

ACÓRDÃO DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
(Primeira Secção Alargada)

8 de Julho de 1999 *

No processo T-266/97,

Vlaamse Televisie Maatschappij NV, sociedade de direito belga, com sede em Vilvoorde (Bélgica), representada por Francis Herbert e Dirk Arts, advogados no foro de Bruxelas, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório do advogado Carlos Zeyen, 56-58, rue Charles Martel,

recorrente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por Wouter Wils, membro do Serviço Jurídico, na qualidade de agente, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de Carlos Gómez de la Cruz, membro do Serviço Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

recorrida,

que tem por objecto um pedido de anulação da Decisão 97/606/CE da Comissão, de 26 de Junho de 1997, ao abrigo do artigo 90.º, n.º 3, do Tratado CE, relativa ao direito exclusivo de emitir publicidade televisiva na Flandres (JO L 244, p. 18),

* Língua do processo: neerlandês.

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
DAS COMUNIDADES EUROPEIAS (Primeira Secção Alargada),

composto por: B. Vesterdorf, presidente, C. W. Bellamy, J. Pirrung, A. W. H. Meij e M. Vilaras, juízes,

secretário: A. Mai, administrador,

vistos os autos e após a audiência de 20 de Novembro de 1998,

profere o presente

Acórdão

Matéria de facto na origem do litígio

- 1 O artigo 127.º da Constituição belga atribui aos Conselhos da Comunidade Francesa e da Comunidade Flamenga competência para regulamentar, cada um na sua área, as matérias culturais.

- 2 A legislação flamenga relativa aos meios de comunicação social foi coordenada por um decreto do Governo flamengo, de 25 de Janeiro de 1995, relativo à coordenação dos decretos respeitantes à radiodifusão e à televisão (*Moniteur belge* de 30 de Maio de 1995, p. 15058; rectificação no *Moniteur belge* de 31 de Outubro de 1995, p. 30555), ratificado pelo decreto do Conselho da Comunidade Flamenga de 23 de Fevereiro de 1995 (a seguir «Codex»).

- 3 O Codex coordena, designadamente, as disposições do decreto de 28 de Janeiro de 1987 relativo à retransmissão de programas sonoros e televisivos nas redes de radiodistribuição e de teledistribuição e à autorização das sociedades de televisão não públicas (a seguir «decreto de 1987», *Moniteur belge* de 19 de Março de 1987, p. 4196), o decreto de 12 de Junho de 1991 relativo à regulamentação da publicidade e do patrocínio na rádio e na televisão (*Moniteur belge* de 14 Agosto de 1991, p. 17730) e o decreto de 4 de Maio de 1994 relativo às redes de rádio e de teledistribuição e à autorização exigida para o estabelecimento e exploração dessas redes e relativo à promoção da difusão e da produção dos programas de televisão (*Moniteur belge* de 4 de Junho de 1994, p. 15434).
- 4 Os artigos 39.º a 41.º do Codex prevêm:

«Artigo 39.º Mediante parecer do conselho dos meios de comunicação social, o Governo flamengo pode autorizar os organismos privados de teledifusão nas condições fixadas no presente capítulo.

Para serem autorizados, estes organismos devem ser constituídos sob a forma de pessoas colectivas de direito privado e com sede estabelecida na região neerlandófona ou na região bilingue de Bruxelas-Capital.

Artigo 40.º Os organismos privados de teledifusão têm por objectivo a gestão de programas. Podem desenvolver todos os actos que contribuam directa ou indirectamente para a realização desse objectivo.

Artigo 41.º Os organismos seguintes podem ser autorizados:

1) um organismo privado de teledifusão que se destine ao conjunto da Comunidade Flamengo;

...»

5 Os artigos 44.º a 50.º do Codex contêm as disposições relativas ao organismo privado de teledifusão que se destina ao conjunto da Comunidade Flamengo. O artigo 44.º, n.º 1, primeiro parágrafo, relativo às condições de autorização está assim redigido:

«O organismo privado de teledifusão que se destina ao conjunto da Comunidade Flamengo terá o estatuto de uma sociedade de direito privado. O seu capital social será representado exclusivamente por acções nominativas. Este capital será subscrito até ao limite mínimo de 51% por editores de jornais diários e semanários de expressão neerlandesa.»

6 O artigo 46.º, primeiro parágrafo, prevê que «a duração da autorização do organismo privado de teledifusão que se destina ao conjunto da Comunidade Flamengo é de dezoito anos».

- 7 O artigo 80.º, primeiro e segundo parágrafos, do Codex dispõe:

«Os organismos de rádio e de teledifusão da ou autorizados pela Comunidade Flamenga apenas podem emitir publicidade se para tal tiverem sido autorizados pelo Governo flamengo...

De entre os organismos de rádio e de teledifusão da ou autorizados pela Comunidade Flamenga e que se destinam ao conjunto da Comunidade Flamenga, um apenas estará autorizado a emitir publicidade. Esta exclusividade vale igualmente para a publicidade não comercial.»

- 8 Em conformidade com as disposições aplicáveis, a Vlaamse Televisie Maatschappij (a seguir «VTM» ou «recorrente»), uma sociedade privada de televisão de expressão neerlandesa com sede na Flandres, recebeu, por decisão do Governo flamengo de 19 de Novembro de 1987, a única autorização de organismo privado de teledifusão que se destina ao conjunto da Comunidade flamenga válida por um período de 18 anos.
- 9 Por decreto real de 3 de Dezembro de 1987, confirmado por uma decisão do Governo flamengo de 11 de Dezembro de 1991, foi concedida à VTM a autorização de emitir publicidade, prevista no artigo 80.º do Codex, válida por um período de 18 anos.
- 10 O outro organismo de teledifusão que se destina ao conjunto da Comunidade Flamenga, a sociedade pública de rádio e de televisão Belgische Radio en Televisie Nederlands (a seguir «BRTN»), controlada pela Comunidade Flamenga, não está autorizada a emitir publicidade televisiva.

- 11 A VTM foi constituída em 1987 por nove accionistas, todos com interesses na imprensa escrita flamenga e tendo cada um subscrito 11,1% do seu capital.
- 12 No momento da interposição do presente recurso, o capital da VTM só já era detido por quatro accionistas. Três destes são filiais do grupo neerlandês Verenigde Nederlandse Uitgeverijen (a seguir «VNU»). O quarto accionista, a sociedade Vlaamse Media Holding (a seguir «VMH»), detêm 55,55% das acções da recorrente. Os primeiro e terceiro grupos mais importantes da imprensa flamenga, a saber, a Vlaamse Uitgevers Maatschappij NV e a Concentra Holding NV, não são accionistas da VTM.
- 13 Na versão inicial do decreto de 1987, a maioria das acções do organismo privado de teledifusão que se destina ao conjunto da Comunidade Flamenga devia ser reservada a editores de jornais diários e de semanários de expressão neerlandesa com sede social na Região Flamenga ou na Região de Bruxelas-Capital. A condição de localização da sede dos accionistas na Flandres ou em Bruxelas foi suprimida após o Tribunal de Justiça a ter declarado incompatível com o Tratado (v. acórdão de 16 de Dezembro de 1992, Comissão/Bélgica, C-211/91, Colect., p. I-6757).
- 14 Em 16 de Dezembro de 1994, a VT4 Ltd (a seguir «VT4»), uma sociedade de direito inglês com sede em Londres e que difunde programas destinados ao público flamengo por intermédio de satélite, apresentou uma queixa à Comissão, denunciando a vantagem conferida à VTM pelo direito exclusivo de emitir publicidade televisiva na Flandres.
- 15 Em 13 de Julho de 1995, a Comissão convidou o Governo belga a apresentar a sua posição quanto à compatibilidade da legislação flamenga que confere à VTM o direito exclusivo de emitir publicidade televisiva na Flandres com as disposições conjugadas dos artigos 90.º do Tratado CE (actual artigo 86.º CE) e 59.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 49.º CE). Considerou, por último, que esta legislação não era contrária às disposições comunitárias relativas

à livre prestação de serviços, na medida em que não proibia aos canais de televisão estabelecidos noutros Estados-Membros emitirem mensagens publicitárias destinadas ao público flamengo.

- 16 Em 10 de Janeiro de 1997, a Comissão comunicou ao Governo belga os motivos pelos quais o direito exclusivo concedido à VTM lhe parecia incompatível com o artigo 90.º, n.º 1, do Tratado CE, em conjugação com o artigo 52.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 43.º CE), convidando-o a apresentar as suas observações a esse respeito.
- 17 As autoridades flamengas responderam a esta missiva da Comissão em 11 de Fevereiro de 1997.
- 18 Paralelamente ao processo mencionado no n.º 16 *supra*, a Comissão enviou às autoridades belgas, em 15 de Maio de 1997, um parecer fundamentado no tocante à condição de 51% do capital social do organismo privado de teledifusão que se destina ao conjunto da Comunidade Flamenga ser detido pelos editores de jornais diários e de semanários de expressão neerlandesa.
- 19 Em 26 de Junho de 1997, a Comissão adoptou a Decisão 97/606/CE ao abrigo do n.º 3 do artigo 90.º do Tratado CE, relativa ao direito exclusivo de emitir publicidade televisiva na Flandres (JO L 244, p. 18; a seguir «decisão impugnada»), cujo artigo 1.º dispõe:

«O n.º 2 do artigo 80.º e o primeiro parágrafo do artigo 41.º do Codex das regras flamengas relativas à rádio e à teledifusão, à publicidade, ao patrocínio e ao cabo, que prevêm que o Governo flamengo só possa autorizar um único organismo privado de teledifusão a emitir para a Comunidade Flamenga em geral e a difundir para esta comunidade publicidade comercial e não comercial — no

caso presente, a sociedade de televisão privada Vlaamse Televisie Maatschappij NV — bem como a decisão do executivo flamengo de 19 de Novembro de 1987 e o Decreto Real de 3 de Dezembro de 1987 (confirmado por uma decisão do executivo flamengo de 11 de Dezembro de 1991) — através dos quais a VTM foi autorizada como única sociedade de televisão privada destinada à Comunidade Flamenga em geral e recebeu autorização para inserir publicidade comercial nos seus programas — são incompatíveis com o n.º 1 do artigo 90.º do Tratado CE em articulação com o artigo 52.º do referido Tratado.»

Tramitação processual e pedidos das partes

- 20 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 6 de Outubro de 1997, a recorrente interpôs o presente recurso.
- 21 Nos termos do artigo 14.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância e sob proposta da Primeira Secção, o Tribunal decidiu, ouvidas as partes nos termos do artigo 51.º do referido regulamento, atribuir o processo à Secção Alargada.
- 22 Com base no relatório preliminar do juiz-relator, o Tribunal de Primeira Instância (Primeira Secção Alargada) decidiu iniciar a fase oral e adoptou medidas de organização do processo, tendo pedido às partes para responderem a certas perguntas escritas e para apresentarem certos documentos. As partes deram satisfação a estes pedidos.
- 23 As partes apresentaram alegações e responderam às questões do Tribunal na audiência de 20 de Novembro de 1998.

24 A recorrente conclui pedindo que o Tribunal se digne:

- anular a decisão impugnada;

- condenar a Comissão nas despesas.

25 A Comissão conclui pedindo que o Tribunal se digne:

- julgar o recurso improcedente;

- condenar a recorrente nas despesas.

