam-se a qualquer PNA, independentemente da questão de saber se se trata ou não da versão notificada inicialmente ou de uma versão revista e notificada posteriormente, tanto mais que o controlo da Comissão já tenha sido antecedido de uma primeira fase de exame.

Consequentemente, o conceito de notificação na aceção do artigo 9.º, n.º 3, da Diretiva 2003/87 abrange tanto a notificação inicial como a subsequente de diferentes versões de um PNA, de forma que cada uma dessas notificações desencadeia um novo prazo de três meses. No caso concreto, o Tribunal anulou a decisão impugnada, visto ter sido adotada após ter expirado o referido prazo, no termo do qual o PNA revisto se tornou definitivo.

### *Saúde pública*

No processo *França/Comissão* (acórdão de 9 de setembro de 2011, T-257/07, ainda não publicado, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça), a recorrente pretendia obter a anulação do regulamento pelo qual a Comissão tinha alterado o Regulamento (CE) n.º 999/2001<sup>22</sup>, na medida em que autorizava medidas de vigilância e de erradicação menos rigorosas do que as previstas anteriormente para os efectivos de ovinos e caprinos. Neste contexto, o Tribunal Geral precisou que a determinação do nível de risco considerado inaceitável para a sociedade é da competência das instituições encarregadas da opção política que constitui a fixação de um nível de protecção adequado. É a estas instituições que incumbe determinar o limiar crítico de probabilidade dos efeitos adversos para a saúde humana, a segurança e o ambiente e da gravidade destes efeitos potenciais que deixou de lhes parecer aceitável por esta sociedade e que, uma vez ultrapassado, exige o recurso a medidas preventivas apesar da incerteza científica que continua a existir. No momento da determinação do nível de risco considerado inaceitável pela sociedade, as instituições estão vinculadas pela sua obrigação de assegurar um nível elevado de protecção, não podendo adotar uma abordagem puramente hipotética do risco e orientar as suas decisões por um nível de «risco zero». O Tribunal indicou igualmente que a gestão do risco corresponde ao conjunto das ações empreendidas por uma instituição que deve enfrentar um risco a fim de o trazer para um nível considerado aceitável pela sociedade, tendo em conta a sua obrigação de assegurar um nível elevado de protecção da saúde pública, da segurança e do ambiente.

Por outro lado, o Tribunal sublinhou que incumbe à autoridade competente reexaminar as medidas provisórias adotadas dentro de um prazo razoável, visto que, quando novos elementos alteram

<sup>22</sup> Regulamento (CE) n.º 999/2001 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 22 de maio de 2001, que estabelece regras para a prevenção, o controlo e a erradicação de determinadas encefalopatias espongiformes transmissíveis (JO L 147, p. 1).

a percepção de um risco ou demonstram que esse risco pode ser circunscrito por medidas menos rígidas do que as existentes, cabe às instituições zelar por uma adaptação da regulamentação aos novos dados. Assim, novos conhecimentos ou novas descobertas científicas, quando justificam a flexibilização de uma medida preventiva, alteram o conteúdo concreto da obrigação que impende sobre as autoridades públicas de manterem de modo constante um elevado nível de protecção da saúde humana. Se esses elementos vierem a alterar a avaliação dos riscos, a legalidade da adoção de medidas preventivas menos rigorosas deve ser apreciada tendo em conta estes elementos e não em função dos elementos que tenham determinado a avaliação dos riscos no quadro da adoção das medidas preventivas iniciais. É unicamente quando este novo nível de risco excede o nível do risco considerado aceitável pela sociedade que a violação do princípio da precaução deve ser declarada pelo juiz.

### *Radiodifusão televisiva*

Nos processos *FIFA/Comissão* (acórdão de 17 de fevereiro de 2011, T-385/07, ainda não publicado, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça) e *UEFA/Comissão* (acórdão de 17 de fevereiro de 2011, T-55/08, ainda não publicado, objeto de recurso para o Tribunal de Justiça), foi submetido ao Tribunal Geral um recurso de anulação pelo órgão executivo mundial de futebol e pela instância dirigente do futebol europeu das decisões da Comissão pelas quais esta considerou compatíveis com o direito da União as listas, elaboradas pelo Reino da Bélgica e pelo Reino Unido da Grã-Bretanha e da Irlanda do Norte, dos acontecimentos considerados de grande importância para a sociedade na aceção do artigo 3.º-A, n.º 1, da Diretiva 89/552/CEE<sup>23</sup>. Estas listas continham, nomeadamente, no que respeita à Bélgica, todos os jogos da fase final do Campeonato do Mundo de futebol e, no que respeita ao Reino Unido, todos os jogos da fase final do Campeonato Europeu de futebol (EURO). Tinham sido enviadas à Comissão em aplicação da Diretiva 89/552, que permite aos Estados-Membros proibirem a transmissão exclusiva dos acontecimentos que considerem de grande importância para a sociedade, quando essa transmissão priva uma parte considerável do público da possibilidade de acompanhar esses acontecimentos na televisão de acesso não condicionado.

