DESPACHO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
24 de Julho de 2003 *

No processo C-233/03 P(R),

Linea GIG Srl in liquidazione, com sede em Sesto Fiorentino (Itália), representada por L. D'Amario e B. Calzia, avvocati, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrente,

que tem por objecto um recurso do despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias de 27 de Março de 2003, Linea GIG/Comissão (T-398/02 R, Colect., p. II-1139), em que se pede a anulação desse despacho,

* Língua do processo: italiano.

sendo a outra parte no processo:

Comissão das Comunidades Europeias, representada por L. Pignataro-Nolin e O. Beynet, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

recorrida em primeira instância,

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ouvido o advogado-geral J. Mischo,

profere o presente

Despacho

1 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 27 de Maio de 2003, a Linea GIG Srl in liquidazione interpôs, em conformidade com o disposto nos artigos 225.° CE e 57.°, segundo parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça, recurso do despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 27 de Março de 2003, Linea GIG/Comissão (T-398/02 R, Colect., p. II-1139, a seguir «despacho recorrido»), pelo qual este indeferiu o seu pedido de medidas provisórias, apresentado de harmonia com o disposto no artigo 104.°, n.° 1, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, com vista a obter a

suspensão da execução da decisão da Comissão, de 30 de Outubro de 2002, relativa a um processo de aplicação do artigo 81.° do Tratado CE e do artigo 53.° do Acordo EEE (COMP/35.587 PO Video Games, COMP/35.706 PO Nintendo Distribution e COMP/36.321 Omega-Nintendo) (a seguir «decisão controvertida»), na medida em que lhe aplica uma coima de 1,5 milhões de euros.

2 Além da anulação do despacho recorrido, a Linea GIG Srl in liquidazione pede que seja dado provimento ao pedido por ela apresentado em primeira instância e que a Comissão seja condenada nas despesas do processo.

3 Por articulado apresentado na Secretaria em 16 de Junho de 2003, a Comissão apresentou as suas observações escritas perante o Tribunal de Justiça.

Os factos e a tramitação do processo perante o Tribunal de Primeira Instância

4 Os factos que deram origem ao litígio e a tramitação do processo perante o Tribunal de Primeira Instância, tal como estão expostos nos n.^{os} 1 a 14 do despacho recorrido, podem ser resumidos da seguinte forma.

5 A Linea GIG SpA (a seguir «Linea GIG») foi o distribuidor exclusivo dos produtos Nitendo em Itália de 1 de Outubro de 1992 a 31 de Dezembro de 1997, pelo menos. Em razão de uma situação económica que se tornou difícil, a sua assembleia geral extraordinária deliberou, em 8 de Janeiro de 1999, proceder à liquidação da sociedade.

6 Tendo sido chamado a intervir pela Linea GIG, o Tribunale civile e penale di Firenze (Itália) homologou, por decisão de 17 de Novembro de 1999, a concordata preventiva («concordato preventivo»), apresentada pela referida sociedade. Segundo essa decisão, esta última é obrigada a liquidar todos os seus bens com vista a satisfazer integralmente os credores preferenciais e os credores comuns em, pelo menos, 40% do montante dos seus créditos.

7 Em 30 de Outubro de 2002, a Comissão adoptou a decisão controvertida, pela qual declarou que a Nitendo Corporation Ltd/Nitendo of Europe GmbH e sete outras sociedades que asseguravam a distribuição dos produtos desta, entre as quais a Linea GIG, infringiram o artigo 81.°, n.° 1, CE. Aplicou, nomeadamente, à Linea GIG uma coima de 1,5 milhões de euros.

8 A decisão controvertida foi notificada à Linea GIG por carta da Comissão de 7 de Novembro de 2002. Esta carta especificava que, no caso de ser interposto recurso para o Tribunal de Primeira Instância, não procederia a qualquer medida de cobrança da coima enquanto o recurso não fosse julgado, desde que a dívida vencesse juros, a partir do termo do prazo de pagamento, e que uma garantia bancária aceitável fosse constituída.

9 Em 24 de Setembro de 2002, a Linea GIG foi transformada em sociedade de responsabilidade limitada. Desde essa data, tem por denominação social «Linea GIG Srl in liquidazione» (a seguir «Linea»).

10 Por petição apresentada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 30 de Dezembro de 2002, a Linea interpôs, nos termos do artigo 230.°, quarto parágrafo, CE, um recurso com vista à anulação total ou parcial da decisão controvertida ou, subsidiariamente, à anulação ou à redução do montante da coima que lhe foi aplicada por essa decisão.