Quanto ao mérito

26 Em apoio do seu recurso, a recorrente invoca cinco fundamentos baseados, em primeiro lugar, na violação dos direitos da defesa, em segundo lugar, na violação do princípio da protecção da confiança legítima e do princípio da segurança jurídica, bem como dos deveres de previsão e circunspecção, em terceiro lugar, na violação das disposições conjugadas dos artigos 90.º, n.º 1, e 52.º do Tratado, em quarto lugar, em desvio de poder e, em quinto, na violação do artigo 190.º do Tratado CE (actual artigo 253.º CE).

Quanto ao primeiro fundamento, baseado na violação dos direitos da defesa

Quanto à primeira parte do primeiro fundamento

— Exposição sumária dos argumentos das partes

- 27 No quadro deste fundamento e no que toca à sua primeira parte, a recorrente sustenta, no essencial, que a empresa beneficiária de uma medida estatal na acepção do artigo 90.º, n.º 1, do Tratado, não é um terceiro no quadro do processo de adopção de uma decisão ao abrigo do n.º 3 do artigo 90.º do Tratado. Portanto, deveriam ser reconhecidos a essa empresa os mesmos direitos de defesa que são reconhecidos ao Estado-Membro em causa. Assim, deveriam ser-lhe comunicados, antes da adopção de uma decisão com base nessa disposição, não apenas uma exposição precisa e completa das acusações formuladas pela Comissão contra o Estado-Membro em causa, mas também todas as observações apresentadas por terceiros interessados (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Fevereiro de 1992, Países-Baixos e o./Comissão, C-48/90 e C-66/90, Colect., p. I-565, n.ºs 45 e 46). No caso em apreço tal não se verificou, uma vez que não lhe foram comunicadas nem uma cópia da queixa apresentada pela VT4 nem as observações do Governo flamengo sobre as acusações notificadas pela Comissão. Além disso, a Comissão ter-se-á baseado nestas observações (n.º 13 dos considerandos da decisão) para contestar qualquer justificação ao direito exclusivo.
- 28 Na sua réplica, a recorrente sustenta que os direitos de defesa do Estado-Membro afectado por uma decisão tomada nos termos do n.º 3 do artigo 90.º do Tratado e os das empresas beneficiárias de uma medida estatal contestada não podem ser diferenciados. O Tribunal de Justiça, no acórdão Países-Baixos e o./Comissão, já referido, não excluiu que uma empresa beneficiária de uma medida estatal impugnada possa dispor dos mesmos direitos de defesa que uma empresa destinatária de uma decisão adoptada ao abrigo do artigo 85.º do Tratado CE (actual artigo 81.º CE) ou 86.º do Tratado CE (actual artigo 82.º CE).

29 Além disso, a Comissão reconhecerá que a recorrente se encontra numa situação comparável à do Estado-Membro destinatário da decisão impugnada. Com efeito, em primeiro lugar, o preâmbulo da decisão demonstra que as autoridades belgas e a recorrente foram consideradas do mesmo modo em termos de direito de defesa. Em segundo lugar, a Comissão notificou a decisão às autoridades belgas e à recorrente. Em terceiro lugar, a falta de contestação relativa à admissibilidade do recurso significará que a Comissão reconhece que, em conformidade com o quarto parágrafo do artigo 173.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 230.º, parágrafo quarto, CE), a decisão lhe diz directa e individualmente respeito e que, portanto, esta afecta directamente a sua situação jurídica como se fosse ela a destinatária.

30 Por fim, a recorrente alega que a Comissão, no âmbito de um processo relativo ao monopólio radiofónico da rede pública na Flandres, convidou as empresas beneficiárias da medida estatal a formularem, antes do início de um processo formal, as suas observações quanto ao conteúdo da queixa que tinha sido apresentada contra este monopólio.

31 A Comissão contesta ter violado os direitos de defesa da recorrente. Entende que a argumentação desta última não tem em conta o alcance do acórdão Países-Baixos e o./Comissão, já referido, bem como a natureza particular do processo com base no artigo 90.º, n.º 3, do Tratado. Com efeito, o Tribunal terá claramente distinguido, por um lado, os direitos do Estado-Membro a que respeita uma decisão adoptada em virtude desta disposição e, por outro, os direitos de defesa das empresas que beneficiaram directamente da medida estatal contestada.

— Apreciação do Tribunal

32 O n.º 1 do artigo 90.º do Tratado impõe aos Estados-Membros a obrigação, no que se refere às empresas públicas e às empresas aos quais concedem direitos especiais ou exclusivos, de não tomarem ou manterem qualquer medida contrária

ao disposto no Tratado e, designadamente, ao disposto nos artigos 6.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 12.º CE) e 85.º a 94.º do Tratado CE (actual artigo 89.º CE) inclusive.

- 33 O n.º 3 do artigo 90.º do Tratado confia à Comissão a missão de velar pelo cumprimento, por parte dos Estados-Membros, das obrigações que lhes são impostas, no que diz respeito às empresas referidas no n.º 1, e atribui-lhe expressamente competência para intervir nesse sentido por via de directivas e de decisões. Os actos jurídicos adoptados pela Comissão com base nessa disposição, quer se trate de directivas ou decisões, têm por destinatários os Estados-Membros em causa.
- 34 Como o Tribunal de Justiça já declarou, o n.º 3 do artigo 90.º do Tratado confere, por conseguinte, à Comissão o poder de declarar que uma medida estatal determinada é incompatível com as regras do Tratado e de indicar as medidas que o Estado destinatário deve adoptar para cumprir as obrigações resultantes do direito comunitário (v. acórdão Países Baixos e o./Comissão, já referido, n.º 28). Donde se conclui que um processo que conduz à adopção de uma decisão ao abrigo do n.º 3 do artigo 90.º do Tratado é um processo iniciado contra o Estado-Membro em causa e que, por conseguinte, qualquer empresa a que se refere o n.º 1 do artigo 90.º do Tratado é um terceiro neste processo. Apenas por este facto, e contrariamente ao que sustenta a recorrente, a empresa beneficiária da medida estatal impugnada não se encontra colocada, no âmbito de um processo ao abrigo do n.º 3 do artigo 90.º do Tratado, numa posição análoga à de uma empresa que seja objecto de um processo de verificação de uma infracção aos artigos 85.º ou 86.º do Tratado.
- 35 Segundo uma jurisprudência bem firmada, o respeito dos direitos da defesa em qualquer processo iniciado contra uma pessoa e susceptível de culminar com um acto que afecte os seus interesses constitui um princípio fundamental de direito comunitário e deve ser garantido, mesmo na falta de qualquer regulamentação relativa ao processo em causa (v., nomeadamente, acórdão Países Baixos e o./Comissão, já referido, n.º 44). Este princípio exige que, antes da adopção da

decisão ao abrigo do artigo 90.º, n.º 3, do Tratado, seja feita ao Estado-Membro em causa uma exposição precisa e completa das acusações contra ele formuladas pela Comissão e que lhe seja dada a possibilidade de dar a conhecer de forma útil o seu ponto de vista sobre as observações apresentadas por terceiros interessados (v. acórdão Países Baixos e o./Comissão, já referido, n.ºs 45 e 46).

36 Resulta do acórdão Países Baixos e o./Comissão (n.ºs 50 e 51) que uma empresa a que se refere o n.º 1 do artigo 90.º do Tratado, que é beneficiária directa da medida estatal impugnada e é nominalmente designada na lei aplicável, que é expressamente visada pela decisão impugnada e suporta directamente as consequências económicas desta última, tem o direito a ser ouvida pela Comissão durante o processo.

37 O respeito deste direito a ser ouvida exige que a Comissão comunique formalmente à empresa beneficiária da medida estatal impugnada as objecções concretas que suscitou contra essa medida, como as que expôs na interpelação para cumprimento enviada ao Estado-Membro e, sendo caso disso, em toda a correspondência posterior, e lhe dê a possibilidade de dar a conhecer validamente o seu ponto de vista quanto a essas acusações. Não impõe, contudo, que a Comissão conceda à empresa beneficiária da medida estatal a possibilidade de dar a conhecer o seu ponto de vista sobre as observações apresentadas pelo Estado-Membro contra o qual o referido processo foi iniciado, em resposta às acusações contra ele dirigidas ou em resposta às observações apresentadas por terceiros interessados, nem que lhe entregue formalmente uma cópia da queixa eventualmente na origem do processo.

38 No caso vertente, verifica-se que a VTM é a empresa beneficiária do direito exclusivo de emitir publicidade televisiva com destino à Comunidade Flamengo, que é nominalmente designada na legislação flamenga, que é explicitamente visada pela decisão impugnada e que suporta directamente as consequências económicas desta decisão.

- 39 Resulta igualmente dos autos que, por ofício de 10 de Janeiro de 1997, a Comissão interpelou o Governo belga a apresentar as suas observações quanto às acusações em anexo ao ofício e referentes à incompatibilidade da exclusividade concedida à VTM com o artigo 90.º, n.º 1, do Tratado em conjugação com o artigo 52.º do mesmo Tratado. O Governo flamengo apresentou as suas observações quanto a estas acusações por missiva de 11 de Fevereiro de 1997.
- 40 Uma cópia deste ofício de interpelação para cumprimento e da exposição das acusações foi transmitida à recorrente. Esta recebeu-a, o mais tardar, em 20 de Março de 1997. Por carta de 16 de Maio de 1997, esta última apresentou as suas observações à Comissão, dentro do prazo de dois meses que lhe estava estabelecido.
- 41 Na medida em que a recorrente não contesta que a Comissão adoptou a decisão impugnada após lhe ter dado oportunidade de dar a conhecer o seu ponto de vista sobre as acusações formuladas «no que diz respeito ao monopólio em matéria de publicidade televisiva na Flandres» (preâmbulo da decisão impugnada) e que estas acusações correspondem às que foram formuladas na decisão impugnada, há que concluir que ela foi devidamente ouvida. A circunstância de as autoridades belgas também terem podido apresentar a sua posição quanto às acusações formuladas pela Comissão não pode significar, contrariamente ao que sustenta a VTM, que o Estado-Membro em causa e a empresa beneficiária da medida estatal estão colocadas na mesma posição processual, nem que dispõem dos mesmos direitos no quadro do processo nos termos do n.º 3 do artigo 90.º do Tratado.
- 42 Por outro lado, a recorrente não pode validamente sustentar que a Comissão se baseou, designadamente, nas observações do Governo flamengo para contestar qualquer justificação ao direito exclusivo da recorrente. Com efeito, a leitura de conjunto do n.º 13 dos considerandos da decisão impugnada evidencia que a Comissão referiu, antes de mais, o ponto de vista das autoridades belgas quanto à questão de saber se as razões de política cultural justificavam «a atribuição à VTM do monopólio de emissão de publicidade televisiva» (n.º 13, primeiro parágrafo), seguidamente a da recorrente (n.º 13, segundo parágrafo) e, por

último, expressou a sua própria posição quanto a esta questão (n.º 13, terceiro a sétimo parágrafos).

- 43 O argumento da recorrente de que a admissibilidade do seu recurso implica que está colocada numa situação análoga à do destinatário do acto impugnado também não pode ser acolhido. Com efeito, não pode ser deduzido do respeito das condições de admissibilidade do recurso de anulação interposto por uma pessoa colectiva não destinatária de uma decisão que esta última beneficia dos mesmos direitos de defesa que a pessoa, destinatária da decisão, contra a qual foi iniciado o processo que conduziu ao acto causador do prejuízo.
- 44 Por fim, a circunstância de, no âmbito de um processo respeitante ao monopólio radiofónico do canal público na Flandres, a Comissão ter convidado as empresas beneficiárias da medida estatal a formular, antes do início do processo formal, as suas observações quanto ao conteúdo da queixa dirigida contra este monopólio não é susceptível de afectar a legalidade da decisão impugnada. Portanto, o argumento deve ser rejeitado por ser inoperante.
- 45 Atento o que precede, há que rejeitar a primeira parte do presente fundamento.

