DESPACHO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA
14 de Dezembro de 1999 *

No processo C-335/99 P(R),

HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG, com sede em Rosenheim (Alemanha),

HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft, com sede em Rosenheim,

Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, com sede em Rosenheim,

Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH, com sede em Hohenberg (Áustria),

Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, com sede em Sondershausen (Alemanha),

representadas por P. Krömer e F. Nusterer, advogados em Sankt Pölten, com domicílio escolhido no Luxemburgo no escritório de A. May, 31, Grand-rue,

recorrentes,

que tem por objecto um recurso do despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias de 9 de Julho de 1999, HFB e o./ /Comissão (T-9/99 R, ainda não publicado na Colectânea), em que se pede a

* Língua do processo: alemão.

anulação desse despacho, e ainda que sejam julgados procedentes os pedidos apresentados pelas recorrentes em primeira instância e a condenação da Comissão nas despesas,

sendo a outra parte no processo:

Comissão das Comunidades Europeias, representada por E. Gippini Fournier e W. Mölls, membros do Serviço Jurídico, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo no gabinete de C. Gómez de la Cruz, membro do mesmo Serviço Jurídico, Centre Wagner, Kirchberg,

recorrida em primeira instância,

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ouvido o advogado-geral P. Léger,

profere o presente

Despacho

1 Por requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal de Justiça em 10 de Setembro de 1999, a HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG, a HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, a Verwaltungsgesellschaft, a Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, a Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH e a Isoplus Fernwärmetechnik GmbH interpuseram, nos termos dos artigos 225.° CE

e 50.°, segundo parágrafo, do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça, um recurso do despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 9 de Julho de 1999, HFB e o./Comissão (T-9/99 R, ainda não publicado na Colectânea, a seguir «despacho recorrido»), pelo qual este indeferiu o pedido de medidas provisórias que apresentaram com vista à suspensão da execução e à suspensão da execução coerciva dos artigos 3.°, alínea d), e 4.° da Decisão 1999/60/CE da Comissão, de 21 de Outubro de 1998, relativa a um processo de aplicação do artigo 85.° do Tratado CE (IV/35.691/E-4 — Cartel dos tubos com revestimento térmico) (JO 1999, L 24, p. 1), na versão resultante da decisão rectificativa de 6 de Novembro de 1998.

2 Para além da anulação do despacho recorrido, as recorrentes solicitam:

— a suspensão da execução e suspensão da execução coerciva dos artigos 3.°, alínea d), e 4.° da Decisão 1999/60, na medida em que quantias que representam uma parte do montante da coima aplicada pela Comissão ainda não foram pagas a esta, até 15 de Dezembro de 2000 e, o mais tardar, até à prolação do acórdão do Tribunal de Primeira Instância que ponha termo ao processo em sede de mérito, na condição de, no prazo de quatro semanas a contar do despacho proferido sobre o presente pedido, ser prestada à Comissão uma garantia bancária no montante de 1 500 000 euros, acrescida de juros a contar de 14 de Fevereiro de 1999, representando uma parte da coima, e de, antes de 15 de Dezembro de 1999, ser pago à Comissão através de transferência bancária o montante de 350 000 euros,

— eventualmente, a remessa do processo ao Tribunal de Primeira Instância para que este de novo se pronuncie,

— a condenação da Comissão nas despesas.

3 Por memorando apresentado na Secretaria em 4 de Outubro de 1999, a Comissão apresentou as suas observações escritas ao Tribunal de Justiça.

Factos e tramitação processual

4 Os factos que estão na origem do litígio encontram-se expostos no despacho recorrido nos seguintes termos:

«1 As requerentes são cinco sociedades de direito austríaco e alemão que produzem tubos com revestimento térmico, principalmente utilizados nos sistemas de aquecimento urbano.

2 Em 13 de Novembro de 1998, as requerentes foram notificadas da Decisão 1999/60... Na carta de notificação esclarecia-se que, se as requerentes interpusessem um recurso para o Tribunal de Primeira Instância, a Comissão não tomaria nenhuma medida de cobrança enquanto o processo estivesse pendente neste órgão jurisdicional, desde que a dívida produzisse juros a partir do termo do prazo de pagamento da coima e que uma garantia bancária, aceitável pela Comissão e cobrindo a dívida principal bem como os juros e as majorações eventualmente devidas, fosse prestada o mais tardar nessa data.

