DESPACHO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA
26 de Outubro de 2001 *

No processo T-184/01 R,

IMS Health Inc., sociedade com sede em Farfield, Connecticut (Estados Unidos da América), representada por N. Levy, J. Temple Lang, solicitors, e R. O'Donoghue, barrister, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

requerente,

contra

Comissão das Comunidades Europeias, representada por E. Gippini Fournier, A. Whelan e F. Siredney-Garnier, na qualidade de agentes, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

requerida,

* Língua do processo: inglês.

apoiada por

AzyX Deutschland GmbH Geopharma Information Services, com sede em Neu-Isenburg (Alemanha), representada por G. Vandersanden, L. Levi e D. Dugois, advogados, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

e

National Data Corporation, com sede em Atlanta, Jórgia (Estados Unidos da América), representada por I. Forrester QC, F. Fine, solicitor, C. Price e A. F. Gagliardi, advogados, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

e

NDC Health GmbH & Co. KG, com sede em Bad Camberg (Alemanha), representada por I. Forrester QC, F. Fine, M. Powell, solicitors, C. Price e A. F. Gagliardi, advogados, com domicílio escolhido no Luxemburgo,

intervenientes,

que tem por objecto um pedido de medidas provisórias relativas à Decisão da Comissão de 3 de Julho de 2001, relativa a um procedimento de aplicação do artigo 82.° CE (processo COMP D3/38.044 — NDC Health/IMS Health: medidas provisórias),

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DAS COMUNIDADES EUROPEIAS

profere o presente

Despacho

Antecedentes

1 Os laboratórios farmacêuticos necessitam de informações sobre as vendas dos seus próprios produtos e dos produtos dos seus concorrentes para desenvolverem as suas estratégias de *marketing*. Dado que uma grande parte das receitas médicas são aviadas por farmácias situadas nas redondezas dos médicos prescritores, os dados relativos à venda de produtos farmacêuticos por parte dos grossistas às farmácias representam uma boa perspectiva das preferências prescritivas dos médicos e, consequentemente, permitem aos laboratórios de produtos farmacêuticos avaliar a eficácia da actuação dos agentes de vendas que os contactam.

2 Os relatórios regionais de vendas (ou relatórios de mercado) são baseados nos dados comprados aos grossistas de produtos farmacêuticos pelas empresas que se dedicam ao fornecimento de dados de vendas às empresas farmacêuticas. Os acordos entre grossistas e fornecedores de relatórios regionais de vendas na Alemanha contêm disposições destinadas a respeitar as obrigações dos primeiros nos termos da Bundesdatenschutzgesetz alemã (lei federal alemã relativa à protecção de bases de dados). A Bundesdatenschutzgesetz exige que as

informações sobre as vendas de produtos farmacêuticos sejam agregadas para um mínimo de três farmácias por cada área geográfica relativamente à qual se refiram os dados. Na prática, o cumprimento deste requisito necessita da inclusão de, pelo menos, quatro a cinco farmácias em cada segmento geográfico.

3 O processamento dos dados brutos de vendas regionais adquiridos aos grossistas farmacêuticos é levado a cabo pelos fornecedores de relatórios de vendas de acordo com as suas respectivas estruturas receptoras. Os dados são depois verificados e formatados de acordo com estruturas «modulares», sobre as quais são efectuadas diversas análises pelos prestadores desses serviços. Os módulos dividem um país em áreas geográficas artificialmente designadas. O objectivo primordial de uma estrutura modular é o de criar segmentos territoriais com potencial de vendas idêntico ou comparável dentro de um mercado específico, respeitando, simultaneamente, os requisitos de protecção de dados e determinados limites geográficos. Na Alemanha, os territórios de vendas dos representantes dos produtos farmacêuticos são definidos com base na junção de diversos módulos.

4 Os dados formatados, de acordo com uma estrutura modular, constituem a base dos relatórios regionais de vendas. Estes relatórios são distribuídos pelos prestadores do serviço aos laboratórios farmacêuticos, em papel, em CD-ROM, «em directo» ou numa combinação destas formas, dependendo da preferência do cliente. Os dados são, em seguida, processados internamente pelos laboratórios farmacêuticos ou enviados por estes a outras empresas para análise.

5 A IMS (Intercontinental Marketing Services) Health Inc. (a seguir «requerente» ou «IMS») é uma sociedade sediada nos Estados Unidos, que presta à indústria farmacêutica uma variada gama de serviços de pesquisa de mercado, *marketing* e gestão de vendas. É o líder mundial na prestação de soluções em matéria de informação à indústria farmacêutica e ao sector dos cuidados de saúde. A IMS exerce a sua actividade em 100 países. Na Alemanha, através da sua filial alemã

(IMS Health GmbH & Co. OHG, a seguir «IMS Health»), fornece um serviço de dados relativos às vendas regionais aos laboratórios farmacêuticos interessados. Desde 2000, a sua actividade baseia-se numa estrutura modular designada «estrutura de 1 860 módulos». Esta estrutura modular é o ponto fulcral do presente processo.

6 A requerente tem investido, desde 1969, consideráveis recursos no desenvolvimento na Alemanha de serviços de relatórios relativos aos dados baseados nas estruturas modulares. Começou utilizando uma estrutura de 329 módulos. Nos finais de 1980, esta estrutura rudimentar inicial fora subdividida em estruturas mais sofisticadas que continham, inicialmente, 418 e depois 922 segmentos. Em 1991 várias cidades foram subdivididas, criando uma estrutura com 1086 módulos. Em 1992, foram acrescentados mais 244 módulos, correspondentes a divisões administrativas na antiga República Democrática da Alemanha, por forma a ter em conta os efeitos da reunificação alemã. Em 1993, após a introdução, na Alemanha, de um sistema de código postal com cinco algarismos, tornava-se necessária uma completa reorganização da sua estrutura modular. Cento e dezanove cidades foram reestruturadas, tendo como resultado a criação de uma estrutura com 1 845 segmentos.

7 Em 1998, a requerente iniciou um programa de desenvolvimento destinado, entre outros objectivos, a conduzir à criação de uma nova estrutura modular. O programa culminou, em 1999, com o desenvolvimento de um formato para a estrutura de 1 860 módulos. A estrutura de 1 860 módulos foi lançada no mercado em Janeiro de 2000 e constitui, actualmente, a principal característica dos serviços de dados regionais de vendas que a IMS Health presta na Alemanha.

8 Suspeitando que dois concorrentes no mercado alemão, a Pharma Intranet Information AG (a seguir «PI») e a AzyX Deutschland GmbH Geopharma Information Services (a seguir «AzyX»), fundadas por alguns dos seus anteriores quadros superiores, que tinham inicialmente entrado no mercado alemão prestando serviços baseados em estruturas modulares alternativas, estavam, em

princípios de 2000, a comercializar serviços com base em cópias da estrutura de 1 860 módulos, a requerente propôs no Landgericht Frankfurt am Main (tribunal alemão de primeira instância, a seguir «Landgericht Frankfurt»), uma acção por violação dos seus direitos de autor. Estes processos foram instaurados, respectivamente em 26 de Maio e 22 de Dezembro de 2000, contra a PI e a AzyX.

9 Na acção contra a PI, o Landgericht Frankfurt, em 16 de Novembro de 2000, confirmando uma anterior decisão de 12 de Outubro de 2000, decidiu que, segundo a legislação alemã de direitos de autor, a requerente, através da IMS Health, beneficiava da protecção dos direitos de autor sobre a estrutura de 1 860 módulos. Na mesma decisão, confirmou também um despacho proferido em 27 de Outubro de 2000, proibindo a PI e o Sr. Lederer, antigo director-geral da IMS Health, de utilizarem a estrutura de 1 860 módulos e estruturas modulares «derivadas» dessa estrutura.

10 A National Data Corporation (a seguir «NDC»), que é também uma sociedade sediada nos Estados Unidos e um concorrente internacional da requerente, adquiriu a PI em Agosto de 2000. Em 26 de Outubro de 2000 solicitou à requerente uma licença para a utilização da estrutura de 1 860 módulos, pagando, em contrapartida, uma quantia anual de 10 000 DEM (5 112,92 euros). Por carta de 28 de Novembro de 2000, a requerente não anuiu ao pedido enquanto a questão dos direitos de autor estivesse pendente nos tribunais nacionais, dado que a PI tinha interposto recurso das mencionadas decisões de 27 de Outubro e 16 de Novembro de 2000. Numa carta posterior de 18 de Dezembro de 2000, a requerente recusou entrar em negociações quanto à licença com base no facto de que não era fundamental para a NDC dispor da estrutura de 1 860 módulos para lhe fazer concorrência no mercado alemão.

11 Em 4 de Dezembro de 2000, a NDC Health GmbH & Co. KG, filial alemã da NDC (a seguir «NDC Health»), propôs uma acção no Landgericht Nürenburg-

Fürth com vista a obter a declaração de que a IMS Health não tinha o direito de lhe exigir que não utilizasse estruturas baseadas, designadamente, na estrutura de 1 860 módulos. No entanto, em 28 de Dezembro de 2000, a IMS Health obteve despacho interlocutório proferido pelo Landgericht Frankfurt, que proíbe a utilização pela NDC Health, designadamente, da estrutura de 1 860 módulos.

12 Em 19 de Junho de 2001, foi negado provimento ao recurso interposto pela PI das decisões de 27 de Outubro e 16 de Novembro de 2000 pelo Oberlandesgericht Frankfurt am Main (a seguir «Oberlandesgericht Frankfurt»).

13 Em 12 de Julho de 2001, o Landgericht Frankfurt negou provimento a um recurso interposto pela NDC Health do despacho interlocutório contra ela proferido em 28 de Dezembro de 2000.

14 Em 30 de Agosto de 2001, no contexto da acção principal relativa aos direitos de autor entre a IMS Health e a NDC Health, em relação ao pedido que fez a primeira no sentido de uma proibição definitiva de utilização da estrutura de 1 860 módulos ou quaisquer dos seus derivados, o Landgericht Frankfurt decidiu suspender o processo e submeteu várias questões prejudiciais ao Tribunal de Justiça nos termos do artigo 234.° CE. Pretende, essencialmente, saber se a aplicação do direito alemão relativo aos direitos de autor pode ser influenciada pelo artigo 82.° CE, em circunstâncias em que houve algum envolvimento da indústria no desenvolvimento da obra protegida. Em 22 de Outubro de 2001, o pedido de decisão prejudicial foi registado na Secretaria do Tribunal de Justiça (processo C- 418/01).

15 No processo AzyX, o Landgericht Frankfurt proferiu, em 28 de Dezembro de 2000, um despacho interlocutório proibindo a AzyX de fornecer, promover ou propor dados baseados na estrutura de 1 860 módulos. Em 15 de Fevereiro de 2001 confirmou o referido despacho interlocutório.

16 Consequentemente, em 24 de Abril de 2001, a AzyX solicitou à requerente a concessão de uma licença para a utilização da estrutura de 1 860 módulos. Em 28 de Maio de 2001, a requerente recusou esse pedido, principalmente porque considerava que o acesso à estrutura de 1 860 módulos não era necessário para permitir à AzyX concorrer contra ela no mercado alemão e também porque considerava muito baixo o *royalties* de 100 000 DEM (51 129,19 euros) oferecido pela AzyX.

17 Em 18 de Setembro de 2001, o Oberlandesgericht Frankfurt revogou o despacho proferido pelo Landgericht Frankfurt contra a AzyX em 28 de Dezembro de 2000, de modo que esta última já não está proibida por decisão judicial de utilizar a estrutura de 1 860 módulos ou seus derivados na Alemanha (v. n.os 44 e 45 *infra*).

Inquérito da Comissão e adopção da decisão contestada

18 Em 18 de Dezembro de 2000, a NDC apresentou uma queixa à Comissão, alegando que a recusa da requerente em lhe licenciar o uso da estrutura de 1 860 módulos constituía uma infracção ao artigo 82.° CE. Solicitou igualmente à Comissão a adopção de medidas provisórias contra a requerente.

19 A requerente apresentou observações relativas à queixa por carta de 12 de Janeiro de 2001 e respondeu aos pedidos de informações da Comissão por cartas, respectivamente, de 15 e 26 de Janeiro de 2001 e 7 de Março de 2001.

20 Em 8 de Março de 2001, a Comissão enviou à requerente uma comunicação de acusações (a seguir «CA»), recebida em 9 de Março de 2001. A Comissão definiu a questão fulcral como sendo a de saber se a estrutura de 1 860 módulos constituía uma «infra-estrutura essencial» (CA, n.° 58). Concluiu que (CA, n.° 84), dada a informação disponível, que o acesso àquela estrutura parecia ser indispensável para os concorrentes, que a recusa da requerente em conceder licenças não estava objectivamente justificada e que a referida recusa constituía, potencialmente, um abuso de posição dominante que a IMS Health dispunha no mercado relevante alemão. A Comissão advertiu a IMS de que era sua intenção adoptar uma decisão impondo medidas provisórias (CA, n.ºs 100 a 103).

21 A requerente apresentou uma resposta escrita à CA em 2 de Abril de 2001. Uma audiência perante a Comissão teve, então, lugar em 6 de Abril de 2001, durante a qual foi amplamente discutido se a estrutura de 1 860 módulos constituía de facto um padrão industrial. A Comissão enviou à requerente um pedido de informações adicionais em 4 de Maio de 2001, ao qual esta última respondeu em 14 de Maio de 2001. A requerente também respondeu, em 14 de Junho de 2001, a novos elementos de prova obtidos pela Comissão na sequência de pedidos de informações feitos a várias empresas farmacêuticas, após a audiência, e de acordo com o artigo 11.° do Regulamento n.° 17 do Conselho, de 6 de Fevereiro de 1962, primeiro regulamento de execução dos artigos [81.°] e [82.°] do Tratado (JO 1962, 13, p. 204; EE 08 F1 p. 22). Esses pedidos destinavam-se a averiguar as suas opiniões relativamente à natureza alegadamente indispensável da estrutura de 1 860 módulos. A Comissão forneceu cópias das respostas daquelas empresas farmacêuticas à requerente em duas ocasiões, em 22 de Maio e 7 de Junho de 2001. A requerente comentou esses elementos de prova suplementares através de um novo memorando enviado à Comissão em 14 de Junho de 2001. Também foi ouvida numa reunião entre os seus representantes e os representantes da Comissão que teve lugar em 18 de Junho de 2001.

22 Em 3 de Julho de 2001, a Comissão adoptou uma decisão relativa a um processo de aplicação do artigo 82.° CE (processo COMP/D3/38.044 — NDC Health/ /IMS Health: medidas provisórias) (a seguir «decisão contestada»). Essa decisão é

baseada no Regulamento n.º 17 e, em especial, nos poderes conferidos à Comissão de adoptar, nos termos do artigo 3.º, medidas provisórias cuja existência foi referida pela primeira vez pelo Tribunal de Justiça no seu despacho de 17 de Janeiro de 1980, Camera Care/Comissão (792/79 R, Recueil, p. 119, a seguir «despacho Camera Care»), e confirmada num conjunto de decisões subsequentes da judicatura comunitária (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 28 de Fevereiro de 1984, Ford/Comissão, 228/82 e 229/82, Recueil, p. 1129; acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 12 de Julho de 1991, Peugeot/ /Comissão, T-23/90, Colect., p. II-653, e de 24 de Janeiro de 1992, La Cinq/ /Comissão, T-44/90, Colect., p. II-1, a seguir «acórdão La Cinq»).

23 Na exposição dos factos no preâmbulo da decisão contestada, a Comissão considera que as condições, que, segundo a jurisprudência do despacho Camera Care (a seguir «jurisprudência Camera Care»), devem estar preenchidas para que medidas provisórias possam ser adoptadas no decurso de um inquérito nos termos do Regulamento n.º 17, estão, efectivamente, todas preenchidas (considerando 41).

