CONCLUSÕES DO ADVOGADO-GERAL
PAOLO MENGOZZI
apresentadas em 11 de Janeiro de 2007 [1]

1. Por acórdão de 21 de Abril de 2005 [2] (a seguir «acórdão impugnado»), o Tribunal de Primeira Instância negou provimento ao recurso interposto pela Holcim (Deutschland) AG contra a Comissão com o fim de obter o reembolso das despesas de constituição de uma garantia bancária destinada a evitar o pagamento imediato de coimas impostas, por decisão posteriormente anulada pelo mesmo Tribunal, por violação do artigo 85.º do Tratado CE (actual artigo 81.º CE).

2. No presente recurso, a recorrente pede ao Tribunal de Justiça a anulação do acórdão impugnado e a condenação da Comissão no reembolso das despesas referidas, acrescidas de juros de mora.

Matéria de facto

3. Por decisão da Comissão de 30 de Novembro de 1994 (a seguir «decisão Cimento» [3]), as sociedades Alsen Breitenburg Zement und Kalkwerke GmbH (a seguir «ABZK») e Nordcement AG foram condenadas no pagamento de uma coima de 3,841 milhões de EUR e de 1,85 milhões de EUR, respectivamente, por terem violado o artigo 85.º do Tratado CE.

4. A ABZK e a Nordcement impugnaram a decisão referida perante o Tribunal de Primeira Instância e, prevalecendo-se da faculdade oferecida pela Comissão, decidiram ambas constituir e fornecer à instituição

1 — Língua original: italiano.

2 — Acórdão Holcim (Deutschland)/Comissão (T-28/03, Colect., p. II-1357).

3 — Decisão 94/815/CE relativa a um processo de aplicação do artigo 85.º do Tratado CE (Processo IV/33.126 e 33.322 — Cimento, JO L 343, p. 1).

uma garantia bancária, evitando deste modo ter de pagar imediatamente as coimas.

5. Por acórdão de 15 de Março de 2000 (a seguir «acórdão Cimento» [4]), o Tribunal de Primeira Instância, designadamente, anulou a decisão Cimento no que se referia à Alsen AG, na qual a ABZK e a Nordcement se tinham entretanto fundido e que se tornou posteriormente a Holcim (Deutschland) AG (a seguir «recorrente»).

6. A recorrente pediu, portanto, à Comissão o reembolso das despesas decorrentes da constituição das garantias bancárias referidas, no montante total de 139 002,21 EUR. A Comissão recusou proceder a esse reembolso.

Tramitação processual no Tribunal de Primeira Instância e acórdão impugnado

7. Na acção que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Primeira Instância em 31 de Janeiro de 2003, a ora recorrente pediu a condenação da Comissão no pagamento do montante referido no número anterior, acrescido de juros de mora à taxa anual de 5,75%, a partir de 15 de Abril de 2000, bem como no pagamento das despesas do processo.

8. No acórdão impugnado, o Tribunal de Primeira Instância julgou a acção em parte inadmissível e em parte improcedente e condenou a recorrente nas despesas.

9. A título liminar, o Tribunal de Primeira Instância considerou que a acção era inadmissível na parte em que se baseava no artigo 233.º CE [5] e julgou inadmissível o pedido, formulado pela recorrente a título subsidiário, de interpretar a acção, na parte em que se baseava no artigo 233.º CE, como um recurso de anulação ou uma acção por omissão [6].

10. O Tribunal de Primeira Instância declarou ainda que a acção tinha por objecto um pedido de reparação ao abrigo dos artigos 235.º CE e 288.º, segundo parágrafo, CE [7]. Esse pedido era, no entanto, inadmissível por motivo de prescrição, nos termos do artigo 46.º do Estatuto do Tribunal de

4 — Processos T-25/95, T-26/95, T-30/95 a T-32/95, T-34/95 a T-39/95, T-42/95 a T-46/95, T-48/95, T-50/95 a T-65/95, T-68/95 a T-71/95, T-87/95, T-88/95, T-103/95 e T-104/95, Cimenteries CBR e o./Comissão, dito «Cimento» (Colect., p. II-491).

5 — Acórdão impugnado, n.os 27 a 40 da fundamentação e ponto 1) do dispositivo.

6 — *Ibidem*, n.os 41 a 46 da fundamentação e ponto 2) do dispositivo.

7 — *Ibidem*, n.os 41 e 46.

Justiça, na parte que tinha por objecto as despesas com a garantia bancária suportadas pela recorrente nos cinco anos anteriores à data da propositura da acção [8].

11. A esse respeito, o Tribunal de Primeira Instância recordou que, segundo jurisprudência assente, o prazo de prescrição da acção baseada em responsabilidade extracontratual da Comunidade não pode começar a correr antes de estarem reunidas todas as condições a que está subordinada a obrigação de reparação. No caso em apreço, segundo o Tribunal de Primeira Instância, o dano alegado manifestou-se desde a constituição das garantias bancárias (ou seja, em 3 de Maio de 1995 no que respeita à garantia constituída pela ABZK e em de 18 de Abril de 1995 quanto à constituída pela Nordcement) e, a partir desse momento, a recorrente estava em posição de questionar a responsabilidade extracontratual da Comunidade, alegando a existência de um dano futuro mas certo e determinável, enquanto suficientemente previsível. O Tribunal de Primeira Instância observou, além disso, que as despesas foram calculadas proporcionalmente ao número de dias durante os quais as garantias bancárias estiveram em vigor. Portanto, o Tribunal de Primeira Instância sublinhou que a prescrição se aplicava, em função da data do acto interruptivo, ao período anterior em mais de cinco anos a esta data, sem afectar os direitos nascidos no decurso de períodos posteriores, e que apenas tinha sido interrompida com a propositura da acção [9].

12. Quanto ao mérito, o Tribunal de Primeira Instância entendeu, relativamente aos pedidos de reparação ainda não prescritos, que a acção era infundada por faltarem dois pressupostos da responsabilidade extracontratual da Comunidade.

13. Por um lado, o Tribunal de Primeira Instância excluiu que a violação do direito comunitário verificada no acórdão Cimento no que respeita à ABZK e à Nordcement fosse suficientemente caracterizada na acepção da jurisprudência comunitária. A esse propósito, o Tribunal de Primeira Instância declarou que no caso em apreço o poder discricionário da Comissão era certamente «reduzido», mas que o caso que foi objecto da decisão Cimento e do acórdão Cimento era particularmente complexo, e que, portanto, a Comissão estava confrontada com uma situação muito difícil de regularizar, nomeadamente devido às dificuldades de aplicação das disposições do Tratado CE em matéria de acordos, tanto mais importantes quanto os elementos factuais do processo em causa eram numerosos [10].

14. Por outro lado, o Tribunal de Primeira Instância excluiu que o nexo de causalidade entre o comportamento imputado à demandada e o dano alegado pudesse ser qualificado como suficientemente directo na acepção da jurisprudência comunitária. Segundo o Tribunal de Primeira Instância [11], as despesas de constituição da garantia bancária que ela suportou neste caso resultam da sua

8 — *Ibidem*, n.os 74 da fundamentação e ponto 3) do dispositivo.
9 — *Ibidem*, n.os 59, 60, 63, 68 a 70 e 74.
10 — *Ibidem*, n.os 100, 102, 114 e 115.
11 — *Ibidem*, n.os 123 e 124.

própria escolha de não cumprir a obrigação de pagar a coima, no prazo fixado pela decisão Cimento, e de contornar as regras do Tratado CE que, por um lado, conferem valor de título executivo às decisões da Comissão que imponham uma obrigação pecuniária a pessoas que não sejam Estados [12] e, por outro lado, excluem o efeito suspensivo dos recursos perante o Tribunal de Justiça [13].

Tramitação processual no Tribunal de Justiça e pedidos das partes

15. Por petição que deu entrada na Secretaria do Tribunal de Justiça em 13 de Julho de 2005, a recorrente pediu a anulação do acórdão já referido.

16. A recorrente conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

— anular o acórdão impugnado;

— condenar a Comissão a pagar-lhe o montante de 139 002,21 EUR, acrescido de juros à taxa anual de 5,75% a partir de 15 de Abril de 2000, ou, a título subsidiário, remeter o processo para o Tribunal de Primeira Instância para que este se pronuncie de novo;

— condenar a Comissão nas despesas.

17. A Comissão conclui pedindo que o Tribunal de Justiça se digne:

— declarar o pedido de anulação improcedente;

— condenar a recorrente nas despesas.

12 — Artigo 192.°, primeiro parágrafo, do Tratado CE (actual artigo 256.°, primeiro parágrafo, CE).

13 — Artigo 185.°, primeira frase, do Tratado CE (actual artigo 242.°, primeiro período, CE).