3 A Decisão 1999/60 foi notificada às requerentes na qualidade de membros do 'grupo Henss/Isoplus'. O seu artigo 1.° acusa as requerentes, nomeadamente, de terem infringido o n.° 1 do artigo 85.° do Tratado CE (actual artigo 81.°, n.° 1, CE) durante o período compreendido entre Outubro de 1991 e Março ou Abril de 1996, pelo menos. Consequentemente, o artigo 3.°, alínea d),

aplica ao grupo Henss/Isoplus uma coima de 4 950 000 euros, de que são solidariamente responsáveis as cinco empresas requerentes e a sociedade Isoplus Fernwärmtechnik Gesellschaft mbH — stille Gesellschaft. No entanto, as partes concordaram em não implicar esta sociedade no presente processo.

4 Resulta das explicações fornecidas pelas requerentes na audiência que todas elas estão ligadas a W. Henss. Descrevem do seguinte modo as ligações que têm com este último:

— primeira requerente, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG, Rosenheim (Alemanha) (a seguir 'HFB KG'): W. Henss detém a maioria das acções da empresa. É o sócio comanditário maioritário;

— segunda requerente, HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, Verwaltungsgesellschaft, Rosenheim (a seguir 'HFB Holding'): W. Henss detém a maioria das quotas da empresa;

— terceira requerente, Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgellschaft mbH, Rosenheim (a seguir 'Isoplus — Rosenheim'): é a 100% propriedade da HFB KG; consequentemente, W. Henss é indirectamente o proprietário;

— quarta requerente, Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH, Hohenberg (Áustria) (a seguir 'Isoplus — Hohenberg'): W. Henss detém a maioria das quotas;

— quinta requerente, Isoplus Fernwärmetechnik GmbH, Sondershausen (Alemanha) (a seguir 'Isoplus — Sondershausen'), um terço da qual pertencia, no momento em que foi adoptada a Decisão 1999/60, à primeira requerente, um terço a uma sociedade detida a 100% por W. Henss e um terço a uma família terceira. Em 6 de Novembro de 1998, a participação de W. Henss no capital da Isoplus—Sondershausen aumentou.»

5 Por petição entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 18 de Janeiro de 1999, as recorrentes solicitaram a anulação da Decisão 1999/60.

6 Em 5 de Fevereiro de 1999, a Isoplus — Rosenheim, a Isoplus — Hohenberg e a Isoplus — Sondershausen pagaram cada uma 770 000 euros, num total de 2 310 000 euros, a favor da Comissão, a título de pagamento parcial da coima que esta última lhes aplicou. A parte restante da coima devida pelas requerentes eleva-se, portanto, a 2 640 000 euros, juros não incluídos.

7 Por requerimento separado, entregue na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 10 de Fevereiro de 1999, as requerentes apresentaram, ao abrigo do artigo 242.° CE, um pedido de suspensão da execução e de suspensão da execução coerciva dos artigos 3.°, alínea d), e 4.° da Decisão 1999/60 até ser proferido o acórdão que ponha termo ao processo conhecendo do mérito da causa.

8 Em 30 de Abril de 1999, as recorrentes introduziram uma limitação ao seu pedido de medidas provisórias, limitação que reduziu o alcance deste, em

substância, ao equivalente dos pedidos apresentados no presente recurso, tal como foram enunciados no n.º 2 deste despacho.

Despacho recorrido

9 Através do despacho recorrido, o presidente do Tribunal de Primeira Instância indeferiu o pedido de medidas provisórias.

10 Quanto ao objecto do processo, o juiz das medidas provisórias observou, por um lado, que o pedido de suspensão da execução não podia ter outro objecto útil que não fosse o de obter uma dispensa da obrigação de constituir uma garantia bancária como condição para a não cobrança imediata do montante da coima que resta pagar, aplicada pela Decisão 1999/60 e, por outro, que o pedido de suspensão da execução coerciva dessa decisão não tinha objecto.

11 Por outro lado, do n.º 27 do despacho recorrido, resulta que a condição relativa ao *fumus boni juris* está preenchida no presente caso.

12 Em contrapartida, no que respeita à condição relativa à urgência, o juiz das medidas provisórias considerou que as recorrentes não demonstraram que a execução da Decisão 1999/60 podia causar-lhes prejuízos graves e irreparáveis.

13 Para chegar a esta conclusão, o juiz das medidas provisórias apoiou-se, em substância, em quatro tipos de considerações.