11 Por acto separado apresentado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 30 de Janeiro de 2003, a Linea apresentou um pedido de suspensão da execução da referida decisão, na medida em que lhe aplica uma coima.

O despacho recorrido

12 No despacho recorrido, nomeadamente no n.º 54, o juiz das medidas provisórias declarou liminarmente que, na sua carta de 7 de Novembro de 2002 que notifica a decisão controvertida, «a Comissão precisou que, em caso de recurso, não procederia a qualquer medida de cobrança da coima desde que a requerente constituísse uma garantia bancária aceitável. Nestas condições, o pedido de suspensão de execução pode ter por objecto útil apenas obter a dispensa da obrigação de constituir uma garantia bancária como condição de não cobrança imediata do montante da coima aplicada pela [referida decisão]. Tal pedido só pode ser acolhido perante circunstâncias excepcionais [despachos do presidente do Tribunal de Justiça de 6 de Maio de 1982, AEG/Comissão, 107/82 R, Recueil, p. 1549, n.º 6, [de 14 de Dezembro de 1999], DSR-Senator Lines/Comissão, [C-364/99 P(R), Colect., p. I-8733], n.º 48, e de 23 de Março de 2001, FEG/Comissão, C-7/01 P(R), Colect., p. I-2559, n.º 44). Com efeito, a possibilidade de exigir a constituição de uma garantia financeira é expressamente prevista para os processos de medidas provisórias, pelos regulamentos de processo do Tribunal de Justiça e do Tribunal de Primeira Instância, e corresponde a uma linha de conduta geral e razoável da Comissão».

13 O juiz das medidas provisórias recordou, no n.º 55 do despacho recorrido, que a existência de tais circunstâncias excepcionais «pode, em princípio, ser considerada provada sempre que a parte que pede para ser dispensada de prestar a garantia bancária requerida faça a prova de que lhe é objectivamente impossível constituir essa garantia [...] ou que a sua constituição seja susceptível de pôr em perigo a sua existência [...]».

14 A esse propósito, salientou, no n.º 59 do despacho recorrido, que, «a supor que ao recurso no processo principal seja negado provimento, esse estabelecimento entraria em concurso com os outros credores sociais da requerente e incumbiria ainda ao tribunal nacional determinar a natureza e a categoria do crédito em causa, nascido após a abertura do processo de concordata preventiva. O risco em que incorreu, assim, de nunca ser paga pela requerente apresenta-se tão certo que deve admitir-se que nenhum estabelecimento de crédito aceitaria constituir a garantia bancária requerida». Por isso, considerou, no n.º 60 do referido despacho, «que a Linea demonstrou suficientemente do ponto de vista do direito que a situação social e financeira em que se encontra actualmente torna objectivamente impossível a obtenção da garantia bancária junto de um estabelecimento de crédito».

15 Todavia, o juiz das medidas provisórias declarou, no n.º 61 do despacho recorrido, que «a ponderação dos interesses em presença opõe-se a que se acolha o presente pedido de medidas provisórias», baseando-se nas seguintes considerações:

«62 Com efeito, tendo em conta as circunstâncias particulares do caso em apreço, a suspensão da execução da [decisão controvertida], na medida em que impõe à requerente o pagamento de uma coima, teria por consequência impedir a Comissão de encetar uma qualquer acção perante o órgão jurisdicional nacional com vista a cobrar a coima e a salvaguardar, além do seu interesse, os interesses financeiros da Comunidade (despacho de 28 de Junho de 2000, Cho Yang Shipping/Comissão, [T-191/98 R II, Colect., p. II-2551], n.º 53), e isto, na realidade, com o único desígnio de preservar os outros credores da Linea. Ora, como o sublinhou com razão a Comissão, o risco de os activos da requerente já não serem suficientes para permitir pagar a coima, na totalidade ou em parte, à data da eventual negação de provimento ao recurso no processo principal, não pode ser afastado com certeza. Além disso, não está, de forma alguma, garantido, tal como a requerente o reconheceu na audição, que a soma de 1,65 milhões de euros que ela pôs de reserva seja exclusivamente destinada ao pagamento da dívida de que a Linea deveria desempenhar-se face à Comissão em caso de negação de provimento ao recurso no processo principal. É, portanto, necessário manter o carácter executório da [decisão controvertida] para não criar obstáculo às medidas que a Comissão considera útil tomar para efeitos de cobrar o montante da coima aplicada por [essa decisão].

63 Quanto ao alegado interesse da Linea e dos seus credores sociais em evitar que se proceda à cobrança da coima, há que precisar que só pode ser avaliado em função da qualificação e da categoria do crédito da Comissão que incumbe somente ao juiz nacional, tal sendo o caso, após a solicitação da intervenção do Tribunal de Justiça a título do artigo 234.° CE, apreciar.»