Análise jurídica

Quanto ao primeiro fundamento de recurso, relativo à prescrição parcial do direito à reparação

Argumentos das partes

18. A recorrente sustenta que o Tribunal de Primeira Instância interpretou incorrectamente as regras de prescrição do artigo 46.º do Estatuto do Tribunal de Justiça. Recorda que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o prazo de prescrição da acção de responsabilidade contra a Comunidade não pode ter início antes de estarem reunidas todas as condições a que se encontra subordinada a obrigação de reparação [14]. Uma vez que, na opinião da recorrente, a anulação da decisão Cimento era, no caso em apreço, uma condição para que surgisse a obrigação da Comissão de a reembolsar das despesas da garantia bancária, o prazo de prescrição do direito à reparação começou a correr apenas a partir da prolação do acórdão Cimento. A recorrente sublinha que uma acção de indemnização em consequência de uma decisão ilegal que impõe coimas não pode chegar a bom termo sem a interposição prévia, com êxito, de um recurso de anulação dessa decisão.

19. Segundo a recorrente, o Tribunal de Primeira Instância baseou-se erradamente na autonomia da acção de indemnização, relativamente ao recurso de anulação, para rejeitar a tese da recorrente acerca do *dies a quo* do prazo de prescrição. A recorrente observa, a esse respeito, que, no caso presente, não se pode falar de autonomia completa entre os dois tipos de via processual, uma vez que a ocorrência do prejuízo estava directamente ligada à interposição do recurso de anulação. Com efeito, a constituição das garantias bancárias tornou-se necessária precisamente para a interposição desse recurso contra a decisão Cimento.

20. Além disso, o Tribunal de Primeira Instância não teve em conta que, no momento da constituição das garantias bancárias, o prejuízo ainda não se tinha concretizado. Nessa altura, ao contrário do que considerou o Tribunal de Primeira Instância, o prejuízo ainda não era, segundo a recorrente, certo ou determinável, dado que a sua existência dependia da duração do processo de anulação no tribunal comunitário.

14 — Acórdão do Tribunal de Justiça de 27 de Janeiro de 1982, Birra Wührer e o./Conselho e Comissão (256/80, 257/80, 265/80, 267/80 e 5/81, Recueil, p. 85, n.º 10).

21. A recorrente sustenta, além disso, que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao considerar que o dano era de carácter contínuo. Pelo contrário, existiu um prejuízo único, que consistiu na constituição, mediante um único contrato, da garantia bancária e nas comissões consequentemente facturadas pelos bancos. O facto de a existência desse dano depender da duração do processo não torna esse dano num dano ocorrido de forma repetida e gradual. O Tribunal de Primeira Instância, de resto, contradiz-se ao afirmar no n.º 63 do acórdão impugnado que se tratava, no caso em apreço, de um dano futuro, e ao concluir, pelo contrário, no n.º 69 do mesmo acórdão, no sentido da superveniência gradual do dano.

22. A título subsidiário, a recorrente censura o Tribunal de Primeira Instância por não ter sequer reconhecido que a prescrição do direito à indemnização das despesas com a garantia bancária já tinha sido interrompida, antes de ser intentada a acção de indemnização, pela interposição do recurso de anulação da decisão Cimento.

Análise

23. A Comissão salienta que a argumentação principal da recorrente acaba, em última análise, por situar no acórdão Cimento o facto que está na origem da invocada responsabilidade extracontratual, o que é absurdo. Na realidade, esse facto foi constituído pela decisão Cimento ou pelas garantias bancárias. A Comissão salienta, além disso, que, no momento da constituição das garantias bancárias, o dano era certo ou pelo menos determinável, podendo calcular-se os montantes das comissões devidas pela recorrente aos bancos com base nas taxas para esse efeito fixadas nos contratos de garantia; o Tribunal de Primeira Instância não cometeu, portanto, um erro de direito ao considerar que o dano alegado estava suficientemente concretizado naquele preciso momento. O argumento da recorrente relativo ao carácter não contínuo do dano alegado apenas confirma que o próprio dano surgiu no momento da constituição das garantias bancárias e não na data da prolação do acórdão Cimento. Enfim, a argumentação da recorrente a título subsidiário é igualmente infundada, na medida em que resulta claramente da redacção do artigo 46.º do Estatuto do Tribunal de Justiça que o prazo de prescrição é interrompido a partir do momento em que é intentada uma acção de indemnização e não do momento em que é interposto um recurso de anulação.

24. Nos termos do artigo 46.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, «as acções contra as Comunidades em matéria de responsabilidade extracontratual prescrevem no prazo de cinco anos a contar da ocorrência do facto que lhes tenha dado origem».

25. Como o Tribunal de Justiça já teve ocasião de observar, a prescrição tem a função de conciliar a protecção dos direitos do lesado com o princípio da segurança jurídica [15]. Segundo jurisprudência constante, o prazo de prescrição da acção de responsabilidade extracontratual contra a Comunidade não pode começar a correr antes de estarem preenchidas todas as condições a que está subordinada a obrigação de reparação e, nomeadamente, antes de o dano a reparar estar concretizado [16].

26. A recorrente sustenta que, no caso vertente, uma das condições para que surgisse a responsabilidade extracontratual da Comunidade foi a anulação da decisão Cimento.

27. Esta tese parece-me infundada.

28. Recordo que a responsabilidade extracontratual da Comunidade e a efectivação do direito à reparação dos prejuízos sofridos dependem do preenchimento de um conjunto de condições relativas à existência de um acto ilícito das instituições comunitárias, de um dano efectivo e de um nexo de causalidade entre ambos [17].

29. Ora, em primeiro lugar, de modo algum resulta da jurisprudência comunitária que a condição relativa à ilegalidade do acto da instituição interessada é satisfeita apenas no momento em que essa ilegalidade é verificada por via judicial. A verificação judicial de tal ilegalidade é obviamente um pressuposto necessário para a verificação judicial da responsabilidade extracontratual da Comunidade, mas não condiciona certamente a existência dessa responsabilidade, nem o termo do prazo de prescrição da acção de indemnização.

30. Se assim não fosse, acabar-se-ia por deixar ao próprio credor a possibilidade de fazer correr, ou não, o prazo de prescrição. Este, com efeito, não corre até o credor ter interposto um recurso (de anulação) e/ou intentado uma acção (de responsabilidade) *e* ter obtido a declaração da ilicitude do acto da instituição.

31. Parece-me evidente que a regulamentação da prescrição impõe ao recorrente o

15 — Despacho de 18 de Julho de 2002, Autosalone Ispra dei Fratelli Rossi/Comissão (C-136/01 P, Colect., p. I-6565, n.º 28).

16 — Acórdão Birra Wührer e o./Conselho e Comissão, já referido, n.º 10, e despacho Autosalone Ispra dei Fratelli Rossi/Comissão, já referido, n.º 30.

17 — Acórdãos Birra Wührer e o./Conselho e Comissão, já referido, n.º 9, e de 14 de Outubro de 1999, Atlanta/Comunidade Europeia (C-104/97 P, Colect., p. I-6983, n.º 65); despacho Autosalone Ispra dei Fratelli Rossi/Comissão, já referido, n.º 29.

ónus de apreciar, por si mesmo, com o eventual apoio de consultores jurídicos, a legalidade do comportamento da instituição. Foi isso que o Tribunal de Primeira Instância considerou correctamente no n.º 65 do acórdão impugnado, salientando que, desde a adopção da decisão Cimento, a recorrente tinha a possibilidade de alegar uma violação do direito comunitário. O próprio Tribunal de Primeira Instância já tinha aliás esclarecido anteriormente, nos acórdãos Hartmann/Conselho e Comissão [18] e Bühring/ /Conselho e Comissão [19], que o início do prazo de prescrição exige o conhecimento pela vítima do facto que está na origem do dano e não da sua ilicitude.

32. Em segundo lugar, ao contrário do que sustentou a recorrente, a anulação prévia da decisão Cimento não era sequer necessária para se poder considerar concretizado, no caso presente, o prejuízo a indemnizar.

33. A este respeito, o Tribunal de Primeira Instância observou, no acórdão impugnado, que no momento da constituição das garantias bancárias o dano alegado pela recorrente era um dano futuro, mas já certo e determinável, na medida em que era suficientemente previsível. Por esse motivo, o Tribunal de Primeira Instância considerou que a recorrente estava em posição de invocar a responsabilidade extracontratual da Comunidade desde esse momento e que a partir daí começou a correr, neste caso, o prazo de prescrição [20].

34. Raciocinando desse modo, o Tribunal de Primeira Instância parece entender que o prazo de prescrição da acção de responsabilidade extracontratual da Comunidade corre necessariamente a partir do momento em que se torna possível intentar essa acção. Nesse sentido, manifestou-se aliás expressamente o advogado-geral F. Capotorti [21], que observou a esse propósito que «cada período de prescrição de uma acção judicial começa a correr a partir da data em que a acção pode ser intentada» e que, «nos limites em que a acção ao abrigo dos artigos 215.º e 178.º do Tratado CEE [actuais artigos 288.º CE e 235.º CE] possa ser proposta também no que se refere a danos futuros, o momento a partir do qual a acção pode ser intentada representa o termo *a quo* da prescrição».

35. Todavia, não me convence esta tese, que não me parece corresponder ao que se pode deduzir da jurisprudência do Tribunal de Justiça. Também me parece, tal como à recorrente, que esta tese confunde erradamente a questão da prescrição com a da admissibilidade da acção de indemnização.