24 Quanto à existência, *prima facie*, de uma infracção ao artigo 82.º CE, a Comissão analisa, primeiro, o produto e o mercado geográfico relevantes. Distingue, com base na informação fornecida pela requerente na sua carta de 7 de Março de 2001, os dados recolhidos em farmácias retalhistas e os dados recolhidos a partir de farmácias grossistas (considerandos 47 e 48). Esses dados dão origem a quatro serviços distintos, dependendo se são relativos a dados regionais ou nacionais. Além disso, os dados da Alemanha representam um produto distinto, insubstituível por dados de qualquer outro país. Por consequência, a Comissão define o mercado relevante neste processo com sendo «o mercado alemão de dados regionais de vendas» (considerando 51).

25 Dado que o mercado relevante é o maior do seu género na Comunidade, a Comissão considera-o como constituindo uma parte essencial do mercado comum (considerando 60). Uma vez que a requerente dispõe de uma «situação de

quase monopólio» no mercado, com uma quota de mercado de mais de [...%] [1], sendo a NDC e a AzyX os seus únicos concorrentes, a Comissão considera que dispõe de uma posição dominante no mercado relevante (considerando 62).

26 Em seguida, a Comissão explica (v. considerandos 63 a 185) por que razão, «com base nas provas actualmente disponíveis», existe uma presunção suficiente de que a recusa da requerente em conceder uma licença à NDC constitui uma prática abusiva, nos termos do artigo 82.° CE, e por que devem ser adoptadas medidas provisórias, «desde que as outras condições para decretar tais medidas estejam preenchidas» (considerando 186). Esta apreciação baseia-se, essencialmente, na existência de «circunstâncias excepcionais» e, particularmente, na sua perspectiva (extraída dos considerandos 75 a 123) de que a estrutura de 1 860 módulos constitui uma «norma sectorial *de facto*» (considerando 180). A «recusa de a requerente permitir o acesso à estrutura de 1 860 módulos é susceptível de eliminar toda a concorrência no mercado relevante, uma vez que, sem ela, não é possível competir no mercado relevante» (considerando 181). Esta consequência baseia-se, essencialmente, nas suas conclusões de que é improvável que os concorrentes da requerente criem uma estrutura alternativa à estrutura de 1 860 módulos (v. considerandos 124 a 166) e na inexistência de justificação, por parte desta última, para a recusa em emitir uma licença aos seus concorrentes (considerandos 167 a 174).

27 A Comissão também considerou haver «um risco de prejuízo grave e irreparável e dano intolerável para o interesse público, o que implica a necessidade urgente de concessão de medidas provisórias protectoras» (considerando 201). Considera, com base nos indícios apresentados, que «há fortes razões para supor que, a menos que seja concedida à NDC uma licença para utilizar a estrutura de 1 860 módulos, a sua empresa na Alemanha encerrará, e isso constituirá um dano intolerável para o interesse público» (considerando 190). Do seu ponto de vista, sem medidas provisórias, a NDC perderá os seus actuais clientes, ficará sem perspectivas de atrair novos clientes nos próximos anos e, muito provavelmente, «deixará de operar na Alemanha» (considerando 193). Além do grave risco de

1 — Informação confidencial eliminada.

prejuízo irreparável para a NDC, existe também «um risco de dano intolerável para o interesse público, no sentido do acórdão La Cinq» (considerando 195). A Comissão observa que «uma eventual conclusão, na decisão principal, de que a IMS abusara, nos termos do artigo 82.° CE, da sua posição dominante, seria ilusória, se entretanto a subsidiária alemã da NDC e outros concorrentes tivessem sido obrigados a fechar» (considerando 199).

28 Assim, os artigos 1.° a 3.° do dispositivo da decisão contestada estipulam:

«*Artigo 1.°*

Pela presente decisão, a IMS Health (IMS) é obrigada a conceder uma licença de utilização da 'estrutura de 1 860 módulos', sem demora, a todas as empresas actualmente presentes no mercado de serviços de fornecimento de dados sobre vendas regionais na Alemanha, sempre que solicitada e de forma não discriminatória, a fim de permitir a essas empresas a utilização e a venda de dados regionais sobre vendas formatados de acordo com aquela estrutura.

Artigo 2.°

Em todos os contratos de licenciamento de utilização da estrutura de 1 860 módulos, a remuneração a ser paga pela licença deve ser fixada por acordo entre a IMS e a empresa requerente da licença ('as partes').

Se nenhum acordo for atingido nos quinze dias posteriores à data da solicitação da licença, a remuneração adequada será fixada por um ou mais peritos independentes. Os peritos serão escolhidos por acordo entre as partes, no prazo de uma semana a contar da data em que não foi conseguido acordo sobre a remuneração. Se as partes não chegarem a acordo quanto à identidade de um ou mais peritos nesse prazo, a Comissão nomeará um ou mais peritos de uma lista de candidatos fornecida pelas partes ou, se necessário, escolherá uma ou mais pessoas, devidamente qualificadas.

As partes colocarão à disposição dos peritos todos os documentos que estes julguem necessários ou úteis ao cumprimento da sua tarefa. Os peritos estarão vinculados pelo segredo profissional e não poderão divulgar nenhuma prova ou documento a terceiros, excepto à Comissão.

Os peritos emitirão a sua decisão, com base em critérios transparentes e objectivos, no prazo de duas semanas após a sua designação para o cumprimento da tarefa. Os peritos comunicarão à Comissão a decisão, sem demora, para aprovação. A decisão da Comissão será definitiva e terá efeito imediato.

Artigo 3.º

Uma penalidade de EUR 1 000 por dia será devida durante o período em que a IMS não respeite as disposições da presente decisão.»

29 O artigo 4.° da decisão contestada esclarece que as suas «disposições [...] aplicar-se-ão até à notificação da decisão final do processo», enquanto, de acordo com o artigo 5.° da decisão, «a empresa IMS Health, Harewood Avenue, London NW1, United Kingdom, é a destinatária da presente decisão».

Tramitação processual

30 Por requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 6 de Agosto de 2001, a requerente interpôs recurso de anulação nos termos do artigo 230.°, quarto parágrafo, CE, pedindo, *inter alia*, a anulação da decisão contestada ou, em alternativa, a sua anulação «na medida em que exige à IMS Health o licenciamento da estrutura de 1 860 módulos a empresas actualmente presentes no mercado alemão de serviços de dados regionais de vendas e especifica as condições segundo as quais as negociações dos termos da licença são orientadas e aprovadas pela Comissão».

31 Por requerimento separado apresentado na Secretaria do Tribunal nesse mesmo dia, a requerente, de acordo com os artigos 242.° CE e 243.° CE, interpôs o presente pedido de suspensão da execução da decisão contestada. Nos seus pedidos, a requerente pede ao juiz das medidas provisórias que:

— ordene «a suspensão da aplicação da decisão enquanto não for apreciado e decidido o presente pedido»;

— ordene «a suspensão da decisão até que o Tribunal de Primeira Instância profira o acórdão [no processo principal]»; e

— «adopte quaisquer outras medidas provisórias adequadas».

32 Por despacho de 10 de Agosto de 2001, proferido de acordo com o n.º 2 do artigo 105.º do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, o juiz das medidas provisórias suspendeu, *ex parte*, a execução da decisão contestada até que seja proferido o despacho que ponha fim ao presente pedido de medidas provisórias. Esse despacho interlocutório baseou-se numa aparente invalidade da decisão contestada, tendo em conta as consequências económicas e não económicas potencialmente graves para a requerente resultantes da fixação compulsiva pela Comissão dos termos da licença de uso da estrutura de 1 860 módulos, bem como na necessidade, para uma correcta administração da justiça, de o juiz das medidas provisórias dispor de tempo para apreciar as complexas questões factuais e legais suscitadas pelo presente processo.

33 Por requerimentos apresentados na Secretaria do Tribunal, em 13 e 14 de Agosto de 2001, respectivamente, a AzyX e a NDC pediram, nomeadamente, autorização para intervir em apoio dos pedidos da Comissão no presente processo. Por carta de 27 de Agosto de 2001, nem a requerente nem a Comissão levantaram objecções a esses requerimentos, tendo, no entanto, ambas solicitado o tratamento confidencial de determinados documentos em relação aos demandantes.

34 As intervenientes, sem prejuízo do eventual desfecho dos seus respectivos requerimentos, foram convidadas pelo juiz das medidas provisórias, em 29 de Agosto de 2001, a apresentar, até 12 de Setembro de 2001, observações escritas, bem como todos os pedidos de tratamento confidencial que desejassem formular.

35 Em 29 de Agosto de 2001, a AzyX solicitou autorização para o uso do francês no seu pedido de intervenção. Tendo a requerente, por carta de 31 de Agosto de 2001, contestado somente o uso do francês nas observações escritas apresentadas pela AzyX, e não tendo a Comissão apresentado qualquer objecção,

o juiz das medidas provisórias decidiu, em 5 de Setembro de 2001, de acordo com o n.º 2 do artigo 35.º do Regulamento de Processo, autorizar a AzyX a utilizar o francês nas suas alegações.

36 Por requerimento apresentado na Secretaria do Tribunal em 12 de Setembro de 2001, a NDC Health solicitou autorização para intervir em apoio dos pedidos da Comissão. Explicou que, embora as suas observações fossem, no essencial, idênticas às da NDC, como empresa directamente implicada no processo de infracção ao direito de autor proposto na Alemanha pela IMS Health, tinha interesse em intervir separadamente. Sem prejuízo do desfecho do seu requerimento, foi convidada pelo juiz das medidas provisórias, em 13 de Setembro de 2001, a apresentar, nesse mesmo dia, quaisquer observações escritas e todos os pedidos de tratamento confidencial que pretendesse. Dado que a audiência oral estava agendada para o dia seguinte, o juiz das medidas provisórias decidiu ouvir na audiência as observações das partes quanto a esse novo pedido de intervenção.

37 Na audiência de 14 de Setembro de 2001, o juiz das medidas provisórias, salientando o estatuto da NDC como queixosa no processo administrativo a decorrer na Comissão, observou que a NDC Health estava directamente implicada no processo de infracção ao direito de autor proposto pela IMS Health na Alemanha e que a AzyX não era apenas o outro concorrente da IMS Health no mercado em causa, mas estava também estreitamente ligada à investigação da queixa da NDC, decidiu que o interesse das três intervenientes no resultado do presente processo de medidas provisórias, em conformidade com o segundo parágrafo do artigo 37.º do Estatuto (CE) do Tribunal de Justiça, aplicável ao Tribunal de Primeira Instância por força do seu artigo 46.º, estava demonstrado. Por conseguinte, o juiz das medidas provisórias decidiu aceitar os três pedidos de intervenção.

38 Não havendo qualquer pedido das partes principais ou das partes intervenientes para um despacho formal relativo aos vários pedidos para tratamento confidencial apresentados pelas mesmas, o juiz das medidas provisórias, após exame

aprofundado dos documentos e dos aspectos relativos aos pedidos, decidiu então na audiência que os mesmos deveriam, *prima facie*, ser tratados como confidenciais para efeitos do presente processo, uma vez que constituíam, aparentemente, e de acordo com o n.º 2 do artigo 116.º do Regulamento de Processo, segredos comerciais.

39 Por conseguinte, as partes principais e intervenientes apresentaram observações orais e responderam às questões colocadas pelo juiz das medidas provisórias. Um depoimento suplementar escrito do Dr. Sati Sian, vice-presidente da requerente, que complementava um depoimento confidencial contido no anexo quatro do pedido de medidas provisórias, foi junto ao processo pelo juiz das medidas provisórias, sem objecções das outras partes. O juiz das medidas provisórias também permitiu ao Dr. S. Sian, sem objecções das outras partes, fazer um depoimento oral confidencial, numa sessão especial à porta fechada. Na falta de objecções, Jeffrey Kanis, vice-presidente da NDC Health, foi igualmente autorizado a depor na audiência pelo juiz das medidas provisórias.

40 Por carta de 18 de Setembro de 2001, o juiz das medidas provisórias pediu à Comissão para confirmar, como alegara a requerente no seu pedido e nas suas observações orais, se possuía informações relativas à estrutura modular actualmente utilizada pelas intervenientes, AzyX e NDC/NDC Health, com o fim de fornecer no mercado alemão dados regionais relativos às vendas. Caso possuísse essas informações, a Comissão deveria apresentá-las na Secretaria do Tribunal até 24 de Setembro de 2001. Caso essas informações fossem consideradas como contendo segredos comerciais confidenciais de qualquer uma das intervenientes, a Comissão foi igualmente instada a, no mesmo prazo, apresentar versões não confidenciais e apropriadas das informações em questão.

41 No seguimento de um pedido da requerente para lhe ser permitido apresentar breves observações suplementares por forma a responder às observações escritas da Comissão e das intervenientes, que haviam sido recebidas por aquela pouco

tempo antes da audiência oral, o juiz das medidas provisórias decidiu fixar o dia 24 de Setembro de 2001 como o fim do prazo para a apresentação de tais observações. À Comissão e às intervenientes foi permitido apresentar, até 27 de Setembro de 2001, observações suplementares sucintas relativas às observações suplementares apresentadas pela requerente.

42 Em 24 de Setembro de 2001, a Comissão respondeu à questão escrita de 18 de Setembro de 2001. Aceitando o juiz das medidas provisórias, de acordo com o n.° 2 do artigo 116.° do Regulamento de Processo, a natureza, à primeira vista, confidencial daquela resposta, uma versão não confidencial apresentada integralmente pela Comissão em 25 de Setembro de 2001 foi notificada à requerente e às intervenientes em 26 de Setembro de 2001.

43 As observações escritas suplementares da requerente foram recebidas em 24 de Setembro de 2001, da Comissão e das intervenientes em 27 de Setembro de 2001.

44 A decisão do Oberlandesgericht Frankfurt de 18 de Setembro de 2001 de revogar a injunção contra a AzyX de 28 de Dezembro de 2000 foi, de acordo com as observações suplementares da requerente, adoptada por razões processuais. Nas suas observações suplementares, a Comissão, embora formalmente não tenha contestado esta apreciação, sugere que a decisão do tribunal nacional se relaciona com uma diferente apreciação da urgência subjacente ao pedido de medidas provisórias da IMS Health relativo à alegada infracção, por parte da AzyX, do seu direito de autor relativamente à estrutura de 1 860 módulos. A AzyX não forneceu qualquer informação nas suas observações suplementares relativas à decisão do Oberlandesgericht Frankfurt.

45 Em 18 de Outubro de 2001, o juiz das medidas provisórias, através de uma pergunta escrita, pediu à requerente para confirmar se era ou não possível para a

IMS Health interpor recurso da decisão do Oberlandesgericht Frankfurt e, em caso afirmativo, se pretendia interpor esse recurso. Por carta de 22 de Outubro de 2001, a requerente respondeu afirmando que a decisão era definitiva. Confirmou que a decisão anulava o despacho de medidas provisórias contra a AzyX pelas razões identificadas pela Comissão nas suas observações suplementares. No entanto, a IMS salientou que a mesma se baseava no pressuposto da validade do direito de autor sobre a estrutura de 1 860 módulos.

Questão de direito

46 De acordo com os artigos 242.° CE e 243.° CE e com o artigo 4.° da Decisão 88/591/CECA, CEE, Euratom do Conselho, de 24 de Outubro de 1988, que institui um Tribunal de Primeira Instância das Comunidades Europeias (JO L 319, p. 1), tal como alterado pela Decisão 93/350/CECA, CEE, Euratom do Conselho, de 8 de Junho de 1993 (JO L 144, p. 21), o Tribunal de Primeira Instância pode, se considerar que as circunstâncias assim o requerem, ordenar que a execução do acto contestado seja suspensa ou determinar quaisquer medidas provisórias necessárias.