16 Portanto, o juiz das medidas provisórias considerou que a ponderação dos interesses pendia a favor do indeferimento do pedido de medidas provisórios que lhe foi submetido.

O recurso para o Tribunal de Justiça

17 A recorrente invoca dois fundamentos de recurso para o Tribunal de Justiça.

18 Pelo primeiro fundamento, critica o juiz das medidas provisórias por ter aplicado de forma errada o princípio da ponderação de interesses. A impossibilidade objectiva de obter a garantia bancária exigida pela Comissão exclui a ponderação de interesses. Com efeito, uma vez que a existência de circunstâncias excepcionais que justificam a dispensa de prestar a garantia bancária exigida pela Comissão foi demonstrada, não há qualquer possibilidade de proceder à ponderação de interesses. É impossível ponderar o risco da Comissão de não cobrar a coima com a impossibilidade material de a recorrente fornecer a garantia requerida. Se, como salientou o juiz das medidas provisórias no n.° 54 do despacho recorrido, o pedido de suspensão de execução apenas podia ter por objecto útil obter uma dispensa da obrigação de prestar uma garantia bancária, uma vez que a impossibilidade objectiva de constituir tal garantia foi demonstrada, era contraditório proceder à ponderação de interesses.

19 Pelo segundo fundamento, apresentado a título subsidiário, a requerente critica o juiz das medidas provisórias por ter cometido um erro ao proceder à ponderação dos interesses, mais particularmente quando considerou que a constituição de uma reserva no montante de 1,65 milhões de euros pelo juiz delegado, na concordata preventiva, a título de garantia do crédito da Comissão, não é de natureza a proteger plenamente os interesses desta em obter a cobrança do seu crédito se o recurso no processo principal interposto pela Linea for julgado improcedente pelo Tribunal de Primeira Instância. Com efeito, o crédito da Comissão pode ser considerado um crédito privilegiado e, nesse caso, a soma que constitui a reserva destina-se exclusivamente a garantir o referido crédito, ou é qualificado de crédito comum e, por consequência, a reserva dessa soma só preserva os direitos da Comissão proporcionalmente à percentagem mencionada na concordata preventiva e respeitando a igualdade de tratamento dos credores. Mesmo admitindo que a Comissão ainda possa obter ganho de causa, apenas o obtém proporcionalmente, se o seu crédito for de natureza comum. A reserva do referido montante garante, portanto, que, quando o Tribunal de Primeira Instância se pronunciar quanto ao mérito, a Comissão se encontrará em condições exactamente idênticas às de hoje.

20 No que se refere ao primeiro fundamento, a Comissão considera que resulta do n.º 48 do despacho DSR-Senator Lines/Comissão, já referido, que a apreciação das circunstâncias excepcionais que permitem não proceder à cobrança de uma coima, apesar da não constituição de uma garantia bancária, só entra em linha de conta quando do exame da urgência, de tal forma que a existência das referidas circunstâncias não acarreta automaticamente o benefício da suspensão da execução da decisão em causa. Por isso, após ter declarado, sob a óptica da urgência, que era objectivamente impossível à Linea constituir uma garantia bancária, o juiz das medidas provisórias procedeu com razão à ponderação de interesses, a fim de decidir se havia ou não lugar à suspensão da execução da decisão controvertida. Este último ponderou o interesse da recorrente em evitar que se proceda à cobrança imediata da coima e o interesse financeiro da Comunidade em a cobrar. Contrariamente ao que sustenta a recorrente, não aplicou de maneira errada o critério da ponderação de interesses, ao procurar

ponderar o risco de não cobrança da coima com a «impossibilidade objectiva» de a Linea constituir a garantia bancária, pois a avaliação dos interesses em presença foi efectuada partindo da verificação da existência de tal impossibilidade.

21 No tocante ao segundo fundamento, a Comissão considera que ele é inadmissível na medida em que reitera um fundamento já invocado perante o juiz das medidas provisórias e visa obter um simples reexame do pedido apresentado em primeira instância, ou mesmo voltar a pôr em discussão a apreciação dos factos já efectuada pelo juiz de primeira instância. Quanto ao mérito, a Comissão lembra que a recorrente reconhece que a reserva da soma de 1,65 milhões de euros não é destinada exclusivamente à Comissão, devendo imputar-se a esse montante o valor necessário para honrar o crédito desta última na mesma proporção que os créditos dos outros credores comuns. O Tribunal de Primeira Instância procedeu a uma apreciação correcta dos factos que não pode ser posta em causa no quadro de um recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância. Ao argumento de que o referido crédito pode ser qualificado de crédito privilegiado, o que significa que a reserva preservaria plenamente os direitos da Comissão, esta contrapõe que a qualificação de um crédito incumbe somente ao tribunal nacional. A Comissão dá igualmente conta das suas dúvidas quanto à referida qualificação em direito italiano.