14 Em primeiro lugar, observou, no n.º 33 do despacho recorrido, «que nenhuma conclusão se [podia] extrair dos números não verificados apresentados pelas requerentes». Com efeito, embora estas últimas tenham apresentado balanços, uma peritagem sumária relativa à sua situação líquida e outras informações provenientes de instituições bancárias, das conclusões a que o juiz das medidas provisórias chegou resulta que:

— a verificação das contas de 1998 não foi efectuada (n.º 30 do despacho recorrido);

— os números apresentados dissimulavam reservas importantes ou, pelo menos, que existia uma verdadeira incerteza sobre este ponto (n.º 31 do despacho recorrido);

— a liquidez a mais de um ano de que as recorrentes podiam dispor não tinha sido levada em consideração pela peritagem sumária (n.º 32 do despacho recorrido).

15 Do n.º 35 do despacho recorrido resulta que existia igualmente uma incerteza quanto à questão de saber em que medida W. Henss, que é directa ou indirectamente o proprietário principal das cinco recorrentes, é o seu credor

relativamente a uma parte das suas dívidas a curto prazo, num montante total de cerca de 5 300 000 DEM.

16 Em segundo lugar, o juiz das medidas provisórias observou, no n.º 34 do despacho recorrido:

« O Dr. Reimnitz observou igualmente que, em direito alemão, o simples facto de, em certas situações, os sócios ou o dirigente de uma sociedade serem obrigados a apresentar um pedido de abertura do processo de falência não faz com que este seja aceite. A existência de dificuldades de tesouraria não conduz necessariamente à liquidação da empresa e a consequente supressão de empregos. As requerentes confirmaram que não apenas em direito alemão, mas também em direito austríaco existe uma alternativa à falência. Assim, quando uma empresa se encontra em situação de insolvência, pode, sob o controlo do órgão jurisdicional nacional competente, celebrar uma concordata com os seus credores, no âmbito da qual se procede ao apuramento do seu passivo. »

17 Em terceiro lugar, considerando adequado ter em conta as possibilidades dos sócios de dar assistência à sociedade para a constituição de uma garantia bancária, o juiz das medidas provisórias sublinhou, no n.º 36 do despacho recorrido, que as recorrentes não tentaram fazer prova de que W. Henss, na sua qualidade de principal proprietário directo ou indirecto das cinco empresas, não estava em condições de lhes prestar essa assistência.

18 Em último lugar, o juiz das medidas provisórias considerou, no n.º 37, do despacho recorrido, que as recorrentes não fizeram prova de que não existia nenhuma possibilidade de obter uma garantia bancária em relação ao montante da coima em dívida, pois só duas das recorrentes apresentaram declarações de

instituições bancárias que confirmavam a recusa de concessão tal garantia e apenas se dirigiram aos três bancos com os quais trabalhavam habitualmente.

19 Com base no conjunto destas considerações, o juiz das medidas provisórias concluiu, na primeira frase do n.º 38 do despacho recorrido, que as requerentes não fizeram prova de que o risco de falência ou de liquidação era previsível com um grau de probabilidade suficiente caso tivessem que prestar uma garantia bancária cobrindo a parte em dívida da coima aplicada.

20 Nos termos do segundo período do n.º 38 do despacho recorrido:

«A este propósito, importa sublinhar que o mero risco de as requerentes serem obrigadas a pedir a abertura de um processo de falência não pode constituir um prejuízo grave e irreparável... uma vez que o objectivo de tal processo é, pelo contrário, tentar recuperar a situação das empresas em causa.»

Argumentos das partes

Argumentos das recorrentes

21 Em apoio do seu recurso, as recorrentes invocam quatro fundamentos assentes em violação do direito comunitário e, subsidiariamente, em irregularidades processuais que afectaram os seus interesses. Em substância, imputam ao juiz das

medidas provisórias uma interpretação errónea do conceito de urgência na acepção do artigo 104.°, n.° 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância.

22 Através do primeiro fundamento, o juiz das medidas provisórias é criticado pelo facto de erradamente ter considerado, por um lado, que o simples risco de as recorrentes se encontrarem na obrigação de pedir a abertura de um processo de falência não podia constituir um prejuízo grave e irreparável e, por outro, que esse processo tinha por objectivo a recuperação da empresa em causa.

23 Recordando que existe um prejuízo irreparável quando a reparação ocorre demasiado tarde, por exemplo no caso de a declaração de falência ocorrer antes da prolação do acórdão que conhece do mérito da causa, as recorrentes alegam que o risco de abertura de um processo de falência que incida sobre o património da parte que solicita a medida provisória constitui um prejuízo irreparável.