47 O n.° 2 do artigo 104.° do Regulamento de Processo estipula que os pedidos de medidas provisórias devem especificar as razões da urgência, bem como os fundamentos de facto e de direito que, à primeira vista, justificam a adopção da medida provisória requerida. As medidas pretendidas devem necessariamente ser destinadas a evitar que ocorra um prejuízo grave e irreparável para os interesses da requerente antes de ser tomada uma decisão na acção principal, e provisórias no sentido de que não decida antecipadamente o mérito da causa ou neutralize *a priori* os seus efeitos [v. despachos do presidente do Tribunal de Justiça de 11 de Maio de 1989, RTE e o./Comissão, 76/89 R, 77/89 R e 91/89 R, Colect., p. 1141, n.° 12, a seguir «despacho Magill»; de 19 de Julho de 1995, Comissão/Atlantic Container Line e o., C-149/95 P(R), Colect., p. I-2165, n.° 22, e de 14 de Outubro de 1996, SCK e FNK/Comissão, C-268/96 P(R), Colect., p. I-4971, n.° 30]. O juiz das medidas provisórias deve, se for caso disso, ponderar também os interesses em causa (despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 23 de Fevereiro de 2001, Áustria/Conselho, C-445/00 R, Colect., p. I-1461, n.° 73).

48 O n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento n.º 17 estipula:

«Se a Comissão verificar, a pedido ou oficiosamente, uma infracção ao disposto no artigo [81.º] ou no artigo [82.º] do Tratado, pode, através de decisão, obrigar as empresas e associações de empresas em causa a pôr termo a essa infracção.»

49 No despacho Camera Care, o Tribunal de Justiça afirmou (n.ºs 17 e 18):

«No que diz respeito ao poder decisório conferido à Comissão pelo n.º 1 do artigo 3.º [do Regulamento n.º 17], é essencial que seja exercido da maneira mais eficaz e indicada para as circunstâncias de cada situação. Neste sentido, não pode excluir-se a possibilidade de que o exercício de tal direito atribuído à Comissão implique diversas fases, de forma a que uma decisão que conclua que existe uma infracção possa ser precedida por quaisquer medidas provisórias que possam, a qualquer dado momento, ser consideradas necessárias.

Neste ponto de vista, deve também ser possível à Comissão, no âmbito da competência de supervisão em matéria de concorrência que lhe foi conferida pelo Tratado e pelo Regulamento n.º 17, adoptar medidas provisórias, mas apenas na medida em que as mesmas se apresentem, pelo menos aparentemente, como indispensáveis para evitar que o exercício do poder de adoptar decisões, conferido pelo artigo 3.º, se torne ineficaz ou mesmo ilusório devido à acção de certas empresas. O poder que a Comissão detém segundo o n.º 1 do artigo 3.º do Regulamento n.º 17 inclui, portanto, o poder de adoptar medidas provisórias que são indispensáveis para o exercício efectivo das suas funções e, em particular, para assegurar a efectividade de quaisquer decisões que obriguem empresas a cessar infracções que concluiu existirem.»

50 O poder da Comissão de adoptar tais decisões provisórias, no âmbito dos poderes de investigação que lhe são conferidos pelo no Regulamento n.º 17, como foi reconhecido pelo despacho Camera Care, foi confirmado nos acórdãos Ford/ /Comissão, já referido (n.os 18 e 19), Peugeot/Comissão, já referido (n.os 19 e 20), e acórdão La Cinq (n.os 27 e 28).

51 No presente processo de medidas provisórias em que a requerente pretende obter a suspensão da execução de uma decisão provisória da Comissão que prevê medidas de protecção de acordo com a linha de jurisprudência Camera Care, há que examinar, em primeiro lugar, o grau de certeza que deve demonstrar por forma a justificar, desde que as outras condições estejam preenchidas, o pedido de suspensão da execução.

O controlo pelo juiz das medidas provisórias das decisões provisórias da Comissão

52 De acordo com a decisão contestada, devem ser satisfeitas três condições, nos termos da jurisprudência Camera Care, para que a Comissão possa adoptar medidas provisórias no âmbito de um processo de investigação nos termos do Regulamento n.º 17. Essas condições são (considerando 41):

«— existe, à primeira vista, uma forte possibilidade de infracção;

— existe uma probabilidade de prejuízo grave e irreparável para os requerentes se as medidas não forem adoptadas;

— existe uma urgente necessidade de adopção de medidas provisórias».

53 Deve desde já ser realçado que no acórdão La Cinq, no n.º 28, o Tribunal de Primeira Instância clarificou as condições precisas que, de acordo com a jurisprudência do Tribunal de Justiça, nomeadamente, o despacho Camera Care e o despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 29 de Setembro de 1982, Ford/Comissão (229/82 R e 228/82 R, Recueil, p. 3091, a seguir «despacho Ford»), devem ser satisfeitas para que a Comissão possa adoptar medidas provisórias. Considerou, em primeiro lugar, que as medidas provisórias só podem ser concedidas quando as práticas impugnadas em causa sejam, à primeira vista, susceptíveis de constituir uma violação das regras comunitárias de concorrência que podem ser alvo de sanções por parte de uma decisão definitiva da Comissão, e, em segundo lugar, que tais medidas só devem ser tomadas em casos de comprovada urgência, a fim de impedir a ocorrência de situações que originem, provavelmente, prejuízos graves e irreparáveis para a parte que solicita a sua adopção, ou dano intolerável para o interesse público. Afirmou que a condição relativa à urgência, que, na decisão em causa naquele processo, à semelhança da decisão contestada em apreço, a Comissão havia considerado como terceira condição para a adopção de medidas provisórias, era, contudo, «na realidade, não mais do que um aspecto da condição relativa ao risco de prejuízo grave e irreparável» (considerando 29).

54 Daí decorre que, uma vez que existe o risco de prejuízo grave e irreparável, a urgência está, inevitavelmente, simultaneamente estabelecida e que as três condições enumeradas pela Comissão na decisão contestada podem correctamente ser caracterizadas como constituindo efectivamente duas condições.

55 Deve ser desde logo lembrado que, dado que as duas condições para a adopção de medidas provisórias são cumulativas, a impossibilidade de preenchimento de qualquer uma será suficiente para impedir a Comissão de exercer o seu poder de adoptar tais medidas (acórdão La Cinq, n.º 30).

56 A Comissão, apoiada pela NDC e pela NDC Health, argumentou que, tendo em conta a natureza temporária das medidas provisórias adoptadas na decisão contestada, o juiz das medidas provisórias deve reexaminar essas condições,

mesmo que seja a pedido da requerente, como aquelas já consideradas como preenchidas na decisão contestada, ou seja, que existem circunstâncias excepcionais que tornam a recusa em licenciar a utilização da estrutura modular num abuso, por parte da requerente, da sua posição dominante, que os únicos concorrentes da requerente serão, a curto prazo, forçados a sair do mercado em causa se não lhes for concedido o acesso, por um *royalties* razoável, a essa estrutura modular presumida essencial, e que não existe perigo de que essa concessão obrigatória cause prejuízos graves e irreparáveis à requerente. Uma vez que a regra do controlo jurisdicional nos recursos de anulação de decisões baseadas em complexas avaliações económicas, tais como as subjacentes às conclusões feitas na decisão contestada, é a de exigir que a Comissão tenha cometido um erro manifesto, a requerente no presente processo deveria demonstrar que a Comissão cometeu um erro manifesto na avaliação de todos os requisitos. Por outras palavras, tal como a Comissão salientou na audiência e nas suas observações suplementares, a requerente deve não só demonstrar, à primeira vista, que, na decisão contestada, a Comissão interpreta manifestamente mal o objectivo do artigo 82.° CE, ao concluir, *a priori*, pela ocorrência de um abuso, mas também que houve erro manifesto na apreciação da urgência e na ponderação de interesses justificativos da adopção das medidas provisórias impugnadas. Como foi dito pela NDC nas suas observações escritas, o grau de prova exigido à requerente é demonstrar a inexistência de «uma base legal credível para a decisão contestada».

57 Respondendo a estes argumentos na audiência, a requerente alegou, quanto ao primeiro requisito, que era suficiente provar ao juiz das medidas provisórias que tinha uma razoável hipótese de vencer na acção principal. Impor um mais alto grau de prova iria influenciar aquela acção e negar, de facto, a possibilidade de obter a suspensão da execução do acto. Em todo o caso, mesmo que seja exigido, *quod non*, demonstrar uma razão mais forte do que o habitual, alega que a principal conclusão a que chegou a Comissão na decisão contestada, quanto à natureza abusiva da sua recusa em licenciar, é manifestamente defeituosa.

58 No despacho Comissão/Atlantic Container Line e o., já referido, o juiz das medidas provisórias recorda que o presidente do Tribunal de Justiça confirmou o despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Março de 1995, Atlantic Container Line e o./Comissão (T-395/94 R, Colect., p. II-595). No despacho recorrido, o presidente do Tribunal de Primeira Instância não havia imposto nenhum padrão especial de probabilidade relativamente ao pedido de suspensão de uma decisão da Comissão que recusava, nomeadamente, conceder uma isenção, nos termos do artigo 81.°, n.° 3, CE e do n.° 1 do artigo 9.° do Regulamento n.° 17. A decisão da Comissão de conceder ou não tal isenção, tratando-se de uma decisão que só a Comissão tem o poder de adoptar, constitui um clássico exemplo de uma decisão que é intrinsecamente discricionária por natureza, já que envolve a avaliação de complexos critérios factuais e económicos. No seu recurso, a Comissão alegou, no que diz respeito à exigência relativa ao *fumus boni juris*, que o despacho tinha transformado a condição normal relativa à existência de um *fumus boni juris* numa condição relativa à existência de um *fumus non mali juris*.

59 O argumento da Comissão foi rejeitado. O presidente do Tribunal de Justiça concluiu que, de acordo com os artigos 242.° CE e 243.° CE, o juiz das medidas provisórias pode, «se considerar que as circunstâncias assim o requerem, ordenar que a aplicação do acto contestado seja suspensa ou ordenar a aplicação de medidas provisórias necessárias», e que, nesse caso, devem ser tidas em conta as condições impostas, no que diz respeito aos pedidos apresentados ao Tribunal de Primeira Instância, no n.° 2 do artigo 104.° do Regulamento de Processo, «como foram precisadas pela jurisprudência» (despacho Comissão/Atlantic Container Line e o., já referido, n.° 21). No que diz respeito à condição prevista no n.° 2 do artigo 104.° do Regulamento de Processo quanto aos fundamentos de facto e de direito que, à primeira vista, justificam a adopção da medida provisória requerida, afirmou que «foram utilizadas várias fórmulas na jurisprudência para definir a condição relativa ao *fumus boni juris* em função das circunstâncias do caso concreto» (n.° 26). Notando que a redacção do despacho contestado, que se referia a fundamentos de direito que não são, à primeira vista, totalmente desprovidos de fundamento, era idêntica ou similar àquela utilizada em determinadas ocasiões pelo Tribunal de Justiça, afirmou que «essa fórmula demonstra que, no entender do juiz, os argumentos apresentados pela requerente das medidas provisórias não podem ser afastados no quadro deste processo sem um exame mais aprofundado» (n.° 26). Confirmou então, com base na jurisprudência, que o referido juiz «pode considerar, perante as circunstâncias

do caso concreto, que tais fundamentos justificam, à primeira vista, a concessão da suspensão nos termos do artigo [242.°] ou das medidas provisórias nos termos do artigo [243.°]» (n.° 27).

60 Não há razão para supor que o objectivo do poder concedido, nos termos do artigo 104.° do Regulamento de Processo do Tribunal de Primeira Instância, ao juiz das medidas provisórias, tal como interpretado pelo presidente do Tribunal de Justiça no acórdão Comissão/Atlantic Container Line e o., já referido, relativamente a uma decisão definitiva da Comissão que aplicou as regras de direito da concorrência do Tratado, adoptada com base nos poderes expressamente concedidos de acordo com o Regulamento n.° 17, deve ser interpretado diferentemente quando a decisão a respeito da qual são pretendidas medidas provisórias constitui, em vez disso, uma decisão provisória adoptada com base na jurisprudência Camera Care.

61 Este ponto de vista é confirmado pela anterior jurisprudência relativa a pedidos de medidas provisórias respeitantes às duas primeiras decisões da Comissão que adoptaram medidas provisórias (v. despacho Ford e despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 21 de Maio de 1990, Peugeot/Comissão, T-23/90 R, Colect., p. II-195, a seguir «despacho Peugeot»). No primeiro, o presidente do Tribunal de Justiça afirmou (n.° 8) que, «embora a Comissão não esteja *a priori* impedida, ao analisar um pedido de isenção relativamente a uma rede de distribuição, de submeter a concessão da isenção ao aumento da gama de produtos distribuídos, também é um facto que certas questões surgidas neste processo podem dar origem a conflitos sérios e objecções que é possível fazer quanto à via processual escolhida pela Comissão e não podem ser rejeitadas sem apreciação». Isto foi suficiente para provar o *fumus boni juris* dado que a urgência do pedido da requerente para suspensão da decisão contestada foi depois apreciada.

62 Esta abordagem foi aplicada no despacho Peugeot. Tendo-se referido ao requisito de que as medidas provisórias adoptadas pela Comissão devem «ter carácter

provisório e ser limitadas ao que for necessário na situação concreta» (n.° 17), o presidente do Tribunal de Primeira Instância afirmou então (n.° 18): «Em consequência, sem que haja necessidade de apreciar a totalidade dos fundamentos invocados pelas recorrentes contra as medidas provisórias decididas pela Comissão — fundamentos que, aliás, as recorrentes expõem também no processo principal e cuja análise será feita na apreciação de mérito —, basta examinar, no âmbito do presente processo de medidas provisórias, por um lado, se os argumentos de direito e de facto invocados justificam, à primeira vista, a suspensão da execução da decisão impugnada [...]».

63 Embora tendo rejeitado o argumento principal da requerente de que a Comissão tinha cometido um erro manifesto ao decidir que os acordos de distribuição de veículos automóveis não estavam, em geral, excluídos do âmbito de aplicação do artigo 81.°, n.° 1, CE por força do seu Regulamento (CEE) n.° 123/85, de 12 de Dezembro de 1984, relativo à aplicação do artigo [81.°, n.° 3, CE] a certas categorias de acordos de distribuição e de serviço de venda e pós-venda de veículos automóveis (JO 1985, L 15, p. 16; EE 08 F2 p. 150), o presidente do Tribunal de Primeira Instância decidiu que estava provado o *fumus boni juris*, uma vez que não era possível «ignorar que algumas das questões que se colocam no presente processo suscitam sérios problemas de interpretação» (n.° 22).

64 Acresce que nada existe no despacho do Tribunal de Justiça de 22 de Outubro de 1975, National Carbonising/Comissão (109/75 R, Recueil, p. 1193, a seguir «despacho NCC»), que justifique a conclusão, retirada por analogia pela NDC e pela NDC Health, de que a requerente deve demonstrar a inexistência de uma base legal credível para a decisão contestada. Naquele despacho, a requerente pretendia obter um despacho que obrigasse a Comissão a adoptar uma decisão dirigida à National Coal Board (NCB), seu fornecedor, ou, alternativamente, um despacho dirigido à NCB impedindo-a de implementar determinada política de preços. A Comissão considerou que o recurso dizia respeito a uma alegada omissão de acção na acepção do artigo 35.° CA. O presidente do Tribunal de Justiça, salientando que competia ao tribunal encarregado de julgar a acção principal determinar se estava em causa uma omissão passível de impugnação,

referiu que «o requerente [estava] de facto a solicitar ao juiz das medidas provisórias que não [fosse] executada uma decisão negativa recusando, em particular, tomar medidas urgentes» e que «conceder tal pedido equivaleria, temporariamente, a uma decisão positiva, tomada pelo juiz das medidas provisórias em substituição da Comissão» (n.° 6). Por consequência, cabia à Comissão «adoptar as medidas que considerasse necessárias», uma vez que seria «contrário ao equilíbrio entre as instituições que deriva do Tratado que o juiz das medidas provisórias substituísse a Comissão no exercício de uma atribuição que compete em primeiro lugar a esta última sob a fiscalização do Tribunal, e a qual dispõe de todos os elementos de informação» (n.° 8). Daí decorre que a NCC, como o próprio Tribunal de Justiça estabeleceu no despacho Camera Care (n.° 20), confirmou apenas a existência, embora no contexto do Tratado CA, do poder da Comissão, sujeito a certas condições, «para adoptar medidas conservatórias» (n.° 8).