18 — Acórdão de 16 de Abril de 1997 (T-20/94, Colect., p. II-595, n.º 112).

19 — Acórdão de 4 de Fevereiro de 1998 (T-246/93, Colect., p. II-171, n.º 68).

20 — V. acórdão impugnado, n.ºs 60 a 63 e 68.

21 — Conclusões apresentadas em 13 de Outubro de 1981 nos processos Birra Wührer e o./Conselho e Comissão, já referidos, e De Franceschi/Conselho e Comissão (51/81, Recueil, 1982, p. 108, n.º 4).

36. Resulta, por um lado, da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o artigo 288.º CE não impede que se recorra ao Tribunal para que este declare a responsabilidade da Comunidade por danos iminentes que sejam previsíveis com um grau suficiente de certeza, ainda que o prejuízo não possa ainda ser quantificado com precisão. Com efeito, segundo o Tribunal de Justiça, pode ser necessário, a fim de evitar prejuízos maiores, recorrer a juízo logo que a causa do prejuízo seja certa [22].

37. Por outro lado, resulta da jurisprudência do Tribunal de Justiça que o prazo de prescrição da acção de responsabilidade contra a Comunidade não pode começar a correr antes de se ter concretizado o dano a indemnizar, ou seja, antes de se terem produzido os efeitos prejudiciais do acto ilícito da Comunidade [23].

38. Daí resulta, em minha opinião, que é bem possível intentar uma acção de indemnização ao abrigo do artigo 235.º CE, apesar de o dano ainda não se ter concretizado (quando o dano seja, no entanto, iminente e previsível com certa segurança), mas, em qualquer caso, o prazo de prescrição não começa a correr antes da concretização do próprio dano.

39. Em substância, a jurisprudência referida no n.º 36 *supra* destina-se a permitir que seja intentada uma acção de responsabilidade, que de outro modo seria considerada prematura, como instrumento de protecção antecipada adequado a limitar as consequências prejudiciais do acto ilícito da Comunidade. A possibilidade dessa protecção antecipada, todavia, não afecta de modo algum o *dies a quo* do prazo de prescrição, correspondendo aliás também ao interesse da Comunidade. Essa possibilidade, com efeito, pode conduzir a uma limitação do montante da indemnização a que a Comunidade estará obrigada caso as condições da sua responsabilidade extracontratual se verifiquem.

40. Assim, sendo certo que o prazo de prescrição não pode começar a correr antes de ser possível intentar a acção de indemnização, não é necessariamente certo que esse prazo comece a correr no próprio momento em que tal acção possa ser exercida.

41. Ora, no caso presente, o intervalo de tempo entre o momento em que o dano se tornou *previsível com uma certa segurança* e o momento em que *se concretizou* é mínimo. O primeiro momento coincide com a

22 — Acórdãos de 2 de Junho de 1976, Kampffmeyer e o./Comissão e Conselho (56/74 a 60/74, Colect., p. 315, n.º 6), e de 14 de Janeiro de 1987, Zuckerfabrik Bedburg/Conselho e Comissão (281/84, Colect., p. 49, n.º 14).

23 — Acórdão Birra Wührer e o./Conselho e Comissão, já referido, n.os 10 e 11, e acórdão de 27 de Janeiro de 1982, De Franceschi/Conselho e Comissão (51/81, Colect., p. 117, n.os 10 e 11).

constituição das garantias bancárias, como observou com razão o Tribunal de Primeira Instância. O segundo momento, a partir do qual corre o prazo de prescrição, é determinável no dia seguinte, porque, como declarou o Tribunal de Primeira Instância [24], as despesas de garantia bancária se acumularam ao longo dos dias.

42. Em qualquer caso, a recorrente não sustenta que o prazo de prescrição começou a correr no dia seguinte ao da constituição das garantias bancárias. A recorrente acusa o Tribunal de Primeira Instância de não ter considerado que o dano se concretizou apenas com a anulação da decisão Cimento. Ora, essa censura parece claramente destituída de fundamento, dado que as despesas de garantia bancária, que constituem o dano alegado, começaram a produzir-se, como acabei de referir, no dia seguinte ao da constituição das garantias bancárias, ou seja, muito tempo antes do acórdão Cimento.

43. O referido acórdão afastou, é certo, a obrigação de a recorrente pagar as coimas infligidas à ABZK e à Nordcement pela decisão Cimento e, portanto, pôs termo à produção das despesas de garantia bancária incorridas pela recorrente. Deste modo, o montante definitivo dessas despesas, e portanto do dano alegado, tornou-se quantificável no seu conjunto.

44. Não é por isso, todavia, que deve considerar-se que o prazo de prescrição não correu antes daquele momento. A jurisprudência relativa ao início do prazo de prescrição exige que o dano se tenha concretizado, e não que o dano se tenha igualmente esgotado. Por outro lado, não resulta de modo nenhum da jurisprudência que a acção de indemnização ao abrigo do artigo 235.º CE apenas pode ser exercida na condição de o dano alegado ser quantificável com precisão *na sua totalidade* no momento da interposição do recurso.

45. Entendo, portanto, que o Tribunal de Primeira Instância considerou erradamente, do ponto de vista jurídico, que o prazo de prescrição começava a correr no caso em apreço a partir do dia (o da constituição das garantias bancárias) em que, tendo-se o dano tornado suficientemente previsível, a acção de responsabilidade já podia ser intentada, bem como a partir do momento em que o dano se concretizou efectivamente. Considero, no entanto, que a acusação da recorrente ora em análise deve, de qualquer modo, ser considerada improcedente por outros motivos, uma vez que, ao contrário do que ela pretende, essa concretização não se deu com o acórdão Cimento mas com a ocorrência das primeiras despesas da garantia bancária, no dia seguinte ao da constituição das referidas garantias.

46. Quanto às acusações posteriores da recorrente acerca da produção instantânea e não gradual do dano e da interrupção da

24 — Acórdão impugnado, n.º 61.

prescrição em consequência da interposição do recurso de anulação da decisão Cimento, não me parece que mereçam acolhimento.

Quanto ao segundo fundamento de recurso, relativo à condição da ilicitude do comportamento da Comunidade

Argumentos das partes

47. O argumento relativo à produção instantânea do dano não pode aproveitar de modo algum à recorrente, porque, mesmo que fosse fundado, a prescrição da acção de responsabilidade extracontratual abrangeria a totalidade do dano alegado e não, como declarou o acórdão impugnado, apenas uma parte dele.

48. O argumento, invocado a título subsidiário, relativo à interrupção da prescrição colide com a redacção clara do artigo 46.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, que determina de modo taxativo os actos que interrompem a prescrição nele prevista. Por outro lado, a interposição de um recurso de anulação é, por sua própria natureza, inadequada para determinar os efeitos interruptivos da prescrição da acção de indemnização, porque não exprime por si só a vontade de exercer o direito à indemnização pelos danos causados pelo acto contra o qual o recurso foi interposto.

49. Portanto, sou de opinião que o primeiro fundamento de recurso deve ser declarado improcedente.

50. A título principal, a recorrente sustenta que o Tribunal de Primeira Instância cometeu um erro de direito ao entender que a responsabilidade extracontratual da Comunidade pressupõe, mesmo no caso vertente, a existência de uma violação suficientemente caracterizada do direito comunitário. Em sua opinião, essa condição é exigida pela jurisprudência apenas para a responsabilidade extracontratual da Comunidade decorrente de actos legislativos e não também para a responsabilidade decorrente de decisões pelas quais se aplicam coimas por violações do direito da concorrência, decisões essas cuja ilegalidade é suficiente para fazer surgir tal responsabilidade.

51. A título subsidiário, a recorrente sustenta que no caso vertente a Comissão cometeu, no entanto, uma violação suficientemente caracterizada e que o Tribunal de Primeira Instância concluiu erradamente em sentido contrário.

52. A este respeito, a recorrente censura o Tribunal de Primeira Instância, em primeiro

lugar, por não se ter limitado, ao averiguar se a violação do direito comunitário cometida pela Comissão era suficientemente caracterizada, a ter em conta o facto de a decisão Cimento não implicar nenhuma margem de discricionariedade da instituição. Tendo em consideração, como critério suplementar de apreciação, a complexidade dos factos e as dificuldades de aplicação da regulamentação comunitária sobre os acordos de empresa, o Tribunal de Primeira Instância afastou-se erradamente da jurisprudência que faz da margem de discricionariedade da instituição em questão o critério decisivo para verificar a existência de uma violação suficientemente caracterizada.

53. Em segundo lugar, a recorrente entende que, em qualquer caso, os factos censurados à ABZK e à Nordcement na decisão Cimento, bem como a sua apreciação jurídica, não eram de tal modo complexos que justificassem a exclusão da alegada responsabilidade da Comunidade. Com efeito, para a Comissão tratou-se apenas de verificar se a participação das referidas sociedades na troca de informações relativas aos mercados de exportação efectuada no seio do European Cement Export Committee (a seguir «ECEC») podia constituir uma violação do direito comunitário da concorrência. O Tribunal de Primeira Instância, para concluir no sentido do carácter complexo da matéria de facto e das questões jurídicas que eram objecto da decisão Cimento, salientou erradamente, contra a recorrente, circunstâncias estranhas às empresas ABZK e à Nordcement, bem como dificuldades decorrentes da decisão da Comissão de tratar no âmbito de um único processo e de uma única decisão a matéria de facto e a posição das empresas referidas e de empresas terceiras.