Quanto à segunda parte do primeiro fundamento

— Exposição sumária da argumentação das partes

- 46 A recorrente sustenta que a Comissão decidiu *a priori* não ter em conta as suas observações quanto à comunicação das acusações, como demonstrarão duas declarações consagradas à compatibilidade das medidas estatais controvertidas

com o direito comunitário proferidas pelo membro da Comissão encarregado das questões de concorrência, respectivamente em 2 de Maio de 1996 e em 5 de Fevereiro de 1997.

- 47 A Comissão contesta essa alegação e afirma que nenhuma acusação susceptível de afectar a legalidade da decisão impugnada pode ser deduzida das declarações públicas invocadas. Além disso, uma decisão tomada ao abrigo do n.º 3 do artigo 90.º do Tratado é adoptada colegialmente pelos membros da Comissão.

— Apreciação do Tribunal

- 48 O Tribunal considera que não pode ser acolhida a argumentação da recorrente.
- 49 Por um lado, sem prejuízo do respeito do segredo profissional a que todo o membro da Comissão está obrigado por força do artigo 214.º do Tratado CE (actual artigo 287.º CE), a expressão de uma opinião do membro da Comissão encarregado das questões de concorrência sobre um processo em curso nos termos do n.º 3 do artigo 90.º do Tratado, na medida em que seja estritamente pessoal e reservada, apenas é imputável a esse membro e não antecipa a posição que o colégio dos membros da Comissão adoptará no termo do processo. Com efeito, por força do artigo 163.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 219.º CE), o funcionamento da Comissão rege-se pelo princípio da colegialidade. Este princípio assenta na igualdade dos membros da Comissão relativamente à participação na tomada de decisões e implica, nomeadamente, que as decisões sejam tomadas em comum (v. acórdãos do Tribunal de Justiça de 23 de Setembro de 1986, AKZO Chemie/Comissão, 5/85, Colect., p. 2585, n.º 30, e de 15 de Junho de 1994, Comissão/BASF e o., C-137/92 P, Colect., p. I-2555, n.º 63).

50 No caso vertente, o primeiro documento invocado pela recorrente é um relatório elaborado por Van Rompaey em nome da comissão dos meios de comunicação social do Parlamento Flamengo, relativo à audição do membro da Comissão encarregado das questões da concorrência que teve lugar em 2 de Maio de 1996. Este documento indica principalmente:

«No que concerne ao monopólio da VTM, o comissário europeu mantém o seu ponto de vista, ou seja, que o monopólio não é conforme à regulamentação europeia. Está actualmente a decorrer um processo na Comissão Europeia a esse respeito, na sequência da queixa apresentada pela VT4 ao abrigo do artigo 90.º do Tratado CE.»

51 Resulta deste documento, mesmo considerado à luz das afirmações do orador que interveio no Parlamento Flamengo antes do referido membro da Comissão tomar a palavra, que este último se limitou a expressar «o seu ponto de vista» e a indicar que um processo respeitante à compatibilidade do monopólio atribuído à VTM com o direito comunitário estava em curso de instrução na Comissão.

52 O segundo documento, um artigo da imprensa de 14 de Maio de 1997, relata as afirmações feitas em 5 de Fevereiro de 1997 por Van Rompuy, ministro da comunicação social flamengo, a saber: «No decurso do mês de Fevereiro, o comissário europeu encarregado da política de concorrência, Karel Van Miert, comprometeu-se a comunicar-nos a interpelação oficial no início do mês de Maio.»

- 53 Para além do facto de este artigo referir as afirmações do membro da Comissão apenas de forma indirecta e do facto de a interpelação a que faz menção só poder ser compreendida como sendo, na realidade, a decisão da Comissão adoptada no termo do processo que tinha iniciado, as afirmações em causa não podem ser consideradas imputáveis à Comissão e a «promessa» feita ao ministro da comunicação social flamengo pelo membro da Comissão não pode, por conseguinte, ser interpretada senão como a possibilidade de que uma decisão, declarando determinadas disposições da regulamentação flamenga em matéria audiovisual incompatíveis com o n.º 1 do artigo 90.º do Tratado em conjugação com o artigo 52.º do Tratado, viesse finalmente a ser adoptada durante o mês de Maio de 1997.
- 54 Aliás, não é contestado que a interpelação enviada ao Governo belga nos termos do n.º 3 do artigo 90.º do Tratado e a decisão final baseada nessa mesma disposição constituem decisões que foram efectivamente deliberadas em comum.
- 55 Por outro lado, importa declarar que o n.º 13, segundo parágrafo, dos considerandos da decisão impugnada expõe determinados argumentos da VTM, ao passo que o ponto correspondente do anexo da interpelação, a saber o n.º 12, não lhe faz qualquer referência. Daí decorre que, contrariamente ao que sustenta a recorrente, a Comissão teve efectivamente em conta as observações que ela tinha formulado.
- 56 Vistas as considerações expostas, o primeiro fundamento improcede no seu conjunto.

Quanto ao segundo fundamento, baseado na violação do princípio da protecção da confiança legítima, do princípio da segurança jurídica, bem como dos deveres de previsão e circunspecção

Argumentos das partes

- 57 A recorrente lembra, antes de mais, que a Comissão iniciou, contra o Reino da Bélgica, vários processos dirigidos contra a legislação aplicável na Comunidade Flamenga em matéria audiovisual.
- 58 Assim, um processo iniciado já em Março de 1990, com base no artigo 169.º do Tratado CE (actual artigo 226.º CE), conduziu ao acórdão Comissão/Bélgica, já referido. Neste acórdão, o Tribunal de Justiça declarou que o Reino da Bélgica não cumpriu as obrigações que lhe incumbem por força dos artigos 52.º do Tratado e 221.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 294.º CE) ao reservar 51% do capital da empresa de televisão privada que emite para toda a Comunidade Flamenga aos editores de publicações diárias e semanais de língua neerlandesa cuja sede social esteja situada na zona neerlandófona ou na zona bilingue de Bruxelas-Capital. Portanto, nenhuma outra disposição do Decreto de 1987 para além desta terá sido considerada contrária ao artigo 52.º do Tratado.
- 59 Além disso, em Julho de 1995, a Comissão interpelou as autoridades belgas, no quadro de um processo baseado no n.º 3 do artigo 90.º do Tratado, a apresentarem-lhe as suas observações quanto à compatibilidade do direito exclusivo concedido à recorrente com as disposições conjugadas dos artigos 90.º, n.º 1, CE, e 59.º do Tratado. Este processo foi finalmente arquivado.
- 60 Na medida em que esses processos terão permitido à Comissão apreciar a legalidade do conjunto das disposições do Decreto de 1987 face ao direito comunitário, a recorrente sustenta que as disposições deste decreto que não foram postas em causa nesses processos podem ser consideradas conformes ao Tratado.

- 61 Esta situação terá feito nascer na esfera da recorrente a expectativa legítima de que a Comissão já não voltaria a contestar a legalidade da regulamentação flamenga em matéria audiovisual face ao direito comunitário.
- 62 Daí decorrerá que a Comissão, ao declarar ilegal o direito exclusivo concedido à VTM ao abrigo do n.º 1 do artigo 90.º do Tratado em conjugação com o artigo 52.º do referido Tratado, violou o princípio comunitário da protecção da confiança legítima (v. acórdãos do Tribunal de Justiça de 3 de Maio de 1978, *Töpfer/Comissão*, 112/77, *Colect.*, p. 357, n.º 19, e de 17 de Abril de 1997, *De Compte/Parlamento*, C-90/95 P, *Colect.*, p. I-1999, n.ºs 39 e 40), segundo o qual o direito de invocar a protecção da confiança legítima é reconhecido a qualquer particular que se encontre numa situação da qual resulta que a administração comunitária, ao dar-lhe garantias precisas, lhe criou expectativas fundadas (v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 16 de Outubro de 1996, *Efisol/Comissão*, T-336/94, *Colect.*, p. II-1343, n.º 31).
- 63 Com esta atitude, a Comissão terá igualmente violado os deveres de previsão e de circunspecção, bem como o princípio da segurança jurídica. A recorrente sublinha que este princípio impede que a Comissão inicie um novo processo contra a legislação controvertida, uma vez que a compatibilidade desta legislação com o direito comunitário tinha já sido anteriormente objecto de uma apreciação aprofundada. Esta situação será comparável à de um órgão jurisdicional nacional que se encontra impedido, por força do princípio da segurança jurídica, de colocar uma questão prejudicial quanto à validade de um acto comunitário quando este acto não tenha sido impugnado no prazo de recurso previsto no Tratado (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Março de 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf*, C-188/92, *Colect.*, p. I-833, n.ºs 24 a 26).
- 64 Na réplica, a recorrente retorque à Comissão que não nega o efeito directo dos artigos 90.º, n.º 1, e 52.º do Tratado e, por conseguinte, a possibilidade, para um órgão jurisdicional nacional, de controlar a legalidade das disposições da legislação nacional já apreciadas pela Comissão e, sendo caso disso, de as declarar incompatíveis com as referidas disposições. Ao invés, o dever de diligência e o princípio da segurança jurídica impedem que a Comissão — e apenas esta — ponha em causa a compatibilidade do direito exclusivo concedido à VTM com o direito comunitário. Com efeito, na falta de uma alteração

substantial das modalidades do decreto que regula o direito exclusivo de natureza a justificar um novo inquérito da Comissão, o referido direito exclusivo terá adquirido, após o inquérito sobre o qual versou o acórdão Comissão/Bélgica, já referido, um carácter definitivo no que toca à Comissão.

- 65 A argumentação subsidiária da Comissão, segundo a qual também não é possível esperar que, de cada vez que um Estado-Membro tome uma medida susceptível de violar uma ou várias disposições do direito comunitário, esta dispunha imediatamente de todas as informações necessárias para proceder a uma análise factual e jurídica exaustiva e iniciar imediatamente todos os processos possíveis, assentará numa interpretação errada do dever de diligência. Com efeito, o dever de diligência imposto pelo artigo 155.º do Tratado CE (actual artigo 211.º CE), exige da Comissão que, após uma queixa, esta não se limite no seu inquérito unicamente aos elementos da medida nacional invocados na queixa, ou unicamente às disposições do direito comunitário aí invocadas, mas que examine a globalidade da medida nacional face ao direito comunitário no seu conjunto.
- 66 A recorrente entende que uma leitura normalmente atenta da regulamentação flamenga em matéria audiovisual deveria ter permitido à Comissão, no âmbito do processo ao abrigo do artigo 169.º do Tratado a que o acórdão Comissão/Bélgica, já referido, pôs termo, concluir que o Decreto de 1987 criava um direito exclusivo a favor da VTM, salvo a ter faltado ao seu dever de diligência, de modo que a adopção da decisão impugnada constituirá, relativamente à recorrente, uma violação do princípio da protecção da confiança legítima. Alternativamente, a recorrente não exclui que a Comissão tenha, no decurso do mesmo processo, verificado a existência do direito exclusivo e examinado a sua conformidade com o Tratado. Neste último caso, a apreciação feita pela Comissão, no quadro do processo instaurado no caso vertente, da compatibilidade deste direito exclusivo com o Tratado constitui, relativamente à recorrente, uma violação do princípio da protecção da confiança legítima, pelo que poderá legitimamente invocar o princípio da segurança jurídica para obter a anulação da decisão impugnada.
- 67 Em apoio do segundo termo desta alternativa, a recorrente invoca o parecer fundamentado, transmitido pela Comissão ao Governo belga em 13 de Fevereiro

de 1991, respeitante à condição de estabelecimento imposta para os efeitos da autorização do organismo privado de teledifusão, segundo o qual:

«O meio escolhido pela Comunidade Flamenga para alcançar este objectivo não é, contudo, compatível com o direito comunitário. É verdade que o artigo 90.º do Tratado autoriza os Estados-Membros a conceder direitos especiais a organismos de difusão, como resulta do acórdão de 30 de Abril de 1974, Sacchi (155/73, Colect., p. 223); este artigo prevê, no entanto, que os Estados-Membros não podem manter em vigor qualquer medida contrária às regras do Tratado. Se um Estado-Membro optar por atribuir direitos especiais a uma sociedade de direito privado, já não pode intervir na estrutura do capital desta empresa por meio de uma medida contrária aos artigos [52.º e 221.º do Tratado] e que também não possa ser justificada com base na ordem pública através da invocação do [artigo 56.º do Tratado CE (que passou, após alteração, a artigo 46.º CE)].»