Em primeiro lugar, o Tribunal Geral considerou que a referência feita ao Campeonato do Mundo e ao EURO no décimo oitavo considerando da Diretiva 97/36/CE<sup>24</sup> implica que, quando um Estado-Membro inscreve os jogos destes campeonatos na lista que elaborou, não tem necessidade de incluir na sua comunicação à Comissão uma fundamentação especial relativamente ao carácter destes enquanto acontecimento de grande importância para a sociedade. Todavia, a eventual conclusão da Comissão de que a inscrição do Campeonato do Mundo e do EURO na sua integralidade numa lista de acontecimentos de grande importância para a sociedade de um Estado-Membro é compatível com o direito da União, com o fundamento de estes campeonatos serem, pelas suas características intrínsecas, considerados acontecimentos únicos, pode ser posta em causa com base em elementos específicos. Em particular, compete aos recorrentes demonstrar que os jogos «non prime» do Campeonato do Mundo (ou seja, todos os jogos menos as meias-finais, a final e os jogos de uma ou várias equipas nacionais do país em causa) e/ou «non-gala» do EURO (ou seja, todos os jogos menos o jogo de abertura e a final) não têm tal importância para a sociedade deste Estado.

<sup>23</sup> Diretiva 89/552/CEE do Conselho, de 3 de outubro de 1989, relativa à coordenação de certas disposições legislativas, regulamentares e administrativas dos Estados-Membros relativas ao exercício de atividades de radiodifusão televisiva (JO L 298, p. 23).

<sup>24</sup> Diretiva 97/36/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 30 de junho de 2003, que altera a Diretiva [89/552] (JO L 202, p. 60).

Neste contexto, o Tribunal precisou que os jogos «prime» e os jogos de «gala», bem como os jogos em que participa a equipa nacional correspondente, são de grande importância para o público de um determinado Estado-Membro e podem, por conseguinte, ser inscritos numa lista nacional que mencione os acontecimentos que este público pode acompanhar na televisão de acesso não condicionado. No que diz respeito aos restantes jogos do Campeonato do Mundo e do EURO, o Tribunal salientou que estas competições podem ser consideradas acontecimentos únicos e não uma sucessão de acontecimentos individuais repartidos em jogos. Precisou que os jogos que não sejam jogos «prime», jogos de «gala» e jogos que envolvem a equipa nacional correspondente podem ter uma incidência na participação das referidas equipas nos jogos «prime» e de «gala», o que pode suscitar um interesse particular do público de os acompanhar. A este respeito, o Tribunal observou que não pode ser determinado com antecedência (na altura da elaboração das listas nacionais ou da aquisição dos direitos de transmissão) que jogos serão verdadeiramente decisivos para as etapas subsequentes destes campeonatos ou que terão impacto sobre o futuro de uma determinada equipa nacional. Por esta razão, o Tribunal considerou que o facto de determinados jogos «non prime» ou de «non-gala» poderem ter influência sobre a participação nos jogos «prime» ou de «gala» pode justificar a decisão de um Estado-Membro de considerar todos os jogos destes campeonatos como sendo de grande importância para a sociedade. Além disso, o Tribunal constatou a inexistência de uma harmonização dos acontecimentos que poderiam ser considerados de grande importância para a sociedade e salientou que os níveis de audiência dos jogos «non prime» e «non-gala» dos últimos campeonatos demonstravam que estes jogos atraíram um número significativo de telespectadores, dos quais uma parte considerável não se interessa normalmente pelo futebol.