24 As recorrentes sustentam igualmente que, tanto na Alemanha como na Áustria, os processos de insolvência têm por objectivo principal satisfazer colectivamente os credores de um devedor, sendo o património deste integralmente liquidado e o produto repartido entre estes. Só mediante determinadas condições, associadas sobretudo ao acordo dos credores no sentido de renunciarem a uma grande parte dos seus direitos, é que se podia optar por uma solução derrogatória que permitisse, no âmbito de um plano de insolvência, a manutenção da empresa.

25 Além disso, a abertura de um processo de insolvência tinha, por si só, graves consequências a nível do património e da gestão da empresa e acarretava igualmente importantes inconvenientes de ordem económica. As recorrentes

invocam, a este respeito, um atentado à reputação da empresa, uma perda da possibilidade de apresentar propostas, controlos exercidos por terceiros, etc.

26 Segundo as recorrentes, o juiz das medidas provisórias tinha, portanto, adoptado uma interpretação errónea do conceito de prejuízo irreparável na acepção do direito comunitário e tinha chegado a um determinado número de conclusões contrárias aos elementos que resultavam do processo.

27 Relativamente ao pagamento de uma coima que ainda não foi definitivamente fixada, atento o recurso de anulação da decisão da Comissão, era juridicamente injustificável exigir da empresa interessada que procedesse à abertura de um processo de insolvência, e dos credores da empresa que renunciassem a uma parte importante dos seus créditos com o objectivo de garantir a sua recuperação.

28 Através do seu segundo fundamento, as recorrentes criticam o juiz das medidas provisórias por erradamente se ter baseado, para avaliar as suas capacidades financeiras, na de W. Henss, na sua qualidade de sócio pessoa singular, quando a responsabilidade deste último pelas dívidas sociais das empresas em causa está limitada às suas entradas de capital. Uma tal pessoa singular, sócia de uma empresa, não constitui, com efeito, uma empresa na acepção dos artigos 85.°, n.° 1, do Tratado ou 53.° do acordo sobre o Espaço Económico Europeu. Contrariamente ao que se passa relativamente às sociedades ligadas por relações de grupo, não existia qualquer fundamento jurídico que permitisse obrigar esses sócios a transferir quantias suplementares para efeitos da prestação de uma garantia bancária.

29 A perspectiva do juiz das medidas provisórias discriminava, além disso, as empresas cujos sócios são identificáveis relativamente àquelas em que, atentas as modificações constantes que existem a nível dos detentores do capital, estes não

são conhecidos, como acontece, por exemplo, com as sociedades anónimas cotadas em Bolsa com acções ao portador.

30 Através do seu terceiro fundamento, as recorrentes argumentam que, no quadro de um pedido de medidas provisórias, a ocorrência de um prejuízo grave e irreparável deve ser previsível com um grau de probabilidade suficiente e não tem que ser demonstrada com uma certeza absoluta. Assim, a parte que requer a adopção de medidas provisórias não tinha de fazer a prova da urgência, antes devendo apenas invocar circunstâncias convincentes, de forma que a concessão da medida solicitada se justificasse «à primeira vista». O ónus da prova estava assim sujeito a condições sensivelmente menos estritas do que se a recorrente tivesse de fazer a demonstração completa do que invoca.

31 Ora, do despacho recorrido resultava que, contrariamente a esses princípios, o juiz das medidas provisórias exigiu das recorrentes um nível de prova da urgência excessivo, o que constituiu uma violação do direito comunitário ou uma irregularidade processual que afecta os seus interesses. Era isso o que se verificava, designadamente, no n.° 36 do despacho recorrido, no que respeita ao tomar em consideração a situação financeira de W. Henss, no n.° 37, a propósito da prova da impossibilidade de obter uma garantia bancária, e no n.° 38, no que toca à prova do risco de falência ou de liquidação das recorrentes. Estas últimas solicitam, portanto, ao Tribunal de Justiça, a título excepcional, que reexamine os meios de prova apresentados e que proceda a um novo apuramento dos elementos de facto que devem, à «primeira vista», ser considerados justificados.