- 68 A Comissão contesta a argumentação da recorrente de que não deveria ter iniciado o processo que levou à adopção da decisão impugnada, para o que seria necessário admitir um direito adquirido à violação das disposições do Tratado que produzem efeito directo.
- 69 A aplicabilidade das disposições do artigo 90.º, n.º 1, do Tratado, em conjugação com o artigo 52.º do mesmo Tratado, que produzem efeito directo, não depende, de modo algum, de uma iniciativa eventual da Comissão ao abrigo do artigo 90.º, n.º 3, do referido Tratado. A incompatibilidade do direito exclusivo da recorrente com o direito comunitário teria, portanto, podido ser declarada em qualquer momento pelo órgão jurisdicional nacional. Por conseguinte, não pode estar em questão uma confiança legítima que implicaria que uma incompatibilidade poderia nunca chegar a ser declarada.
- 70 A título subsidiário, a Comissão sublinha que não é possível esperar que, sempre que um Estado-Membro adopte uma medida susceptível de violar uma ou várias disposições do direito comunitário, a Comissão disponha imediatamente de todas as informações necessárias para proceder a uma análise factual e jurídica exaustiva e iniciar assim todos os processos possíveis.

Apreciação do Tribunal

- 71 De acordo com jurisprudência constante, o princípio da protecção da confiança legítima faz parte da ordem jurídica comunitária (v. acórdão Töpfer/Comissão, já referido, n.º 19). O direito de invocar a protecção da confiança legítima é reconhecido a qualquer particular que se encontre numa situação da qual resulta que a administração comunitária, ao dar-lhe garantias precisas, lhe criou expectativas fundadas (v. acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 14 de Setembro de 1995, Lefebvre e o./Comissão, T-571/93, Colect., p. II-2379, n.º 72).
- 72 No caso vertente, apesar de, para os efeitos do exame da compatibilidade da regulamentação flamenga em matéria audiovisual com as regras do Tratado, a Comissão ter sucessivamente iniciado e instruído durante vários anos processos contra uma mesma regulamentação que não foi, contudo, alterada, há, todavia, que declarar, por um lado, que não foi dada qualquer garantia à recorrente, como esta reconheceu na audiência, quanto à legalidade, face aos artigos 90.º, n.º 1, e 52.º do Tratado, das disposições da regulamentação flamenga que atribui à VTM o direito exclusivo de transmitir publicidade televisiva destinada ao conjunto da Comunidade Flamenga e, por outro lado, que o modo como a Comissão conduziu a sua apreciação da compatibilidade, com as regras do Tratado, desta regulamentação não é de molde a ter gerado na esfera da recorrente uma expectativa legítima.
- 73 Com efeito, o trecho do parecer fundamentado notificado pela Comissão ao Governo belga em 13 de Fevereiro de 1991 que invoca a recorrente (n.º 67 *supra*) não contém qualquer elemento que indique que a Comissão tinha analisado, já há época, a conformidade com o conjunto das regras do Tratado das disposições da regulamentação em causa que previa o referido direito exclusivo. Este trecho confirma simplesmente a regra geral segundo a qual a concessão de direitos especiais ou exclusivos não é proibida quando nenhuma disposição do Tratado seja infringida e o facto de que um Estado-Membro «já não pode intervir na estrutura do capital» de uma empresa dotada de tais direitos «por meio de uma medida contrária aos artigos 52.º e 221.º do Tratado». Portanto, a posição expressa no parecer fundamentado não constitui uma garantia fornecida pela Comissão e não podia, portanto, gerar, na esfera da recorrente, a legítima

expectativa de que a compatibilidade do direito exclusivo previsto pela regulamentação flamenga já não poderia ser posta em causa à luz das regras do Tratado.

- 74 Do mesmo modo, não pode ser equiparada a uma garantia precisa a falta de colocação em causa, pela Comissão, nos processos que tinha aberto antes de ter tomado a decisão impugnada, da compatibilidade do direito exclusivo face ao artigo 90.º, n.º 1, do Tratado, em conjugação com o artigo 52.º do mesmo Tratado. Importa precisar que esta situação não é comparável à de uma pessoa que coloca expectativas legítimas na legalidade de um acto administrativo que lhe é favorável (v. acórdão De Compte/Parlamento, já referido). Por conseguinte, a declaração de incompatibilidade de uma regulamentação nacional com o direito comunitário não pode ser comparada à revogação de um acto administrativo favorável em cuja legalidade uma pessoa tinha confiado.
- 75 Quanto ao argumento da recorrente segundo o qual a Comissão teria ignorado os deveres de previsão e circunspecção, importa recordar que, nos termos do artigo 90.º, n.º 3, do Tratado, «a Comissão velará pela aplicação do disposto no presente artigo e dirigirá aos Estados-Membros, quando necessário, as directivas ou decisões adequadas». Por outro lado, nos termos dos artigos 155.º e 169.º do Tratado, a Comissão é a guardiã da legalidade comunitária. Nesta qualidade, incumbe-lhe velar, no interesse geral comunitário, pela boa aplicação do Tratado pelos Estados-Membros e obter a declaração da existência de eventuais incumprimentos das obrigações dele derivadas, tendo como objectivo a sua cessação (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Abril de 1974, Comissão/França, 167/73, Colect., p. 187, n.º 15). Compete, pois, à Comissão apreciar a escolha do momento da propositura da acção contra um Estado-Membro, com base no artigo 169.º ou no artigo 90.º, n.º 3, do Tratado, indicar as disposições alegadamente violadas e escolher o momento em que dá início ao processo por incumprimento contra esse Estado (v., unicamente no que se refere ao artigo 169.º do Tratado, acórdão do Tribunal de Justiça de 18 de Junho de 1998, Comissão/Itália, C-35/96, Colect., p. I-3851, n.º 27). Neste contexto, há que referir que resulta do teor do artigo 90.º, n.º 3, do Tratado e da sistemática do conjunto das disposições deste artigo que a Comissão goza de um amplo poder de apreciação no domínio abrangido pelos seus n.ºs 1 e 3, relativamente tanto à acção que considere necessária desenvolver como aos meios apropriados para esse fim (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 20 de Fevereiro de 1997, Bundesverband der Bilanzbuchhalter/Comissão, C-107/95 P, Colect., p. I-947, n.º 27).

- 76 Daqui decorre que quando a Comissão considere que disposições nacionais são contrárias a regras de direito comunitário diferentes daquelas cuja violação tinha justificado a abertura de processos anteriores, pode, a fim de cumprir plenamente as missões que lhe são confiadas pelos artigos 155.º e 169.º do Tratado, dar início a um novo processo por incumprimento, a fim de serem declaradas essas novas infracções (v., neste sentido, acórdão Comissão/Itália, já referido, n.º 28). Do mesmo modo, quando verifique uma violação do artigo 90.º do Tratado por um Estado-Membro, tem a possibilidade, mesmo quando a incompatibilidade presumida da regulamentação nacional com o direito comunitário tenha já justificado a abertura de vários processos, de dirigir uma decisão apropriada ao referido Estado-Membro a fim de velar pela aplicação das disposições deste artigo.
- 77 Uma vez que a Comissão não está obrigada a proceder de uma única vez à apreciação da legalidade de uma regulamentação nacional face ao conjunto das regras do Tratado, não procede o argumento que a recorrente retira dos deveres de diligência e de circunspeção que incumbem à Comissão por força do artigo 155.º do Tratado quando esta instrui um processo.
- 78 Por último e uma vez que a recorrente não demonstrou que a Comissão lhe tenha dado a garantia de que as disposições da regulamentação flamenga que regem a concessão do direito exclusivo eram compatíveis com o artigo 90.º, n.º 1, do Tratado, em conjugação com o artigo 52.º do mesmo Tratado, e na falta de elementos específicos sobre os quais teria podido fundar a expectativa de que esta regulamentação seria tolerada pela Comissão, não pode a recorrente validamente sustentar que esta última ignorou o princípio da segurança jurídica ao ter instaurado o processo que conduziu à adopção da decisão impugnada.
- 79 À luz do conjunto das precedentes considerações, o segundo fundamento deve ser julgado improcedente.

Quanto ao terceiro fundamento, baseado na violação das disposições conjugadas dos artigos 90.º, n.º 1, e 52.º do Tratado

Argumentos das partes

- 80 A recorrente contesta que tanto as disposições do Codex como as suas medidas de execução constituam infracções ao artigo 90.º, n.º 1, do Tratado, em conjugação com o artigo 52.º do referido Tratado, por terem « uma finalidade e um efeito proteccionista incontestáveis » (n.º 12 dos considerandos da decisão impugnada).
- 81 No quadro da primeira parte do fundamento, põe em causa a apreciação feita pela Comissão da justificação do direito exclusivo temporariamente concedido.
- 82 Entende que a questão da necessidade e, portanto, da justificação do direito exclusivo constitui uma questão prévia. Com efeito, uma vez demonstrado que existem razões aceitáveis para um Estado-Membro conceder um direito exclusivo, qualquer objecção que se funde no direito à liberdade de estabelecimento e que, de facto, vise apenas o efeito de exclusão inerente ao direito exclusivo mostrar-se-á irrelevante.
- 83 O Tribunal de Justiça terá, além disso, reconhecido que os objectivos de política cultural constituem objectivos de interesse geral que o Estado-Membro pode legitimamente prosseguir, elaborando de modo apropriado o estatuto dos seus próprios organismos de radiodifusão (v. acórdãos do Tribunal de Justiça de 5 de Outubro de 1994, TV10, C-23/93, Colect., p. I-4795, n.º 19, e de 26 de Junho de 1997, Familiapress, C-368/95, Colect., p. I-3689, n.º 18).