Por fim, o Tribunal salientou que, embora a qualificação do Campeonato do Mundo e do EURO como acontecimento de grande importância para a sociedade possa influenciar o preço que a FIFA e a UEFA obterão pela atribuição dos direitos de transmissão destes campeonatos, esta qualificação não elimina o valor comercial destes direitos, visto que estas duas organizações não são obrigadas a ceder estes direitos a quaisquer condições. Do mesmo modo, apesar de esta qualificação restringir a liberdade de prestação de serviços e a liberdade de estabelecimento, esta restrição é justificada dado que tem por objetivo proteger o direito à informação e assegurar um acesso amplo do público às transmissões televisivas dos acontecimentos de grande importância para a sociedade.

### *Contratos públicos — Direito a um recurso efectivo*

No acórdão de 20 de setembro de 2011, *Evropaiki Dynamiki/BEI* (processo T-461/08, ainda não publicado), o Tribunal Geral, após ter declarado a sua competência para se pronunciar sobre um recurso interposto por um proponente excluído da decisão tomada pelo Comité de Direção do Banco Europeu de Investimento (BEI) de adjudicar um contrato público de prestação de serviços no domínio informático, anulou a referida decisão com o fundamento de que, nomeadamente, o processo de concurso não tinha respeitado os requisitos de uma protecção jurídica completa. Com efeito, por um lado, a decisão impugnada não foi notificada à recorrente, que dela só teve conhecimento quando deixou, em princípio, de produzir efeitos, com a assinatura e a entrada em vigor do contrato. Ora, no caso concreto, para dar um carácter efectivo ao seu recurso no processo principal, que tinha por objeto a fiscalização da imparcialidade do processo de concurso e a preservação da oportunidade de o contrato com o BEI lhe poder ser adjudicado no termo do referido processo, teria sido necessário conceder à recorrente a possibilidade de apresentar um pedido de suspensão da execução da decisão de adjudicação do contrato, antes mesmo da assinatura e da entrada em vigor do contrato.

Por outro lado, o BEI não tinha apresentado à recorrente uma fundamentação suficiente da decisão de adjudicação do contrato antes da interposição do seu recurso no processo principal que tinha por objeto, nomeadamente, a anulação desta decisão. No âmbito de um processo de adjudicação de um contrato público, o direito a um recurso efectivo de um proponente excluído da decisão

que adjudica o contrato público a outro proponente e a obrigação daqui decorrente que incumbe à entidade adjudicante de lhe comunicar, a pedido deste, os fundamentos da sua decisão devem ser considerados como formalidades essenciais no sentido da jurisprudência, na medida em que estas envolvem o processo de elaboração da decisão de adjudicação de garantias que permitem o exercício de uma fiscalização efectiva da imparcialidade do processo de concurso que conduziu a esta decisão.

## II. Contencioso da indemnização

No acórdão de 8 de novembro de 2011, *Idromacchine e o./Comissão* (processo T-88/09, ainda não publicado), o Tribunal Geral abordou a questão da determinação da responsabilidade extracontratual da Comunidade em caso de violação por uma instituição do seu dever de respeito do sigilo profissional, pelo facto de ter sido publicada no Jornal Oficial da União Europeia uma informação respeitante à recorrente.

O Tribunal salientou que, no que se refere à divulgação de informações numa decisão da Comissão em matéria de auxílios de Estado, deve ser considerada confidencial a informação segundo a qual a empresa, não beneficiária do auxílio em causa, não foi capaz de entregar à outra parte contratual produtos conformes com as normas em vigor e as condições contratuais, na medida em que esta informação foi comunicada pelo Estado-Membro em causa à Comissão unicamente para efeitos do procedimento administrativo de exame dos auxílios em causa e que diz respeito à execução das relações comerciais entre as sociedades em causa. Além disso, essas informações são susceptíveis de causar um grave prejuízo à empresa em causa, dado que fazem nominativamente referência a esta empresa em termos desfavoráveis. Além disso, na medida em que a divulgação da informação era suscetível de lesar a imagem e a reputação da empresa, o interesse desta em que tal informação não fosse divulgada era objetivamente digno de protecção.

O Tribunal precisou que a apreciação do carácter confidencial de uma informação necessita de uma ponderação entre os interesses individuais legítimos que se opõem à sua divulgação e o interesse geral que exige que as atividades das instituições da União decorram de uma forma tão aberta quanto possível. No caso concreto, a divulgação das informações é considerada desproporcional tendo em conta o objeto da decisão da Comissão, uma vez que teria sido suficiente dar conta dos incumprimentos contratuais em termos muito gerais ou, tal sendo o caso, em termos mais específicos, sem que fosse necessário, nem numa nem noutra dessas duas hipóteses, mencionar o nome do fornecedor.