65 Da jurisprudência supracitada não decorrem princípios que suportem o argumento da Comissão, apoiada pela NDC e pela NDC Health, relativamente ao carácter especial do *fumus boni juris* que deve ser provado num pedido de medidas provisórias respeitante a uma decisão provisória da Comissão que adopta medidas de protecção.

66 Nem existe tão-pouco outra razão convincente pela qual a requerente seja obrigada a provar um *fumus boni juris* particularmente sólido e sério que possa ser invocado contra a validade do que, no fim de contas, constitui uma avaliação provisória pela Comissão da existência de uma infracção ao direito comunitário da concorrência. A natureza «provisória» de tais decisões da Comissão foi expressamente recordada nos despachos Ford e Peugeot (respectivamente, n.ºs 11 e 24). O simples facto de que a razão subjacente à avaliação da Comissão era a de que a adopção de medidas de protecção era urgente não justifica que a parte requerente que pretende a suspensão da decisão que impôs aquelas medidas seja obrigada a provar a existência de um *fumus boni juris* particularmente sólido. As preocupações da Comissão podem ser tomadas em conta pelo juiz das medidas provisórias quando este examinar a ponderação de interesses. Não existe, portanto, nenhuma justificação para garantir àquelas decisões provisórias da Comissão um estatuto especial no contexto de pedidos de medidas provisórias.

67 A este respeito, deve ser notado que o Tribunal de Primeira Instância rejeitou, no despacho Peugeot, os vários argumentos apresentados pelo requerente no seu pedido alegando que a Comissão não tinha juridicamente demonstrado qualquer presunção de infracção ao artigo 81.° CE. A regra a respeitar pela Comissão exigia que fosse «justificadamente (considerar) [...] à primeira vista» (n.° 37) ou, subsidiariamente, de que as suas conclusões não sejam «à primeira vista» não fundamentadas (n.° 46). Além do mais, em resposta a um argumento de que a Comissão não tinha poderes para adoptar medidas provisórias, uma vez que a situação não estava suficientemente clara em matéria de direito e que não tinha ficado demonstrada «a mínima probabilidade de existência de uma infracção», o Tribunal sublinhou que, «no âmbito de um recurso relativo à legalidade de uma decisão através da qual a Comissão adoptou medidas provisórias, não se pode equiparar a exigência da verificação de uma infracção *prima facie* com a exigência da certeza a que deve obedecer a decisão final» (n.° 61). A Comissão «pôde, por isso, com razão considerar que a circular em litígio suscitava, à primeira vista, sérias dúvidas quanto à sua legalidade» (n.° 63). Tendo aplicado este critério no acórdão La Cinq, o Tribunal concluiu que a Comissão, ao exigir «que, para que seja possível a adopção de medidas provisórias, deve ser provada a existência de uma clara e flagrante infracção», tinha baseado o seu argumento que justificou a recusa em causa nesse processo «numa errónea interpretação jurídica quanto à condição relativa à provável existência de uma infracção» (n.ºs 61 e 62).

68 Uma vez que a Comissão não está obrigada a demonstrar a probabilidade da existência de uma violação *prima facie* das regras comunitárias de concorrência antes de adoptar uma decisão impondo medidas provisórias, seria igualmente inadequado impor ao requerente que pretende medidas provisórias contra uma decisão dessa natureza, que é intrinsecamente baseada numa apreciação não completa e não definitiva dos elementos de facto e de direito em questão e que pode acarretar sérias consequências para o destinatário, a obrigação de provar um *fumus boni juris* sólido contra a validade dessa decisão.

69 A Comissão sublinha, contudo, que a obrigação de provar um *fumus boni juris* particularmente sólido aplica-se, *a fortiori*, relativamente à avaliação efectuada, na decisão contestada, da urgência e da ponderação dos interesses a favor da adopção de medidas provisórias.

70 A este respeito, importa lembrar que, no despacho Camera Care, o Tribunal de Justiça referiu expressamente a necessidade de a Comissão estar em condições de tomar medidas de protecção sempre que estas sejam «indispensáveis», de forma a evitar que o exercício do poder decisório conferido pelo artigo 3.° do Regulamento n.° 17 «se torne ineficaz ou ilusório» (n.° 18). No acórdão La Cinq, o Tribunal de Primeira Instância considerou, nos n.ºs 79 e 80, invocando o despacho Camera Care, que a Comissão, ao declarar na sua decisão de recusa em adoptar medidas provisórias naquele processo que «o único prejuízo que pode ser visto como irreparável é aquele que não pode ser reparado por qualquer decisão subsequente», esta foi «para além do que é exigido pela jurisprudência do Tribunal de Justiça, que se refere somente a prejuízos que já não possam ser reparados pela decisão a adoptar pela Comissão no termo do processo administrativo».

71 O acórdão La Cinq não fornece, portanto, nenhum apoio ao argumento apresentado no presente processo pela Comissão. O facto de a Comissão, antes de adoptar uma decisão que impõe medidas provisórias, necessitar de ter a certeza que o prejuízo à concorrência, cuja ocorrência teme na ausência de tais medidas, deverá ser de tal forma que não possa ser reparado pela decisão final a adoptar na matéria, não implica que um requerente que pede medidas provisórias no que respeita à decisão provisória da Comissão deva demonstrar que a apreciação por esta última da urgência subjacente à adopção dessa decisão era manifestamente defeituosa.

72 Em qualquer caso, a apreciação pela Comissão das condições que devem estar preenchidas, de acordo com a jurisprudência Camera Care, antes de adoptar uma decisão de aplicação de medidas provisórias constitui, com efeito, uma das condições jurídicas prévias necessárias para adopção válida de qualquer decisão dessa natureza. Dado que a inexistência de qualquer uma das condições prescritas naquela jurisprudência basta para tornar inválida uma decisão que impõe medidas provisórias, a apreciação pela Comissão da urgência, tal como qualquer outra apreciação conexa que faça a respeito da ponderação de interesses, deve ser examinada pelo juiz das medidas provisórias num pedido de medidas provisórias desta decisão quando da apreciação do *fumus boni juris*.

73 Num processo de medidas provisórias tal como o presente, o requerente necessita, portanto, de demonstrar, para provar um *fumus boni juris*, a subsistência de sérias dúvidas acerca da correcta avaliação da Comissão de, pelo menos, uma das condições exigidas pela jurisprudência Camera Care. Sem embargo, o juiz das medidas provisórias deve, ao determinar se todas as condições previstas nos artigos 242.° CE e 243.° CE e no n.° 2 do artigo 104.° do Regulamento de Processo relativas à concessão de medidas provisórias estão satisfeitas e, especialmente, ao examinar se a ponderação de interesses favorece o requerente ou a Comissão, ter em conta tanto a análise desta última da urgência que justificou a adopção das medidas provisórias contestadas como as razões pelas quais ponderou os interesses em favor da adopção das medidas em causa.

74 Resulta do que precede que o fundamento invocado pela Comissão, com o apoio da NDC e da NDC Health, quanto ao carácter manifesto do *fumus boni juris*, cuja prova deve ser feita por quem solicite a suspensão da execução de uma decisão da Comissão que impõe medidas provisórias, não pode ser acolhido.

75 Por consequência, torna-se necessário examinar se a requerente conseguiu demonstrar a existência de sérias dúvidas quanto à exactidão da análise jurídica que subjaz à conclusão *prima facie* da decisão contestada de que a requerente abusou da sua posição dominante no mercado relevante ao recusar-se a conceder uma licença aos seus concorrentes, e de que, em resultado disso, era necessária a adopção de medidas provisórias por forma a restaurar a concorrência nesse mercado.

A existência de fumus boni juris

76 A requerente invoca, essencialmente, cinco argumentos em apoio da sua conclusão de que a decisão contestada é, *prima facie*, inválida. O seu argumento

nuclear, que se baseia em diversos argumentos interligados, diz respeito à exactidão da análise jurídica subjacente à conclusão da Comissão de que a sua recusa em licenciar o uso do seu direito de autor na estrutura de 1 860 módulos constitui um abuso da posição dominante de que dispõe no mercado em causa. Também alega que a premissa factual central da decisão contestada está viciada por erro, que todas as conclusões de direito e de facto aí formuladas contradizem as conclusões feitas pelos tribunais alemães, que as medidas adoptadas não são conservatórias por natureza e que o seu direito a um julgamento justo foi violado pela Comissão.

77 É apropriado considerar, primeiro, os méritos *prima facie* do seu argumento nuclear.

Argumentos das partes

78 A requerente argumenta, em primeiro lugar, que a Comissão só pode adoptar medidas provisórias relativamente a condutas que sejam claramente ilegais de acordo com as normas de direito comunitário (acórdão La Cinq, n.° 28). Este não é o caso da decisão contestada, já que contradiz a jurisprudência comunitária assente e anteriores decisões da Comissão ao concluir que é, *prima facie,* ilegal, para uma empresa dominante recusar partilhar com os seus concorrentes uma vantagem comparativa na forma da sua propriedade intelectual sobre a estrutura de 1 860 módulos no respeitante ao mesmo mercado a que se refere aquela propriedade intelectual. Priva a requerente da essência do seu direito de autor segundo o direito nacional, tal como reconhecido pelo direito comunitário e é manifestamente incompatível com o artigo 295.° CE.

79 A requerente remete, em particular, para os acórdãos do Tribunal de Justiça de 5 de Outubro de 1988, Volvo (238/87, Colect., p. 6211, n.° 7), CICRA e Maxicar

(53/87, Colect., p. 6039, n.° 10), os acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Julho de 1991, RTE/Comissão (T-69/89, Colect., p. II-485, n.° 71, a seguir «acórdão RTE»), ITP/Comissão (T-76/89, Colect., p. II-575, a seguir «acórdão ITP»), e acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Abril de 1995, RTE e ITP/Comissão (C-241/91 P e C-242/91 P, Colect., p. I-743, n.° 49, a seguir «acórdão Magill»; o processo que deu lugar a esse acórdão é denominado a seguir «processo Magill»), proferido em recurso no que diz respeito aos acórdãos RTE e ITP. Sustenta que a recusa de uma empresa em posição dominante de emitir uma licença relativa aos seus direitos de propriedade intelectual só constitui uma exploração abusiva em dois casos: em primeiro lugar, quando, além da recusa de licença, a empresa adopta um comportamento adicional que é, em si mesmo, abusivo, como a fixação desigual de preço e, em segundo lugar, quando está em causa uma «infra-estrutura essencial».

80 É, contudo, a noção do que constitui uma infra-estrutura essencial que foi invocada na decisão contestada. De acordo com a requerente, essa noção só se aplica quando dois mercados distintos estão envolvidos e o produto ou serviço fornecido num mercado (geralmente a montante) é uma matéria-prima necessária para a produção de bens ou serviços no segundo mercado (geralmente a jusante). A jurisprudência anterior na qual a judicatura comunitária e, anteriormente à adopção da decisão contestada, a Comissão tinham considerado recusas de fornecimento por uma empresa dominante, naquelas circunstâncias, como abusivas, envolveu sempre dois mercados diferentes: cita, em particular, o acórdão do Tribunal de Justiça de 6 de Março de 1974, Istituto Chemioterapico Italiano e Commercial Solvents/Comissão (6/73 e 7/73, Colect., p. 119), relativo aos mercados separados para matérias-primas e derivados de matérias-primas; acórdão do Tribunal de Justiça de 3 de Outubro de 1985, CBEM (311/84, Recueil, p. 3261) relativo aos mercados separados para *telemarketing* e emissão televisiva; acórdão do Tribunal de Justiça de 13 de Dezembro de 1991, GB-Inno-BM (C-18/88, Colect., p. I-5941), relativo aos mercados separados para a instalação e funcionamento da rede de telecomunicações pública e para a importação, *marketing*, ligação, reparação e manutenção de equipamento para ligação à referida rede; acórdão Magill relativo aos mercados separados para guias e listagens de programas televisivos; acórdão do Tribunal de Justiça de 26 de Novembro de 1998, Bronner (C-7/97, Colect., p. I-7791), relativo aos mercados separados para a distribuição de jornais diários e para a publicação e venda de jornais diários; acórdão do Tribunal de Justiça de 12 de Junho de 1997, Tiercé Ladbroke/Comissão (T-504/93, Colect., p. II-923, a seguir «acórdão Tiercé Ladbroke»), relativo aos mercados separados para cobertura televisiva de corridas de cavalos e de gestão de lojas de apostas, e as Decisões 94/19/CE da

Comissão, de 21 de Dezembro de 1993, relativa a um procedimento de aplicação do artigo [82.°] do Tratado CE (IV/34.689 — Sea Containers contra Stena Sealink — Medidas provisórias, JO L 15, p. 8), relativa aos mercados de operador portuário e para serviços de *ferry* para passageiros e veículos, e 98/190/CE da Comissão, de 14 de Janeiro de 1988, relativa a um procedimento de aplicação do artigo [82.°] do Tratado CE (IV/34.801 — FAG Flughafen Frankfurt/Main AG, JO L 72, p. 30), relativa aos mercados separados de instalações em aeroportos para aterragem/descolagem de aeronaves e o fornecimento de operações de assistência em pista.

81 Há dois aspectos essenciais da queixa apresentada pela requerente com base nesta jurisprudência. Em primeiro lugar, argumenta que a doutrina da «infra-estrutura essencial» pressupõe o uso por uma empresa dominante do seu poder no mercado onde é dominante de forma a impedir ou arruinar a concorrência num mercado vizinho ou a jusante no qual já opera ou pretende vir a operar, ou cujo surgimento como um novo mercado pretende, muito simplesmente, evitar, como no processo Magill. Em segundo lugar, e referindo-se especificamente ao processo Magill, que, salienta, é o único caso anterior à decisão contestada onde a Comissão pretendeu aplicar a abordagem subjacente à doutrina da «infra-estrutura essencial» ao exercício dos direitos de propriedade intelectual, a IMS afirma que foi o exercício pelos titulares dos direitos de autor adquiridos em resultado das suas actividades no mercado no qual eles foram dominantes (emissão televisiva) por forma a expandir esse domínio para o mercado a jusante (guias televisivos semanais) que constituía as «circunstâncias excepcionais» que justificaram a caracterização da sua recusa em licenciar como abusiva. No presente processo, a recusa da IMS Health em licenciar aos seus concorrentes o uso da estrutura de 1 860 módulos justifica-se porquanto não pretende explorar o seu poder comercial num mercado distinto. Não pode ser considerado abusivo, insiste a requerente, que um titular de um direito de autor recuse licenciar os seus concorrentes que pretendem ter acesso ao seu direito por forma a concorrer contra si no mesmo mercado, no qual a exclusividade garantida por esse direito é utilizada como a principal característica do negócio do titular do direito e onde o seu domínio pode, ao menos potencialmente, basear-se na manutenção do seu direito exclusivo. O mero facto de que essa característica protegida se tenha tornado o objecto de uma forte preferência por parte dos clientes, de tal forma que o produto ou serviço que a incorpora domina o mercado, não basta para obrigar o titular do direito a licenciar aqueles que pretendem concorrer contra si naquele mercado.