- 84 Ora, no caso vertente, as autoridades públicas terão previsto, no momento da liberalização da paisagem audiovisual flamenga, a concessão de um direito exclusivo temporário a um único organismo privado de teledifusão por razões de política cultural e, em especial, de manutenção do pluralismo e da independência da imprensa escrita.
- 85 Com efeito, teria sido inevitável que o lançamento de um canal comercial na Flandres originasse uma transferência dos investimentos publicitários do sector da imprensa escrita para o da televisão comercial.
- 86 O efeito de substituição entre os vectores tradicionais da publicidade de marca e a televisão comercial, que terá sido mais importante do que o previsto, terão originado uma perda de receitas para o sector da imprensa escrita. Entre 1988 e 1990, a quota do mercado da publicidade comercial detida pelos jornais terá passado de 25 a 17% e a das revistas de 43 a 24%. Esta erosão terá aproveitado à televisão comercial, cuja quota de mercado era de 34% em 1990. Esta perda de receitas só muito parcialmente terá sido compensada pelos dividendos pagos pela recorrente aos grupos da imprensa escrita que detém o seu capital social. Em consequência, a imprensa escrita flamenga ter-se-á adaptado às novas condições da concorrência no mercado da publicidade. Assim, a política flamenga em matéria dos meios de comunicação social terá permitido que este saneamento, tornado inevitável pela liberalização do mercado flamengo do audiovisual, tivesse podido ser efectuado preservando a existência de uma imprensa escrita independente e pluralista na Flandres e isto sem que os poderes públicos tivessem tido que distribuir um qualquer subsídio susceptível de implicar distorções na concorrência.
- 87 A recorrente refuta, em seguida, as razões pelas quais a Comissão entende não existir necessariamente uma relação entre, por um lado, a política cultural que visa preservar o pluralismo da imprensa escrita flamenga e, por outro, a concessão à recorrente de um direito exclusivo temporário de exploração de um canal comercial na Flandres.

- 88 Em primeiro lugar, ressalta da decisão impugnada que «o Codex não garante que qualquer editor de imprensa neerlandófona, sem qualquer distinção, venha a ter o direito de se tornar accionista da VTM ou de beneficiar de um rendimento sobre os seus lucros» (n.º 13, quarto parágrafo, dos considerandos). A este propósito, a recorrente sublinha, antes de mais, que todos os editores de jornais diários e de semanários de expressão neerlandesa tiveram a possibilidade de participar no seu capital aquando da sua constituição. A desvantagem concorrencial de que alguns sofrem actualmente não será, portanto, uma consequência directa do direito exclusivo atribuído à recorrente, mas sim da sua própria atitude. A Comissão terá, seguidamente, omitido indicar quais são os editores que, não existindo no momento da sua constituição, entraram no mercado da imprensa flamenga após 1987. Em todo o caso, esses eventuais novos editores não sofrerão os efeitos negativos causados, no mercado da publicidade, pelo lançamento de uma televisão comercial que terão podido sofrer os editores que existiam no momento da sua constituição, pois que terão podido estabelecer, desde o início da sua actividade, uma estrutura de custos que tenha em conta a diminuição da quota do mercado da publicidade que era detida pela imprensa escrita.
- 89 Em segundo lugar, a recorrente contesta o argumento de que «não está de modo algum garantido que as receitas publicitárias da VTM, que são repartidas entre os accionistas em função da percentagem que têm no seu capital, sejam afectadas por estes últimos ao apoio aos seus jornais com dificuldades financeiras» (n.º 13, quarto parágrafo, dos considerandos da decisão impugnada). A este propósito, sublinha que paga dividendos aos seus accionistas, e não receitas de publicidade, e que a Comissão não indicou para que outros fins poderiam ser utilizadas as referidas receitas. Além disso, para que o pluralismo da imprensa escrita seja garantido, importa que sejam sãs as finanças das casas editoras. A questão que se colocará não será, portanto, a de saber se as receitas financeiras que recebem os editores a título da sua participação vão directamente para as publicações, mas se essas receitas contribuem para reforçar, ou eventualmente restabelecer, a saúde financeira destes editores. A recorrente invoca a evolução da situação económica do jornal *De Morgen* para demonstrar a eficácia da política flamenga sobre os meios de comunicação social.
- 90 Em terceiro lugar, a recorrente não aceita o argumento segundo o qual «as condições estabelecidas pelo Codex e relativas à estrutura da única sociedade de televisão privada na Flandres que foi autorizada pelo executivo flamengo, ou seja,

a reserva de 51% do capital da VTM para os editores da imprensa neerlandófona, constituem um meio ineficaz para a realização do objectivo cultural declarado, uma vez que não se pode excluir que o capital da VTM e, nomeadamente, a parte reservada de 51%, se possa concentrar nas mãos de um único accionista em detrimento da manutenção do pluralismo no sector dos meios de comunicação social» (n.º 13, quinto parágrafo, dos considerandos da decisão impugnada). O legislador flamengo terá deixado a liberdade aos editores para decidirem se deviam ou não subscrever o capital da recorrente. Aliás, a reserva de 51% do capital da recorrente oferece já aos editores que nele pretendam participar a certeza suficiente de que a transferência das receitas publicitárias da imprensa escrita em proveito da televisão não afectaria demasiado a sua situação financeira.

- 91 A possibilidade de que uma casa editora adquira uma participação maioritária no capital da recorrente não porá em causa a ligação necessária entre, por um lado, o direito exclusivo concedido e, por outro, a manutenção do pluralismo da imprensa flamenga. Com efeito, por um lado, a exclusividade concedida à recorrente é apenas temporária e, por outro, os dividendos devidos à casa editora maioritária mais não serão de que o contra-valor do investimento correspondente à sua participação suplementar, que deverá pagar aos editores que lhe vendem a sua participação, o que permitirá a estes últimos investirem para assegurar o futuro dos seus jornais.
- 92 Em quarto lugar, a recorrente contesta a alegação da Comissão de que «não existem motivos para crer que na Comunidade Flamenga um canal de televisão privado só pode sobreviver se dispuser de um monopólio de publicidade televisiva», o que estará demonstrado pelo lançamento, pela recorrente, de um segundo canal de televisão (n.º 13, sexto parágrafo, dos considerandos da decisão impugnada). Com efeito, tal afirmação demonstrará um desconhecimento da realidade económica da paisagem audiovisual flamenga, que se caracterizará pela pequena dimensão do mercado. As consequências da entrada do canal VT4 no mercado televisivo flamengo pela via da livre prestação de serviços demonstrarão que uma televisão comercial estabelecida na Flandres e que preencha todas as condições fixadas pelo legislador só pode ser rentável se possuir a exclusividade de difusão. Ora, após a chegada da VT4, o volume de negócios da recorrente no domínio da publicidade que foi realizado em 1996 baixou de 21,6% em relação a 1994 e a sua liquidez ter-se-á amplamente degradado.

- 93 Por outro lado, a recorrente não beneficiará de um monopólio, nomeadamente, porque o mercado da publicidade televisiva não existirá enquanto tal. Dois elementos importantes influenciarão fortemente a viabilidade de uma televisão comercial no mercado flamengo. Antes de mais, a recorrente estará confrontada, desde a sua constituição, com uma forte concorrência do canal público no mercado dos telespectadores. Esta última beneficiará do monopólio das subvenções públicas, bem como do monopólio de exploração das frequências-rádio nacionais, acompanhada de uma exclusividade de duração ilimitada no domínio da publicidade. Seguidamente, a recorrente estará sujeita a exigências estritas de programação e às limitações comerciais impostas pelas autoridades flamengas. Nestas condições, o direito exclusivo temporário será indispensável à rentabilidade da recorrente, sem a qual os editores não terão qualquer perspectiva de receitas financeiras susceptível de compensar a baixa das suas receitas publicitárias.
- 94 O facto de a própria recorrente lançar um segundo canal de televisão, Kanaal 2, não afectará a justificação da exclusividade temporária. Com efeito, o canal VTM apresentará perdas explicáveis pelo facto de, a título de contraprestação pela exclusividade que lhe foi concedida por 18 anos, a recorrente ter inteiramente centrado a sua oferta em matéria de programas nas exigências qualitativas das autoridades flamengas.
- 95 Em quinto lugar, a recorrente contesta que o direito exclusivo não se justifique enquanto garantia do pluralismo da imprensa escrita flamenga porque «o Governo flamengo poderia recorrer a medidas apropriadas que limitassem menos a integração económica» (n.º 13, sétimo parágrafo, dos considerandos da decisão impugnada). Para além do facto de a Comissão não indicar quais possam ser essas outras medidas apropriadas, a exclusividade concedida à recorrente criará claramente menos distorções da concorrência do que o pagamento de auxílios directos e indirectos à imprensa escrita. Invoca vários exemplos em apoio da sua alegação.
- 96 No quadro da segunda parte do fundamento, a recorrente contesta que tanto as disposições do Codex como as medidas de habilitação sejam contrárias, como resulta da parte decisória da decisão impugnada, ao artigo 90.º, n.º 1, do

Tratado, em conjugação com o artigo 52.º do mesmo Tratado, por constituírem «uma forma dissimulada de discriminação» e os seus «efeitos [serem] proteccionistas».

- 97 O n.º 1 do artigo 41.º do Codex (v., *supra*, n.º 4) não constituirá uma discriminação dissimulada apenas pelo facto de um único canal de televisão privado destinado à Comunidade flamenga poder ser autorizado. As condições de autorização deste organismo privado, previstas no artigo 44.º do Codex (v. n.º 5, *supra*), também não permitem concluir pela existência de uma discriminação dissimulada em benefício de empresas «flamengas» ou «belgas». O facto de dois grupos dos meios de comunicação social estrangeiros terem subscrito, por intermédio das suas filiais, 22,22% do capital social da recorrente no momento da sua constituição e de um grupo neerlandês dos meios de comunicação social, VNU, controlar actualmente 45% do seu capital demonstra que as condições de autorização não constituem um obstáculo que impeça às empresas estrangeiras participarem no capital do canal de televisão privado. Além disso, a condição de 51% do capital social da recorrente ser detido por editores de jornais diários e de semanários de expressão neerlandesa não exclui que editores estrangeiros de publicações deste tipo participem no referido capital.
- 98 O artigo 80.º, segundo parágrafo, do Codex (v. n.º 7, *supra*) também não constitui uma discriminação dissimulada. Esta disposição não exclui de modo algum que as autoridades flamengas possam autorizar um canal de televisão privado, cujo capital social esteja inteiramente nas mãos de accionistas estrangeiros que sejam, no mínimo, na medida de 51% editores de jornais diários e de semanários de expressão neerlandesa, a difundir mensagens publicitárias destinadas ao conjunto da Comunidade Flamenga. Aliás, o decreto não contém qualquer disposição que preveja a caducidade deste direito exclusivo para o caso de o seu titular ficar sob o controlo, no todo ou em parte, de uma empresa estrangeira.
- 99 Relativamente às medidas de habilitação, a saber, a decisão do Governo Flamengo de 19 de Novembro de 1987 que autorizou a recorrente como o único canal comercial destinado ao conjunto da Comunidade Flamenga e o Decreto-Real de 3 de Dezembro de 1987 (confirmado por decisão do Governo Flamengo de 11 de Dezembro de 1991) que a autorizou a difundir publicidade, invoca a recorrente que o obstáculo ao estabelecimento, que resultaria

necessariamente da concessão do direito exclusivo, incide do mesmo modo sobre as empresas belgas e as empresas estrangeiras, pelo que, em princípio, a decisão de autorizar a recorrente como único canal comercial que se destina ao conjunto da Comunidade Flamengo não põe em causa a liberdade de estabelecimento.