Salientando que a Comissão não dispõe de uma margem de apreciação ampla quanto à questão de saber se há que abandonar, num caso concreto, a regra da confidencialidade, o Tribunal concluiu que o facto de divulgar uma informação de carácter confidencial que prejudica a reputação de uma sociedade constituía uma violação do dever de sigilo profissional previsto no artigo 287.º CE e bastava para demonstrar a existência de uma violação suficientemente caracterizada. Assim, a Comissão foi condenada no pagamento de 20 000 euros a título de reparação dos prejuízos para a imagem e a reputação sofridos pela recorrente.

No acórdão de 23 de novembro de 2011, *Sison/Conselho* (processo T-341/07, ainda não publicado, proferido em secção alargada), o Tribunal Geral precisou as condições de determinação da responsabilidade extracontratual da União (em particular a condição relativa à violação suficientemente caracterizada de uma norma que confere direitos aos particulares) na hipótese em que a decisão ilegal na origem do dano foi anulada pelo Tribunal com o fundamento de que as decisões nacionais nas quais o Conselho se baseou para congelar os fundos do recorrente não tinham

por objetivo a abertura de inquéritos ou de processos nem uma condenação por atividade terrorista, contrariamente às exigências da legislação da União.

A este respeito, o Tribunal recordou que a ação de indemnização não tem por objetivo assegurar a reparação de um prejuízo causado por qualquer ilegalidade. Só uma violação suficientemente grave de uma norma de direito que tenha por objeto conferir direitos aos particulares pode fazer a União incorrer em responsabilidade. O critério decisivo que permite considerar que este pressuposto está preenchido é o da violação manifesta e grave, pela instituição em causa, dos limites que se impõem ao seu poder de apreciação. Todavia, o alcance do poder de apreciação da instituição em causa, embora tenha carácter determinante, não constitui um critério exclusivo. Assim, o regime da responsabilidade extracontratual leva nomeadamente em consideração a complexidade das situações a regular e as dificuldades de aplicação ou de interpretação dos textos.

Ora, o Tribunal considera que, apesar de o Conselho não dispor de qualquer margem discricionária quando aprecia se os elementos de facto e de direito susceptíveis de condicionar a aplicação de uma medida de congelamento de fundos estão reunidos, a interpretação e a aplicação do direito da União eram particularmente difíceis no caso concreto. Declarou que a própria redação das disposições em causa é particularmente confusa, como confirma a abundante jurisprudência do Tribunal a este respeito. Só após ter apreciado uma dezena de processos, ao longo de vários anos, o Tribunal elaborou progressivamente um quadro racional e coerente de interpretação destas disposições. Só aquando do acórdão que anulou a decisão que esteve na origem do dano é que o Tribunal considerou que uma decisão nacional deveria, para poder ser validamente invocada pelo Conselho, inscrever-se no âmbito de um processo nacional com o objetivo de, diretamente e a título principal, impor uma medida preventiva ou repressiva contra o interessado, a título da luta contra o terrorismo. Além disso, o Tribunal salientou a complexidade das apreciações jurídicas e factuais exigíveis com vista a decidir o caso concreto. Por fim, sublinhou que a importância fundamental do objetivo de interesse geral que constitui a luta contra as ameaças de paz e da segurança internacionais e os constrangimentos especiais que a sua prossecução «por todos os meios» impõe às instituições da União visadas, a pedido urgente do Conselho de Segurança das Nações Unidas, são igualmente factores que importa tomar em consideração.

Assim, no caso concreto, a violação pelo Conselho da regulamentação aplicável, embora demonstrada com clareza, explica-se, segundo o Tribunal, pelas contingências e responsabilidades específicas que recaíam sobre essa instituição e constitui uma irregularidade que uma administração normalmente prudente e diligente poderia ter cometido em circunstâncias análogas, de modo que não se pode concluir que exista uma violação suficientemente caracterizada suscetível de dar lugar a um direito de reparação.

### **III. Recursos de decisões do Tribunal da Função Pública**

Em 2011 foram interpostos 44 recursos de decisões do Tribunal da Função Pública e 29 processos foram decididos pela Secção dos Recursos de decisões do Tribunal da Função Pública. Quatro delas merecem uma atenção particular.