22 Por outro lado, a Comissão considera que a recusa do juiz das medidas provisórias em deferir o pedido de medidas provisórias não se baseia unicamente nessa consideração relativa à natureza do crédito em causa. Com efeito, o n.° 62 do despacho recorrido reconhece igualmente que a suspensão da execução da decisão controvertida teria por consequência impedir a Comissão de instaurar, antes da decisão do mérito da causa, qualquer acção perante o órgão jurisdicional nacional com vista a cobrar a coima e a salvaguardar os interesses financeiros da Comunidade, fazendo com que esta corresse o risco de os activos da requerente já não serem suficientes para permitir pagar a coima, na totalidade ou em parte, à data da eventual negação de provimento ao recurso no processo principal. Esta apreciação de facto, suficiente em si mesma para justificar a parte decisória do despacho recorrido, não é contestada pela recorrente. O segundo fundamento é, portanto, inoperante.

Apreciação

23 Uma vez que as observações escritas das partes contêm todas as informações necessárias para que se conheça do presente recurso, não há que ouvir observações orais das partes.

Quanto ao primeiro fundamento

24 Pelo primeiro fundamento do seu recurso, a recorrente critica o juiz das medidas provisórias por ter cometido um erro jurídico ao proceder à ponderação dos interesses em presença.

25 A recorrente pretende, assim, prevalecer-se da jurisprudência relativa ao caso particular de uma dispensa da obrigação de constituir uma garantia bancária como condição da não cobrança imediata de uma coima, jurisprudência segundo a qual a dispensa de tal obrigação só pode ser acolhida em presença de circunstâncias excepcionais (v., nomeadamente, despacho DSR-Senator Lines/ /Comissão, já referido, n.° 48). Considera que a presença de circunstâncias excepcionais exclui a ponderação dos interesses.

26 A esse propósito, há que recordar que, por força de jurisprudência constante, a suspensão da execução e as restantes medidas provisórias podem ser concedidas pelo juiz das medidas provisórias se se chegar à conclusão de que, à primeira vista, a sua concessão é justificada de facto e de direito (*fumus boni juris*) e que são urgentes no sentido de que é necessário, para evitar um prejuízo grave e irreparável dos interesses do requerente, que sejam decretadas e produzam os seus efeitos antes da decisão no processo principal. Além disso, o juiz das medidas

provisórias procede igualmente, sendo caso disso, à ponderação dos interesses em presença (v., por exemplo, despacho de 25 de Julho de 2000, Países Baixos/ Parlamento e Conselho, C-377/98 R, Colect., p. I-6229, n.° 41).

27 No âmbito do exame de conjunto que deve efectuar num processo de medidas provisórias, o juiz das medidas provisórias dispõe de um vasto poder de apreciação e é livre de determinar, relativamente às especificidades do caso concreto, o modo como as diferentes condições de concessão das referidas medidas provisórias devem ser verificadas, bem como a ordem desse exame, uma vez que nenhuma norma de direito comunitário lhe impõe um esquema de análise preestabelecido para apreciar a necessidade de decidir provisoriamente [despacho de 19 de Julho de 1995, Comissão/Atlantic Container Line e o., C-149/95 P(R), Colect., p. I-2165, n.° 23].

28 Por conseguinte, o facto de o juiz das medidas provisórias ter procedido, no despacho recorrido, à ponderação dos interesses não poderá ser considerado, em si mesmo, um erro de direito.

29 Além disso, a jurisprudência mencionada no n.° 25 do presente despacho, relativa aos pedidos de dispensa da obrigação de constituir uma garantia bancária como condição da não cobrança imediata de uma coima, não pode ser interpretada no sentido de que a presença de circunstâncias excepcionais na acepção dessa jurisprudência acarretará necessariamente a concessão da suspensão e excluirá a possibilidade de o juiz das medidas provisórias proceder, sendo caso disso, à ponderação dos interesses em presença.

30 Com efeito, a determinação da existência de circunstâncias excepcionais situa-se ao nível do exame da urgência (v., neste sentido, despacho DSR-Senator Lines/ Comissão, já referido, n.° 48). O facto de o juiz das medidas provisórias ter concluído que a concessão da suspensão é necessária para evitar um prejuízo

grave e irreparável dos interesses da requerente não exclui o exame dos efeitos que uma eventual medida de suspensão poderá ter para os interesses de qualquer outra parte no processo. À luz das particularidades de cada caso concreto, o referido juiz deve, portanto, poder determinar se é adequado ponderar os interesses em presença.