82 Nas suas observações, a Comissão salienta que a importância potencial do despacho *ex parte* de 10 de Agosto de 2001, e particularmente a relutância do juiz das medidas provisórias «mesmo temporária» (n.° 24 do referido despacho) em confirmar as medidas adoptadas na decisão contestada, não devem ser interpretadas de forma a colocar sobre a Comissão o ónus de determinar a solidez da análise subjacente do artigo 82.° CE. Independentemente da fraqueza do seu raciocínio num ponto específico, argumenta que a decisão contestada deve ser considerada válida e não deveria ser suspensa não havendo prova clara da urgência e uma avaliação da ponderação de interesses que favoreça a requerente.

83 A Comissão observou que as conclusões provisórias contidas na decisão contestada baseiam-se numa análise combinada dos acórdãos Magill, Tiercé Ladbroke e Bronner, já referidos. Uma vez que é preferível que as complexas questões de facto e de direito sejam reservadas para o processo principal, é suficiente, no presente processo, afirmar que, tendo chegado a uma avaliação provisória de que os factos são tão excepcionais que o artigo 82.° CE exigia uma limitação do exercício por parte da IMS Health dos seus direitos de propriedade intelectual, a Comissão tomou integralmente em conta esses direitos de propriedade no exercício dos seus poderes para adoptar medidas provisórias adequadas. Isto reflectiu-se especialmente, como fez notar a Comissão na audiência, no requisito de que os licenciados em causa paguem quantias razoáveis (considerando 215 da decisão contestada).

84 A Comissão alega que as circunstâncias do processo Magill não são, na essência, muito diferentes das consideradas na decisão contestada. Nem as listagens de programação protegidas no processo Magill nem a estrutura modular presentemente em apreço constituem um produto separado: cada uma é um elemento indispensável ao fornecimento de um serviço distinto e de nenhuma utilidade senão incorporados neste último. Embora reconhecendo nas suas observações suplementares que as diferenças entre o serviço de dados de vendas da IMS e o dos seus concorrentes não são de tal forma que os últimos possam constituir novos serviços, como no processo Magill, argumenta que as «circunstâncias excepcionais» encontradas neste processo, como foi confirmado nos acórdãos

Tiercé Ladbroke e Bronner, já referidos, não se confinam aos factos específicos do processo Magill. Consequentemente, o argumento que a requerente retira da inexistência de dois mercados é descabido.

85 A Comissão alega ainda que, embora a doutrina das «infra-estruturas essenciais» seja muitas vezes invocada num contexto em que uma empresa dominante tenta explorar o seu domínio num mercado a jusante, não encontra essa pré-condição nos acórdãos Magill, Tiercé Ladbroke e Bronner, já referidos, nem no acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 15 de Setembro de 1998, European Night Services e o./Comissão (T-374/94, T-375/94, T-384/94 e T-388/94, Colect., p. II-3141). Além disso, a sua importância teria, aparentemente, sido rejeitada pelo Tribunal de Primeira Instância no seu acórdão de 16 de Dezembro de 1999, Micro Leader/Comissão (T-198/98, Colect., p. II-3989). Em todo o caso, quando a infra-estrutura essencial inclui uma estrutura protegida por direitos de propriedade intelectual, a ligação entre a infra-estrutura e o mercado no qual a concorrência está excluída é necessariamente muito estreita; o produto vendido ou o serviço prestado incorporam necessariamente, numa certa medida, o objecto protegido pelo direito em causa.

86 A NDC e a NDC Health argumentam que a decisão contestada respeita os critérios de adopção de decisões que impõem medidas provisórias delineados na jurisprudência Camera Care. As conclusões da Comissão de que o uso pela IMS do seu direito de autor para expulsar os seus concorrentes do mercado relevante constitui, à primeira vista, um abuso, insere-se nas noções clássicas de comportamento abusivo tal como definido no Tratado e aplicado em casos como o processo Magill; noutros termos, os direitos de propriedade intelectual não são «imunes» à aplicação das regras do Tratado sobre concorrência. A decisão contestada, no considerando 67, que o princípio aí estabelecido abrange processos onde a conduta alegadamente abusiva impede a emergência de um novo produto, não faz, manifestamente, um mau uso do acórdão Magill. Assim, ao contrário da principal queixa da requerente, nem as prévias decisões relevantes da Comissão nem a jurisprudência exigem, como pré-condição para a aplicação da doutrina das «infra-estruturas essenciais», a existência de dois diferentes mercados contíguos.

87 A AzyX alega que, uma vez que a decisão contestada demonstra claramente que a estrutura de 1 860 módulos se tornou num padrão industrial, a «responsabilidade especial» de empresas dominantes em não infringirem as regras de concorrência (acórdão do Tribunal de Justiça de 9 de Novembro de 1983, Michelin/Comissão, C-322/81, Recueil, p. 3461, n.° 57) justifica a conclusão de que a requerente abusou da sua posição dominante. As circunstâncias excepcionais que colocam o seu comportamento no âmbito da jurisprudência nos acórdãos Volvo, CICRA e Maxicar, Magill e Micro Leader/Comissão, já referidos, são o uso do seu alegado direito de autor perante os tribunais alemães como forma de eliminar os seus potenciais concorrentes. A AzyX argumenta que o abuso se demonstra, no seu caso, pelo facto de que, embora tenha entrado no mercado alemão no período Primavera/Verão de 1999, a requerente só invocou o seu direito de autor no preciso momento (Dezembro de 2000) em que a AzyX estava a começar a constituir uma ameaça competitiva real. Nas suas observações suplementares, a AzyX acrescenta que o *timing* da reacção da requerente foi cuidadosamente escolhido: a interposição e obtenção de um despacho de medidas provisórias em Dezembro de 2000 destinou-se a paralisar a AzyX em Janeiro de 2001 quando a maioria dos seus contratos com clientes para o novo ano estavam para ser assinados.

Apreciação do juiz das medidas provisórias

88 Tendo em conta a presunção expressa subjacente à decisão contestada (considerando 36) de que a estrutura de 1 860 módulos se encontra coberta pelos direitos de autor na Alemanha, presunção essa que, além do mais, a Comissão não pretendeu reexaminar nas suas observações no presente processo, é necessário partir da premissa de que a requerente, através da IMS Health, é titular de um direito de autor lícito sobre essa estrutura. Em princípio, este direito de autor acarreta o direito exclusivo de reproduzir a estrutura em prestação de serviços de dados de vendas regionais e o direito de decidir conceder ou não a terceiros licenças para a sua utilização.

89 A conclusão a que se chega na decisão contestada de que a requerente abusou, à primeira vista, da sua posição dominante no mercado em causa ao recusar-se a licenciar o seu direito de autor sobre a estrutura de 1 860 módulos, o que, com efeito, equivale à conclusão de que utilizou o seu direito de autor como um instrumento de abuso por forma a evitar que os seus concorrentes, a NDC Health e a AzyX, se mantivessem no mercado e competissem com êxito com ela, levanta questões delicadas quanto ao alcance exacto do artigo 82.° CE e dos próprios poderes da Comissão nos termos do artigo 3.° do Regulamento n.° 17, tal como interpretados na jurisprudência Camera Care. Um exame detalhado dessas questões está, manifestamente, fora do âmbito do presente processo relativo a medidas provisórias e deve ser reservado para o Tribunal de Primeira Instância ao tomar uma decisão no processo principal (v., neste sentido, despacho Magill, n.° 14).

90 Contudo, uma vez que a Comissão, apoiada pelos intervenientes, nega que tenha sido demonstrada a invalidade *prima facie* da decisão contestada, é necessário examinar se a requerente, relativamente à sua queixa principal no presente processo, demonstrou a existência de sérias dúvidas quanto à validade da decisão contestada.

91 Deve ser recordado, desde já, que o artigo 295.° CE estipula que «[o] presente Tratado em nada prejudica o regime da propriedade nos Estados-Membros». Daí decorre que o juiz das medidas provisórias deve, normalmente, tratar com circunspecção uma decisão da Comissão que impõe, por meio da aplicação de medidas provisórias adoptadas no decurso de uma investigação nos termos do artigo 3.° do Regulamento n.° 17 e baseada numa interpretação provisória do artigo 82.° CE, uma obrigação ao proprietário de um direito de propriedade intelectual reconhecido e protegido pela lei nacional que licencie o uso desse direito de propriedade.

92 Na medida em que a requerente, por outro lado, afirma, referindo-se n.° 28 do acórdão La Cinq, que a Comissão deve demonstrar claramente a natureza ilegal da alegada conduta para que se justifique a adopção de tais medidas provisórias,

é suficiente salientar que esse pré-requisito não decorre da versão francesa autêntica (o francês foi a língua de processo no acórdão La Cinq) daquele número dos fundamentos do acórdão. Ao contrário da versão inglesa, a versão francesa não limita o poder de a Comissão adoptar medidas provisórias às situações nas quais, na decisão final, pudesse impor uma sanção à conduta em questão.

93 Daqui decorre que o mero facto de que a interpretação do artigo 82.° CE adoptada na decisão contestada pareça ser relativamente inédita não afecta, por si mesma, a avaliação que deve ser feita do requisito da viabilidade *prima facie* da pretensão. A requerente deve ainda demonstrar a existência de uma controvérsia séria ou pelo menos dúvidas razoáveis quanto à validade da apreciação provisória da Comissão das regras de concorrência (despachos Ford, n.° 8, e Comissão/ /Atlantic Container Line e o., já referidos, n.° 26).

94 À luz dos argumentos baseados no acórdão Magill e invocados pelas partes neste processo, é necessário examinar este acórdão no que diz respeito ao fundamento invocado pelas cadeias de teledifusão, requerentes, e segundo o qual o Tribunal de Primeira Instância aplicou mal o conceito de abuso de posição dominante. Nos seus acórdãos RTE e ITP (n.ºs 71 e 56, respectivamente), embora reconhecendo que era pacífico que o objecto específico de um direito de autor habilitava o detentor do direito a reservar para si o direito exclusivo de reproduzir a obra protegida e que tal reserva não era, em si mesma, abusiva, o Tribunal julgou que podia constituir um abuso, «quando, à luz dos detalhes de cada caso individual, é aparente que o direito é exercido de forma e circunstâncias com um fim manifestamente contrário aos objectivos do artigo [82.° CE]».

95 No acórdão Magill, o Tribunal de Justiça rejeitou liminarmente a argumentação de que o exercício de um direito de autor nacional «não pode ser analisado à luz do artigo [82.° CE]», antes de confirmar, com base no processo Volvo, que a «recusa em conceder uma licença, mesmo sendo um acto de uma empresa

detendo uma posição dominante, pode, em si mesmo, não constituir um abuso de posição dominante» (n.os 48 e 49). Reconhece depois que «o exercício de um direito exclusivo por parte do proprietário pode, em circunstâncias excepcionais, envolver uma conduta abusiva» (n.° 50). Quanto a saber se tais «circunstâncias excepcionais» existiam, o Tribunal de Justiça, com base nas conclusões de facto do Tribunal de Primeira Instância, confirmou (n.os 52 a 56) a existência de três conjuntos de circunstâncias excepcionais.

96 Em primeiro lugar, o Tribunal de Justiça confirmou, no n.° 52 do acórdão Magill, referindo-se respectivamente ao n.° 62 do acórdão RTE e ao n.° 48 do acórdão ITP, que existia um mercado distinto para o fornecimento de guias televisivos semanais completos, dissociado do destinado aos guias semanais separados já produzidos, designadamente, por cada uma das requerentes. Concluiu depois que as cadeias emissoras eram, «por força das circunstâncias, as únicas fontes de informação básica sobre horários de programação que constituem a matéria-prima indispensável para compilar um guia televisivo semanal» (n.° 53), e que a sua recusa em fornecer aquela informação «baseando-se em disposições de direito de autor nacionais impediu, dessa forma, a emergência de um novo produto, um guia televisivo semanal completo, que os requerentes não forneciam e para os quais existia uma procura potencial dos consumidores» (n.° 54). Concluiu que tal recusa constituía um abuso nos termos do artigo 82.°, segundo parágrafo, alínea b), CE.

97 Em segundo lugar, confirmou a conclusão de que «não havia fundamento para tal recusa, quer na actividade de radiodifusão televisiva, quer na de publicação de guias de programação televisiva (acórdãos RTE, n.° 73, e ITP, n.° 58)» (n.° 55 do acórdão Magill).

98 Em terceiro lugar, o Tribunal de Justiça sustentou a conclusão do Tribunal de Primeira Instância de que a conduta das cadeias emissoras teve por efeito reservar para elas próprias o mercado secundário de guias televisivos semanais ao excluir toda a concorrência naquele mercado, por recusa ao «acesso à informação básica que constitui a matéria-prima indispensável à compilação de um tal guia» (n.° 56 do acórdão Magill).

99 Concluiu então que, «à luz de todas essas circunstâncias, o Tribunal de Primeira Instância não errou juridicamente ao sustentar que a conduta dos requerentes era um abuso de posição dominante de acordo com o artigo [82.° CE]» (acórdão Magill, n.° 57).

100 Decorre claramente do acórdão Magill que há um conjunto de diferenças potencialmente importantes entre as circunstâncias daquele processo e as subjacentes à decisão contestada, cuja existência, embora não sejam significativas, não foram contestadas seriamente pela Comissão. A decisão contestada parece ser baseada numa interpretação não cumulativa das condições consideradas como constituindo «circunstâncias excepcionais» no processo Magill. A Comissão alega que o exercício de um direito de autor pode equivaler a um abuso, «mesmo na ausência de conduta abusiva adicional quando, entre outras coisas, impede o surgimento de um novo produto» (considerando 67 da decisão contestada). As condições às quais o Tribunal de Justiça se refere no acórdão Magill, no n.° 54, não são consideradas pela Comissão como sendo, em princípio, essenciais para a existência de «circunstâncias excepcionais».

101 No presente processo, em vez de procurar excluir o fornecimento de um novo serviço num mercado secundário, a recusa da requerente em conceder uma licença de direito de autor à NDC e à AzyX parece, à primeira vista, destinar-se a impedir estas de fornecer serviços de dados de vendas regionais baseados em dados disponíveis gratuitamente, fornecidos no mesmo mercado e aos mesmos clientes potenciais, diferindo somente em pequenos detalhes dos serviços prestados pela requerente. Decisivo para a decisão contestada é a conclusão de que os fabricantes de produtos farmacêuticos em questão parecem exigir que os dados em questão sejam apresentados no formato da estrutura de 1 860 módulos desenvolvido pela requerente. A Comissão conclui provisoriamente, por isso, que, sem o acesso àquela estrutura, os concorrentes da requerente não podem concorrer com ela no mercado relevante. Essencialmente, a análise da Comissão parece ser a de que ao evitar, através da recusa em licenciar o uso de um direito de propriedade intelectual, o aparecimento de novos concorrentes dispostos a oferecer, no máximo, novas variações dos mesmos serviços no mesmo mercado

da empresa dominante, esse comportamento pode equivaler a um abuso quando aqueles concorrentes não podem aceder ao mercado em questão por outra via, uma vez que a obra protegida em questão constitui um padrão industrial *de facto*.

102 A conclusão provisória da Comissão de que o impedimento do aparecimento de um novo produto ou serviço para o qual existe uma potencial procura dos consumidores não é uma parte indispensável da noção de «circunstâncias excepcionais» desenvolvida pelo Tribunal de Justiça no seu acórdão Magill constitui, à primeira vista, uma interpretação extensiva daquela noção. Por consequência, somente a decisão principal pode eliminar a séria controvérsia relativa à exactidão desta interpretação.