- 100 A Comissão, em resposta à primeira parte do fundamento, reconhece que uma política cultural e a manutenção do pluralismo da imprensa escrita podem constituir razões imperiosas de interesse geral susceptíveis de justificar uma restrição à liberdade de estabelecimento. Todavia, não existirá uma relação necessária entre, por um lado, essa política cultural destinada a preservar o pluralismo da imprensa flamenga e, por outro, o direito exclusivo concedido à recorrente. A Comissão critica a argumentação da recorrente relativamente a cada um dos fundamentos expostos na decisão.
- 101 Em resposta à segunda parte do fundamento, a Comissão considera que a recorrente baseia a sua crítica no facto de que terão sido constatadas duas discriminações distintas na decisão. Ora, a Comissão apenas terá verificado uma única infracção ao artigo 90.º, n.º 1, do Tratado, em conjugação com o artigo 52.º do mesmo Tratado, ou seja, a constituída pela combinação das disposições através das quais foi criado o direito exclusivo.

Apreciação do Tribunal

- 102 Nos termos do artigo 48.º, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, a apresentação de fundamentos novos no decurso da instância é proibida, a menos que esses fundamentos tenham por base elementos de direito ou de facto revelados durante o processo.
- 103 Importa, portanto, examinar previamente se a argumentação desenvolvida pela recorrente na fase oral e segundo a qual a aplicação conjunta dos artigos 90.º,

n.º 1, e 52.º do Tratado será «contraditória» constitui, como sustenta a Comissão, um fundamento invocado pela primeira vez no decurso da instância.

- 104 A este propósito, importa declarar que a crítica desenvolvida pela recorrente na audiência mais não é do que uma ampliação dos argumentos que já tinha adiantado, na petição inicial, no quadro do presente fundamento (v. n.º 82, *supra*). Uma vez que não pode ser considerada como um novo fundamento que tenha sido invocado pela primeira vez no decurso da instância, a referida crítica é admissível.
- 105 Através da decisão impugnada, a Comissão declara que as disposições da regulamentação flamenga que conferem à VTM o direito exclusivo de transmitir publicidade televisiva destinada ao conjunto da Comunidade flamenga são incompatíveis com o artigo 90.º, n.º 1, do Tratado, em conjugação com o artigo 52.º do mesmo Tratado. Salienta, com efeito, que as medidas estatais que constituem o fundamento jurídico deste direito são incompatíveis com o artigo 52.º do Tratado (n.º 12, segundo a quinto parágrafos dos considerandos) e não são justificadas por «razões imperiosas de interesse geral» (n.º 13, sétimo parágrafo, dos considerandos). A este propósito, indica que, se uma política cultural e a manutenção do pluralismo, que se encontra associado à liberdade de expressão, podem constituir razões imperiosas de interesse geral que justifiquem uma restrição à liberdade de estabelecimento (n.º 13, terceiro parágrafo, dos considerandos), a regulamentação flamenga não é adequada para garantir a realização desses objectivos e excede o que é necessário para os alcançar (n.º 13, terceiro a sétimo parágrafos, dos considerandos). A Comissão conclui, com efeito, que «não considera que a monopolização das receitas publicitárias da VTM seja justificada por razões imperiosas de interesse geral» (n.º 13, sétimo parágrafo, dos considerandos).
- 106 Nos termos do n.º 1 do artigo 90.º do Tratado: «No que respeita às empresas públicas e às empresas a que concedam direitos especiais ou exclusivos, os Estados-Membros não tomarão nem manterão qualquer medida contrária ao disposto no presente Tratado, designadamente ao disposto nos artigos 6.º e 85.º a 94.º, inclusive». Mesmo que este artigo pressuponha a existência de empresas titulares de certos direitos especiais ou exclusivos, daí não resulta que todos os

direitos especiais e exclusivos sejam necessariamente compatíveis com o Tratado. Isso depende das diferentes regras para as quais o n.º 1 do artigo 90.º do Tratado remete (v. acórdãos do Tribunal de Justiça de 19 de Março de 1991, França/Comissão, C-202/88, Colect., p. I-1223, n.º 22, e de 25 de Julho de 1991, Comissão/Países Baixos, C-353/89, Colect., p. I-4069, n.º 34).

- 107 Daí decorre que as medidas adoptadas pelos Estados-Membros relativamente às empresas a que se refere o artigo 90.º, n.º 1, do Tratado, devem, sem prejuízo da aplicação do n.º 2 deste artigo, ser conformes às regras do Tratado e, designadamente, ao primeiro parágrafo do artigo 52.º do referido Tratado, que prevê que «[...] suprimir-se-ão gradualmente, durante o período de transição, as restrições à liberdade de estabelecimento dos nacionais de um Estado-Membro no território de outro Estado-Membro [...]».
- 108 A conjugação dos artigos 90.º, n.º 1, e 52.º do Tratado aplicar-se-á quando uma medida adoptada por um Estado-Membro constitua uma restrição ao livre estabelecimento dos nacionais de outro Estado-Membro no seu território e, ao mesmo tempo, beneficie uma empresa, dotando-a de um direito exclusivo, salvo quando essa medida estatal prossiga um objectivo legítimo compatível com o Tratado e se justifique por razões imperativas de interesse geral, como a política cultural e a manutenção do pluralismo da imprensa (v. acórdãos do Tribunal de Justiça de 25 de Julho de 1991, Collectieve Antennevoorziening Gouda, C-288/89, Colect., p. I-4007, n.º 23, e Familiapress, já referido, n.º 18). Em tal caso, importa ainda que a medida estatal em causa seja adequada para garantir a realização do objectivo que prossegue e não ultrapasse o que é necessário para atingir esse objectivo (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 31 de Março de 1993, Kraus, C-19/92, Colect., p. I-1663, n.º 32).
- 109 À luz destas considerações, a argumentação da recorrente segundo a qual bastará que razões aceitáveis tenham conduzido à atribuição do direito exclusivo para que este seja sempre justificado (n.º 82, *supra*) tem por base uma premissa errada e deve, portanto, ser rejeitada. Aliás, acolher a tese da recorrente significaria tornar impossível qualquer contestação a uma medida estatal que conferisse um direito exclusivo a uma empresa, desde que a concessão deste direito fosse inicialmente justificada, segundo a expressão que utiliza, por «razões aceitáveis». Tornar-se-ia igualmente impossível aplicar as regras do Tratado que regem as

liberdades fundamentais a uma medida estatal que confere um direito exclusivo a uma empresa, mesmo quando os entraves causados por este direito já não se justifiquem por uma razão imperiosa de interesse geral.

- 110 A improcedência desta argumentação da recorrente torna também irrelevante a sua argumentação consagrada às razões pelas quais o direito exclusivo lhe foi concedido em 1987 (v. n.ºs 84 a 86, *supra*). Com efeito, a questão que se coloca é a de saber se a razão imperiosa de interesse geral que poderá ter justificado a restrição ao livre estabelecimento causada pela entrada em vigor da medida nacional que conferiu o direito exclusivo em 1987 ainda justifica esta restrição.
- 111 Aliás e de acordo com o artigo 1.º da decisão impugnada, considerado à luz dos seus fundamentos, é o conjunto das medidas estatais que este visa, ou seja, os artigos 80.º, segundo parágrafo, e 41.º, n.º 1, do Codex, bem como as medidas de execução, que é declarado incompatível com o n.º 1 do artigo 90.º do Tratado, em conjugação com o artigo 52.º do mesmo Tratado. A abordagem da recorrente, que consiste em examinar isoladamente cada uma das disposições em causa, não pode, portanto, ser acolhida.
- 112 Além disso, a Comissão não cometeu qualquer erro de apreciação ao declarar que «o monopólio da VTM de emitir publicidade televisiva destinada ao público flamengo equivale a excluir os operadores de outro Estado-Membro, que pretendessem instalar-se ou criar um estabelecimento secundário na Flandres a fim de transmitir, na rede de teledistribuição belga, mensagens de publicidade televisiva destinadas ao público flamengo» (n.º 12, segundo parágrafo, dos considerandos da decisão impugnada) e ao considerar, por conseguinte, que a regulamentação flamenga violava o artigo 52.º do Tratado.
- 113 Com efeito, o direito de estabelecimento previsto no artigo 52.º do Tratado, compreende, sem prejuízo das excepções e condições previstas, o acesso no território de qualquer Estado-Membro a todo o tipo de actividades não assalariadas e ao seu exercício, bem como a constituição e a gestão de empresas, a criação de agências, de sucursais ou de filiais (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 30 de Novembro de 1995, Gebhard, C-55/94, Colect., p. I-4165, n.º 23). A noção de estabelecimento na acepção do Tratado é, portanto, uma noção muito

ampla, que implica a possibilidade de um nacional comunitário participar, de modo estável e contínuo, na vida económica de um Estado-Membro diferente do seu Estado de origem e dela tirar benefício, favorecendo assim a interpenetração económica e social no interior da Comunidade no domínio das actividades não assalariadas (mesmo acórdão, n.º 25). Por último, resulta do acórdão Kraus, já referido, que o artigo 52.º do Tratado se opõe a qualquer medida nacional que, embora aplicável sem discriminação em razão da nacionalidade, é susceptível de impedir ou de tornar menos atraente o exercício, pelos nacionais comunitários, das liberdades fundamentais garantidas pelo Tratado (v., neste sentido, n.º 32 do acórdão).

- 114 No caso vertente, a regulamentação flamenga que concede o direito exclusivo à VTM torna impossível o estabelecimento na Bélgica de uma sociedade concorrente de um outro Estado-Membro que pretenda emitir a partir da Bélgica publicidade televisiva destinada ao conjunto da Comunidade Flamenga. Sendo suficiente esta única constatação para caracterizar o entrave ao livre estabelecimento, não há que apreciar a questão de saber se esta regulamentação constitui uma « forma dissimulada de discriminação, com efeitos proteccionistas » (n.º 12, sexto parágrafo, dos considerandos da decisão impugnada), o que a recorrente contesta no âmbito da segunda parte do fundamento. Importa, em contrapartida, examinar se a Comissão comprovou que este entrave ao livre estabelecimento não podia ser justificado por uma razão imperiosa de interesse geral. Com efeito, a recorrente refuta as razões invocadas pela Comissão, na decisão impugnada, para demonstrar que não existe uma relação necessária entre, por um lado, a política cultural atinente à preservação do pluralismo da imprensa escrita flamenga e, por outro, a concessão à recorrente do direito exclusivo temporário de explorar um canal comercial na Flandres.
- 115 Ora, os argumentos adiantados pela recorrente (n.ºs 88 a 95, *supra*) não permitem concluir que seja errada a apreciação da Comissão, tal como é exposta no n.º 13, segundo a quarto parágrafos, dos considerandos da decisão impugnada.
- 116 Em primeiro lugar, como sublinha correctamente a Comissão no n.º 13, quarto parágrafo, dos considerandos da decisão impugnada, embora todos os editores tivessem tido a possibilidade de entrar no capital da sociedade recorrente no

momento da sua constituição, alguns não aproveitaram esta oportunidade e não podem, portanto, beneficiar dos direitos reservados aos editores que tomaram parte na operação. Além disso, os editores que entrarem no mercado da edição da imprensa neerlandófona também não podem beneficiar das vantagens que confere a subscrição do capital da VTM. Por conseguinte, um editor que não participe no capital da VTM não pode beneficiar dos dividendos pagos por esta e resultantes, pelo menos parcialmente, das receitas geradas pela publicidade televisiva. Como refere a Comissão na decisão impugnada, «a exclusividade conferida à VTM favorece apenas um único grupo de editores em detrimento dos outros» (n.º 13, quarto parágrafo, dos considerandos).