32 Através do seu quarto fundamento, as recorrentes alegam que o juiz das medidas provisórias se baseou em conclusões contrárias ao conteúdo do processo que lhe fora submetido. Com efeito, do n.° 31 do despacho recorrido resultava que o juiz das medidas provisórias tinha posto em causa valores que lhe foram apresentados em virtude de três das recorrentes terem estado em condições de pagar uma soma importante em 5 de Fevereiro de 1999, quando os seus balanços provavam que, em 31 de Dezembro de 1998, não dispunham de liquidez suficiente para liquidar o saldo da coima. Ora, na peritagem sumária, junta ao pedido de medidas

provisórias, explicava-se devidamente de que forma, não obstante a existência de um défice de tesouraria em 31 de Dezembro de 1998, tinha todavia sido possível efectuar determinados pagamentos em Fevereiro de 1999, e isto em detrimento de outras dívidas a curto prazo. Segundo as recorrentes, este erro constituía uma violação do direito comunitário ou uma irregularidade processual que afectava os seus interesses.

Argumentos da Comissão

33 A título preliminar, a Comissão expõe a sua interpretação do despacho recorrido. Considera, antes de mais, que a conclusão principal do juiz das medidas provisórias é a enunciada no primeiro período do n.º 38, segundo a qual as recorrentes não fizeram prova de que o risco de falência ou de liquidação era previsível com um grau de probabilidade suficiente no caso de terem que prestar uma garantia bancária cobrindo a parte em dívida da coima aplicada. Considera em seguida que esta conclusão do juiz das medidas provisórias quanto à inexistência de prova deve ser entendida como sendo igualmente válida para o risco de as recorrentes terem de apresentar um pedido de abertura do processo de falência. Com efeito, em seu entender, a fundamentação do despacho não permite de modo algum pensar que o juiz das medidas provisórias considerou este último risco suficientemente provado.

34 Por último, quanto à conclusão enunciada na segunda frase n.º 38 do despacho recorrido, segundo a qual o risco de um pedido de abertura de um processo de falência não constituiu um prejuízo grave e irreparável, tratar-se-ia de uma fundamentação complementar ou subsidiária.

35 Daqui a Comissão retira que se devia negar provimento ao recurso pois os fundamentos apresentados contra a conclusão principal do despacho recorrido, ou seja, os segundo, terceiro e quarto fundamentos, não permitem refutar esta

conclusão. O primeiro fundamento, portanto, só devia ser examinado a título subsidiário.

36 No que respeita a esse primeiro fundamento, a Comissão sustenta que as próprias recorrentes tinham aceite que, mesmo após a declaração de falência, existiam possibilidades de evitar a liquidação da empresa. Era essa, em substância, o alcance que importava atribuir à segunda frase do n.º 38 do acórdão recorrido.

37 Quanto aos prejuízos que, de acordo com o que afirmam, as recorrentes teriam de suportar mesmo que o processo de insolvência terminasse com uma transacção ou um acordo, não foram invocados em primeira instância. Além disso, esses prejuízos não eram de modo algum irreversíveis, pois as recorrentes não demonstraram que a sua natureza era durável e estrutural e não podiam, portanto, ser objecto de uma reparação financeira.

38 No que respeita ao alegado prejuízo que os sócios teriam que suportar em virtude da necessidade de colocarem fundos à disposição da empresa para evitar a sua liquidação, tratava-se de um processo normal e, de resto, puramente financeiro. De qualquer modo, segundo a Comissão, as recorrentes não podiam invocar o prejuízo que de um terceiro corre o risco de suportar, para demonstrarem a urgência do seu pedido (despacho de 4 de Maio de 1964, Ley/Comissão, 12/64 R, Recueil 1965, p. 175, 176).

39 Quanto ao segundo fundamento, a Comissão alega que foi correctamente que o juiz das medidas provisórias atendeu às possibilidades de os sócios, no caso em

apreço W. Henss, ajudarem as sociedades para efeitos da prestação de uma garantia bancária.

40 A este respeito, remete para o despacho de 7 de Março de 1995, Transacciones Marítimas e o./Comissão (C-12/95 P, Colect., p. I-467, n.º 12), no qual, para efeitos da apreciação da capacidade de uma empresa para prestar uma caução bancária, não distinguiu entre os seus accionistas, por um lado, e o grupo de empresas a que pertence, por outro.