103 Contudo, na decisão contestada, a Comissão procura reconciliar esta aparente interpretação extensiva com a noção de «circunstâncias excepcionais» desenvolvida no acórdão Magill referindo-se à jurisprudência mais recente, e, particularmente, ao acórdão Bronner, já referido. Na sua perspectiva, a recusa em fornecer por parte de uma empresa dominante será abusiva, mesmo quando diga respeito à recusa em licenciar o uso de direitos de autor, desde que (considerando 70 da decisão contestada):

«— a recusa do acesso à infra-estrutura seja de molde a eliminar toda a concorrência no mercado relevante;

— essa recusa não seja objectivamente fundamentada e

— a própria infra-estrutura seja indispensável para levar a cabo o negócio, considerando a inexistência de um actual ou potencial substituto para essa infra-estrutura».

104 No acórdão Bronner, já referido (n.° 40), o Tribunal de Justiça recorda, através das «circunstâncias excepcionais» «concluídas» no acórdão Magill, cada uma das conclusões do Tribunal de Primeira Instância confirmadas pelo Tribunal de Justiça nos n.os 53 a 56 do acórdão Magill (v. n.os 96 a 98 *supra*). No acórdão Bronner, já referido, o Tribunal de Justiça observa que o processo Magill dizia respeito ao «exercício de um direito de propriedade intelectual» (n.° 41). Está para além do objectivo da análise possível no presente processo determinar se essas passagens do acórdão Bronner, bem como o n.° 131 do acórdão Tiercé Ladbroke, sustentam a conclusão provisória feita na decisão contestada. Embora a interpretação da Comissão possa estar correcta, não pode excluir-se a existência de razoáveis fundamentos para concluir que as «circunstâncias excepcionais» consideradas pelo Tribunal de Justiça no acórdão Magill, e recordadas por si no acórdão Bronner, já referido, são cumulativas.

105 A afirmação da requerente, tendo em conta as teorias económicas predominantes subjacentes à doutrina das «infra-estruturas essenciais», segundo a qual a condição de que a contestada recusa em licenciar por parte da empresa dominante deve impedir o surgimento de um novo produto num mercado distinto daquele no qual a empresa em questão é dominante, suscita uma importante questão jurídica que justifica um exame aprofundado por parte do Tribunal de Primeira Instância no processo principal. Esta interpretação do acórdão Magill encontra, discutivelmente, suporte em muita da jurisprudência a que se refere a IMS (v., especialmente, n.° 80 *supra*). Também parece ser apoiada pelo advogado-geral F. G. Jacobs que opinou, no acórdão Bronner, já referido, que o acórdão Magill «poderia [...] explicar-se pelas circunstâncias especiais desse processo, que fizeram pesar a balança a favor da obrigação de conceder uma licença» (Colect., p. II-7794, n.° 63).

106 Por consequência, dado que existe, no mínimo, uma séria controvérsia quanto à justeza da conclusão legal fundamental que sustenta a decisão contestada, segundo a qual existem «circunstâncias excepcionais» no presente processo capazes de justificar a imposição de um licenciamento obrigatório, a requerente demonstrou claramente ter fundamento, à primeira vista, para a pretendida suspensão da execução do acto. Na verdade, mesmo que fosse necessário, não obstante as considerações apresentadas especialmente nos n.os 68 e 73 *supra*,

para um requerente num processo interlocutório como é o presente demonstrar a existência de uma forte probabilidade, deve ser entendido que a requerente preencheu esse requisito na sua argumentação essencial. Torna-se, portanto, necessário ponderar se o requisito da urgência se encontra preenchido.

Quanto à urgência

Argumentos das partes

107 A requerente argumenta, em primeiro lugar, que o seu direito de propriedade intelectual sobre a estrutura de 1 860 módulos é uma característica nuclear da sua competitividade e desempenha um papel fundamental na distinção dos seus serviços de dados regionais de vendas dos prestados pelos seus concorrentes. Se fosse compelida a partilhar o seu direito de autor, os seus serviços, cuidadosamente desenvolvidos ao longo de vários anos, seriam desvalorizados numa oferta genérica, indistinta dos serviços concorrentes. Referindo-se ao despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 3 de Junho de 1996, Bayer/ /Comissão (T-41/96 R, Colect., p. II-381, a seguir «despacho Bayer», n.º 54), argumenta que, tal como naquele despacho, a liberdade da IMS Health no presente processo para definir um elemento crucial da sua política comercial seria comprometida pela aplicação da decisão contestada. Nas suas observações suplementares, salienta que o valor económico e comercial de uma vantagem única, uma vez perdida pela «comercialização», nunca seria restabelecida. Também insiste no risco real, caso fosse compelida a licenciar a NDC Health e a AzyX, de que esta última utilizasse o período de tempo até à decisão no processo principal para procurar convencer os clientes angariados a passarem a utilizar as estruturas modulares que não infringissem o seu direito de autor sobre a estrutura de 1 860 módulos. Risco esse agravado pelo facto de ambas as concorrentes terem, em diferentes alturas, afirmado que determinadas estruturas modulares não infringem aquele direito de autor.

108 Em segundo, a requerente alega que a execução da decisão contestada conduzirá a evoluções no mercado muito dificilmente reversíveis, mesmo irreversíveis (despacho Atlantic Container Line e o./Comissão, já referido, n.° 55). De acordo com a requerente, o valor económico dos clientes perdidos para os seus concorrentes na sequência da imposição de licenças compulsivas será irrecuperável. Aqueles clientes já não aceitarão a base intelectual e criativa do seu serviço. Terá dificuldades inultrapassáveis para os convencer de que o seu direito de autor é válido e será comercialmente incapaz de aumentar novamente os preços de forma proporcional à fruição de um direito exclusivo. Como foi reconhecido no despacho Magill (n.ºs 16 e 18), aqueles clientes habituar-se-ão à disponibilidade de ofertas de serviços a partir de diferentes fontes e resistirão a voltar a uma situação em que somente a IMS Health é capaz de fornecer o serviço em causa. Nas suas observações suplementares, defende que a não tomada em consideração deste risco por parte da Comissão demonstra a sua ignorância com as realidades comerciais: toda a decisão, incluindo as decisões finais por oposição às meramente provisórias, que ameaçaram conduzir a mudanças duradouras ou significativas no mercado têm sido, até à data, suspensas (despachos Ford, Magill, Atlantic Container Line e o./Comissão, já referido, e Bayer).

109 Em terceiro lugar, a requerente argumenta que as perdas financeiras directas que já sofreu como resultado da infracção da NDC Health e da AzyX ao seu direito de autor são já bastante significativas. Afirmou na audiência que já havia perdido [...] dos seus [...] clientes-assinantes para a NDC Health e para a AzyX, dos quais [...] haviam mudado desde 9 de Março de 2001 quando a CA foi elaborada. Estima que o total das receitas perdidas relativas àqueles clientes ascenda a euros [...] por ano, com base nas taxas das assinaturas aplicáveis em 2000. Acresce que mais [...] clientes ainda não renovaram os seus contratos, os quais expiram no final do ano, muito embora fosse normal que já o tivessem feito. Uma vez que a NDC Health e a AzyX são as duas únicas empresas activas no mercado, pode ser razoavelmente presumido que a maioria, senão a totalidade, desses clientes passarão para elas se a decisão contestada não for suspensa. Neste último caso, as perdas totais adicionais para a IMS Health seriam de euros [...] por ano, com base nas actuais taxas de assinatura. Assim, as perdas globais quantificáveis da IMS Health na Alemanha em 2002 seriam de euros [...]. Referindo-se à NCC, adianta

que uma responsabilização por danos ou outra garantia financeira (tal como uma garantia bancária) seria particularmente apropriada neste processo, onde os factos são fortemente contestados e onde a apreciação da Comissão parece contrariar princípios basilares do direito comunitário. Contudo, uma tal medida não eliminaria o risco muito grave de perdas incalculáveis que se registariam caso a decisão contestada não fosse suspensa.

110 A Comissão nega que a requerente tenha demonstrado um risco de prejuízo grave e irreparável. No que diz respeito às alegadas perdas financeiras que a IMS pode sofrer, a Comissão, referindo-se, designadamente, ao despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 18 de Outubro de 1991, Abertal/Comissão (C-213/91 R, Colect., p. I-5109, n.° 24) recorda que as perdas financeiras não devem, em princípio, ser consideradas irreparáveis. Não restam dúvidas, dada a posição quase monopolista no mercado alemão, de que a sua sobrevivência seria colocada em risco pela aplicação da decisão contestada (despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 23 de Maio de 1990, Comos-Tank e Matex Nederland/ /Comissão, C-51/90 R e C-59/90 R, Colect., p. I-2167, n.ºs 30 e 31, e despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 21 de Dezembro de 1994, Laakmann Karton/Comissão, T-301/94 R, Colect., p. II-1279, n.ºs 23 e seguintes). Nem a quota de mercado da IMS Health cairá se forem concedidas licenças aos seus concorrentes, especialmente porque eles ficarão sujeitos à obrigação concorrencial de terem que pagar *royalties*. Em todo o caso, as possíveis perdas financeiras temidas pela requerente são infundadas e representam um improvável «cenário do pior». No que diz respeito à examinada avaliação pela IMS daquelas perdas na audiência, a Comissão manteve que elas seriam marginais, uma vez que a maioria dos clientes que constituem a fonte dessas receitas manter-se-iam na IMS e, nessa avaliação, ignora a importância da obrigação dos licenciados de pagarem *royalties*. O benefício dessa obrigação será igual ao dobro do montante de *royalties* pagos, uma vez que os *royalties* aumentarão as receitas da IMS Health enquanto reduzem proporcionalmente as dos licenciados.

111 A Comissão adianta, além disso, que as perdas financeiras poderiam ser recuperadas. Se a decisão contestada for anulada, a requerente poderá recuperar

essas perdas da NDC e da AzyX. Quanto à alegação de que a decisão contestada deveria ter previsto um compromisso de responsabilidade pelos licenciados propostos, a Comissão alega que a imposição de tal condição deverá ser muito excepcional. As circunstâncias do presente processo diferem das do processo NCC, o único processo até à data onde uma tal condição foi imposta. No entanto, a Comissão não apresenta objecções a uma disposição contratual nos acordos de licenciamento entre a IMS Health e os seus concorrentes estabelecendo uma tal garantia. Na audiência, acrescentou que aceitaria uma cláusula de salvaguarda imposta pelo presidente do Tribunal de Primeira Instância relativa ao cumprimento de tal garantia, desde que o seu montante fosse razoável.

112 Quanto à alegada interferência na autonomia negocial da IMS, a Comissão mantém que determinadas dessas alterações são inerentes à adopção de quaisquer medidas provisórias de carácter conservatório. A questão essencial no presente processo é a de decidir se o subsequente dano é consideravelmente excessivo relativamente às inerentes desvantagens temporárias decorrentes da adopção de tais decisões provisórias. A requerente não demonstrou que a degradação que o seu direito pode sofrer decorrente do facto de ter que partilhar, em contrapartida de um razoável *royalties*, com os seus concorrentes a estrutura de 1 860 módulos ultrapassará essas inerentes desvantagens. A concessão das licenças em causa não restringirá a independência da IMS Health na definição da sua política comercial: não afectará a sua liberdade de fixação de preços, nem tão-pouco, dada a extensão do seu domínio no mercado em causa, a sua capacidade para adoptar uma política comercial de combate à concorrência.

113 Nem a decisão contestada causará, na opinião da Comissão, nenhumas evoluções significativas e duradouras do mercado. Em primeiro, é pacífico que o seu artigo 1.°, lido à luz do espírito do seu preâmbulo, se limita à NDC Health e à AzyX. Assim, não haveria nenhum entrave para a requerente em exercer o seu direito de autor caso a decisão fosse anulada no processo principal. Em segundo lugar, as circunstâncias neste processo diferem daquelas em causa no despacho Bayer, nos despachos do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 19 de

Fevereiro de 1993, Langnese-Iglo e Schöller/Comissão (T-7/93 R e T-9/93 R, Colect., p. II-131), e de 7 de Julho de 1998, Van den Bergh Foods/Comissão (T-65/98, Colect., p. II-2641), em que os destinatários das decisões impugnadas eram obrigados a alterar as suas relações contratuais com um grande número de grossistas e retalhistas. Este processo também não é comparável com o despacho Atlantic Container Line e o./Comissão, já referido, onde a aplicação imediata da decisão impugnada a um sector que estava já numa situação frágil foi considerada como sendo provável que originasse, entre outras coisas, um colapso dos preços e o desaparecimento de algumas empresas.

114 A NDC e a NDC Health afirmam que a requerente pretende, com alguma eficácia, argumentar no presente processo que a IMS Health seria gravemente prejudicada ao ser obrigada, temporariamente e em troca do pagamento de *royalties*, a licenciar o uso de um direito de autor utilitário sobre um padrão industrial. Contrapõem que a receada desvalorização da propriedade intelectual da estrutura de 1 860 módulos numa «oferta generalizada» não convence: a protecção do direito de autor da IMS Health só muito recentemente entrou em vigor na Alemanha e a requerente não conseguiu explicar por que razão o seu direito seria desvalorizado na Alemanha ao fazer aí, o troco de *royalties*, o que já havia acordado fazer no Reino Unido relativamente a um direito de autor comparável sem o benefício de *royalties*. Além disso, uma vez que os dados em questão estão disponíveis gratuitamente, a execução da decisão contestada não acarretaria, ao contrário do despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 1 de Dezembro de 1994, Postbank/Comissão (T-353/94 R, Colect., p. II-1141), o risco da publicação de dados secretos. Quanto à possibilidade de imposição de uma garantia bancária, questionaram a sua necessidade na audiência, uma vez que a IMS não sofreria quaisquer perdas financeiras irreparáveis. Além do mais, a IMS poderia utilizar a necessidade de chegar a um acordo sobre as cláusulas de qualquer garantia como forma de atrasar a concessão das licenças pretendidas prevista na decisão contestada. Contrariamente às perdas normais que poderão ser causadas à requerente, a NDC Health não pode competir com a IMS Health sem lhe ser permitida a utilização da estrutura de 1 860 módulos. Nas suas observações suplementares, sustentam que os elementos de prova da indústria farmacêutica são irrefutáveis; as empresas

farmacêuticas devem receber os dados regionais de vendas no formato 1 860. Em todo o caso, a estrutura de 3 942 módulos da NDC não é uma alternativa viável à estrutura de 1 860 módulos da IMS Health, uma vez que o objectivo do despacho de medidas provisórias decretado contra a NDC Health, no que concerne às estruturas «derivadas», não é claro e não será clarificado, como a Comissão salientou na decisão contestada (considerando 143), nos próximos três anos.

115 A AzyX argumentou que a decisão contestada concluiu correctamente que sofreria prejuízos graves e irreparáveis se as medidas provisórias aí ordenadas não fossem aplicadas. Devido à importância para o grupo de empresas AzyX das receitas do mercado alemão, a sua sobrevivência financeira seria posta em causa num breve prazo se as medidas provisórias ordenadas pela Comissão fossem suspensas. Se a estrutura de 1 860 módulos constitui de facto, não obstante a negação da IMS, uma infra-estrutura essencial, o dano causado à requerente decorrente da obrigação de ter que licenciar aquela estrutura seria, caso a decisão contestada fosse anulada no processo principal, puramente temporária. Se, todavia, não é indispensável, qualquer perda irreparável de clientela seria, segundo a AzyX, devida a outras características competitivas e não à decisão contestada.