No acórdão de 12 de julho de 2011, *Comissão/Q* (processo T-80/09 P, ainda não publicado), o Tribunal Geral sublinhou que a mera demonstração de uma ilegalidade basta para que se considere que está preenchido o primeiro dos três requisitos necessários para responsabilizar a Comunidade pelos danos causados aos seus funcionários e antigos funcionários, devido a uma violação do direito europeu da função pública, sem que seja necessário demonstrar uma violação suficientemente



caracterizada de uma norma jurídica destinada a conferir direitos aos particulares<sup>25</sup>. Além disso, o Tribunal indicou que a admissibilidade da ação de indemnização intentada por um funcionário nos termos do artigo 24.º, segundo parágrafo, do Estatuto dos Funcionários da União Europeia está subordinada ao esgotamento das vias de recurso nacionais, desde que estas assegurem de maneira eficaz a protecção das pessoas interessadas e possam dar lugar à reparação do dano alegado. A este respeito, o regime especial de responsabilidade, regime de responsabilidade objetiva, instituído pela referida disposição assenta no dever que incumbe à administração de proteger a saúde e a segurança dos seus funcionários e agentes contra os ataques ou tratamentos incorrectos cometidos por terceiros ou por outros funcionários, de que podem ser vítimas no exercício das suas funções, nomeadamente sob a forma de assédio moral, na aceção do artigo 12.º-A, n.º 3, do Estatuto. Portanto, o Tribunal declarou que o Tribunal da Função Pública tinha violado os artigos 90.º e 91.º do Estatuto e decidido ultra petita, condenando a Comissão a reparar o dano moral resultante de um erro de serviço que contribuiu para isolar o recorrente no âmbito da sua unidade. Por fim, o Tribunal considerou que o Tribunal da Função Pública também tinha violado os artigos 90.º e 91.º do Estatuto e excedido os limites da sua fiscalização jurisdicional, substituindo-se, na prática, à administração na parte em que se pronunciou sobre a acusação de assédio moral formulada pelo recorrente.

Por outro lado, nos acórdãos de 14 de dezembro de 2011, *Comissão/Pachtitis* (processo T-361/10 P, ainda não publicado) e *Comissão/Vicente Carbajosa e o.* (processo T-6/11 P, ainda não publicado), confirmando, neste ponto, os acórdãos proferidos pelo Tribunal da Função Pública, o Tribunal Geral declarou que o Serviço de Selecção do Pessoal das Comunidades Europeias (EPSO) não tinha competência para determinar o teor dos testes de acesso a um concurso. O Tribunal analisou a repartição de competências entre o EPSO e o júri de um concurso à luz do anexo III do Estatuto, tendo concluído que, apesar de a competência para determinar o teor dos testes de acesso não ter sido expressamente atribuída ao EPSO nem ao júri, o desenrolar dos testes era, antes da criação do EPSO, segundo jurisprudência assente, confiado ao júri dos concursos. Portanto, não tendo havido uma alteração estatutária que conferisse expressamente ao EPSO essa competência, por um lado, e tendo em conta a natureza essencialmente organizacional das tarefas atribuídas ao EPSO pelo artigo 7.º do mesmo anexo, por outro, o Tribunal declarou que o EPSO não era competente para determinar o teor dos testes de pré-selecção de um concurso. Quanto à decisão que institui o EPSO<sup>26</sup> e à decisão relativa à organização e funcionamento deste organismo<sup>27</sup>, o Tribunal Geral considerou que estas tinham um estatuto hierárquico inferior ao das disposições do Estatuto. Assim, por força do princípio da legalidade, se estas decisões contêm, por vezes, formulações que podem induzir em erro, deixando pensar que o EPSO é competente para determinar o teor dos testes de acesso, estas decisões não podem ser interpretadas num sentido que contrarie o estatuto.

Por fim, no acórdão de 21 de setembro de 2011, *Adjemian e o./Comissão* (processo T-325/09 P, ainda não publicado), o Tribunal Geral declarou que o princípio da proibição do abuso de direito, por força do qual ninguém pode invocar abusivamente normas jurídicas, faz parte dos princípios gerais de direito. Daqui decorre que o legislador e a Autoridade Competente para a Contratação de Pessoal (a

<sup>25</sup> Confirmando, neste ponto, o acórdão de 16 de dezembro de 2010, *Comissão/Petrilli* (T-143/09 P, ainda não publicado), o qual foi objecto de uma proposta de reexame, arquivada pela decisão do Tribunal de Justiça de 8 de fevereiro de 2011, C-17/11 RX.