- 117 Em segundo lugar, os accionistas da recorrente que actuam no sector da imprensa escrita flamenga podem afectar o produto dos dividendos pagos pela VTM como bem entendam. Não estão, portanto, impedidos de redistribuir esses lucros sob a forma de dividendos aos seus próprios accionistas ou a utilizá-los para actividades que não apresentem qualquer ligação com a imprensa flamenga. Daí decorre que a Comissão considerou correctamente, no n.º 13, quarto parágrafo, dos considerandos da decisão impugnada, que as medidas estatais criticadas não contribuem necessariamente para a realização dos objectivos prosseguidos.
- 118 Em terceiro lugar, a recorrente não contesta que a regulamentação flamenga não impede que 51% do capital da VTM possa ser detido por um único editor da imprensa neerlandófona. Por conseguinte, a condição da reserva da maioria do capital da recorrente não permite garantir que os lucros da publicidade televisiva sejam repartidos, por meio do pagamento de dividendos, entre, pelo menos, dois editores da imprensa neerlandófona, de modo que esta condição não garante, por si só, o pluralismo da imprensa escrita flamenga.
- 119 Em quarto lugar, a recorrente contesta que não existam motivos para crer que na Comunidade Flamenga um canal de televisão privado só pode sobreviver se dispuser do monopólio da publicidade televisiva, o que estará demonstrado pelo lançamento, pela recorrente, de um segundo canal de televisão (n.º 13, sexto parágrafo, dos considerandos da decisão impugnada). A recorrente indica a este propósito que os lucros gerados pela publicidade televisiva diminuiram no

decurso dos últimos exercícios, nomeadamente, devido à concorrência do VT4. No entanto, a simples degradação dos resultados financeiros não é, em si mesma e sem outros elementos de prova avançados a esse respeito, susceptível de demonstrar que a afirmação da Comissão constitui um erro de facto.

- 120 Aliás, o argumento que a recorrente retira da subvenção pública concedida ao canal público BRTN, que justificará o seu direito exclusivo, não pode ser acolhido. Com efeito, como alega a Comissão, a BRTN encontra-se numa situação especial, uma vez que está encarregada da gestão de um serviço de interesse económico geral, na acepção do n.º 2 do artigo 90.º do Tratado (n.º 14, segundo parágrafo, dos considerandos da decisão impugnada). Ao que acresce que o facto, para um canal público, de beneficiar de subvenções públicas não pode ter como corolário necessário que a um canal privado deva ser concedida a exclusividade de difusão da publicidade para o conjunto do território em causa.
- 121 Do mesmo modo, a recorrente não apresentou qualquer elemento que permita concluir que as exigências regulamentares da programação por si invocadas não possam ser respeitadas por vários canais concorrentes, im procedendo o argumento que esta retira das referidas exigências.
- 122 Em quinto lugar, a recorrente sublinha que, segundo afirma a Comissão, o direito exclusivo não se justificará enquanto medida para garantir o pluralismo da imprensa escrita flamenga porque «o Governo flamengo poderia recorrer a medidas apropriadas que limitassem menos a integração económica» (n.º 13, sétimo parágrafo, dos considerandos da decisão impugnada). Contudo, importa salientar que a Comissão não invocou esta consideração na sua decisão como um motivo suplementar destinado a demonstrar a falta de uma relação necessária entre o objectivo prosseguido e a medida estatal que confere o direito exclusivo à VTM. Com efeito, esta consideração é expressa como uma consequência necessária que o Governo flamengo deverá retirar caso pretenda continuar a garantir o pluralismo após a adopção da decisão impugnada sem infringir os artigos 90.º, n.º 1, e 52.º do Tratado. De resto, a Comissão indicou nas suas peças que os objectivos de política cultural e o incitamento ao pluralismo da

imprensa podiam ser atingidos através da concessão de subvenções à imprensa escrita. Referiu a este respeito que, se o fizesse, todos os editores poderiam beneficiar de subvenções com base em critérios ligados ao objectivo prosseguido e que as subvenções à imprensa escrita não implicariam restrições ao direito de estabelecimento noutro mercado, a saber, o da televisão comercial.

- 123 Resulta do conjunto das considerações que precedem que o terceiro fundamento deve ser julgado improcedente.

Quanto ao quarto fundamento, baseado em desvio de poder

Argumentos das partes

- 124 A recorrente sustenta que existem indícios graves e concordantes de que a decisão impugnada resulta de um desvio de poder. Lembra que as disposições do Decreto de 1987 foram objecto de processos instaurados sucessivamente, em 1990, ao abrigo do artigo 169.º do Tratado, em 1995, ao abrigo do n.º 1 do artigo 90.º do Tratado, em conjugação com o artigo 59.º do mesmo Tratado, e, em 1996, ao abrigo do n.º 1 do artigo 90.º, em conjugação com o artigo 52.º do Tratado. Além disso, um parecer fundamentado respeitante à condição relativa à reserva da maioria do capital social da recorrente a editores de jornais diários e de semanários de expressão neerlandesa foi notificado às autoridades belgas em 15 de Maio de 1997.
- 125 O processo actual inscrever-se-á numa série de processos instaurados pela Comissão contra o Decreto de 1987. Neste contexto, sublinha que o n.º 3 do artigo 90.º do Tratado não impõe à Comissão qualquer obrigação de «proceder contra» os direitos exclusivos, mas, pelo contrário, deixa-lhe uma larga margem

de apreciação (v. entre outros, acórdão do Tribunal de Primeira Instância, de 9 de Janeiro de 1996, Koelman/Comissão, T-575/93, Colect., p. II-1).

- 126 A circunstância de um acto comunitário evidenciar a existência de uma falta de previsão ou de circunspecção grave da instituição que o adoptou equivalerá à violação do objectivo legal para cujo fim lhe foi conferido o poder de adoptar esse acto (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 21 de Junho de 1958, *Wirtschaftsvereinigung Eisen- und Stahlindustrie e o./Alta Autoridade*, 13/57, Recueil, p. 261, 294, Colect. 1954-1961, p. 265). Ora, todos os processos acima referidos revelam a falta de previsão e de circunspecção evidente e grave de que terá dado mostras a Comissão, o que bastará para estabelecer a existência de um desvio de poder.
- 127 A instauração pela Comissão de novos processos ao abrigo do n.º 3 do artigo 90.º do Tratado, posteriormente à prolação do acórdão Comissão/Bélgica, já referido, demonstrará que resultam de preocupações diversas do cuidado da instituição em desempenhar a sua missão de guardiã do Tratado. Idêntica apreciação valerá para estes mesmos processos considerados individualmente. A tal propósito, a recorrente sublinha que se verificou uma mudança da posição da Comissão quando esta repentinamente constatou a incompatibilidade das disposições do Codex com os artigos 90.º, n.º 1, e 52.º do Tratado, quando esta tinha já declarado a sua compatibilidade com as disposições conjugadas dos artigos 90.º, n.º 1, e 59.º do Tratado. O único objectivo da Comissão será, portanto, o de aniquilar o direito exclusivo concedido à recorrente.
- 128 Em apoios destas alegações, a recorrente refere que o partido socialista flamengo, na oposição no momento dos trabalhos preparatórios que conduziram à adopção do Decreto de 1987, se tinha oposto vigorosamente à liberalização da paisagem audiovisual na Flandres através da constituição de um canal comercial que gozasse de um direito exclusivo a título temporário. Presume que o partido socialista flamengo terá apresentado queixa e, portanto, terá estado na origem do processo que terminou com o acórdão Comissão/Bélgica, já referido. Ora, o partido socialista flamengo foi presidido de 1978 a 1988 pelo actual membro da Comissão encarregado das questões de concorrência.

- 129 A impressão da recorrente estará confortada pelo facto de a decisão recentemente tomada neste processo se fundar numa perfeita simbiose entre o ministro flamengo competente em matéria audiovisual e o membro da Comissão encarregado das questões de concorrência. As suas declarações públicas concordarão perfeitamente; o ministro pretenderá pôr termo ao direito exclusivo da recorrente, mas, a fim de evitar qualquer eventual acção de indemnização por parte da recorrente, aspirará a obter uma decisão da Comissão que declare este direito incompatível com o direito comunitário.
- 130 A Comissão entende que as condições exigidas para que um acto seja considerado como estando ferido de um desvio de poder não estão manifestamente preenchidas no caso vertente.

Apreciação do Tribunal

- 131 Uma decisão só está viciada por desvio de poder se, com base em indícios objectivos, relevantes e concordantes, se verificar que foi adoptada com a finalidade exclusiva, ou pelo menos determinante, de atingir fins diversos dos invocados ou de contornar um processo especificamente previsto pelo Tratado para obviar às circunstâncias do caso em apreço (v. acórdãos do Tribunal de Justiça de 14 de Maio de 1998, *Windpark Groothusen/Comissão*, C-48/96 P, Colect., p. I-2873, n.º 52, e do Tribunal de Primeira Instância de 6 de Abril de 1995, *Ferriere Nord/Comissão*, T-143/89, Colect., p. II-917, n.º 68).
- 132 Na medida em que a Comissão dispõe de uma margem de apreciação quanto ao exercício da competência que possui ao abrigo do n.º 3 do artigo 90.º do Tratado (v. n.º 75, *supra*), não pode ser criticada por ter exercido essa competência no momento que considerou oportuno. Por conseguinte, não pode ser deduzido do simples facto de a Comissão ter iniciado o processo que conduziu à adopção da decisão impugnada após terem já sido instaurados outros processos contra as autoridades belgas que este processo foi instaurado com fim diverso do de pôr cobro a uma violação efectiva do direito comunitário.

- 133 Além disso, o desvio de poder alegado põe em causa a Comissão no que toca ao exercício das suas competências. Ora, o envio de uma interpelação a um Estado-Membro e a adopção de uma decisão ao abrigo do n.º 3 do artigo 90.º do Tratado incumbem ao colégio dos membros da Comissão e não a um único dos seus membros. Portanto, as alegações da recorrente destinadas a pôr em causa a atitude do membro da Comissão encarregado das questões de concorrência no que respeita à regulamentação flamenga em matéria audiovisual por referência à sua atitude política passada, mesmo quando demonstrada, são irrelevantes.
- 134 Por outro lado, o acórdão *Wirtschaftsvereinigung Eisen- und Stahlindustrie e o./Alta Autoridade*, já referido, não pode ser utilmente invocado pela recorrente. Neste processo, um dos recorrentes criticava à Alta Autoridade, no âmbito de um fundamento baseado em desvio de poder, ter gravemente ignorado determinados objectivos visados no Tratado CEEA ao «entravar o desenvolvimento de determinados meios de produção através das disposições impugnadas». Foi nesse contexto que o Tribunal de Justiça entendeu que haveria que apreciar «se estas disposições revelam, a este propósito, um objectivo ilícito ou uma falta de circunspecção grave equivalentes a uma violação do fim legal e se, neste ponto, não terão dado predominância a determinados fins legais em detrimento de outros numa medida não justificada pelas circunstâncias». Ora, no caso vertente, a recorrente limita-se a invocar esta jurisprudência sem indicar qual terá sido o objectivo visado no Tratado, para além do da legalidade comunitária, que terá sido infringido por parte da Comissão quando adoptou a decisão impugnada.
- 135 Donde resulta que as afirmações da recorrente não são de natureza a constituir indícios que permitam concluir que o processo que conduziu à adopção da decisão impugnada foi instaurado com um fim diverso do de pôr termo a uma violação efectiva do direito comunitário.
- 136 Por conseguinte, o quarto fundamento deve ser julgado improcedente.