Apreciação do juiz das medidas provisórias

116 A urgência de um pedido de medidas provisórias deve ser apreciada tendo em conta a necessidade de uma decisão interlocutória de forma a evitar que um prejuízo grave e irreparável seja causado à parte que solicita as medidas provisórias [despacho SCK e FCK/Comissão, já referido, n.° 30; despachos do presidente do Tribunal de Justiça de 18 de Novembro de 1999, Pfizer Animal Health/Conselho, C-329/99 P(R), Colect., p. I-8343, n.° 94, e de 11 de Abril de 2001, Comissão/Cambridge Healthcare Supplies, C-471/00 P(R), Colect., p. I-2865, n.° 107, a seguir «despacho Cambridge»]. Cabe à parte que alega os prejuízos graves e irreparáveis provar a sua existência (despacho do presidente do

Tribunal de Justiça de 12 de Outubro de 2000, Grécia/Comissão, C-278/00 R, Colect., p. I-8787, n.° 14, e do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 28 de Maio de 2001, Poste Italiane/Comissão, T-53/01 R, Colect., p. II-1479, n.° 110). É suficiente que o prejuízo, especialmente quando depende da ocorrência de diversos factores, seja previsível com um certo grau de probabilidade [despacho do presidente do Tribunal de Justiça de 14 de Dezembro de 1999, HFB e o./Comissão, C-335/99 P(R), Colect., p. I-8705, n.° 67; despacho Cambridge, n.° 108, e despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 8 de Dezembro de 2000, BP Nederland e o./Comissão, T-237/99 R, Colect., p. II-3849, n.° 49].

117 Não obstante, uma avaliação dos factores capaz de justificar a suspensão da aplicação de uma medida como a decisão contestada, em razão do prejuízo a que possa dar origem, deve ter em conta o facto de que se trata, em si mesma, de uma medida provisória adoptada pela Comissão no decurso de uma investigação que não foi ainda concluída (despacho Ford, n.° 11). Deve, portanto, ser considerado se existe ou não um grave risco de que os efeitos negativos da decisão contestada ultrapassem, caso fosse imediatamente aplicada, os efeitos de uma medida conservatória e, entretanto, fosse causadora de um considerável dano, desproporcionado relativamente às desvantagens inevitáveis mas de curta duração, decorrentes de tal decisão provisória (despachos Ford e Peugeot, n.° 14 e n.° 24, respectivamente).

118 A Comissão, apoiada pelas intervenientes, rejeita a gravidade das perdas que a requerente possa, eventualmente, sofrer. Elas representam o pior cenário possível e ignoram a importância financeira dos pagamentos de *royalties* que a requerente receberá. Contudo, a requerente apresentou o que parece, à primeira vista, serem provas convincentes de que as suas perdas imediatas este ano podem ascender a euros [...] e de que poderão facilmente subir para euros [...] em 2002. Embora a decisão contestada não forneça nenhuma informação quer quanto ao volume de negócios, quer quanto às receitas da IMS, a AzyX alega, sem ser contrariada pela requerente neste ponto, que as receitas da IMS Health na Alemanha relativas ao seu serviço de dados regionais de vendas ascendem anualmente aproximadamente a 25 milhões de euros. Nestas circunstâncias, não pode duvidar-se que perdas na ordem de entre euros [...] e euros [...] por ano para a IMS Health seriam, não obstante ser membro de um grupo de empresas da dimensão da IMS, potencialmente graves.

119 Contudo, tem sido constantemente decidido que um prejuízo de natureza puramente financeira não pode, salvo em circunstâncias excepcionais, ser visto como irreparável, ou mesmo dificilmente reparável, se, em última análise, puder ser objecto de compensação financeira (despachos Abertal/Comissão, já referido, n.° 24, e Cambridge, n.° 113; despachos do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 1 de Outubro de 1997, Comafrica e Dole Fresh Fruit Europe/ /Comissão, T-230/97 R, Colect., p. II-1589, n.° 32, e de 15 de Junho de 2001, Bactria/Comissão, T-339/00 R, Colect., p. II-1721, n.° 94). Esta jurisprudência baseia-se na premissa de que o prejuízo de natureza financeira que não é eliminado através da aplicação da decisão no processo principal constitui uma perda económica que pode ser compensada utilizando as vias de recurso previstas no Tratado, em particular nos artigos 235.° CE e 288.° CE (despacho Comafrica e Dole Fresh Fruit Europe/Comissão, já referido, n.° 38, e acórdão do Tribunal de Primeira Instância de 20 de Julho de 2000, Esedra/Comissão, T-169/00 R, Colect., p. II- 2951, n.° 47). Contudo, no presente processo, os meios de reparação preconizados pela Comissão nas suas observações, no caso de anulação da decisão contestada, seriam os de a requerente procurar obter compensação (presumivelmente sob a forma de uma indemnização por infracção ao seu direito de autor) nos tribunais alemães. É claramente impossível e não apropriado, para o juiz das medidas provisórias, especular sobre a probabilidade de a IMS obter uma reparação adequada nos tribunais nacionais. Não pode, por exemplo, ser excluído que o mero facto de conceder licenças à NDC Health e à AzyX de acordo com a decisão contestada possa, mesmo que essa decisão venha a ser anulada, ter consequências negativas quanto a eventuais vias de recurso para a IMS Health.

120 Além do mais, tendo em conta o amplo poder de apreciação de que dispõe a Comissão para decidir da oportunidade de adoptar medidas provisórias, tais como a medida contestada, parece, à primeira vista, improvável que a requerente pudesse ter êxito numa acção de indemnização proposta contra a Comissão. Por outras palavras, é improvável que os fundamentos pelos quais a decisão contestada possa, finalmente, ser anulada na acção principal sejam suficientes para constituir uma séria violação do direito comunitário de tal forma que a IMS pudesse, realisticamente, argumentar que a Comissão havia manifesta e gravemente desrespeitado os limites do seu poder de apreciação (v. acórdão do Tribunal de Justiça de 4 de Julho de 2000, Bergaderm e Goupil/Comissão, C-352/98 P, Colect., p. I-5291, n.ºs 41 a 44, e acórdão do Tribunal de Primeira

Instância de 12 de Julho de 2001, Comafrica e Dole Fresh Fruit Europe/ /Comissão, T-198/95, T-171/96, T-230/97, T-174/98 e T-225/99, Colect., p. II-1975, n.° 134).

121 Não obstante, mesmo que seja impossível excluir o risco de a IMS Health ser incapaz de recuperar as perdas financeiras que possa sofrer em resultado da execução da decisão contestada, as medidas provisórias não são, geralmente, concedidas quanto ao prejuízo financeiro, a não ser que a requerente esteja em posição de apresentar provas que justifiquem, à primeira vista, a conclusão de que, não sendo concedida a medida provisória pretendida, as perdas alegadas ameaçariam a sua sobrevivência. No presente processo, a requerente não contestou a conclusão da Comissão, no considerando 3 da decisão contestada, de que a IMS exerce actividades em 100 países e teve, em 2000, um volume de negócios de 1,4 mil milhões de USD. Embora seja a IMS Health quem, de acordo com o depoimento do Dr. S. Sian, irá sofrer as temidas perdas em causa, é tanto permitido como adequado, dado que o destinatário da decisão e a requerente na acção principal e no presente processo é a IMS, considerar como um todo os efeitos potenciais das perdas sobre esta última (despacho do Tribunal de Justiça de 7 de Março de 1995, Transacciones Marítimas e o./Comissão, C-12/95 P, Colect., p. I-467, n.° 12; despachos do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 10 de Dezembro de 1997, Camar/Comissão e Conselho, T-260/97 R, Colect., p. II-2357, n.° 50; de 30 de Junho de 1999, Pfizer Animal Health/ /Conselho, T-13/99, Colect., p. II-1961, n.° 155, confirmado em recurso pelo despacho de 18 de Novembro de 1999, Pfizer Animal Health/Conselho, já referido, n.° 67, e despacho do presidente do Tribunal de Primeira Instância de 2 de Agosto de 2001, Saxonia Edelmetalle/Comissão, T-111/01 R, Colect., p. II-2335, n.° 27). Tendo em conta o poder financeiro da IMS e a compensação das perdas da IMS Health através do pagamento de *royalties*, a conclusão da Comissão na decisão contestada de que as perdas financeiras que podiam ocorrer não seriam de molde, pelo menos antes de uma decisão no processo principal, a ameaçar a sua sobrevivência no mercado em causa, parece ser bem fundamentada. Donde decorre que tal prejuízo não pode, em si mesmo, ser suficiente para justificar o pedido de medidas provisórias.

122 Além disso, a Comissão indicou que não se oporia à requerente se esta pretendesse incluir uma cláusula de garantia financeira no acordo de licença que

negocie com a NDC e com a AzyX. A inclusão de cláusulas de garantias bancárias adequadas nos acordos finais de licenças fixados pela Comissão, de acordo com o artigo 2.° da decisão contestada, diminuiria ainda mais o risco de prejuízo financeiro irreparável que viesse a ocorrer.

123 Torna-se, portanto, necessário examinar se, como alega a requerente, existe um risco real de que os efeitos nocivos da execução da decisão contestada na estrutura da concorrência no mercado em causa, e especialmente sobre o valor dos direitos de autor da requerente sobre a estrutura de 1 860 módulos, lhe poderiam causar danos sérios e potencialmente irreparáveis.

124 É importante salientar que a decisão contestada não pretende pôr em causa o reconhecimento por parte do Landgericht Frankfurt dos direitos de autor da requerente (de que é titular através da IMS Health) na estrutura de 1 860 módulos (considerandos 36 e 211). Uma vez que a NDC e a NDC Health procuram classificar aquele direito de autor como utilitário, as suas alegações vão para além do objectivo da decisão contestada e são, por isso, incapazes de apoiar as alegações da Comissão de que seja rejeitado o presente pedido de medidas provisórias quanto àquela decisão. Dado que o Landgericht Frankfurt reconheceu que o esforço criativo relativo à estrutura de 1 860 módulos é merecedor de protecção dos direitos de autor, a requerente invoca fundadamente o risco autêntico de desvalorização dos seus direitos de autor.

125 A razão fundamental dos direitos de autor é a de que permite ao criador de obras inventivas e originais o direito exclusivo de explorar essas obras (acórdão do Tribunal de Justiça de 17 de Maio de 1988, Warner Brothers e Metronome Video, 158/86, Colect., p. 2605, n.° 13), assegurando assim «uma recompensa para o esforço criativo» (acórdão RTE, n.° 71, e acórdão ITP, n.° 56). Os direitos de autor são de importância fundamental tanto para o proprietário individual do direito como para a sociedade em geral (conclusões do advogado-

-geral C. Gulmann relativas ao acórdão Magill, Colect., p. I-747, n.º 11). Reduzi-lo a um direito puramente económico de receber *royalties* dilui a essência do direito e causará, em princípio, danos potencialmente graves e irreparáveis ao titular do direito.

126 A Comissão, sustentada pelas partes intervenientes, procura justificar a necessidade de uma tal diluição no presente processo ao afirmar que o prejuízo resultante para a requerente será, se ganhar a acção principal, temporário e permanecerá dentro dos limites dos efeitos inerentes às medidas provisórias. Por outras palavras, a IMS Health recuperará automaticamente todos os seus clientes ao restabelecer-se o seu direito exclusivo, uma vez que a natureza essencial, *de facto*, da estrutura modular obrigará aqueles clientes a trabalharem exclusivamente com ela.

127 O carácter alegadamente temporário da infracção grave ao objecto específico do direito de propriedade intelectual da requerente não chega, em si mesmo, para atenuar o risco real de prejuízo grave e irreparável para aos interesses da requerente.

128 Em primeiro lugar, há um risco imediato de os actuais clientes da IMS Health, muitos dos quais são grandes companhias farmacêuticas ou empresas que formam parte de grupos multinacionais economicamente poderosos, não aceitarão, se lhes for permitido optar entre concorrentes fornecedores de serviços de dados de vendas regionais baseados na estrutura de 1 860 módulos durante um período de dois a três anos, um regresso forçado a um único serviço prestado a preço mais elevado por um prestador de serviços monopolista. Em segundo lugar, o descontentamento dos clientes da IMS Health será agravado se, tal como o juiz das medidas provisórias foi informado pelas intervenientes na audiência, as modalidades dos serviços de dados de vendas por elas oferecidos, embora necessariamente baseados na estrutura de 1 860 módulos, diferem consideravelmente daqueles oferecidos pela requerente. Não deve, por isso, excluir-se que essa

insatisfação poderia manifestar-se numa vontade em fazer as despesas necessárias para aceitar dados de venda num formato incompatível com a estrutura de 1 860 módulos, de forma a evitar que a requerente voltasse a usufruir de uma posição quase monopolista no mercado relevante. É uma observação tanto mais fundada quanto muitos dos clientes em causa parecem, como foi alegado na decisão contestada (considerandos 75 a 84), ter desempenhado um papel importante, através da RPM Arbeitskreis (grupo de trabalho), no desenvolvimento da estrutura de 1 860 módulos. O mero facto de que alguns deles não se tivessem mostrado disponíveis, como alega a AzyX, na conferência por si organizada em Francoforte do Meno em 15 de Março de 2001, durante uma reunião de quatro horas e meia, para apoiar a mudança para um formato diferente não exclui uma alteração da sua atitude caso a decisão contestada — cuja adopção prevista foi decidida apoiar naquela reunião — fosse, mais tarde, anulada.

129 Consequentemente, deve ser declarado que existem, de facto, sérias razões para crer que muitas das evoluções do mercado, que a execução imediata da decisão provavelmente dariam, seriam depois muito dificilmente reversíveis, mesmo irreversíveis, caso o pedido na acção principal obtenha provimento (despacho Van den Bergh Foods/Comissão, já referido, n.° 66).

130 Acresce que não pode ser posto de parte que a execução da decisão contestada irá restringir a liberdade da requerente de definir a sua política comercial, (despacho Bayer, n.° 54). Decorre claramente das observações apresentadas no presente processo que a requerente não poderia, caso a decisão fosse executada, continuar a aplicar a mesma política comercial, num mercado no qual os seus concorrentes ficariam legalmente habilitados — sujeitos somente à obrigação de pagar *royalties* — a fazer-lhe livremente concorrência, como a que até à data tem aplicado. No momento da adopção da decisão contestada, tanto a NDC Health como a AzyX prestavam serviços quer na base da estrutura de 1 860 módulos (e, portanto, com toda a probabilidade infringindo o direito de autor da requerente), ou na base de outras estruturas modulares similares, que podem, ou não, ter constituído infracções «derivadas» daquela estrutura (e a respeito das quais um clima de incerteza jurídica prevaleceu). O facto de obrigar a requerente a emitir licenças à NDC Health e à AzyX alterará claramente as condições de mercado prevalecentes. O mero facto, como observa a Comissão, de que a recusa inicial da

requerente em licenciar os seus concorrentes contribuiu para aquela insegurança jurídica não altera a natureza das modificações das condições de mercado que ocorreriam pela legitimação antecipada da conduta da NDC e da AzyX em resultado da obtenção de licenças na sequência da aplicação da decisão contestada.

131 Além do mais, em circunstâncias em que, como a Comissão alega nas suas observações suplementares, não é possível dizer com certeza se «as actuais estruturas modulares» dos concorrentes da requerente «violam o [seu] direito de autor», e quando, pelo menos, um desses concorrentes, nomeadamente a NDC, nega publicamente que a sua estrutura de 3 942 módulos viola esse direito de autor, não é possível rejeitar como puramente hipotético o risco de que a NDC e a AzyX possam utilizar o período de protecção contra as infracções aos direitos de autor, que resultaria da execução da decisão contestada, para persuadir os seus clientes presentes e futuros a mudarem da estrutura de 1 860 módulos para outras estruturas alegadamente não ilícitas. À primeira vista, parece provável que esse risco deveria ser tido em conta pela requerente ao definir a sua política comercial na pendência do julgamento da acção principal.