54. A Comissão é de opinião que o Tribunal de Primeira Instância não cometeu erros de direito ao excluir que a adopção da decisão Cimento relativamente à ABZK e à Nordcement tivesse constituído uma violação suficientemente caracterizada e ao entender, por isso mesmo, que não existia responsabilidade extracontratual da Comunidade.

55. A Comissão contesta a relevância da distinção feita pela recorrente entre actos normativos e decisões individuais, a qual, com base na jurisprudência mais recente, não é determinante para definir os limites do poder de apreciação de que dispunha a instituição em questão. Além disso, a Comissão entende que foi correcto da parte do Tribunal de Primeira Instância ter em conta igualmente a complexidade da matéria de facto que a Comissão era chamada a apreciar. Enfim, o argumento da recorrente segundo o qual a matéria de facto não era complexa não é admissível no quadro de um recurso e é, de qualquer modo, infundado, dado que há que ter em conta, como fez o Tribunal de Primeira Instância, não apenas a situação das empresas ABZK e Nordcement, mas também a situação do conjunto do sector cimenteiro na época dos factos, que o próprio acórdão Cimento definiu como sendo bastante complexa.

Análise

56. No acórdão impugnado, o Tribunal de Primeira Instância, após recordar que a responsabilidade extracontratual da Comunidade está sujeita à reunião de um conjunto de condições, entre as quais a ilicitude do comportamento imputado à instituição [25], salientou correctamente, no que respeita a tal condição, que a jurisprudência do Tribunal de Justiça exige que se demonstre uma violação suficientemente caracterizada de uma norma jurídica que tenha por objecto conferir direitos aos particulares [26].

57. Ao contrário do que sustenta a recorrente, que se baseia para esse efeito numa jurisprudência muito antiga [27], o requisito da existência de uma violação suficientemente caracterizada não vale apenas para os casos em que o comportamento ilícito imputado à instituição em questão consiste na adopção de um acto normativo. A jurisprudência do Tribunal de Justiça referida pelo Tribunal de Primeira Instância, tal como a jurisprudência posterior [28], de modo nenhum limita nesse sentido a aplicabilidade daquele requisito, que é de carácter geral [29].

58. Portanto, o Tribunal de Primeira Instância não cometeu qualquer erro de direito ao entender que a responsabilidade extracontratual da Comunidade pelos danos alegadamente sofridos pela recorrente por causa da adopção da decisão Cimento pressupunha a verificação de uma violação suficientemente caracterizada de uma norma jurídica que tenha por objecto conferir direitos aos particulares.

59. Passando agora a analisar a argumentação avançada pela recorrente a título subsidiário, saliento antes de mais que a recorrente acusa erradamente o Tribunal de Primeira Instância de não ter concluído, uma vez admitido que o poder discricionário da Comissão era nesse caso «reduzido», que semelhante violação existia por esse mesmo motivo.

25 — *Ibidem*, n.º 86.

26 — Acórdão impugnado, n.º 87. O Tribunal de Primeira Instância menciona a esse respeito os acórdãos do Tribunal de Justiça de 4 de Julho de 2000, Bergaderm e Goupil/Comissão (C-352/98 P, Colect., p. I-5291, n.os 40 e 42 a 44); de 10 de Dezembro de 2002, Comissão/Camar e Tico (C-312/00 P, Colect., p. I-11355, n.os 52 a 55); e Comissão/Fresh Marine (C-472/00 P, Colect., p. I-7541, n.os 24 a 26).

27 — Acórdão de 2 de Dezembro de 1971, Aktien-Zuckerfabrik Schöeppenstedt/Conselho (5/71, Colect., p. 375), que subordinava a responsabilidade extracontratual da Comunidade por danos provocados devido a um acto normativo que implicava escolhas de política económica à existência de uma violação grave de uma norma superior destinada a proteger os particulares.

28 — Acórdãos de 23 de Março de 2004, Provedor de Justiça/Lamberts (C-234/02 P, Colect., p. I-2803, n.º 49), e de 12 de Julho de 2005, Comissão/CEVA e Pfizer (C-198/03 P, Colect., p. I-6357, n.º 63).

29 — A recorrente incorre em erro quando sublinha que todos os acórdãos do Tribunal de Justiça a que o Tribunal de Primeira Instância se refere no n.º 87 do acórdão impugnado diziam respeito a responsabilidade em consequência de actos normativos. Com efeito, o acórdão Comissão/Camar e Tico, já referido, refere-se à responsabilidade extracontratual decorrente de uma decisão da Comissão pela qual foi indeferido um pedido de medidas transitórias nos termos do artigo 30.º do Regulamento (CEE) n.º 404/93 do Conselho, de 13 de Fevereiro de 1993, que estabelece a organização comum de mercado no sector das bananas (JO L 47, p. 1).

60. É certo, como observa a recorrente, que, segundo a jurisprudência do Tribunal de Justiça, o critério decisivo para se considerar que uma violação do direito comunitário é suficientemente caracterizada é o da violação manifesta e grave, pela instituição comunitária, dos limites que se impõem ao seu poder de apreciação, e que o critério determinante para saber se estamos em presença de uma tal violação é a margem de apreciação de que dispunha a instituição em causa [30].

61. Todavia, resulta igualmente dessa jurisprudência que o regime desenvolvido pelo Tribunal de Justiça com base no artigo 288.°, segundo parágrafo, CE, tem em consideração, designadamente, a complexidade das situações a resolver, as dificuldades de aplicação ou de interpretação dos textos e, em especial, a margem de apreciação de que dispõe o autor do acto impugnado [31].

62. O Tribunal de Primeira Instância não cometeu, portanto, qualquer erro de direito ao sublinhar, a fim de apreciar se existia no caso em apreço uma violação suficientemente caracterizada, também a complexidade das situações sobre as quais a Comissão tinha de se pronunciar e a dificuldade de aplicação das disposições relevantes do Tratado CE.

63. Em seguida, quanto à censura relativa à apreciação formulada pelo Tribunal de Primeira Instância acerca da complexidade quer das situações sobre as quais a Comissão tinha de se pronunciar quer da sua qualificação jurídica, entendo que é admissível apenas na parte em que imputa ao Tribunal de Primeira Instância o facto de ter dado relevo, no âmbito da referida apreciação, a factos estranhos às sociedades ABZK e Nordcement.

64. Com efeito, sou de opinião que nem a avaliação da complexidade dos factos nem a avaliação da complexidade da sua qualificação jurídica constituem questões de direito, antes devendo ser analisadas da mesma maneira que a apreciação da matéria de facto, que, como se sabe, não está sujeita à fiscalização do Tribunal de Justiça em sede de impugnação de um acórdão do Tribunal de Primeira Instância, excepto em caso de desvirtuação dos elementos de prova que lhe foram submetidos [32], desvirtuação que não é, no entanto, alegada no caso vertente.

65. Pelo contrário, constitui uma questão de direito que pode ser analisada nessa sede a questão que visa determinar se, no âmbito das apreciações referidas, efectuadas para verificar se a violação do direito comunitário cometida em prejuízo de uma empresa é suficientemente caracterizada, é ou não

30 — Acórdãos Bergaderm e Goupil/Comissão, já referido, n.os 43 e 46; Comissão/Camar e Tico, já referido, n.os 54 e 55; Comissão/Fresh Marine, já referido, n.os 26 e 27; e Comissão/CEVA e Pfizer, já referido, n.os 64 e 66.

31 — Acórdãos Bergaderm e Goupil/Comissão, já referido, n.° 40; Comissão/Camar e Tico, já referido, n.° 52; Comissão/Fresh Marine, já referido, n.° 24; e Comissão/CEVA e Pfizer, já referido, n.° 62.

32 — Entre muitos, acórdãos de 11 de Fevereiro de 1999, Antillean Rice Mills e o./Comissão (C-390/95 P, Colect., p. I-769, n.° 29) e de 8 de Maio de 2003, T. Port/Comissão (C-122/01 P, Colect., p. I-4261, n.° 27).

admissível ter em conta igualmente os factos e a posição de outras empresas.

66. No que se refere a esta questão, observo, a título preliminar, que, tratando-se no caso vertente da aplicação do artigo 85.°, n.° 1, do Tratado CE a alegados acordos e práticas concertadas, ou seja, a infracções que pressupõem por definição a participação de duas ou mais empresas, é óbvio que a Comissão não podia verificar a existência de uma violação dessa disposição por uma única empresa, limitando-se a verificar e a apreciar factos próprios exclusivamente da referida empresa. Ao contrário do que sustenta a recorrente, portanto, a Comissão não teria podido adoptar uma decisão diferente relativa apenas à ABZK e/ou à Nordcement [33].