31 Uma ponderação de interesses podia afigurar-se particularmente útil no caso em apreço dado que a recorrente se encontra em fase de liquidação judicial. Com efeito, a concessão da suspensão da execução da decisão controvertida em tal situação poderia ter tido consequências prejudiciais para os interesses da Comunidade e afectá-los de maneira irreversível.

32 Nestas circunstâncias, o juiz das medidas provisórias não cometeu qualquer erro de direito ao proceder, no despacho recorrido, à ponderação dos interesses em presença.

33 O primeiro fundamento deve, portanto, ser rejeitado.

Quanto ao segundo fundamento

34 No que respeita ao segundo fundamento invocado pela recorrente, baseado numa ponderação errada dos interesses em presença e na inexistência de riscos para a Comissão, há que recordar que, por força dos artigos 225.° CE e 58.° do Estatuto do Tribunal de Justiça, o recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância está limitado às questões de direito, com exclusão da apreciação dos factos.

35 Por isso, só o Tribunal de Primeira Instância é competente, por um lado, para apurar os factos, salvo no caso de a inexactidão material das suas conclusões resultar dos elementos dos autos que lhe foram submetidos, e, por outro, para apreciar esses factos. A apreciação dos factos não constitui, portanto, excepto em caso de desnaturação dos elementos que lhe foram submetidos, uma questão de direito sujeita, como tal, à fiscalização do Tribunal de Justiça no quadro de um recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância (v., nomeadamente, despacho de 11 de Fevereiro de 1999, Antillean Rice Mills e o./Comissão, C-390/95 P, Colect., p. I-769, n.° 29).

36 As disposições e a jurisprudência referidas nos n.os 34 e 35 do presente despacho aplicam-se igualmente aos recursos interpostos nos termos do artigo 57.°, segundo parágrafo, do Estatuto do Tribunal de Justiça (despacho Comissão/ Atlantic Container Line e o., já referido, n.° 18).

37 Ora, ao contestar a ponderação dos interesses em presença efectuada pelo juiz das medidas provisórias, a recorrente põe em causa a apreciação dos factos a que procedeu este último. Tal apreciação não pode ser examinada no quadro do presente recurso, sob reserva de uma desnaturação dos factos.

38 No caso em apreço, o juiz das medidas provisórias considerou, nos n.os 62 e 63 do despacho recorrido, que a reserva de 1,65 milhões de euros pelo juiz delegado, na concordata preventiva, a título de garantia do crédito da Comissão, só poderia proteger plenamente os interesses desta última se esse crédito fosse qualificado de privilegiado. Ora, tal qualificação incumbe apenas ao tribunal nacional, eventualmente após o Tribunal de Justiça ter sido chamado a pronunciar-se nos termos do artigo 234.° CE. A recorrente contestou, é certo, essa apreciação, mas não demonstrou que a mesma constitui uma desnaturação dos factos.

39 Por fim, a recorrente não demonstrou de que forma o juiz das medidas provisórias tinha desnaturado os elementos que lhe foram submetidos, ao considerar que a concessão das medidas provisórias por ela solicitadas teria como consequência impedir a Comissão de instaurar qualquer acção perante o órgão jurisdicional nacional com vista a cobrar a coima, e que tal inacção seria susceptível de causar prejuízo aos interesses financeiros da Comunidade, fazendo, assim, pender a balança dos interesses a favor desta última e justificando a recusa de conceder as referidas medidas provisórias.

40 O segundo fundamento deve, portanto, ser igualmente rejeitado.

41 Resulta do conjunto das considerações que precedem que os dois fundamentos de recurso invocados pela recorrente não podem ser acolhidos e, por conseguinte, deve ser negado provimento ao recurso.

Quanto às despesas

42 Nos termos do artigo 69.°, n.° 2, do Regulamento de Processo, aplicável ao processo de recurso de decisões do Tribunal de Primeira Instância por força do artigo 118.° do mesmo regulamento, a parte vencida é condenada nas despesas, se a parte vencedora o tiver requerido. Tendo a Comissão concluído pela condenação da recorrente e tendo esta sido vencida, há que condená-la nas despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decide:

1) **É negado provimento ao recurso.**

2) **A Linea GIG in liquidazione é condenada nas despesas da presente instância.**

Proferido no Luxemburgo, em 24 de Julho de 2003.

O secretário

R. Grass

O presidente

G. C. Rodríguez Iglesias