132 Por consequência, deve concluir-se que existe um risco real e concreto de a execução da decisão contestada causar, antes da decisão no processo principal, um prejuízo grave e irreparável à requerente de natureza passível de exceder as desvantagens inevitáveis e de curta duração inerentes à adopção de tais medidas protectoras.

133 É, portanto, necessário ponderar os interesses envolvidos, de forma a determinar se todas as condições necessárias à concessão da medida provisória pedida no presente recurso estão preenchidas.

Quanto à ponderação dos interesses

Argumentos das partes

134 A requerente alega que nem a NDC nem a AzyX sofrerão prejuízos irreparáveis se a aplicação da decisão contestada for suspensa. Elas dispõem já de um número significativo de clientes e ambas desenvolveram estruturas modulares alternativas (alegadamente não ilícitas), que poderão continuar a utilizar e a desenvolver. Refere-se especialmente à estrutura de 3 942 módulos da NDC a qual, nas negociações relativas à licença posteriores à adopção da decisão contestada, esta última alegou não estar sujeita à licença. Além disso, qualquer prejuízo sofrido seria infligido a si mesma, dado que foi ordenado à NDC e a AzyX que cessassem de violar o direito de autor da IMS Health pelo Landgericht Frankfurt em 12 de Outubro e 28 de Dezembro de 2000. Elas requereram inicialmente licenças em 26 de Outubro de 2000 e 23 de Abril de 2001, respectivamente, e, portanto, qualquer cliente a quem tivessem prestado, desde essas datas, serviços baseados na estrutura de 1 860 módulos foram prestados em violação dessas decisões. Se bem que tivessem o direito de apresentar uma queixa junto da Comissão, não tinham o direito, durante a investigação dessa queixa, de violar os direitos de autor sobre a estrutura de 1 860 módulos.

135 A requerente também alega que a argumentação da Comissão segundo a qual, não havendo licenças, a NDC e a AzyX ficarão sem trabalho na Alemanha é exagerada. A NDC é a maior empresa mundial em serviços multissegmentados de informação no sector da saúde, com um volume de negócios anual (de acordo com o seu próprio sítio na Internet em 22 de Julho de 2001) de aproximadamente 685 milhões de USD. É o principal concorrente da IMS nos Estados Unidos da América e encontra-se em actividade em diversos países europeus. A AzyX, por seu lado, tem actividades num conjunto de países europeus que não são afectados pela falta de licença de utilização da estrutura de 1 860 módulos na Alemanha.

136 Finalmente, a requerente alega que nenhum terceiro ou interesse público seriam prejudicados pela suspensão provisória da decisão contestada. Em especial, uma vez que os serviços de dados de vendas em causa são usados somente para fins internos pelas empresas farmacêuticas e constituem uma pequena proporção do seu volume de negócios global e das suas despesas de comercialização, não haveria qualquer efeito sobre os consumidores finais de produtos farmacêuticos se o seu direito exclusivo se mantivesse na pendência do processo principal.

137 A Comissão alega que o carácter proporcionado da limitação do direito exclusivo da requerente ordenada na decisão contestada demonstra-se pelo facto de que se prevê uma compensação por meio de pagamento de *royalties* razoáveis. Este facto, juntamente com o interesse dos concorrentes da IMS e dos seus clientes na manutenção da concorrência, é claramente a favor da aplicação da decisão contestada antes da decisão no processo principal. Na audiência, a Comissão contestou o argumento da requerente de que a suspensão da decisão contestada não impediria a reentrada da NDC e da AzyX no mercado alemão se a validade da decisão fosse, mais tarde, confirmada no processo principal.

138 A NDC alega que, antes de conceder a suspensão da execução, o juiz das medidas provisórias deveria ter a certeza de que os interesses da requerente pesam mais do que os interesses concorrentes, nomeadamente, os efeitos negativos para a NDC e a AzyX, as empresas farmacêuticas e o interesse público. Dado que as receitas de exploração da IMS são «espantosamente elevadas», sustenta que os clientes irão colher os benefícios do jogo da concorrência se a decisão contestada for aplicada. A decisão contestada adopta os meios menos perturbadores disponíveis para assegurar a manutenção da concorrência no mercado em causa. A ponderação de interesses requer o licenciamento dos direitos de autor utilitários em questão no presente processo enquanto não for decidido o processo principal.

139 A AzyX sustenta que o interesse geral do mercado comum seria melhor servido no período em questão se se permitisse que a concorrência operasse livremente,

ao invés de permitir à IMS bloquear o mercado em causa. Na audiência, contestou a afirmação da requerente de que poderia voltar ao mercado alemão dentro de dois anos; uma vez que cerca de 75% do volume de negócios total do grupo AzyX é, actualmente, realizado na Alemanha, a exclusão daquele mercado durante dois anos ameaçaria gravemente a sua sobrevivência. Ao invés, uma perda potencial para a IMS, de acordo com a AzyX, de aproximadamente 1,5% dos seus proveitos mundiais, não é comparável.

Apreciação do juiz das medidas provisórias

140 Na decisão contestada, no considerando 187, a Comissão invoca o n.° 28 do acórdão La Cinq. Se as medidas provisórias não forem decretadas, alega que pode ser causado um prejuízo grave e irreparável à NDC e um intolerável prejuízo para o interesse público. Quanto à NDC, na decisão contestada, a Comissão invoca perdas financeiras e prejuízos para a sua reputação comercial na Alemanha se não for capaz de cumprir contratos devido ao despacho de medidas provisórias impedindo-a de utilizar a estrutura de 1 860 módulos (considerando 192). Conclui que a NDC será incapaz de concorrer com a requerente se não obtiver o acesso àquela estrutura (considerandos 193 e 194). Em resposta à questão colocada na audiência, a Comissão referiu que a urgência da NDC se relaciona com o risco de, mesmo sendo uma grande empresa, não poder sustentar as «espantosas» perdas em que incorreria, na pendência do processo principal, no mercado alemão sem o acesso à estrutura de 1 860 módulos. O prejuízo intolerável para o interesse público decorreria, de acordo com a decisão contestada, do risco grave de a AzyX ter de cessar a sua actividade, deixando a IMS como o único fornecedor de serviços de dados regionais de vendas na Alemanha. A preocupação da Comissão é que «a AzyX não possa continuar no mercado», uma vez que a sua estrutura europeia, devido à sua mais pequena dimensão e menos receitas mundiais do que a NDC, «é ainda mais susceptível de cessar a actividade na falta de medidas provisórias» (considerando 195). Na audiência, referiu que a concorrência no mercado em causa seria «aniquilada» na pendência do processo principal caso a decisão contestada não fosse aplicada.

141 De acordo com a jurisprudência Camera Care, a Comissão pode adoptar uma decisão provisória na qual tome medidas provisórias de protecção que julgue indispensáveis para assegurar a eficácia de qualquer decisão final a adoptar posteriormente no que diz respeito à conduta anticoncorrencial em investigação. Decorre claramente daquela jurisprudência que, em certas circunstâncias, o interesse público na manutenção da concorrência efectiva no mercado em causa implicará a adopção de medidas protectoras que chocam com os direitos de empresas cuja conduta está, ainda, somente sob investigação nos termos do artigo 3.° do Regulamento n.° 17. Cabe à Comissão avaliar se a adopção de tais medidas num caso concreto são adequadas. Contudo, quando o juiz das medidas provisórias tem a certeza de que as condições previstas tanto nos artigos 242.° CE e 243.° CE como no artigo 104.° do Regulamento de Processo estão preenchidas, deve então ponderar os interesses invocados pela Comissão para justificar a sua decisão e os invocados pela requerente em favor do pedido de medidas provisórias.

142 Na decisão contestada, a Comissão conclui que há uma necessidade urgente de impor uma obrigação à IMS de conceder licenças relativas aos seus direitos de autor sobre a estrutura de 1 860 módulos, de forma a que dois dos seus concorrentes possam continuar, enquanto a decisão definitiva da Comissão não for adoptada, a concorrer activamente com a IMS no mercado em que aquele direito é, actualmente, exercido. Esta conclusão é feita não obstante o reconhecimento do «papel essencial desempenhado pelos direitos de propriedade intelectual na promoção da inovação e da concorrência» (considerando 211) e o argumento da IMS de que o seu direito de autor se tornará «nulo» através das medidas provisórias, desincentivando assim o investimento potencial em direitos de propriedade intelectual (considerando 210). Baseia a sua apreciação da adequada ponderação de interesses envolvidos naquilo que entende ser o carácter proporcionado da infracção aos direitos da IMS, ou seja, a privação temporária do seu direito exclusivo de acordo com o direito nacional em troca de *royalties* «razoáveis».

143 Deve recordar-se, desde logo, que o interesse público relativamente aos direitos de propriedade em geral e aos direitos de propriedade intelectual em particular está expressamente consagrado nos artigos 30.° CE e 295.° CE. O mero facto de a requerente ter invocado e pretendido defender o seu direito sobre a estrutura de

1 860 módulos por razões económicas não diminui a sua legitimidade em basear-se no direito exclusivo concedido pelo direito nacional com o objectivo de compensar a inovação (v. acórdão Warner Brothers e Metronome Video, já referido, n.º 13; acórdãos do Tribunal de Justiça de 20 de Outubro de 1993, Phill Collins e o., C-92/92 e C-326/92, Colect., p. I-5145, n.º 20; de 28 de Abril de 1998, Metronome Musik, C-200/96, Colect., p. I-1953, n.os 15 e 24, e de 22 de Setembro de 1998, FDV, C-61/97, Colect., p. I-5171, n.os 13 a 18).

144 No presente processo, no qual existe, à primeira vista, um claro interesse público subjacente ao esforço da requerente em defender e lucrar com o objecto específico dos seus direitos de autor sobre a estrutura de 1 860 módulos, o carácter intrinsecamente excepcional do poder de adoptar medidas provisórias exige normalmente que a conduta, cujo termo ou alteração constitui o objecto de tais medidas, seja claramente incluída no âmbito de aplicação das regras de concorrência do Tratado. Contudo, a exactidão da equiparação da recusa em licenciar em causa no presente processo a um comportamento abusivo depende, à primeira vista, da exactidão da interpretação da Comissão da jurisprudência relativa ao âmbito das «circunstâncias excepcionais». É esta jurisprudência que explica as situações claramente especiais nas quais o objectivo prosseguido pelo artigo 82.º CE pode prevalecer sobre aquele subjacente à concessão de direitos de propriedade intelectual. Neste contexto, quando a natureza abusiva da conduta da requerente não seja inequívoca, tendo em conta a jurisprudência relevante, e quando exista um risco concreto de que sofrerá um prejuízo grave e irreparável se for obrigada, entretanto, a licenciar os seus concorrentes, a ponderação de interesses inclinar-se-á para a protecção sem reservas dos seus direitos de autor até à decisão no processo principal.

145 Isto é particularmente verdade no presente processo, no qual é pacífico que o interesse público invocado pela Comissão na decisão contestada diz respeito, em substância, aos interesse dos concorrentes da requerente. A NDC e a NDC Health argumentam que os consumidores colherão o benefício dessa concorrência. No entanto, a requerente salienta que, sem ter sido contrariada neste ponto, uma vez que o custo para as empresas farmacêuticas da aquisição de informações sobre

dados de vendas constitui uma pequena parte das suas despesas gerais de vendas e de comercialização, não haveria (ou pelo menos não seria perceptível) nenhum efeito sobre os consumidores finais de produtos farmacêuticos se o seu direito exclusivo se mantivesse na pendência do processo principal. Não pode por isso, pelo menos à primeira vista, excluir-se que a ponderação de interesses efectuada pela Comissão na decisão contestada, que parece assimilar os interesses da NDC e da AzyX aos interesses da concorrência (v. n.° 140 *supra*), ignora o objectivo essencial do artigo 82.° CE, que é evitar a distorção da concorrência, e especialmente, proteger os interesses dos consumidores e não proteger a posição de concorrentes específicos (conclusões do advogado-geral F. G. Jacobs relativas ao acórdão Bronner, já referidas, n.° 58).

146 Além disso, mesmo que a AzyX fosse confrontada com uma ameaça mais importante de exclusão permanente, ou, em qualquer caso, de longa duração, do mercado relevante, como é reconhecido pela Comissão na decisão contestada, a ponderação de interesses no presente processo não vai ainda no sentido da sua execução imediata. Decorre claramente da informação fornecida ao juiz das medidas provisórias relativa à decisão do Oberlandesgericht Frankfurt de 18 de Setembro de 2001, e do exame aprofundado da fundamentação da sua decisão, de que já não é proibido por nenhuma decisão judicial que a AzyX enfrente a concorrência no mercado em causa utilizando estruturas modulares que podem violar o direito da requerente relativo à estrutura de 1 860 módulos. Se a AzyX optar por continuar a utilizar essas estruturas, ficará sujeita ao risco de, caso a validade do direito de autor da IMS Health sobre essa estrutura seja, mais tarde, definitivamente decidida, poder ser obrigada a indemnizar a IMS Health pela violação desse direito de autor. Contudo, o interesse geral no sentido de que a IMS Health seja exposta à concorrência no mercado em causa, na pendência do processo principal, não pode prevalecer sobre aquele relativo à necessidade de proteger os seus direitos de autor de forma que possa ser concedida à AzyX uma licença, baseada numa aplicação provisória do artigo 82.° CE, de forma a protegê-la contra o risco de uma decisão em seu detrimento no processo por violação de direitos de autor entre ela e a IMS Health na Alemanha, o qual, segundo a informação da IMS ao juiz das medidas provisórias, será objecto de novo julgamento no Landgericht Frankfurt, em 21 de Novembro de 2001.

147 Quanto às dúvidas da Comissão no que diz respeito à probabilidade de a NDC Health ser incapaz de prosseguir as suas actividades no mercado em causa na pendência do processo principal, o risco não parece, tendo em conta o poderio económico do grupo NDC, ser significativamente superior ao risco, não tido em conta pela Comissão, das perdas financeiras que a requerente pode incorrer, se a decisão contestada for executada, ameaçando, por elas mesmas, a sobrevivência da IMS Health naquele mercado (v. n.° 121 *supra*).

148 Finalmente, uma vez que a referência da Comissão nas suas observações escritas a «outros interesses» protegidos pela decisão contestada pode ser compreendida como uma explicação e não como uma extensão dos interesse invocados pela Comissão nessa decisão, não se justifica uma apreciação diversa no respeitante à ponderação de interesses a efectuar no presente processo. Assim, o mero facto de que determinadas empresas farmacêuticas possam ficar descontentes com o preço e o padrão de serviços oferecidos pela IMS Health não significa que os seus interesses sejam grave ou irreparavelmente prejudicados, se for suspensa provisoriamente a execução da decisão contestada.

149 A ponderação de interesses inclina-se, assim, a favor da suspensão da execução da decisão antes da prolação do acórdão no processo principal.

150 Decorre de todas as considerações precedentes que estão preenchidas as condições exigidas nos termos do artigo 242.° CE e do n.° 2 do artigo 104.° do Regulamento de Processo para que seja ordenada a suspensão provisória pretendida pela requerente no presente processo.

Pelos fundamentos expostos,

O PRESIDENTE DO TRIBUNAL DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

decide:

1) **A execução da decisão da Comissão de 3 de Julho de 2001, relativa a um procedimento de aplicação do artigo 82.° CE (processo COMP D3/38.044 — NDC Health/IMS Health: medidas provisórias), é suspensa até que o Tribunal de Primeira Instância profira a decisão no processo principal.**

2) **Reserva-se para final a decisão quanto às despesas.**

Proferido no Luxemburgo, em 26 de Outubro de 2001.

O secretário — O presidente

H. Jung — B. Vesterdorf