67. A acusação da recorrente visa essencialmente o facto de o Tribunal de Primeira Instância ter valorizado a extensão do acórdão Cimento como nova prova da complexidade do caso relativo à ABZK ou à Nordcement, quando, segundo a recorrente, essa extensão é simplesmente a consequência da escolha da Comissão, em primeiro lugar, e do Tribunal de Primeira Instância, em seguida, de tratar muitos *casos conexos* no âmbito de uma única decisão [34].

68. Todavia, de modo nenhum resulta do acórdão impugnado que o Tribunal de Primeira Instância tenha deduzido a complexidade dos factos e da sua apreciação jurídica da extensão do acórdão Cimento.

69. É certo, no entanto, que, na primeira parte do seu raciocínio [35], o Tribunal de Primeira Instância parece apreciar não a complexidade dos casos específicos que a Comissão censurou à ABZK, à Nordcement e às outras empresas consideradas responsáveis pelas duas infracções imputadas a estas sociedades, mas a complexidade do caso que é objecto, na sua totalidade, da decisão Cimento (a seguir o «caso Cimento»).

70. Há que recordar a esse respeito que com a decisão Cimento a Comissão verificou a existência de um grande número de infracções ao artigo 85.°, n.° 1, do Tratado CE [36]. Todavia, apenas duas dessas infracções foram verificadas relativamente à ABZK e à Nordcement: a do artigo 1.° da decisão Cimento, ou seja «[um] acordo que tinha por objecto o respeito [dos limites] dos mercados nacionais e a regulamentação do comércio de cimento entre países», e a do artigo 5.° da mesma decisão, ou seja, a troca de informações, no âmbito do ECEC «relativas [...] à situação da oferta e da procura nos países terceiros importadores, aos preços susceptíveis de serem praticados na exporta-

33 — V. petição, n.° 52, *in fine*.
34 — *Ibidem*.
35 — V. acórdão impugnado, n.os 103 a 106.
36 — V. decisão Cimento, artigos 1.° a 7.°

ção, à situação das importações nos países membros e à situação da oferta e da procura nos mercados nacionais e tendo em vista evitar incursões dos concorrentes nos mercados nacionais respectivos da CE».

71. Uma vez que o Tribunal de Primeira Instância, no acórdão impugnado, foi chamado a apreciar a complexidade das situações a regular a fim de verificar não se a duração do procedimento administrativo era razoável [37], mas se a violação do direito comunitário cometida pela Comissão em prejuízo das sociedades ABZK e Nordcement era suficientemente caracterizada, sou de opinião que o Tribunal de Primeira Instância não deveria ter-se referido, *salvo esclarecimentos posteriores* que no entanto não figuram no acórdão impugnado, ao caso Cimento enquanto tal, mas apenas às infracções imputadas a essas sociedades.

72. Observo no entanto, por um lado, que, ao referir-se ao caso Cimento enquanto tal, o Tribunal de Primeira Instância demonstrou essencialmente que aquele caso implicava um grande número de empresas e, designadamente, a quase totalidade da indústria europeia do cimento [38]. Ora, resulta da simples leitura do dispositivo da decisão Cimento que cada uma das outras empresas que aí foram consideradas responsáveis por infracções ao artigo 85.º, n.º 1, participaram, juntamente com a ABZK e a Nordcement, na infracção verificada no artigo 1.º da mesma decisão. Daí se deduz que o número de empresas envolvidas nessa alegada infracção coincide exactamente com o número das empresas envolvidas no caso Cimento e que as dificuldades inerentes ao grande número de empresas envolvidas, a que o Tribunal de Primeira Instância se referiu, existiam portanto igualmente quanto a pelo menos uma das duas infracções imputadas às sociedades acima referidas.

73. Por outro lado, na parte seguinte do seu raciocínio, o Tribunal de Primeira Instância salientou que a complexidade das situações a regular resultava, em especial:

— do facto de as empresas alvo da investigação da Comissão serem membros directos ou *indirectos* (sendo nesse caso representadas pelas suas associações respectivas) da Cembureau (associação europeia do cimento) e que este era precisamente o caso da ABZK e da Nordcement [39];

37 — Nos n.ºs 104 a 105 do acórdão impugnado, o Tribunal de Primeira Instância invocou algumas afirmações relativas à complexidade do caso que é objecto da decisão Cimento que tinham sido feitas no acórdão Cimento, mas no quadro da verificação do carácter razoável da duração do procedimento administrativo.

38 — V. acórdão impugnado, n.ºs 103, 105 e, sobretudo, 114.

39 — Acórdão impugnado, n.º 107.

— do facto de, quanto à parte da decisão Cimento que dizia especificamente respeito a estas últimas, a Comissão se ter visto confrontada com um conjunto de documentos probatórios cuja interpretação não era evidente [40] e do facto de ter sido necessário analisar um número importante de documentos [41];

— do facto, designadamente, de o Tribunal de Primeira Instância, embora anulando a decisão Cimento no que respeita às sociedades referidas, não ter apesar disso deixado de verificar que a Comissão dispunha de um certo número de indícios adequados para defender a sua tese, que o Tribunal de Primeira Instância considerou em seguida insuficientemente provada, segundo a qual a cooperação no âmbito do ECEC tinha o objectivo e o efeito de reforçar a regra do respeito dos mercados nacionais [42].

74. A recorrente de modo nenhum menciona ou contesta estas últimas afirmações do Tribunal de Primeira Instância que, como resulta claramente do n.º 114 do acórdão impugnado, foram, juntamente com as relativas ao elevado número de empresas envolvidas, as declarações em que se baseou definitivamente para concluir no sentido da grande dificuldade das situações que a Comissão era chamada a regular.

75. Em circunstâncias semelhantes, mesmo supondo que o Tribunal de Primeira Instância tenha cometido um erro ao referir-se, na primeira parte do seu raciocínio relativo à complexidade das situações a regular, ao caso Cimento no seu conjunto, bem como às infracções específicas imputadas à ABZK e à Nordcement, semelhante erro não afectou, em minha opinião, a conclusão do Tribunal de Primeira Instância que mencionei no ponto anterior.

76. Em seguida, quanto às dificuldades de aplicação das disposições legislativas relevantes, nenhum elemento do acórdão impugnado permite afirmar que o Tribunal de Primeira Instância não as tenha apreciado relativamente às infracções especificamente imputadas à ABZK e à Nordcement. Pelo contrário, resulta expressamente do n.º 115 do acórdão impugnado que as dificuldades de aplicação das disposições do Tratado CE em matéria de acordos, decisões e práticas concertadas, inerentes às próprias disposições «eram tanto mais importantes quanto os elementos factuais do processo em causa eram numerosos, *incluindo os relativos à parte da decisão respeitante à [ABZK e à Nordcement]*» [43].

40 — *Ibidem*, n.º 108.

41 — *Ibidem*, n.º 114.

42 — *Ibidem*, n.º 113.

43 — O sublinhado é meu.

77. Portanto, também não me parece que a acusação em análise deva ser acolhida.

78. Saliento enfim — confirmando que é legítimo ter em consideração o conjunto da margem de discricionariedade de que dispunha a Comissão, a complexidade dos factos e a dificuldade de aplicação das normas — que a petição não contém nenhuma censura específica relativa à ponderação de tais elementos efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância, o que o induziu a concluir no sentido do carácter não suficientemente caracterizado da violação do direito comunitário cometida pela Comissão. O Tribunal de Justiça não é, portanto, chamado a pronunciar-se a esse respeito.

79. À luz da exposição precedente, entendo que o segundo fundamento de recurso também deve ser declarado improcedente.

Quanto ao terceiro fundamento de recurso, relativo à existência de um nexo de causalidade entre o comportamento ilegal e o dano alegado

80. Se o Tribunal de Justiça declarar improcedente, como proponho, o segundo fundamento de recurso, não terá necessidade de analisar igualmente o terceiro fundamento de recurso, relativo à existência de um nexo de causalidade entre o comportamento ilegal e o dano alegado.

81. Com efeito, segundo jurisprudência assente, dado que os três pressupostos da responsabilidade extracontratual da Comunidade, ou seja, a ilegalidade do comportamento imputado às instituições comunitárias, a realidade do dano e a existência de um nexo de causalidade entre o comportamento da instituição e o dano alegado, são cumulativos, a falta de um deles é suficiente para determinar a improcedência de uma acção de indemnização [44].

82. Uma vez que a recorrente não demonstrou a existência de erros de direito susceptíveis de invalidar a declaração feita pelo Tribunal de Primeira Instância de falta de uma violação suficientemente caracterizada do direito comunitário no caso em apreço, e uma vez que essa declaração justifica, por si só, a improcedência do pedido de indemnização apresentado pela recorrente, a análise do terceiro fundamento de recurso revela-se

44 — V., entre muitos, acórdãos de 15 de Janeiro de 1987, GAEC de la Ségaude/Conselho e Comissão (253/84, Colect., p. 123, n.os 9 e 21; de 9 de Setembro de 1999, Lucaccioni/Comissão (C-257/98 P, Colect., p. I-5251, n.º 14); e Atlanta/Comunidade Europeia, já referido, n.º 65.

supérflua na medida em que, *nas circunstâncias referidas*, a sua eventual procedência não permitiria atacar o dispositivo do acórdão impugnado [45].