41 Recordando que a dispensa da obrigação de prestar uma garantia bancária só pode ser concedida em presença de circunstâncias excepcionais, a Comissão sustenta que, até que a coima seja anulada ou reduzida, os sócios devem estar prontos a suportar todos os inconvenientes que para eles resultem do peso dessa coima sobre a sociedade, designadamente quando pretendam que esta prossiga as suas actividades, apesar deste ónus que sobre ela pesa. Isto é tanto mais justificado quanto podiam obter vantagens do comportamento contrário às regras da concorrência que deu lugar à coima. Assim, era irrelevante saber se os sócios são pessoas singulares ou colectivas ou se exercem ou não uma actividade empresarial em seu próprio nome.

42 A Comissão contesta a tese segundo a qual esta perspectiva conduzia a uma discriminação entre as empresas de acordo com a sua estrutura, pois, mesmo quando existam muitos accionistas ou estes mudem constantemente, a direcção podia convocar uma assembleia geral para votar um aumento de capital adequado. Além disso, no caso em apreço, o juiz das medidas provisórias não tinha tomado em consideração os sócios das recorrentes em geral, mas apenas W. Henss enquanto proprietário principal, que controla todas as recorrentes e pode, portanto, sozinho tomar as decisões pertinentes.

43 No que respeita ao terceiro fundamento do presente recurso, relativo ao ónus da prova da urgência que cabe a quem solicita a concessão das medidas provisórias,

a Comissão refuta as afirmações das recorrentes segundo as quais a situação de urgência não devia ser provada mas apenas justificada «à primeira vista».

44 A Comissão sublinha, antes de mais, que, nos termos do artigo 104, n.º 2, do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, um pedido de medidas provisórias deve especificar «as razões da urgência»; a simples justificação «à primeira vista» só era contemplada nesta disposição para os «fundamentos de facto e de direito» que deviam justificar a concessão da medida provisória requerida.

45 Em seguida, de uma jurisprudência constante decorria que o recorrente deve fazer prova da existência de uma situação de urgência, a fim de colocar o juiz das medidas provisórias em condições de decidir «com pleno conhecimento de causa» (despacho de 3 de Abril de 1992, Parlamento/Frederiksen, C-35/92 P-R, Colect., p. I-2399, n.º 21). Esta solução, que corresponde às regras gerais de repartição do ónus da prova, era tanto mais justificada no caso em apreço quanto a dispensa da exigência de garantia bancária só podia ser concedida em presença de circunstâncias excepcionais.

46 Por último, a Comissão aceita não ser necessário, para provar a urgência de um pedido, uma certeza absoluta quanto à ocorrência do prejuízo invocado. Portanto, se se conseguir fazer prova do carácter eminente de um prejuízo, o ónus da prova que cabia às recorrentes não sofreria qualquer alteração, no sentido de que deveriam provar integralmente os factos que se presume constituírem o fundamento dessas previsões.

47 Daqui a Comissão conclui que as críticas formuladas no âmbito do terceiro fundamento, relativas aos fundamentos enunciados no despacho aquando do

exame sucessivo dos factos, tem a ver, na verdade, com a apreciação destes e são inadmissíveis em sede de recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância.

48 Quanto ao quarto fundamento, segundo o qual o despacho recorrido se baseava em conclusões contrárias ao conteúdo do processo submetido ao Tribunal de Primeira Instância, a Comissão sublinha que, na peritagem sumária referida no n.º 30 do despacho recorrido, os pagamentos de Fevereiro de 1999 foram referidos como simples projectos. Por outro lado, nada teria sido dito quanto à origem dos fundos utilizados nem quanto aos efeitos reais desses pagamentos sobre os números indicados na peritagem sumária, que traduzem a situação em 31 de Dezembro de 1998. A argumentação das recorrentes equivalia, portanto, a uma contestação da apreciação da matéria de facto efectuada pelo juiz de primeira instância.

49 Como as observações escritas das partes contêm todas as informações necessárias para que este Tribunal se pronuncie sobre o presente recurso, não há que as ouvir em alegações.

Apreciação

50 Cabe recordar, a título preliminar, que, nos termos dos artigos 225.º CE e 51.º do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça, o recurso para o Tribunal de Justiça é limitado às questões de direito e apenas pode ter por fundamento a incompetência do Tribunal de Primeira Instância, irregularidades processuais perante este Tribunal que prejudiquem os interesses da recorrente, bem como a violação do direito comunitário pelo Tribunal de Primeira Instância.

51 O Tribunal de Primeira instância tem competência exclusiva para, por um lado, apurar os factos, salvo nos casos em que a falta de exactidão material desses factos resulte dos elementos do processo que lhe foram apresentados, e, por outro, para apreciar esses factos.