<sup>26</sup> Decisão 2002/620/CE do Parlamento Europeu, do Conselho, da Comissão, do Tribunal de Justiça, do Tribunal de Contas, do Comité Económico e Social, do Comité das Regiões e do Procurador de Justiça, de 25 de julho de 2002, que institui o Serviço de Selecção do Pessoal das Comunidades Europeias (JO L 197, p. 53).

<sup>27</sup> Decisão 2002/621/CE dos secretários-gerais do Parlamento Europeu, do Conselho e da Comissão, do escrivão do Tribunal de Justiça, dos secretários-gerais do Tribunal de Contas, do Comité Económico e Social e do Comité das Regiões e do representante do Provedor de Justiça, de 25 de julho de 2002, relativa à organização e funcionamento do Serviço de Selecção do Pessoal das Comunidades Europeias (JO L 197, p. 56).

seguir «ACCP») devem, aquando da adoção ou da execução das regras que regem as relações entre as Comunidades Europeias e os seus agentes, evitar os abusos de direito susceptíveis de resultar da utilização de contratos de trabalho sucessivos por tempo determinado, em conformidade com os objetivos da melhoria das condições de vida e de trabalho dos trabalhadores e de uma protecção social adequada destes últimos, referidos no artigo 136.º CE. Por outro lado, o Tribunal declarou que a característica principal dos contratos de trabalho como agente contratual para o desempenho de tarefas auxiliares era a sua precariedade no tempo, o que corresponde à própria finalidade destes contratos de efectuar tarefas precárias, por natureza ou na falta de um titular, por pessoal ocasional. Por conseguinte, o referido regime não pode ser utilizado pela ACCP para atribuir tarefas correspondentes a um «lugar permanente» durante longos períodos de tempo a este pessoal, que se encontra, assim, anormalmente utilizado, a troco de uma incerteza prolongada. Com efeito, tal prática seria contrária ao princípio de proibição do abuso de direito, aplicado à utilização por parte da ACCP na função pública de contratos de trabalho sucessivos por tempo determinado. Todavia, esse abuso pode ser corrigido e as consequências negativas sofridas pelo interessado podem ser eliminadas procedendo a uma requalificação do contrato de trabalho, a qual pode, nomeadamente, conduzir à conversão de contratos de trabalho sucessivos a termo em contratos de trabalho sem termo

#### IV. Pedidos de medidas provisórias

Foram submetidos este ano ao presidente do Tribunal Geral 44 pedidos de medidas provisórias, o que representa um ligeiro aumento em relação ao número de pedidos entrados (41) em 2010. Em 2011, o juiz das medidas provisórias decidiu 52 processos, contra 38 em 2010. Deferiu dois pedidos de suspensão da execução, relativos a coimas que tinham sido aplicadas às recorrentes pela participação destas em coligações anticoncorrenciais, a saber no despacho de 2 de março de 2011, 1. *garantovaná/Comissão* (processo T-392/09 R, não publicado), e no despacho de 13 de abril de 2011, *Westfälische Drahtindustrie e o./Comissão* (processo T-393/10 R, ainda não publicado). Estes dois despachos deram ao presidente do Tribunal Geral a oportunidade de precisar a jurisprudência relativa aos grupos, que levava a tomar em consideração, no contexto da urgência, os recursos financeiros do grupo de sociedades ao qual pertencia a sociedade que requereu as medidas provisórias.

No processo 1. *garantovaná/Comissão*, já referido, a sociedade recorrente, que opera no domínio da finança, pretendia obter uma dispensa da obrigação, imposta pela Comissão, de apresentar uma garantia bancária como condição para a não cobrança imediata da coima que lhe tinha sido aplicada por ter exercido uma influência determinante na política comercial de outra sociedade participante numa coligação no sector dos reagentes de carboneto de cálcio e magnésio nas indústrias siderúrgica e do gás. O presidente do Tribunal declarou que existiam, no caso concreto, circunstâncias excepcionais que justificavam a suspensão da obrigação de constituir essa garantia. Com efeito, a recorrente tinha demonstrado, além da existência de *fumus boni juris*, que a sua situação financeira precária estava na base das recusas de atribuição da garantia bancária em questão por parte de diversos bancos. Além disso, os elementos apresentados pela Comissão não permitiam pôr em causa a afirmação da recorrente segundo a qual não pertencia a um grupo mais importante e não tinha um acionista maioritário. A recorrente também não se apresentava como fazendo parte de uma rede, cujos membros pudessem ter interesses em comum. Por outro lado, a recorrente não podia ser acusada de ter provocado a sua má situação financeira com o seu próprio comportamento. O facto de, pouco tempo antes de lhe ter sido aplicada a coima, ter investido a maior parte dos activos que detinha em empréstimos a longo prazo e de ter, assim, imobilizado estes activos encontrava uma explicação razoável na sua atividade como investidor capitalista. A este respeito, não se podia exigir que a recorrente congelasse os seus investimentos e cessasse a sua atividade económica durante o procedimento administrativo levado a cabo pela Comissão. Tendo ponderado os interesses em presença, o presidente do Tribunal considerou que os interesses financeiros da União não seriam mais