83. Por isso, procederei em seguida à análise do terceiro fundamento de recurso apenas para a hipótese de o Tribunal de Justiça acolher o segundo fundamento de recurso ou decidir analisar o terceiro fundamento de recurso antes do segundo.

Argumentos das partes

84. A recorrente entende que o Tribunal de Primeira Instância aplicou erradamente, no caso vertente, a jurisprudência do Tribunal de Justiça segundo a qual a Comunidade apenas responde pelos danos decorrentes de modo suficientemente directo do comportamento ilegal da instituição em causa [46].

85. Em primeiro lugar, a recorrente sustenta que o dano alegado decorre de modo suficientemente directo da decisão Cimento porque, se a Comissão não tivesse adoptado a referida decisão relativamente à recorrente, esta não se teria visto na necessidade de interpor um recurso de anulação e de constituir as garantias bancárias.

86. Em segundo lugar, a recorrente sublinha que a decisão de constituir essas garantias, em lugar de proceder ao pagamento imediato da coima infligida, não é susceptível de romper o nexo de causalidade, dado que o dispositivo da decisão Cimento e a falta de efeito suspensivo do recurso de anulação obrigavam as empresas condenadas a satisfazer a imposição da Comissão de o pagamento da coima ser assegurado. Deste ponto de vista, não se pode reservar um tratamento diferente, quanto às suas consequências jurídicas, às duas formas de garantia que podiam ser oferecidas à Comissão, ou seja, a constituição de garantias bancárias ou o pagamento imediato da coima.

87. Em terceiro lugar, a recorrente sublinha que a constituição das garantias bancárias era consonante com a «obrigação de redução do dano» que lhe incumbia enquanto vítima do acto ilícito e teve o efeito de atenuar o dano que a Comissão, de outra forma, teria de ressarcir. A recorrente observa, com efeito, que se tivesse tido que contrair um empréstimo para obter dos bancos os fundos para pagar a coima, os juros que teria de

45 — Por outras palavras, o terceiro fundamento de recurso visa um elemento inserido *ad abundantiam* na fundamentação do acórdão do Tribunal de Primeira Instância, e deve portanto ser declarado improcedente por irrelevante, dado que o dispositivo do acórdão se baseia noutro elemento da fundamentação *que resiste às censuras da recorrente*.

46 — Acórdão de 4 de Outubro de 1979, Dumortier e o./Conselho (64/76 e 113/76, 167/78 e 239/78, 27/79, 28/79 e 45/79, Recueil, p. 3091, n.º 21).

pagar, e que a Comissão teria de lhe reembolsar a título de indemnização, teriam sido mais elevados, mesmo deduzidos dos juros que o montante da coima tivesse gerado para a Comissão, do que as comissões devidas pelas garantias bancárias. O Tribunal de Primeira Instância considerou portanto erradamente que o dano alegado não era ressarcível já que, de outra forma, a Comissão seria penalizada pela obrigação de restituir somas que nunca teve à disposição. A recorrente sublinha que a finalidade da obrigação de indemnização ao abrigo do artigo 288.°, segundo parágrafo, CE, é a de obrigar as instituições a responder pelos danos que causam a terceiros quando adoptem decisões ilegais.

88. A Comissão observa, pelo contrário, que não existe nexo de causalidade entre o seu comportamento e a ocorrência do dano alegado, que resultou apenas da livre decisão da recorrente de constituir garantias bancárias em vez de pagar, a título provisório, a coima. A Comissão indica, além disso, que as despesas da garantia bancária teriam surgido mesmo que o Tribunal de Primeira Instância não tivesse concedido provimento ao recurso da recorrente contra a decisão Cimento.

Análise

89. Em matéria de responsabilidade extracontratual, nos termos do artigo 288.°, segundo parágrafo, CE, os tribunais comunitários afirmaram constantemente que a Comunidade só pode ser considerada responsável pelos danos decorrentes de modo suficientemente directo do comportamento ilegal da instituição em causa [47] ou, por outras palavras, que essa responsabilidade pressupõe a existência de um nexo de causalidade directo [48] (ou imediato [49]) entre o acto ilegal e o dano [50].

90. A recorrente não avança nenhuma crítica relativamente a tal jurisprudência, a

47 — Acórdão Dumortier e o./Conselho, já referido, n.° 21; acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 11 de Julho de 1996, International Procurement Services/Comissão (T-175/94, Colect., p. II-729, n.° 55); de 25 de Junho de 1997, Perillo/Comissão (T-7/96, Colect., p. II-1061, n.° 41); e de 29 de Outubro de 1998, TEAM/Comissão (T-13/96, Colect., p. II-4073, n.° 68).

48 — Acórdãos de 30 de Janeiro de 1992, Finsider e o./Comissão (C-363/88 e C-364/88, Colect., p. I-359, n.os 28 e 50 (relativo à responsabilidade extracontratual da CECA) e Bergaderm e Goupil/Comissão, já referido, n.os 41 e 42, e despacho de 12 de Abril de 2005, DLD Trading/Conselho (C-80/04 P, não publicado na Colectânea, n.° 45); acórdãos do Tribunal de Primeira Instância de 18 de Setembro de 1995, Blackspur e o./Conselho e Comissão (T-168/94, Colect., p. II-2627, n.° 40) e de 13 de Setembro de 2006, CAS Succhi di Frutta/Comissão (T-226/01, Colect., p. II-2763, n.° 37).

49 — Acórdão Finsider e o./Comissão, já referido, n.° 25.

50 — A existência de um nexo de causalidade directo é, aliás, exigida pela jurisprudência comunitária igualmente para a declaração da responsabilidade extracontratual do Estado-Membro por danos causados por uma violação do direito comunitário que lhe seja imputável. V. acórdãos de 5 de Março de 1996, Brasserie du Pêcheur e Factortame (C-46/93 e C-48/93, Colect., p. I-1029, n.os 51 e 65); de 23 de Maio de 1996, Hedley Lomas (C-5/94, Colect., p. I-2553, n.os 25 e 32); e de 15 de Junho de 1999, Rechberger e o. (C-140/97, Colect., p. I-3499, n.° 72).

que o acórdão impugnado faz referência e que a própria recorrente invoca. Mas esta censura o Tribunal de Primeira Instância por a ter aplicado erradamente no caso em apreço.

91. Vendo bem, todavia, parece-me que, na medida em que, com a primeira parte do presente fundamento (v. n.º 85, *supra*), ao considerar que existe no caso vertente o nexo de causalidade exigido devido ao facto de que, se a Comissão não tivesse adoptado a decisão Cimento relativamente à ABZK e à Nordcement, estas não se teriam visto na necessidade de constituir garantias bancárias, a recorrente defende na realidade uma concepção do nexo de causalidade diferente daquela que se pode deduzir da jurisprudência comunitária. Tal argumento — que é admissível na medida em que suscita uma questão de direito — parece, com efeito, exprimir uma concepção segundo a qual é *suficiente*, para que exista o nexo referido, que o comportamento ilícito tenha sido uma condição necessária (*condicio sine qua non*) da produção do dano, no sentido de que este não se teria produzido na falta de tal comportamento.

92. Ora, é por demais evidente que uma tão ampla concepção do nexo de causalidade, que encontra alguma correspondência no direito da responsabilidade extracontratual de um número restrito de Estados-Membros, não é acolhido pela jurisprudência comunitária relativa ao artigo 288.º, segundo parágrafo, CE. Esta jurisprudência, com efeito, tal como se salientou no n.º 89 *supra*, limita a responsabilidade da Comunidade aos danos que decorrem de modo directo, se não mesmo *suficientemente* directo, do comportamento ilegal da instituição em causa, excluindo em especial que essa responsabilidade abranja os danos que constituem apenas uma consequência longínqua de tal comportamento [51].

93. A primeira parte do presente fundamento de recurso deve, portanto, em minha opinião, ser considerada improcedente.

94. No âmbito do mesmo fundamento, a recorrente avança no entanto também outros argumentos (v. n.ºs 86 e 87, *supra*) que não pressupõem necessariamente uma concepção do nexo de causalidade fundada apenas na ideia da *condicio sine qua non* e não parecem coadunar-se logicamente com uma concepção mais restritiva do nexo de causalidade. Os referidos argumentos visam demonstrar que a decisão da recorrente de constituir garantias bancárias não rompeu o nexo de causalidade (directo) entre a decisão

51 — V. acórdão Dumortier e o./Conselho, já referido, n.º 21.

Cimento e os danos ligados à constituição das referidas garantias.

95. Recordo que o Tribunal de Primeira Instância excluiu no caso vertente a existência de semelhante nexo essencialmente com base na observação segundo a qual a solução de constituir uma garantia bancária em vez de pagar imediatamente a coima era deixada «à livre apreciação das empresas» e «não se revestia [...], por conseguinte, de um carácter obrigatório decorrente da decisão Cimento» [52].