52 Além disso, o Tribunal de Justiça não tem, em princípio, competência para examinar as provas que o Tribunal de Primeira Instância considerou determinantes no apuramento ou na sua apreciação dos factos. Com efeito, tendo os princípios gerais de direito e as regras processuais aplicáveis em matéria de produção e de apreciação de prova sido respeitados, compete exclusivamente ao Tribunal de Primeira Instância a apreciação do valor a atribuir aos elementos que lhe foram submetidos [despacho de 25 de Junho de 1998, Antilhas Neerlandesas/ /Conselho, C-159/98 P(R), Colect., p. I-4147, n.° 68].

53 No caso em apreço, importa antes de mais sublinhar que os quatro fundamentos invocados pelas recorrentes em apoio do seu recurso estão estritamente conexionados. Com efeito, ligam-se com os diversos elementos que o juiz das medidas provisórias tomou globalmente em consideração no despacho recorrido para chegar à conclusão de que as recorrentes não fizeram prova suficiente da urgência do seu pedido.

54 A sua admissibilidade ou a sua improcedência só é, portanto, possível de uma forma global.

55 Além disso, importa sublinhar, com vista a apreciar o mérito desses fundamentos destinados a pôr em causa o exame da urgência efectuado no despacho impugnado, que o juiz das medidas provisórias efectuou esse exame no âmbito muito específico de um pedido de dispensa da obrigação de prestar uma garantia bancária como condição da não cobrança imediata de uma coima aplicada pela Comissão. Tal pedido, como se afirmou correctamente no n.° 17 do despacho recorrido, só pode ser deferido em circunstâncias excepcionais (despachos de 6 de Maio de 1982, AEG/Comissão, 107/82 R, Recueil, p. 1549, n.° 6; de 7 de Maio de 1982, Hasselblad/Comissão, 86/82 R, Recueil, p. 1555, n.° 3; de 15 de Março de 1983, Ferriere di Roè Volciano/Comissão, 234/82 R, Recueil, p. 725, n.os 5 e 6, e de 24 de Setembro de 1986, Montedipe/Comissão, 213/86 R, Colect.,

p. 2623, n.° 22). Com efeito, a possibilidade de exigir a prestação de uma caução está expressamente prevista, para os processos de medidas provisórias, nos 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 (v. despacho de 11 de Novembro de 1982, Klöckner-Werke/Comissão, 263/82 R, Recueil, p. 3995, n.° 5).

56 Relativamente ao primeiro fundamento, pelo qual as recorrentes criticam o juiz das medidas provisórias por não ter considerado como prejuízo grave e irreparável o risco que correm de terem de solicitar a abertura de um processo de falência, importa sublinhar que uma situação em que uma empresa é obrigada a solicitar a abertura de um processo de insolvência pode ser constitutiva de um prejuízo grave e irreparável, dados os riscos que esta faz pesar sobre a existência da própria empresa em causa e as consequências importantes que desse processo decorrem, e que entravam o seu normal funcionamento.

57 Esta apreciação deve, no entanto, ser efectuada caso a caso, atendendo às circunstâncias de facto e de direito que caracterizam cada processo.

58 A este propósito, do despacho recorrido resulta que o juiz das medidas provisórias, embora não tenha afastado totalmente a possibilidade de a constituição da garantia bancária poder conduzir a recorrente a pedir a abertura de um processo de insolvência, relativizou no entanto o alcance desse elemento. Com efeito, observou que as dificuldades alegadas pelas recorrentes decorriam, fundamentalmente, de um défice de tesouraria e, tal como sublinhou no n.° 34 do despacho recorrido, dificuldades desta natureza não conduzem necessariamente à liquidação da empresa, o que era confirmado pelo exame dos direitos nacionais aplicáveis.

59 Esta apreciação dos factos que o juiz das medidas provisórias efectuou não pode ser directamente posta em causa no âmbito de um recurso como o ora em apreço.

60 Através do seu segundo fundamento, as recorrentes criticam o juiz das medidas provisórias por ter tomado em consideração as possibilidades que W. Henss podia ter de as ajudar para efeitos da constituição de uma garantia bancária.

61 A este respeito, resulta de uma jurisprudência constante que, para determinar se uma empresa está em condições de prestar uma garantia bancária, importa atender ao grupo de empresas de que faz parte (despacho Hasselblad/Comissão, já referido, n.° 4) e, em especial, aos recursos de que dispõe globalmente esse grupo (despacho Transacciones Marítimas e o./Comissão, já referido, n.° 12).