Quanto ao quinto fundamento, baseado na violação do artigo 190.º do Tratado

Argumentos das partes

- 137 A recorrente salienta, em primeiro lugar, que, quando a Comissão abre uma nova via e adopta uma decisão que vai sensivelmente mais longe do que as decisões precedentes, a sua obrigação de fundamentação é mais ampla e incumbe-lhe desenvolver o seu raciocínio de forma explícita (V. acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Novembro de 1975, *Papiers Peints/Comissão*, 73/74, *Colect.*, p. 503, n.º 31).
- 138 Por conseguinte, a decisão impugnada deveria ter sido fundamentada de modo especial, pois se tratará do primeiro caso de censura de um direito exclusivo em aplicação dos artigos 90.º, n.º 1, e 52.º do Tratado. A Decisão 85/276/CEE da Comissão, de 24 Abril 1985, relativa à garantia na Grécia dos bens públicos e dos créditos concedidos pelos bancos públicos helénicos (JO L 152, p. 25), invocada pela recorrida, não seria um caso de aplicação pura e simples dos artigos 90.º, n.º 1, e 52.º do Tratado, mas basear-se-á igualmente nos artigos 3.º, alínea f), 85.º e 86.º do Tratado CEE.
- 139 Em segundo lugar, a decisão impugnada deveria ter sido tanto mais fundamentada quanto a aplicação conjugada dos artigos 90.º, n.º 1, e 52.º do Tratado parece ser contraditória. Com efeito, por um lado, o artigo 90.º, n.º 1, do Tratado admite, por princípio, a concessão e a existência de um direito exclusivo que implique um efeito de exclusão para os particulares ou as empresas que dele não sejam titulares. Por outro lado, o artigo 52.º do Tratado proíbe qualquer medida de um Estado-Membro susceptível de entrar ou tornar menos atraente o exercício da liberdade de estabelecimento no seu território de um nacional de outro Estado-Membro, mesmo quando seja aplicável sem discriminação em razão da nacionalidade (v. acórdão *Kraus*, já referido, n.º 32). Por conseguinte, a incompatibilidade destas duas disposições decorre já do facto de que a existência de um direito exclusivo autorizado pelo artigo 90.º, n.º 1, do Tratado entrava, no que toca ao exercício do seu direito de estabelecimento, as empresas estrangeiras que dele não sejam titulares mas pretendam exercer uma actividade no domínio abrangido pelo referido direito exclusivo. Devido a esta aparente contradição, a

Comissão deveria ter explicado a razão pela qual o direito exclusivo, cuja existência será considerada como conforme ao artigo 90.º, n.º 1, do Tratado, se tornará subitamente um entrave proibido à liberdade de estabelecimento.

- 140 À luz destas considerações, a recorrente entende que o efeito de exclusão (n.º 12 dos considerandos da decisão impugnada) é inerente ao direito exclusivo e não pode, portanto, constituir uma razão suficiente para declarar o direito exclusivo de difundir publicidade a partir do e com destino ao conjunto da Comunidade Flamenga incompatível com o artigo 52.º do Tratado.
- 141 A decisão impugnada estará igualmente insuficientemente fundamentada na medida em que não evidenciará claramente qual é a parte do dispositivo a que se destina a servir de apoio a consideração de que «a totalidade ou pelo menos uma parte significativa do mercado da publicidade televisiva beneficia a economia nacional» (n.º 12, quarto parágrafo, dos considerandos da decisão impugnada). Neste contexto, resultará do dispositivo da decisão impugnada que tanto as disposições do Codex que se prendem com o direito exclusivo de difusão de publicidade comercial como as medidas de execução que concedem a exclusividade constituem uma violação do artigo 90.º, n.º 1, do Tratado, em conjugação com o artigo 52.º do mesmo Tratado.
- 142 A Comissão sublinha que a decisão impugnada não constitui o primeiro caso de aplicação do n.º 1 do artigo 90.º, em conjugação com o artigo 52.º do Tratado, e sustenta, no essencial, que a decisão impugnada está suficientemente fundamentada.

Apreciação do Tribunal

- 143 Importa recordar que a fundamentação exigida pelo artigo 190.º do Tratado deve revelar de modo claro e inequívoco o raciocínio da instituição autora do

acto, de modo a permitir ao tribunal comunitário exercer o seu controlo e aos interessados conhecer as justificações da medida tomada (v., designadamente, acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 7 de Novembro de 1997, Cipeke/Comissão, T-84/96, Colect., p. II-2081, n.º 46).

- 144 Donde resulta que a falta ou insuficiência de fundamentação constitui um argumento baseado na violação de formalidades essenciais, distinto, como tal, do argumento que consiste na inexactidão dos fundamentos da decisão impugnada, cujo controlo entra na apreciação da legalidade dessa decisão (v. acórdãos do Tribunal de Primeira Instância, Cipeke/Comissão, já referido, n.º 47, e de 14 de Maio de 1998, Buchmann/Comissão, T-295/94, Colect., p. II-813, n.º 45, e Gruber + Weber/Comissão, T-310/94, Colect., p. II-1043, n.º 41). Por conseguinte e na medida em que o argumento da recorrente, segundo o qual terá sido erradamente qualificada de «empresa nacional», visa contestar a exactidão dos fundamentos da decisão impugnada, é, no presente contexto, irrelevante.
- 145 A recorrente sustenta que a decisão impugnada é insuficientemente fundamentada no que toca à censura do direito exclusivo concedido pelas autoridades flamengas feita nos termos da aplicação conjugada dos artigos 90.º, n.º 1, e 52.º do Tratado.
- 146 Não é no entanto esse o caso. Com efeito, os n.ºs 11 a 14 dos considerandos da decisão impugnada expõem a apreciação jurídica da Comissão. Em especial, os n.ºs 11 e 12 contêm indicações que permitem compreender o raciocínio seguido pela Comissão para concluir pela aplicação conjugada dos artigos 90.º, n.º 1, e 52.º do Tratado.
- 147 Resulta, assim, do n.º 11, primeiro parágrafo, dos considerandos que «se o artigo 90.º do Tratado pressupõe a existência de empresas titulares de determinados direitos especiais ou exclusivos, não significa por essa razão que

todos os direitos especiais ou exclusivos sejam necessariamente compatíveis com o Tratado» e que «Esta compatibilidade deve ser apreciada à luz das diferentes regras para as quais o n.º 1 do artigo 90.º remete». A Comissão refere, a este propósito, que a VTM é uma empresa privada à qual a Comunidade flamenga concedeu o direito exclusivo de emitir publicidade televisiva destinada ao conjunto do público flamengo e precisa que «este direito decorre de uma medida estatal» (n.º 11, segundo parágrafo, dos considerandos).

- 148 Em seguida e após ter recordado o conteúdo do artigo 52.º do Tratado, a Comissão indica: «O monopólio da VTM de emitir publicidade televisiva destinada ao público flamengo equivale a excluir os operadores de outro Estado-Membro que pretendessem instalar-se ou criar um estabelecimento secundário na Flandres a fim de transmitir, na rede de teledistribuição belga, mensagens de publicidade televisiva destinadas ao público flamengo» (n.º 12, segundo parágrafo, dos considerandos). Especifica, a este propósito: «O facto de as disposições em causa se aplicarem indistintamente quer a empresas que não a VTM, estabelecidas na Bélgica, quer a empresas originárias de outros Estados-Membros, não exclui o regime preferencial de que a VTM beneficia do âmbito de aplicação do artigo 52.º do Tratado» (n.º 12, terceiro parágrafo, dos considerandos).
- 149 Donde se conclui que a Comissão expôs claramente que a conjugação dos artigos 90.º, n.º 1, e 52.º do Tratado era aplicável no caso vertente porque as medidas estatais controvertidas, por um lado, conferem um direito exclusivo à recorrente e, por outro, são incompatíveis com o artigo 52.º do Tratado.
- 150 Tendo o raciocínio da Comissão sido desenvolvido de forma detalhada na decisão impugnada, a recorrente não tem razão em invocar a jurisprudência segundo a qual, embora uma decisão que se inscreve na linha de uma prática decisional constante possa ser fundamentada de modo relativamente sumário, designadamente, mediante a referência a essa prática, incumbe, todavia, à Comissão desenvolver o seu raciocínio de forma mais explícita sempre que uma decisão for sensivelmente mais longe do que as decisões precedentes (v. acórdão *Papiers*

Peints/Comissão, já referido, n.º 31, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Outubro de 1994, Fiatagri e New Holland Ford/Comissão, T-34/92, Colect., p. II-905, n.º 35). Em todo o caso, a Comissão não se afastou da sua decisão anterior de modo tal que tivesse de fundamentar de forma ainda mais explícita a sua apreciação quanto à violação dos artigos 90.º, n.º 1, e 52.º do Tratado. Com efeito, a Comissão, como alegou, tinha já feito aplicação da conjugação dos artigos 90.º e 52.º do Tratado na Decisão 85/276, de 24 de Abril de 1985, já referida. O facto de a Comissão se ter remetido, nesta decisão, não só à aplicação conjugada dos artigos 90.º e 52.º do Tratado, mas também a outras disposições do Tratado, para concluir pela incompatibilidade da regulamentação nacional à luz do direito comunitário em nada altera o facto de ter considerado que a aplicação conjugada dos artigos 90.º, n.º 1, e 52.º do Tratado era possível.

151 Por fim, importa recordar que o dispositivo da decisão impugnada deve ser entendido à luz da sua exposição de motivos (v., designadamente, acórdão do Tribunal de Justiça de 16 de Dezembro de 1975, Suiker Unie e o./Comissão, 40/73 a 48/73, 50/73, 54/73, 55/73, 56/73, 111/73, 113/73 e 114/73, Colect., p. 563, n.ºs 122 a 124). O artigo 1.º da decisão impugnada declara as medidas estatais que enuncia «incompatíveis com o n.º 1 do artigo 90.º do Tratado em articulação com o artigo 52.º do referido Tratado». A esse propósito, resulta dos fundamentos da decisão impugnada que a incompatibilidade declarada não visa cada uma das disposições da regulamentação flamenga considerada isoladamente, mas sim «a articulação» destas disposições (n.º 2, primeiro parágrafo, e n.º 11, segundo parágrafo, dos considerandos). Daqui decorre que a questão de saber qual é parte do dispositivo a que se destina a servir de apoio a alegação de que «a totalidade ou pelo menos uma parte significativa do mercado da publicidade televisiva beneficia a economia nacional» (n.º 12, quarto parágrafo, dos considerandos) é irrelevante.

152 Resulta das precedentes considerações que o quinto fundamento deve ser julgado improcedente.

153 Onde resulta que deve ser negado provimento ao recurso na sua totalidade.

Quanto às despesas

- 154 Por força do disposto no n.º 2 do artigo 87.º do Regulamento de Processo, a parte vencida é condenada nas despesas se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a recorrente sido vencida, há que condená-la nas despesas, em conformidade com os pedidos nesse sentido da Comissão.

Pelos fundamentos expostos,

O TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA (Primeira Secção Alargada)

decide:

- 1) O recurso é julgado improcedente.

- 2) A recorrente é condenada nas despesas.

Vesterdorf

Bellamy

Pirrung

Meij

Vilaras

Proferido em audiência pública no Luxemburgo, em 8 de Julho de 1999.

O secretário

H. Jung

O presidente

B. Vesterdorf