96. Essa observação parece exprimir uma concepção com base na qual, quando um facto próprio de quem alega o dano, ocorrido posteriormente ao comportamento ilícito da instituição, se apresenta como causa que concorre para a produção do dano alegado, esse facto rompe o nexo de causalidade entre o referido comportamento e o dano quando o mesmo facto não seja uma consequência *necessária* do comportamento da instituição mas o fruto de uma escolha livre, no sentido de não ser forçada, de quem sofreu o dano. Tal escolha interpõe-se entre o comportamento da instituição e o dano, de modo que o segundo se torna uma consequência apenas indirecta ou longínqua do primeiro.

97. Ora, com a segunda e a terceira partes do presente fundamento, a recorrente sustenta, antes de mais, que no caso vertente a decisão de constituir as garantias bancárias não era de facto livre, como entendeu o Tribunal de Primeira Instância, mas forçada. A esse propósito, a recorrente salienta que a constituição das garantias bancárias correspondia, por um lado, à obrigação de satisfazer a exigência da Comissão de ver assegurado o pagamento da coima e, por outro, a uma pretensa «obrigação de redução do dano» que incumbia à vítima do acto ilegal.

98. A este respeito, há que verificar em primeiro lugar se tais argumentos podem ser analisados em sede de recurso ou se, pelo contrário, são inadmissíveis por visarem tornar a pôr em causa a verificação ou a apreciação dos factos contida no acórdão impugnado.

99. Saliento que, com esses argumentos, a recorrente não parece discutir a correcção da abordagem interpretativa seguida pelo Tribunal de Primeira Instância — que me parece bastante restritiva — pela qual o dano decorre de modo suficientemente directo do comportamento da instituição apenas quando é a sua consequência necessária. A recorrente, sem avançar uma concepção diferente do nexo de causalidade, parece apenas contestar a qualificação, efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância, da decisão de constituir a garantia bancária

52 — Acórdão impugnado, n.os 123 e 124.

como decisão livre e não forçada da empresa condenada a pagar a coima.

100. Deve entender-se que tal qualificação é fruto de uma *apreciação da matéria de facto* efectuada pelo Tribunal de Primeira Instância, como tal subtraída à fiscalização do Tribunal de Justiça, ou antes como uma *qualificação jurídica da matéria de facto*, susceptível de contestação perante o Tribunal de Justiça?

101. Penso que, embora seja instrumental relativamente à verificação da existência em concreto do nexo de causalidade, se trata ainda da qualificação jurídica dos factos, o que implica a admissibilidade dos referidos argumentos da recorrente. Parece-me todavia que, quanto ao mérito, estes não merecem acolhimento.

102. Com efeito, por um lado, a constituição de uma garantia bancária não pode considerar-se, em meu entender, objecto de uma obrigação alternativa que incumba à empresa condenada. Como o Tribunal de Primeira Instância salientou, com razão, a empresa condenada no pagamento de uma coima por decisão da Comissão é juridicamente obrigada a proceder a esse pagamento no prazo fixado na decisão, excepto se o Tribunal de Primeira Instância ordenar a suspensão dos efeitos da decisão. A constituição de uma garantia bancária, pelo contrário, é apenas uma faculdade oferecida pela Comissão à empresa condenada de suspender provisoriamente, ou seja, pela duração do processo de fiscalização judicial da decisão que impõe a coima, a execução dessa obrigação.

103. O pagamento da coima e a constituição de uma garantia bancária não podem, portanto, para os efeitos que nos interessam, ser colocados no mesmo plano no contexto — há que especificá-lo — de uma abordagem interpretativa, como a que descrevi no n.º 96 *supra*, que os argumentos da recorrente ora em análise não põem em questão e cuja correcção, portanto, não há que apreciar nesta sede.

104. Por outro lado, é verdade que, em conformidade com um princípio geral comum aos ordenamentos jurídicos dos Estados-Membros, a pessoa lesada, para evitar ter de suportar o prejuízo, deve fazer prova de uma diligência razoável para limitar a extensão do prejuízo [53]. Em minha opinião, é excessivo considerar que uma empresa condenada ilegalmente a pagar uma coima tenha ainda a obrigação de constituir uma garantia bancária quando se revele *ex ante*

53 — Acórdãos de 19 de Maio de 1992, Mulder e o./Conselho (C-104/89 e C-37/90, Colect., p. I-3061, n.º 33), Brasserie du Pêcheur e Factortame, já referido, n.º 85, e de 16 de Março de 2000, Parlamento Europeu/Bieber (C-284/98 P, Colect., p. I-1527, n.º 57).

que esta é susceptível de gerar despesas inferiores ao prejuízo eventualmente ressarcível pela Comissão.

105. Proponho, portanto, que o Tribunal de Justiça declare improcedentes os argumentos avançados pela recorrente para demonstrar que, ao contrário do que julgou o Tribunal de Primeira Instância no acórdão impugnado, a decisão de constituir as garantias bancárias no caso vertente era uma decisão forçada e *enquanto tal* inadequada para romper o nexo de causalidade entre a decisão Cimento e o prejuízo alegado.

106. Na terceira parte do presente fundamento (v. n.º 87, *supra*), todavia, retoma-se uma outra acusação, fundada não na pretensa «obrigação de redução do dano» que incumbe à vítima do acto ilícito, mas na atenuação pela constituição das garantias bancárias, das consequências desfavoráveis da decisão Cimento [54].

107. Há que ter presente que essa acusação visa refutar a argumentação com que o Tribunal de Primeira Instância, na parte do acórdão impugnado relativa à existência do nexo de causalidade, excluiu que a recorrente pudesse prevalecer-se utilmente do princípio da proibição do enriquecimento sem causa para obter o reembolso das despesas da garantia bancária. A referida argumentação está exposta no n.º 130 do acórdão impugnado, nos termos seguintes:

«deve dizer-se que [...] o facto de a Comissão não ter assumido as despesas relativas à constituição de uma garantia bancária não provoca nenhum enriquecimento sem causa da Comunidade, uma vez que as despesas de constituição da referida garantia bancária foram pagas não à Comunidade, mas a um terceiro. O respeito do princípio geral que proíbe o enriquecimento sem causa não justifica, por conseguinte, em caso algum, essa restituição. Bem pelo contrário, se a Comissão devesse assumir as despesas relativas à constituição de uma garantia bancária, isso permitiria colocar a empresa em causa na situação em que estava antes da adopção da decisão litigiosa, mas a Comissão, em compensação, seria penalizada, visto que teria de restituir à referida empresa montantes de que não usufruiu» [55].

54 — V. petição, n.º 63, *in fine*.

55 — A recorrente, no n.º 20 da petição da acção intentada no Tribunal de Primeira Instância, referiu-se expressamente ao princípio da proibição do enriquecimento sem causa e à aplicação que dele tinha sido feita pelo Tribunal de Primeira Instância, para afirmar a obrigação da Comissão de pagar os juros de mora sobre a coima ilegalmente imposta e cobrada, no acórdão de 10 de Outubro de 2001, Corus UK/Comissão (T-171/99, Colect., p. II-2967).

108. Há que sublinhar que a proibição do enriquecimento sem causa, que constitui um princípio geral do direito comunitário e é válida também relativamente à Comunidade [56], não é invocada, no presente processo, como fundamento autónomo do pedido da recorrente de condenação da Comissão no reembolso das despesas da garantia bancária. Esse pedido, como referiu o acórdão impugnado e resulta claramente também da petição, é um pedido de indemnização fundado na responsabilidade extracontratual da Comunidade nos termos do artigo 288.º, segundo parágrafo, CE. O princípio geral da proibição do enriquecimento sem causa é salientado antes, no caso vertente, como critério de interpretação da condição relativa ao nexo de causalidade relevante para a existência dessa responsabilidade. Com efeito, é no âmbito da análise desta condição — análise em que, como salientei acima, o Tribunal de Primeira Instância desenvolveu as considerações expostas no ponto precedente — que a recorrente as contesta no Tribunal de Justiça no âmbito do terceiro fundamento de recurso, igualmente relativo à existência dessa condição.

109. Em substância, a acusação da recorrente ora em análise, que visa a afirmação segundo a qual o Tribunal de Primeira Instância excluiu que a recorrente pudesse prevalecer-se utilmente do princípio geral da proibição do enriquecimento sem causa, deve, em minha opinião, ser entendida como visando reconhecer que, independentemente da questão da sua natureza livre ou obrigatória, a decisão de constituir as garantias bancárias, *tendo atenuado o montante do prejuízo* decorrente do acto ilícito da Comissão, não pode, sob pena de se contrariar o referido princípio geral, ser considerada adequada para romper o nexo de causalidade directo entre o acto ilícito e o prejuízo.

110. Essa acusação, que suscita igualmente uma questão de direito e é, portanto, admissível em sede de recurso, parece-me digna de séria consideração.

111. A recorrente afirma em especial que, ao constituírem as garantias bancárias em lugar de pagarem a coima, a ABZK e a Nordcement evitaram contrair um empréstimo com os bancos para obter os fundos necessários a esse pagamento. Se, em vez disso, tivessem contraído o empréstimo, a Comissão teria de reembolsar à recorrente, a título de indemnização pelos danos e ao abrigo do artigo 288.º, segundo parágrafo, CE, os juros devidos por esse empréstimo, independentemente dos juros que a instituição conseguiria cobrar pelos montantes recebidos a título de coima. Essa diferença teria sido, segundo a recorrente, de qualquer modo superior às despesas de garantia bancária que efectivamente se produziram.