62 Este entendimento assenta na ideia de que os interesses objectivos da empresa em causa não têm carácter autónomo relativamente aos das pessoas, singulares ou colectivas, que a controlam e que o carácter grave e irreparável do prejuízo alegado deve, portanto, ser apreciado ao nível do grupo que essas pessoas compõem. Esta confusão de interesses justifica, em especial, que o interesse da empresa em causa em sobreviver não seja apreciado independentemente do interesse que aqueles que a controlam têm na sua perenidade.

63 São os mesmos fundamentos que justificam que, numa situação comparável, o prejuízo de uma associação de empresas seja apreciado tendo em consideração a

situação financeira dos seus membros, quando os interesses objectivos da associação não têm um carácter autónomo em relação aos das empresas que a ela aderiram [v. despacho de 14 de Outubro de 1996, SCK e FNK/Comissão, C-268/96 P(R), Colect., p. I-4971, n.^{os} 35 a 38].

64 O facto de, como no caso em apreço, a pessoa que, enquanto proprietário principal das empresas, as controla seja uma pessoa singular que não é, por si mesma, uma empresa, é, portanto, irrelevante.

65 As recorrentes também não podem sustentar que o raciocínio seguido pelo juiz das medidas provisórias constituía uma discriminação entre empresas, consoante os seus accionistas sejam conhecidos ou não. Com efeito, a apreciação do carácter grave e irreparável do prejuízo alegado deve ser efectuada tendo em consideração as particularidades de cada caso, e não de um modo geral, com base em categorias abstractas. Ora, uma empresa que se prove ser controlada por outras pessoas encontra-se numa situação especial, a qual deve, portanto, ser tomada em consideração pelo juiz das medidas provisórias.

66 O terceiro fundamento do presente recurso é relativo ao ónus da prova que cabe às recorrentes para provar que a condição da urgência se encontra preenchida.

67 Tal como a Comissão justamente sublinha, embora seja exacto que, para provar a existência de um prejuízo grave e irreparável, não é necessário exigir que se demonstre a ocorrência do prejuízo com um grau de certeza absoluta e que basta que este seja previsível com grau de probabilidade suficiente, a verdade é que as recorrentes são obrigadas a provar os factos que são supostos fundamentar a possibilidade de um tal prejuízo grave e irreparável.

68 Esta exigência justifica-se ainda mais num caso como o em apreço atento o princípio enunciado no n.° 55 do presente despacho.

69 Relativamente ao quarto e último fundamento, basta observar que as informações a que as recorrentes fazem referência constituem simples precisões, que, é certo, vêm completar os factos relatados no n.° 31 do despacho recorrido, mas das quais não resulta que as conclusões a que o juiz das medidas provisórias chegou estivessem viciadas por inexactidão material.

70 Nestas circunstâncias, pelos fundamentos referidos nos n.^{os} 50 a 52 do presente despacho, a apreciação dos elementos de prova que o juiz das medidas provisórias efectuou não pode ser reexaminada no quadro de um recurso de uma decisão do Tribunal de Primeira Instância.

71 Do conjunto das considerações que precedem resulta que os fundamentos invocados pelas recorrentes em apoio do recurso de decisão do Tribunal de Primeira Instância não podem ser acolhidos, devendo este, por conseguinte, ser julgado improcedente.

Quanto às despesas

72 Nos termos do artigo 69.°, n.° 2, do Regulamento do Processo, aplicável ao recurso de decisões do Tribunal de Primeira Instância nos termos do artigo 118.°, a parte vencida é condenada nas despesas, se a parte vencedora o tiver requerido.

Tendo a Comissão pedido a condenação das recorrentes e tendo estas sido vencidas nos seus fundamentos, há que condená-las nas despesas.

Pelos fundamentos expostos,

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decide:

1) É negado provimento ao recurso.

2) A HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH & Co. KG, a HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH, a Verwaltungsgesellschaft, a Isoplus Fernwärmetechnik Vertriebsgesellschaft mbH, a Isoplus Fernwärmetechnik Gesellschaft mbH e a Isoplus Fernwärmetechnik GmbH são condenadas nas despesas.

Proferido no Luxemburgo, em 14 de Dezembro de 1999.

O secretário

R. Grass

O presidente

G. C. Rodríguez Iglesias