bem protegidos se se procedesse a uma execução forçada imediata da coima, porque seria improvável que a Comissão pudesse, assim, obter o montante correspondente à coima. Por conseguinte, ordenou a dispensa requerida, na condição, porém, de a recorrente não ceder certos activos sem autorização prévia da Comissão, de proceder ao pagamento à Comissão do valor equivalente ao adiantamento que tinha efectuado e de informar a Comissão regularmente da evolução dos seus activos e dos seus investimentos.

No processo *Westfälische Drahtindustrie e o./Comissão*, já referido, três sociedades membros de um grupo que opera no sector industrial do aço, ao qual foram aplicadas coimas por terem participado numa coligação no mercado do aço para pré-esforço, apresentaram um pedido de medidas provisórias com vista a obter uma dispensa da obrigação de apresentar garantias bancárias. A este respeito, o presidente do Tribunal Geral recordou que só poderia ser concedida uma dispensa da obrigação de apresentar uma garantia bancária se o requerente apresentasse a prova de que lhe era objetivamente impossível apresentar essa garantia ou (em alternativa) de que a sua constituição poria em causa a existência da sociedade. Constatou-se que as recorrentes fizeram atempadamente sérios e repetidos esforços no sentido de obter uma garantia bancária que cobrisse as coimas aplicadas, mas que esses esforços tinham sido em vão, porque os catorze bancos com os quais trabalhavam habitualmente, contactados por diversas ocasiões, lhes tinham recusado essa garantia, após terem procedido a uma análise aprofundada da situação financeira das recorrentes. O presidente não tomou em consideração os meios financeiros do acionista ArcelorMittal, que detém uma participação de um terço numa das sociedades recorrentes. Recordando que a jurisprudência relativa aos grupos de sociedades tinha sido alargada às participações minoritárias (30%) — em função da estrutura do capital da sociedade em causa —, declarou, todavia, que o grupo ArcelorMittal e o grupo ao qual pertenciam as recorrentes eram concorrentes no mercado do aço e prosseguiam objetivos estratégicos diferentes. Também afastou o argumento da Comissão fundado no interesse próprio que os bancos habituais, credores das recorrentes, teriam com vista a proteger os seus próprios créditos. Segundo o presidente, os interesses de um banco, enquanto estabelecimento de crédito que recusou conceder uma garantia bancária, só devem ceder perante os interesses da Comissão se a jurisprudência relativa aos grupos for aplicável, o que não era o caso no processo em causa. Com efeito, os catorze bancos habituais das recorrentes não faziam parte do grupo destas últimas. As suas relações comerciais com este grupo limitavam-se ao domínio do crédito, da cobrança das suas dívidas e do pagamento de juros. Nesta medida, não existia qualquer identidade objetiva entre os interesses estratégicos destes estabelecimentos de crédito e os das recorrentes. Tendo sido demonstrada a impossibilidade de obter uma garantia bancária, o presidente considerou não pertinentes os argumentos que a Comissão tinha deduzido de dados de carácter financeiro e económico para demonstrar que, após o indeferimento de um pedido de medidas provisórias, «qualquer banco razoável» acabaria por conceder aos recorrentes a garantia em causa.

Além disso, foi reconhecida a existência de *fumus boni juris* a respeito do pedido apresentado a título subsidiário tendente a obter uma redução das coimas, que tinha por base, nomeadamente, o fundamento relativo à recusa de levar em consideração a falta de capacidade contributiva das recorrentes, tendo o presidente considerado que não seria de excluir que, no caso concreto, o Tribunal pudesse fazer uso da sua competência de plena jurisdição em matéria de coimas e reduzir as coimas aplicadas às recorrentes. Por conseguinte, o presidente ordenou a dispensa solicitada, desde que, todavia, as recorrentes procedessem ao pagamento à Comissão do montante correspondente à provisão constituída e as mensalidades, segundo o plano de pagamento oferecido.