56 — Acórdão de 10 de Julho de 1990, Grécia/Comissão (C-259/87, Colect., p. I-2845, publicação sumária, n.º 26). V., igualmente, acórdãos do Tribunal de Primeira Instância Corus UK/Comissão, já referido, n.º 55, e de 23 de Novembro de 2004, Cantina sociale di Dolianova e o./Comissão (T-166/98, Colect., p. II-3991, n.º 160).

112. Também entendo, como a recorrente, que o Tribunal de Primeira Instância excluiu erradamente o enriquecimento sem causa da Comunidade, salientando o facto de as referidas despesas terem sido pagas não à Comunidade mas a terceiros (os bancos) e sublinhando que o reembolso das despesas pela Comissão a penalizaria indevidamente, porque esta teria de restituir montantes de que não gozou.

113. Raciocinando desse modo, o Tribunal de Primeira Instância perdeu de vista o facto de poder haver «enriquecimento» não apenas quando a pessoa em questão beneficia de um aumento do seu património, mas também quando beneficia de uma redução das suas responsabilidades (dívidas). O Tribunal de Primeira Instância centrou-se erradamente no facto de a Comissão não ter recebido nenhum pagamento, quando deveria, em minha opinião, ter salientado a situação de dívida (prejuízo a indemnizar) que teria resultado para a Comunidade no caso de a coima ilegalmente imposta ter sido paga.

114. Em minha opinião, se se provasse, por um lado, que a situação dos mercados financeiros e a das empresas condenadas era efectivamente tal que a constituição das garantias bancárias evitou a produção de um prejuízo (não abrangido pelo simples pagamento, a que a Comissão teria sido obrigada, dos juros de mora sobre o montante da coima [57]) superior ao montante das despesas suportadas com a garantia bancária e, por outro lado, que a Comunidade teria de responder por esse prejuízo em virtude da sua responsabilidade por actos ilícitos ao abrigo do artigo 288.º, segundo parágrafo, CE, a recorrente teria direito, em virtude dessa disposição, a ser reembolsada dessas despesas pela Comunidade.

115. Se, com efeito, um comportamento negligente da vítima do acto ilícito que tenha concorrido para causar o prejuízo por esta sofrido pode, em certas condições, romper o nexo de causalidade entre o acto ilegal e o prejuízo, deve entender-se que o mesmo não é válido para um comportamento da mesma pessoa que corresponda a critérios de diligência e que, alterando a sequência causal desencadeada pelo acto ilícito, tenha tido por efeito a produção, em lugar do prejuízo ressarcível que de outra forma teria decor-

57 — Esse pagamento, juntamente com a restituição do capital correspondente à coima indevidamente paga, é imposto à Comissão, nos termos do artigo 233.º CE, em execução de um acórdão que anula ou reduz uma coima imposta pela violação das normas do Tratado em matéria de concorrência. V., neste sentido, acórdão de 8 de Julho de 2004, Corus UK/Comissão (T-48/00, Colect., p. II-2325, n.º 223) e despacho de 4 de Maio de 2005, Holcim(France)/Comissão (T-86/03, Colect., p. II-1539, n.º 30).

rido do acto ilícito, de um prejuízo diferente e menor [58].

116. Colocando a questão noutros termos, pode dizer-se que, no caso de um comportamento diligente da vítima de um acto ilícito que tenha evitado o prejuízo ou limitado o respectivo montante, a análise da responsabilidade (por acto ilícito) da Comunidade pelas despesas ou outras perdas sofridas pela própria vítima ao realizar esse comportamento passa pela verificação da existência de um nexo de causalidade directo não entre o acto ilícito e as despesas ou perdas referidas mas entre o acto ilícito e o prejuízo ressarcível evitado.

117. Aliás, considero oportuno acrescentar que um direito ao reembolso das despesas ou perdas sofridas pela vítima do acto ilícito na tentativa diligente de evitar o prejuízo existe — pelo menos nos limites do montante dos prejuízos ressarcíveis evitados — até no caso de estes acabarem por ser iguais ou superiores ao referido montante.

118. A crítica feita pela recorrente à argumentação do Tribunal de Primeira Instância referida no n.º 107 *supra* parece-me, portanto, fundada.

119. Se o Tribunal de Justiça, ao contrário do que proponho, julgar procedente o segundo fundamento de recurso, o terceiro fundamento de recurso deve, em minha opinião, ser julgado procedente nos limites que acabámos de expor.

Quanto ao mérito da acção de indemnização

120. Nos termos do artigo 61.º do Estatuto do Tribunal de Justiça, «quando o recurso

58 — Parece-me significativo a este respeito indicar que em duas de entre as mais conhecidas tentativas actuais de codificação, pelos estudiosos da matéria, dos princípios do direito europeu da responsabilidade civil (tentativas realizadas a partir da análise comparativa dos sistemas nacionais e que visam estimular a reflexão e preparar o terreno para a sua eventual harmonização ou unificação futura) — o do European Group on Tort Law (Grupo europeu sobre a responsabilidade civil, a seguir «EGTL») de Viena (v. http://www.egtl.org) e o do Study Group on a European Civil Code (Grupo de estudos sobre o código civil europeu, a seguir «SGECC»), de Osnabrück (v. http://www.sgecc.net) — figura um artigo que prevê a ressarcibilidade das despesas incorridas com razoabilidade para prevenir um prejuízo receado ou limitar a sua gravidade. V. artigo 2:104 dos «Princípios de direito europeu da responsabilidade civil» do EGTL (versão de Maio de 2005) e artigo 6:302 dos princípios de direito europeu sobre a responsabilidade civil do SGECC (versão de Novembro de 2006).

for julgado procedente, o Tribunal de Justiça anula a decisão do Tribunal de Primeira Instância. Pode, neste caso, decidir definitivamente o litígio, se estiver em condições de ser julgado, ou remeter o processo ao Tribunal de Primeira Instância, para julgamento».

121. Tendo em consideração a conclusão a que cheguei no âmbito da análise do segundo fundamento de recurso, que bastaria para fundamentar a improcedência dos pedidos da recorrente, limitar-me-ei, relativamente à eventual aplicação da referida disposição pelo Tribunal de Justiça na hipótese de o segundo e terceiro fundamentos de recurso serem julgados procedentes, a uma simples referência.

122. A recorrente, que pede igualmente ao Tribunal de Justiça que se pronuncie definitivamente quanto ao mérito condenando a Comissão no reembolso das despesas da garantia bancária acrescidas de juros de mora, não forneceu, quer no processo no Tribunal de Primeira Instância quer no Tribunal de Justiça, qualquer prova do facto de o pagamento da coima em lugar da constituição da garantia bancária ter determinado um prejuízo ressarcível que não teria sido abrangido pelo pagamento, pela Comissão, dos juros de mora sobre o montante da coima. A recorrente não forneceu, designadamente, informações circunstanciadas e provas quer sobre a necessidade de a ABZK e a Nordcement contraírem empréstimos para pagar a coima imposta quer sobre as taxas de juro que deveriam ser pagas por esses empréstimos.

123. Tal referência, que não me parece permitir uma substituição da fundamentação do acórdão impugnado que o dispense da anulação com base no terceiro fundamento de recurso [59], justifica em minha opinião que o Tribunal de Justiça, se proceder à referida anulação, decida definitivamente o litígio negando provimento à acção de indemnização da recorrente.

Quanto às despesas

124. Nos termos do artigo 122.º, primeiro parágrafo, do Regulamento de Processo, se o recurso for julgado improcedente, o Tribunal de Justiça decide igualmente sobre as despesas. Nos termos do artigo 69.º, n.º 2, do mesmo regulamento, a parte vencida é condenada nas despesas se isso tiver sido requerido.

59 — Recordo, com efeito, que, segundo a jurisprudência comunitária, os erros de direito assim cometidos pelo Tribunal de Primeira Instância não são susceptíveis de invalidar o acórdão recorrido se o seu dispositivo se revelar procedente por outros fundamentos *de direito* (v., nesse sentido, acórdãos de 2 de Abril de 1998, Comissão/Sytraval e Brink's France (C-367/95 P, Colect., p. I-1719, n.º 47); Comissão/Camar e Tico, já referido, n.º 57; e de 30 de Setembro de 2003, Biret International/Conselho (C-93/02 P, Colect., p. I-10497, n.º 60). A referência que fiz no texto aplica-se, todavia, no plano da verificação dos factos e da apreciação das respectivas provas e não no da qualificação jurídica dos factos tal como foram verificados pelo Tribunal de Primeira Instância.

125. Uma vez que proponho ao Tribunal de Justiça que negue provimento ao recurso e dado que a Comissão pede que a recorrente seja condenada nas despesas, entendo que as despesas devem ser suportadas pela recorrente.

Conclusões

126. À luz da exposição precedente, proponho ao Tribunal de Justiça que declare que:

«É negado provimento ao recurso.

A recorrente é condenada nas despesas.»