Os restantes pedidos de medidas provisórias foram indeferidos, frequentemente por falta de urgência. Assinalamos, em particular, os seguintes processos.

No domínio dos auxílios de Estado, importa mencionar, devido às suas particularidades processuais, os processos denominados «do carvão espanhol» (despachos de 17 de fevereiro de 2011, *Gas Natural Fenosa SDG/Comissão*, processos T-484/10 R, *Iberdrola/Comissão*, T-486/10 R, e *Endesa e Endesa Generación/Comissão*, T-490/10 R, não publicados). Estes processos têm origem na decisão do Reino de Espanha de criar um regime de auxílios financeiros a favor da produção de energia eléctrica a partir de carvão endógeno. Para este efeito, o regime em causa obrigava várias centrais de produção de energia eléctrica a abastecer-se em carvão endógeno e a produzir determinados volumes de electricidade a partir do referido carvão, tendo por contrapartida uma compensação estatal dos custos complementares de produção ocasionados pela compra do carvão endógeno. Tendo a Comissão autorizado o regime em causa, as três empresas recorrentes interpuseram recursos de anulação desta decisão de autorização e apresentaram pedidos de medidas provisórias de suspensão da execução. Tendo presente a adoção iminente de uma decisão pela autoridade espanhola competente que imporia às recorrentes o compromisso de, no prazo de três dias, adquirirem determinadas quantidades de carvão nacional, o presidente do Tribunal ordenou, em 3 de Novembro de 2010, ao abrigo do artigo 105.º, n.º 2, do Regulamento de Processo, isto é sem ouvir as partes contrárias, a suspensão da decisão impugnada até à adoção dos despachos que porão termo aos processos de medidas provisórias. Tendo o Reino de Espanha pedido que esta suspensão provisória fosse revogada e tendo as recorrentes, numa fase especialmente tardia do processo, manifestado a sua intenção de desistir do seu recurso, o presidente considerou que, até ao cancelamento final dos recursos, se deveria pronunciar, no interesse de uma boa administração da justiça, sobre a manutenção ou a não produção de efeitos da suspensão provisória da decisão da Comissão. Admitindo a existência de *fumus boni juris*, excluiu a existência de circunstâncias que criassem uma urgência suscetível de justificar a atribuição das medidas provisórias solicitadas. Quanto à ponderação dos interesses, após ter recordado a importância que revestem os serviços de interesse económico geral na União e o amplo poder discricionário de que dispõem as autoridades nacionais para os prestar, os executar e os organizar, o presidente considerou que os interesses prosseguidos pela execução o mais rápida possível do serviço de interesse económico geral espanhol e da compensação associada deveriam primar sobre os interesses opostos, invocados pelas empresas recorrentes. Em consequência, os despachos de 3 de novembro de 2010 que concedem a suspensão provisória da decisão impugnada foram revogados. Por fim, tendo as empresas recorrentes desistido dos pedidos de medidas provisórias, o presidente adoptou, em 12 de abril de 2011, três despachos de cancelamento, no âmbito dos processos de medidas provisórias, que previam, excecionalmente, uma condenação das recorrentes nas despesas.

Por fim, nos despachos de 9 de junho de 2011, *Eurallumina/Comissão* (processo T-62/06 RENV R, não publicado, n.ºs 29 a 56), e de 10 de junho de 2011, *Eurallumina/Comissão* (processo T-207/07 R, não publicado, n.ºs 32 a 59), o presidente, após ter apresentado, de forma pormenorizada, os diferentes elementos constitutivos da jurisprudência relativa aos grupos, considerou esta jurisprudência compatível com o artigo 47.º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia<sup>28</sup>, com o artigo 6.º da Convenção para a Protecção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais, assinada e Roma em 4 de novembro de 1950, e com a jurisprudência do Tribunal Europeu dos Direitos do Homem, salientando que o conceito de grupo não impunha uma condição impossível de preencher, na medida em que não impedia qualquer sociedade pertencente a um grupo de demonstrar, nomeadamente, que os seus interesses objetivos não coincidiam com os do seu grupo ou a sua sociedade-mãe, que esta última estava juridicamente impedida de lhe conceder apoio financeiro ou que a situação financeira da totalidade do grupo não lhe permitia conceder-lhe apoio.

<sup>28</sup> JO 2010, C 83, p. 392.